

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD, EL CRITERIO DEL TRIBUNAL PLENO (ANÁLISIS DE LA TESIS DE JURISPRUDENCIA NÚMERO XXXIX/2002)

Rodolfo Félix Cárdenas

Dice GARZÓN VALDÉZ¹ que desde el punto de vista de una concepción normativa del poder judicial, puede afirmarse que su función principal es la de garantizar la estabilidad del respectivo sistema político y que, en el caso del juez en regímenes democráticos, ello requiere que cultive, por una parte, una firme adhesión interna a las normas básicas del sistema, es decir, que sea partidario incondicional de las mismas y por otra, que mantenga manifiesta imparcialidad con respecto a los conflictos de intereses que tiene que resolver.

La afirmación del ilustre profesor de Maguncia no puede ser más cierta, si consideramos que las decisiones judiciales deben ser expresión de compromiso de lealtad a la Constitución, pues no en vano los principios constitucionales encuentran su mejor garante en cuanto a su vigencia, en la actuación confiable del poder judicial.

El máximo tribunal de los mexicanos, coloquialmente llamado como la “nueva Corte” a lo largo de su funcionamiento ha venido marcando un nuevo hito en las resoluciones judiciales, afrontando decididamente el conocimiento y solución de casos que, en otras épocas no habría sido posible o al menos no con la decisión y libertad de compromiso con la que ahora parecen ser abordados. A mi entender, son —las más de las veces— en que el máximo tribunal ha emitido sus resoluciones bajo el compromiso asumido de adherirse celosamente en ellas a la Carta Magna (lo que curiosamente, —*no obstante ser un deber*—, hay quienes han visto en ello un acto de valentía); en otras, las resoluciones emitidas no se han tenido como acertadas². Sea como fuere, lo cierto es que el poder

* Profesor de Derecho Penal en la Escuela Libre de Derecho y en la Universidad Iberoamericana.

1 ERNESTO GARZÓN VALDÉZ. *El Papel del Poder Judicial en la Transición a la Democracia*. Consultable en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/78036283100367462754457/isonomia18/isonomia18_02.pdf y en ISONOMIA No. 18/Abril. p. 27.

2 Tal vez porque el sentido de la resolución no favorece a ciertos intereses o quizá, porque en ocasiones el máximo tribunal no ha resuelto con la pureza, la técnica y la profundidad jurídica que del mismo se espera emitiendo sentencias plagadas de transcripciones de constancias de autos pero pobres en argumentación, —*cuando debería ser lo contrario*—. Un síntoma claro de ello se aprecia en las resoluciones emitidas además, por Tribunales Colegiados de Circuito y Juzgados de Distrito en las que es frecuente encontrar repetición de constancias de autos en merma del argumento ju-

judicial y más aun, tratándose de un tribunal de constitucionalidad no puede permitirse en su función y en sus pronunciamientos —en ninguno de ellos— desviarse en lo más mínimo de la Constitución Política que al fin y al cabo es la que presta respaldo justificante a la decisión judicial³.

Creo, como GARZÓN VALDÉZ⁴, que «la beatería judicial, lejos de reforzar la autonomía de los jueces, estimula su autocomplacencia acritica». A ello se debe el análisis que a continuación presento.

I. Delimitación del tema

La reforma constitucional de 1982 tuvo como eje rector la “*renovación moral de la sociedad*”⁵. En este contexto, la iniciativa que le dio origen recogió la tesis de campaña de Miguel de la Madrid Hurtado entonces candidato a la presidencia de la República por el partido Revolucionario Institucional que se tradujo en una serie de principios encaminados esencialmente a combatir el fenómeno de la corrupción en la prestación del servicio público, propiciando con ello las bases normativas según las cuales, en los distintos ámbitos de responsabilidad, se dejaba a cargo del legislador ordinario federal como de los estatales prever su desarrollo⁶.

Respecto del enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, la iniciativa propuso configurarlo constitucionalmente «*como base de sanción para acabar con cualquier duda que pudiese existir sobre el imperativo de sancionarlo*»⁷; con ello, el Constituyente Permanente quiso dejar claro que se reconocía la necesidad de sancionar el enriquecimiento ilícito en el servicio público, sin que tal reconocimiento implicare que el poder reformador de la Carta Magna hubiese creado con la reforma un *tipo penal a nivel constitucional*⁸.

rido, como la falta de atención de todos y cada uno de los argumentos puestos a su consideración por las partes que contienden a pesar de ser de obligado estudio.

3 GARZÓN VALDÉZ *ob. cit.* p. 30, hace énfasis al señalar que la confiabilidad en la corrección de las decisiones depende de la confianza por parte de la ciudadanía (electores y gobernantes) y de que los jueces presten su adhesión incondicionada a la Constitución democrática, que es la que proporciona el “respaldo justificante” de la decisión judicial. *Cita textual.*

4 *Ibidem* p. 32. Refiere el tratadista español, que en algunos casos, el respeto a los magistrados de tribunales constitucionales o supremos suele hasta conferirles una aureola de infalibilidad que va más allá de la confiabilidad judicial y que induce a no pocos juristas a dedicar sus esfuerzos a una especie de exégesis religiosa de los fallos de esos tribunales. *Cursivas añadidas.* Considero que someter las resoluciones judiciales a una continua crítica, *siempre en ánimo constructivo*, debe ser el camino para obligar a nuestros tribunales a emitir mejores pronunciamientos.

5 *Vid.* la iniciativa del ejecutivo federal de reforma y adiciones al Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentada al H. Congreso de la Unión por conducto de la Cámara de Senadores que comprende los artículos 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114; así como a los artículos 22, 73 fracción VI base 4ª, 74 fracción V, 76 fracción VII, 94, 97, 127 y 134, en RAÚL F. CÁRDENAS RIOSECO. *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.* (Editorial Porrúa S.A. de C.V. México 2001) pp. 77 a 92.

6 *Vid.* ENRIQUE DÍAZ ARANDA. *Enriquecimiento Ilícito de Servidores Públicos.* (Primera Edición. Cárdenas Editor Distribuidor. México 1999) pp. 45 a 48.

7 CÁRDENAS RIOSECO *Ob. cit.* p. 82.

8 *Vid.* ELIZUR ARTEAGA NAVA. *Derecho Constitucional.* (Oxford University Press, Harla-México. Colección Juristas Latinoamericanos, México 1998) p. 7, al referirse al alcance de la facultad reformadora prevista en el artículo 135 Constitucional señala que ella *no reconoce límites*; puede estar referida a *toda clase de preceptos*, contengan o no decisiones políticas fundamentales. *Cursivas añadidas.* Del mismo autor *Tratado de Derecho Constitucional.* Volumen

Los principios de renovación moral de la sociedad y de combate a la inmoralidad de los servidores públicos inspiradores de la reforma aludida se recogieron en el texto constitucional proponiéndose así las bases normativas para el combate eficaz a la corrupción en contra de los actos de servidores públicos que valiéndose del empleo, cargo o comisión que desempeñaren o hubiesen desempeñado, ilícitamente se enriquecieron, quedando en manos del legislador ordinario la determinación de los --casos y circunstancias-- en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito⁹.

En el año de 1996 el ministerio público federal ejerció acción penal en contra del señor Raúl Salinas de Gortari y otros, como probables responsables de la comisión del delito de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 224 del Código Penal Federal. En su momento, tras haber sido aquel objeto de captura como del dictado de un Auto de Formal Prisión por el delito mencionado, motivó que en su defensa, primeramente se recurriera en vía de apelación; mas sin embargo, como la resolución impugnada fue confirmada, en su contra se promovió juicio de amparo indirecto que también fue negado. Así, mediante el recurso de revisión interpuesto respecto de esa sentencia que negó conceder al quejoso el amparo solicitado los autos se turnaron por razón de competencia al Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que en definitiva dictó sentencia en el juicio constitucional confirmando la resolución materia del recurso hecho valer¹⁰.

El Tribunal Pleno al resolver el recurso de revisión mencionado dentro del expediente 1293/2002, dictó sentencia negando conceder al quejoso el amparo y la protección de la justicia federal que solicitara, motivando el caso en cuestión que dicho tribunal emitiera siete diferentes tesis¹¹, de entre las cuales, solamente es objeto de este estudio la que a continuación se transcribe¹²:

3 (Oxford University Press México S. A. de C. V., México 1999) p. 871, refiere que: De todo lo anterior es más válido concluir que el constituyente mexicano se inclinó por el punto de vista de que la combinación de órganos establecida en la constitución como competente para hacer modificaciones a la misma, *lo puede hacer sin limitación alguna* que por el punto de vista de que existen determinados principios, los cuales no pueden ser tocados; citando como Nota a pie 27 en la misma página el criterio de la Suprema Corte de Justicia en tesis de 28 de agosto de 1918, que ha sostenido: "...*El poder constituyente puede hacerlo todo...*", en el juicio de amparo mixto en revisión, Ignacio Hernández, t. III, p. 586. *Cursivas añadidas*. Para nosotros la posibilidad dentro de nuestro sistema constitucional que el Constituyente Permanente reforme la Carta Magna incluso para prever en la misma un tipo penal existe, sin embargo, ello --no nos parece deseable-- pues consideramos que la misma está mas allá de ser pasada como un ordenamiento penal.

9 El artículo 109 Constitucional en su parte conducente dice: 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: III.- 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 sustancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. *Cursivas añadidas*.

10 Los datos aparecen en el Capítulo de Antecedentes del escrito que contiene el recurso de revisión interpuesto en contra de la sentencia dictada por el Segundo Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito dentro del juicio de amparo 40/99-I promovido por Raúl F. Cárdenas Ríoseco autorizado por el quejoso Raúl Salinas de Gortari.

11 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. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Instancia: Pleno, Tomo: XVI, Agosto de 2002, Tesis P. xxxiv/2002; PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, No-

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. EL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, AL ESTABLECER LA CONDUCTA DELICTIVA, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 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 pudiera 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 legítimo aumento de su patrimonio, no constituye un complemento del tipo penal, son debe entenderse como

vena Época, Instancia Pleno, Tomo xvi, Agosto de 2002, Tesis P. xxxv/2002; ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. EL ARTÍCULO 109 CONSTITUCIONAL QUE LO PREVÉ, NO CONTIENE UN RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia Pleno, Tomo xvi, Agosto de 2002; Tesis P. xxxvi/2002; 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. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia Pleno, Tomo xvi, Agosto de 2002, Tesis P. xxxvii/2002; 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. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia Pleno, Tomo xvi, Agosto de 2002, Tesis P. xxxviii/2002; 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. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia Pleno, Tomo xvi, Agosto de 2002, Tesis P. xl/2002.

- 12 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: xvi, Agosto de 2002. Tesis: P. xxxix/2002. Página: 9. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Materia: Constitucional, Penal.

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 lo 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. Unanimidad de once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mag–Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores.

II. Método de análisis

Los comentarios que se vierten guardan relación con diversas afirmaciones –esenciales– que el Tribunal Pleno realiza en la Tesis transcrita, no obstante que en el fondo, el tema central se pronuncia con respecto a si el artículo 224 del Código Penal Federal contiene o no la referencia a la conducta que se estima prohibida. Dicho precepto establece en su párrafo primero lo siguiente:

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, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Ahora, tal y como del rubro de la Tesis enunciada se puede apreciar, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en una respuesta –afirmativa– tras estimar que el legislador sí ha previsto dicha conducta en la primera parte del párrafo primero del referido artículo, siendo ésta, a su entender, el –enriquecimiento ilícito–, de ahí que sostenga que el artículo 224 del Código Penal Federal no viole la garantía de legalidad y por ello afirme su constitucionalidad.

De esta manera, las afirmaciones del Tribunal Pleno que obran en la referida Tesis y que a continuación se expresan, serán objeto de análisis según el orden que se propone, siendo éstas las siguientes:

- a) El artículo 109 fracción III párrafo Tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contiene el tipo penal del delito de enriquecimiento ilícito.
- b) El artículo 224 en la parte primera de su primer párrafo del Código Penal Federal 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, por lo que el artículo 224 del Código Penal Federal reiteró en forma similar todos los elementos integradores del tipo penal de enriquecimiento

ilícito previsto en el artículo 109 fracción III párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

c) El artículo 224 en la parte primera de su primer párrafo no infringe la garantía de legalidad del artículo 14 Constitucional al prever en la parte primera de su primer párrafo de manera clara y precisa cuál es la conducta a sancionar en dicho delito, siendo ésta el enriquecimiento ilícito. No es un tipo abierto sino cerrado, porque su texto establece de manera exacta los supuestos de individuación de la conducta reprochable.

d) La segunda parte del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal no constituye un complemento del tipo, sino se trata de reglas procesales relacionadas específicamente con los medios de prueba para esta clase de delitos, que debe de entenderse como el derecho a la defensa consagrado a la manera de medio concreto de adoptar en este delito su defensa para desvirtuar los elementos de prueba existentes en contra.

III. Análisis de la tesis

En el orden previamente propuesto, a continuación se analizan las diversas afirmaciones que el Tribunal Pleno vierte en la Tesis objeto de estudio, que conllevan a las siguientes interrogantes: 1) ¿es correcto afirmar que el artículo 109 fracción III párrafo tercero constitucional contiene el tipo penal de enriquecimiento ilícito?; 2) ¿es correcto afirmar que el artículo 224 párrafo primero en su parte primera del Código Penal Federal reprodujo de manera esencial los elementos del tipo penal de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 109 fracción III párrafo tercero constitucional?; 3) ¿vulnera la garantía de legalidad la primera parte del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal? y, 4) ¿cual es la naturaleza del contenido de la segunda parte del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal?.

1. ¿Contiene el artículo 109 fracción III párrafo tercero constitucional el tipo penal de enriquecimiento ilícito?

El Tribunal Pleno sostiene que el Constituyente Permanente legisló en materia penal al prever en el artículo 109 fracción III párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos –*el tipo penal*– del delito de enriquecimiento ilícito.

En efecto, en la Tesis analizada el Tribunal Pleno dice *textualmente* lo siguiente:

“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”.

Es importante destacar que en la construcción de la Tesis de mérito, el Tribunal Pleno parte de llevar a cabo *interpretación constitucional* del artículo 109 fracción III

párrafo tercero de la Carta Magna, con lo que sienta criterio respecto al alcance del precepto interpretado al establecer que el *–Constituyente creó en la propia Constitución Política el tipo penal del enriquecimiento ilícito*¹³, sin que con ello se desconozca que por ahora, su alcance no es el de una jurisprudencia, sino el de una tesis aislada cuya votación se consideró idónea para integrar tesis jurisprudencial¹⁴.

Ahora, si como interpreta el Tribunal Pleno, el Poder Reformador de la Constitución al ocurrir la citada reforma constitucional legisló creando el *–tipo penal–* de enriquecimiento ilícito habrá que concluir bajo dicha interpretación que el mencionado delito «se constitucionalizó» configurándose de esta manera, *valga la expresión*, un «tipo penal constitucional»¹⁵ cuyos elementos integradores vendrían a constituir el tipo penal del delito de enriquecimiento ilícito con lo cual, el mismo sería un «tipo cerrado» al que, por ser así «no le faltaría ni le sobraría ningún elemento» luego, toda la estructura típica del delito de enriquecimiento ilícito estaría vaciada en la fracción III párrafo tercero del artículo 109 de la Carta Magna. De esta manera y bajo ésta concepción, por estar frente a un «tipo penal constitucional» su materia habría quedado *–reservada–* al Constituyente Permanente por lo que nadie, de no ser el Poder Reformador de la Constitución podría modificar esos elementos típicos¹⁶.

Y si la materia es constitucional «tipo penal constitucional» como lo asume el Tribunal Pleno y, por ello *–reservada–* al Constituyente Permanente, entonces «no habría más tipo penal de enriquecimiento ilícito» que el previsto en el artículo 109 fracción III párrafo tercero de la Carta Magna de ahí que, la afirmación del Tribunal Pleno sosteniendo la creación del tipo penal enunciado hace incongruente su referencia en el sentido que «el Código Penal Federal en forma similar reiterara con todos sus elementos integradores el tipo penal del enriquecimiento ilícito que previó el Constituyente» pues,

13 Entendemos a la Constitución Política como norma jurídica, sin que ello implique que se desconozca la carga política y/o sociológica que le asisten y que seguramente hicieron presencia en la reforma constitucional de 1982; mas sin embargo, más allá de este contexto, la interpretación efectuada por el Tribunal Pleno está *absolutamente impregnada* de un contenido penal, pues la noción de *tipo penal* no se corresponde sino con el derecho penal. Vid. ERNST VON BELING. “La Doctrina del Delito Tipo” en *Esquema del Derecho Penal y La Doctrina del Delito Tipo*. Traducción del alemán por el Dr. Sebastián Soler. (Edición del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Anales de Jurisprudencia, Sexta Época, Segunda Etapa. Colección “Doctrina”, México 2003). Sobre la evolución del concepto de tipo penal por todos Vid. JOSÉ CEREZO MIR. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*. (Sexta Edición 1998. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1998) pp. 81 y ss.. Como refiere RAÚL EUGENIO ZAFFARONI. *Teoría del Delito*. (EDIAR, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires 1973) p. 171, el tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza eminentemente descriptiva, que tiene por función la *individualización de conductas humanas penalmente relevantes* (por presuntamente prohibidas). *Paréntesis en texto original, cursivas añadidas*.

14 En términos del artículo 195 de la Ley de Amparo. Así se constata también, de la lectura que se haga a la certificación efectuada en la tesis que se analiza por el licenciado José Javier Aguilar Domínguez, Secretario General de Acuerdos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que certificó lo que textualmente cito a continuación: Que el Tribunal Pleno en su sesión pública celebrada el quince de agosto en curso, aprobó, con el número XXXIX/2002, la *tesis aislada* que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. - México, Distrito Federal, a dieciséis de agosto de dos mil dos. *Cursivas añadidas*.

15 Expresión que aquí utilicé con fines meramente didácticos.

16 Si se siguiera la interpretación del Tribunal Pleno, habría que entender que, si el Constituyente Permanente reformó la Constitución creando en el artículo 109 fracción III párrafo tercero el «tipo penal constitucional de enriquecimiento ilícito», por tratarse de materia constitucional ésta estaría *reservada para el Constituyente Permanente*, con lo que cobraría aplicación el artículo 135 de la Carta Magna.

frente a la existencia del «tipo penal constitucional de enriquecimiento ilícito» que aduce el citado tribunal, el legislador penal ordinario federal estaría impedido a legislar en esta materia que, bajo esa interpretación sería «reservada» al Constituyente Permanente, el cual pasaría así a hacer las veces de legislador penal por lo que tocara al referido «tipo penal constitucional». A su vez, con la interpretación enunciada, *ninguna razón sistemática ni de ningún otro orden* habría en conceder al legislador ordinario federal, como tampoco a las legislaturas estatales para punir dentro del ámbito de sus respectivas competencias el delito de enriquecimiento ilícito tal y como sostiene el tribunal máximo, lo hiciera el propio Constituyente Permanente en la aludida reforma constitucional¹⁷, constituyéndose ello en grave contradicción sistemática, pues aún y cuando, como refiere ARTEGA¹⁸ las normas constitucionales no se encuentran en contraposición, sino que se armonizan, la interpretación del Tribunal Pleno que se analiza conduciría a «*la quiebra de ese principio*» al resultar claro que, si como el mismo afirma, el Poder Reformador de la Carta Magna previó el delito de enriquecimiento ilícito en el artículo 109 fracción III párrafo tercero Constitucional, y más aún, *–con todos sus elementos integradores–*, su materia *–por cierto cerrada–* se habría «constitucionalizado» quedando en consecuencia como *–reservada–* al Constituyente Permanente, luego, si esto es así, no habría porqué facultar a las legislaturas estatales ni al Congreso de la Unión a legislar sobre una *–materia reservada–* a aquel poder¹⁹.

La quiebra del principio enunciado a que conduciría la interpretación del Tribunal Pleno es patente. Si hay, como dice, «tipo penal de enriquecimiento ilícito en el artículo 109 fracción III párrafo tercero de la Carta Magna», y que además cuenta «con todos sus elementos integradores» resultaría *–sistemáticamente equivocado–* el que el propio Constituyente hubiere permitido a las legislaturas estatales y al Congreso de la Unión prever en ley ordinaria *–los casos y las circunstancias–* en que debiera sancionarse por enriquecimiento ilícito²⁰, pues resultaría evidente que si ese tipo penal se reservó al Constituyente Permanente, no sólo no podría ser trastocado por esas legislaturas ni por el Congreso Federal, sino que, a mayor abundamiento, por estar dados ya **todos sus elementos integradores a ese nivel**²¹, habría que concebirlo absolutamente como un «tipo cerrado» respecto del cual, se insiste, nadie, de no ser el Constituyente Permanente podría «agregar o suprimir» alguno de dichos elementos, lo que quiere decir que el mismo

17 Vid. *Supra* Nota a pie 9.

18 Vid. *Derecho Constitucional...* p. 10 pues señala al respecto: En teoría el texto de la constitución es un todo armónico y congruente: todas sus partes están conformadas de tal manera que nada sobre ni falte; que unas a otras no se contradigan o neutralicen y que, más bien, se complementen y adecuen.

19 Si existiese aquí *–lo que no se acepta–* una materia *–reservada–* para el Constituyente Permanente, el texto del artículo 109 Constitucional fracción III párrafo tercero resultaría intangible mientras el mismo no fuese reformado por vía del artículo 135 de la propia Carta Magna, luego entonces, no tendrían aquí aplicación los artículos 73 fracción XXI, ni 124 de la Constitución Política, pues con un tipo penal constitucional ninguna legislatura ordinaria estaría facultada a legislar sobre la misma materia.

20 El artículo 109 constitucional fracción III dice: las leyes determinarán los *casos y las circunstancias* en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito.

21 Como se ha visto, el Tribunal Pleno sostiene que el tipo penal creado por el Constituyente Permanente en el artículo 109 fracción III párrafo tercero de la Carta Magna, *contiene todos sus elementos integradores*.

no podría ser alterado sino por vía de aplicación del artículo 135 Constitucional. De ser así, esos *–casos y circunstancias–* por los que se debería sancionar penalmente como enriquecimiento ilícito que en la misma reforma el propio Constituyente Permanente reservó determinar en ley a las legislaturas de los estados como al Congreso de la Unión *«no podrían referirse a los elementos típicos del delito»* ya que como se infiere de la postura que asume el Tribunal Pleno *«todos ellos se encuentran ya previstos a nivel constitucional»*, siendo así, ningún legislador ordinario estaría facultado a «quitar ni a poner» elemento típico alguno de los que según el Tribunal en cita están previstos en ese precepto como los que son **«todos sus elementos integradores»**²², por ello, no cabría sino aceptar que con esa interpretación, esos *–casos y circunstancias–* tendrían que ser «algo diferente» que, sin formar parte de la estructura típica en cuestión o sea, sin alterar en lo mas mínimo los elementos integradores del «tipo penal constitucional de enriquecimiento ilícito» deban ser considerados para hacer factible la persecución penal por enriquecimiento ilícito y la cuestión es ...¿qué podría serlo?... sin duda, la interpretación que brinda el Tribunal Pleno conduce a un callejón sin salida.

A su vez, si existiese un «tipo penal constitucional» según afirma el Tribunal Pleno, no cabría sino aceptar que estaríamos frente a una materia federal, pero reservada para el Poder Constituyente Permanente; luego, ninguna intervención podrían tener respecto de la misma las legislaturas de los estados, ni el Congreso de la Unión, con lo cual la referencia del propio Constituyente a dejar en ellas y en el Congreso mismo el determinar *–los casos y las circunstancias–* en que debiera sancionarse por enriquecimiento ilícito, quedaría excluida de su intervención lo que vuelve a destacar que la referida interpretación conllevaría a la quiebra del principio enunciado²³.

Y que decir de la punibilidad. De aceptar la interpretación del Tribunal Pleno en el sentido que el artículo 109 fracción III párrafo tercero de la Carta Magna contiene el tipo penal de enriquecimiento ilícito, claro está, como sostiene: **«con todos sus elementos integradores»**, habría que aceptar también que estaríamos entonces frente a una *–norma imperfecta–* al carecer ésta de sanción²⁴, pues a este nivel ninguna punibilidad se encuentra prevista²⁵. Por otro lado, como bajo la interpretación del Tribunal Pleno estaría-

22 *Vid. Supra.* p. 8, la referencia textual del Tribunal Pleno en la Tesis que se analiza al referir que la preocupación del Constituyente...lo condujo a establecer en la propia Constitución el tipo penal de enriquecimiento ilícito... **«con todos sus elementos integradores»**, con lo que sostiene que todos esos elementos se encuentran ya previstos a nivel Constitucional en lo que yo llamo, *para efectos didácticos de esta exposición*, como el «tipo penal constitucional» de enriquecimiento ilícito.

23 *Vid.* Nota a pie 18. Si existiera tipo penal en la Constitución Política, el Constituyente Permanente no habría incurrido en la torpeza de señalar en el propio texto constitucional que los legisladores ordinarios deberían de establecer en ley *–los casos y las circunstancias–* conforme al marco que precisó, en los cuales debía sancionarse penalmente el enriquecimiento ilícito, pues ello habría sido un grave contrasentido. **«Estos dos contenidos expresados en la Carta Magna, como no puede ser de otra manera, se encuentran en clara armonía y se complementan lo cual no podría ser así comprendido de pasar por válida la interpretación que brinda el Tribunal Pleno.»**

24 *Vid.* EDUARDO GARCÍA MAYNEZ. *Introducción al Estudio del Derecho.* (Editorial Porrúa S.A. Cuadragésimo tercera Edición. México 1992) p. 90 y s.

25 Sobre la estructura de la norma jurídico penal *Vid.* FRANCISCO MUÑOZ CONDE. *Introducción al Derecho Penal.* Colección: Maestros del Derecho Penal No. 3 (2da. Edición. Reimpresión. Editorial BdeF Ltda. Montevideo-Buenos Aires 2003) pp. 44 y ss. La interpretación del Tribunal Pleno por esta vía conduce a la aceptación de la existencia de una conducta estimada como constitutiva de delito prevista en la Carta Magna, pero a la cual no se le ha asignado

mos frente a una materia «reservada» al Constituyente Permanente y, por tanto prohibida a los legisladores ordinarios, resultaría que las distintas punibilidades previstas en los Códigos Penales de diferentes entidades federativas que han legislado sobre el mismo, al igual que la prevista en el artículo 224 del Código Penal Federal simplemente no tendrían aplicación.

También ocurriría bajo la interpretación del Tribunal Pleno que, no obstante que algún servidor público federal o estatal, sin importar el tipo de recursos que manejare y siempre que incurriese en enriquecimiento ilícito acorde con el artículo 109 fracción III párrafo tercero de la Carta Magna [pues lo contrario generaría atipicidad, ya que de existir un tipo penal constitucional solo éste cobraría aplicación] no podría ser sometido a la justicia penal, ya que para ello se requeriría de la instrucción de un proceso «cuyas bases normativas no se encuentran previstas»²⁶, como tampoco lo está «el órgano al cual le sería competente instruir esa causa»²⁷, con ello, de nueva cuenta la interpretación referida llevaría en esta materia a la *más absoluta impunidad*.

La interpretación del Tribunal Pleno *no es compartida* y esto es así por diversas razones:

a) Las disposiciones de la Constitución Política de un Estado poseen un alto grado de abstracción, que llega a su máxima amplitud respecto de las normas de principio o de ca-

ninguna consecuencia, luego, acorde con la garantía de legalidad que precisa el numeral 14 tercer párrafo de la Constitución Política el tipo penal constitucional cuya existencia sostiene el Tribunal Pleno sería de imposible aplicación.

26 El proceso penal federal que se recoge esencialmente en el Código Federal de Procedimientos Penales está diseñado para instruir procesos por delitos del orden federal, de entre los cuales no se encuentran sino los previstos en *leyes federales y en tratados internacionales, no quedando comprendidos en ellos la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, por consiguiente, nuestro sistema de enjuiciamiento penal no está diseñado para instruir causa por delitos que pudiera el Constituyente Permanente haber creado en la propia Carta Magna, lo que se antoja evidente, pues resulta *sistemáticamente impensable* que el Código Político de los mexicanos sustituya al legislador ordinario para convertirse en un ordenamiento penal; por lo mismo, no se ha previsto un procedimiento de esta naturaleza para ser instruido, -en el hipotético caso- de cometerse un delito cuyo tipo penal se hubiese previsto a nivel constitucional, lo cual impediría su juzgamiento frente a la exigencia que se desprende del artículo 14 constitucional de contar con leyes previas para ello.

27 Se trataría de juzgar penalmente a un servidor público en aplicación de un «*tipo penal constitucional*», para lo cual no se encuentran facultados los jueces de Distrito, quienes por disposición del artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación son competentes tan sólo para conocer l.- De los delitos del orden federal, siendo estos los previstos en *leyes y tratados internacionales pero no en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. La falta de un juez ordinario previamente determinado por ley al hecho, hace imposible la instrucción de un proceso por el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público cuyo tipo penal, en opinión del Tribunal Pleno, se ha previsto en la Carta Magna. Como refiere JUAN BURGOS LADRÓN DE GUEVARA. *El Juez Ordinario Predeterminado por Ley* (Primera Edición 1990. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1990) p. 12, el derecho constitucional al Juez ordinario... exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional. Pero exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por la ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente. De esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta -y que se recoge expresamente en el artículo 14.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y en el artículo 16.1 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. *Puntos suspensivos añadidos*. El caso del Poder Judicial Federal en el Estado Mexicano se encuentra fundamentado en los artículos 14 párrafo segundo, 94, 95, 96, 97, 98, 100 y 101 Constitucionales, así como los diversos 105, 106, 108, 110, 111, 112, 113, 114, 118, 119, 120, 121, 150, 151, 152, y 155 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

rácter programático, como afirman FIX ZAMUDIO/VALENCIA CARMONA²⁸ *se trata de disposiciones que en su mayor parte formalizan principios y valores que el Constituyente ha considerado esenciales para la comunidad política. Es forma de ser y de estar constituido; en ella se recogen las garantías individuales, las decisiones políticas fundamentales, la forma de gobierno que se asume, la forma de estado, la organización y funcionamiento de los poderes públicos etc; «mas no se constituye en un ordenamiento punitivo»*. Ciertamente, la Constitución Política reconoce en su normatividad diversas figuras e instituciones, pero no las reglamenta, ni siquiera está para contener ni definir sus estructuras, mucho menos para servir como Código Penal²⁹.

b) Desde la presentación de la iniciativa de reformas al texto constitucional en el año de 1982, así como en la discusión de la misma, nunca fue planteado, consecuentemente, tampoco discutido ni aprobado la creación en la Carta Magna de un tipo penal, particularmente el de enriquecimiento ilícito.

La iniciativa de reforma y la discusión de toda ella, se centró en establecer los principios y las bases a nivel constitucional en contra del combate a la corrupción de los servidores públicos, es decir, recogió una *–declaración de principios–* cuyo fundamento se encontraba en el reconocimiento que el estado mexicano hizo de la existencia del fenómeno de la corrupción en la prestación del servicio público, pero esto no se traduce en que tales principios insertados en la reforma constitucional conformen un tipo penal; sino el marco general, como norma incompleta o programática que es el artículo 109 fracción III párrafo tercero constitucional que ha de ser considerado por los legisladores ordinarios de la República Mexicana para punir en sus respectivos ámbitos de competencia el delito de enriquecimiento ilícito.

28 Vid. HÉCTOR-FIX ZAMUDIO y SALVADOR VALENCIA CARMONA. *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*. (Editorial Porrúa S.A. de C.V. México, 1999) p. 164.

29 Como refiere ARTEAGA NAVA. *Derecho Constitucional...* p. 44, un intento interpretativo de la constitución debe partir de la premisa de que ella es un documento legal, de naturaleza suprema, que prevé la organización de un estado bajo una forma determinada, específica y propia, con vista a lograr una convivencia ordenada y pacífica dispone la existencia de poderes y órganos de autoridad, con facultades, atribuciones, limitaciones y prohibiciones y establece derechos a favor de los individuos. FIX ZAMUDIO/VALENCIA CARMONA *Ibidem*. p. 41, tras señalar que el derecho constitucional cubre un dominio muy vasto, refieren que éste engloba un conjunto de reglas que fundan al Estado, determinan su forma, le procuran su estructura y sus principios de organización. *Todos estos postulados básicos deben ser desenvueltos por la legislación ordinaria*; por eso se ha dicho que la Constitución imprime al Estado su *“arquitectura constitucional”* que tiene que ser complementada en su detalle por la legislación de los niveles inferiores. *Cursivas añadidas*. MIGUEL ANGEL APARICIO PÉREZ. “Modelo Constitucional de Estado y Realidad Política” en Perfecto Andrés Ibáñez, Luigi Ferrajoli, Miguel Ángel Aparicio Pérez, Salvatore Senese, Miguel Ángel García Herrera, Pier Luigi Zanchetta, Giuliano Turone, Clemente Auger Liñán, Michele Taruffo y Ernesto Pedraz Penalva. *Corrupción y Estado de Derecho. El Papel de la Jurisdicción*. (Editorial Trotta S. A. Madrid 1996) p. 30, refiere que, la constitución no es identificable con el resto de las normas jurídicas. No sólo porque en su interior existen preceptos *puramente valorativos, mandatos incompletos* (recuérdese la ya clásica distinción de Alejandro Nieto entre normas completas e incompletas) o *normas de programación final* (es decir, directrices a los poderes públicos para que lleven a cabo una determinada política en ámbitos concretos –pleno empleo, desarrollo económico, medio ambiente, salud, etc.–, sino también porque, ante todo, es un documento político que pretende nada menos que organizar el funcionamiento del aparato estatal y de la sociedad misma. *Cursivas añadidas*. Cfr. CONRADO HESSE. “Constitución y Derecho Constitucional” en BENDA, MAIHOFFER, VOGUEL; HESSE y HAYDE. *Manual de Derecho Constitucional*. (Segunda Edición, prologomena y traducción de Antonio López Piña. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2001) p. 5.

El Constituyente Permanente consciente que su función en la reforma constitucional no es la de generar en la Carta Magna tipos penales; al ocurrir la reforma de 1982 no se dio a la tarea de asumir la función penal nada deseable a tal investidura «pues ciertamente la Constitución Política está muy por encima de ello», sino que, tan solo plasmó en la misma –*un mandato*– a los órganos legislativos federal y estatales para que generaran las normas conducentes a fin de sancionar en los distintos ámbitos los actos de corrupción de los servidores públicos y en ello, sancionar penalmente el enriquecimiento ilícito, tan es así que, acorde con los principios que inspiraron la reforma constitucional se quiso destacar la necesidad de sancionarlo «*como base de sanción para acabar con cualquier duda que pudiese existir sobre el imperativo de sancionarlo*»³⁰, es decir, dejó claro que tal comportamiento debía ser castigado, entre otros, por vía penal, para lo cual quedó a cargo de los poderes legislativos federal y estatales la generación de las normas conducentes a la previsión de –*en qué casos y bajo qué circunstancias*– debía punirse el enriquecimiento ilícito; es por esta razón que cada legislatura estatal, como el Congreso de la Unión observando –el mandato– en cita, debían proceder a dar nacimiento en su legislación al tipo penal correspondiente³¹, como una interpretación clara del principio de legalidad, pues cierto es, que en relación con el derecho a la legalidad penal, esta comprende como uno de sus aspectos, la garantía referente a la necesidad de una pre-determinación normativa suficiente de la conducta o conductas a través de su precisa tipificación dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora³².

c) El propio Constituyente en la *reforma* anotada, congruente con el pacto federal precisó en el artículo 109 primer párrafo que:

“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**”:

De esta manera, fue claro en señalar que quedaba en manos del Poder Legislativo Federal como de las legislaturas de los estados expedir las leyes en materia de responsabilidad de servidores públicos, pero además las –*normas conducentes*– a sancionar a quien siendo servidor público incurra en responsabilidad, de acuerdo con las prevenciones que el mismo precepto señala y en ellas, respecto del aspecto penal la fracción III en su tercer párrafo dice:

30 *Vid. Supra.* p. 2.

31 *Vid. Infra.* pp. 28 a 35.

32 Sobre el mismo *Vid.* FERNANDO VELÁZQUEZ V. “Los Principios y Garantías Penales en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal Mexicano de 2002”, en *Comentarios en torno al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.* (Moisés Moreno Hernández y Rodolfo Félix Cárdenas. Coord). (Editorial *Ius Poenale*, México 2003) pp. 107 a 118.

“III-.....las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se **deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito.....**”

Se tiene entonces que, la facultad para legislar en *materia penal* tratándose de enriquecimiento ilícito, que por disposición constitucional la tienen asignada el Congreso de la Unión y legislaturas estatales³³ se quiso mantener para esos órganos legislativos, a quienes además, el Poder Reformador de la Constitución en la mencionada reforma y en el propio artículo 109 constitucional les dirigió un –mandato–, precisamente el de punir el enriquecimiento ilícito, y para ello les señaló como marco legal a observar el siguiente: **punir –los casos y las circunstancias–** en que el «aumento sustancial del patrimonio» debe ser considerado como enriquecimiento ilícito; **punir –los casos y las circunstancias–** en que «la adquisición de bienes» debe ser considerada como enriquecimiento ilícito; **punir –los casos y las circunstancias–** en que «la conducción como dueño respecto de los bienes» debe ser considerada como enriquecimiento ilícito; y en todo caso, «el no poder acreditar su procedencia lícita»; de esta manera no les dejó opción en elegir si en su ámbito competencial debían o no punir el enriquecimiento ilícito, sino muy por el contrario –los conminó a hacerlo–³⁴, pues a tal efecto la iniciativa propuso configurarlo constitucionalmente, según he referido «como base de sanción para acabar con cualquier duda que pudiese existir sobre el imperativo de sancionarlo»³⁵, así todos los legisladores del país quedaron obligados, siguiendo la directriz marcada por el Constituyente Permanente a generar los correspondientes tipos penales para sancionar por esta vía el denominado delito de enriquecimiento ilícito. De esta manera, el Constituyente Permanente acotó entonces desde el artículo 109 fracción III tercer párrafo de la Carta Magna lo que debía ser observado por los legisladores ordinarios para generar en el ámbito de sus respectivas competencias los correspondientes tipos penales de enriquecimiento ilícito³⁶.

Queda claro que, no se está en presencia de una materia reservada para el Constituyente Permanente, pues, *contrario sensu* de como sostiene el Tribunal Pleno, **ningún «tipo penal constitucional» fue creado en la reforma en comento**, sino que congruente con el pacto federal esta facultad quedó en manos de los legisladores ordinarios federal y estatales y ello se ve reflejado desde la iniciativa de reformas a la Constitución Política que presentó el ejecutivo federal que en su parte conducente respecto de la reforma propuesta al artículo 109 señaló³⁷:

“En consecuencia con el más estricto respeto a la soberanía de los Estados que integran nuestro Pacto Federal, pero reflejando, de **acuerdo con los principios de nuestra democracia, las demandas de**

33 Dadas las previsiones de los artículos 73 fracción XXI y 124 de la Carta Magna.

34 *Vid. Infra*, pp. 28 y 30. Los legisladores de los estados de Aguascalientes, Baja California, Hidalgo, Nuevo León y Tlaxcala no han legislado al respecto y quienes si lo han hecho, no han observado el mandato constitucional.

35 *Vid. Supra* p. 2 y Nota a pie 7.

36 *Vid. Supra* Nota a pie 9.

37 *Vid.* Iniciativa de reformas en CÁRDENAS RÍOSEC. *Enriquecimiento Ilícito...* p. 81.

nuestro pueblo, la iniciativa propone que el Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, dentro de los ámbitos de sus respectivas competencias, establezcan las responsabilidades exigibles política, penal y administrativamente por el incumplimiento de las obligaciones para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, economía y cada vez que los servidores públicos deben observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones”.

Resulta por demás evidente que el Constituyente Reformador jamás tuvo en mente reformar la Constitución para prever en ella un tipo penal, sino mas bien para dar las bases de lo que vendría a ser una futura reforma en diversos ámbitos, entre ellos el penal, a fin de combatir el fenómeno de la corrupción de los servidores públicos. El artículo 109 fracción III párrafo tercero de la Carta Magna lo que hizo fue plasmar mediante una norma incompleta, programática (que no un tipo penal) los principios que inspiraron parte de la campaña política de Miguel de la Madrid Hurtado relativos al combate a la corrupción pública y, de esta manera estableció en ella tan sólo el marco normativo que serviría de base a los legisladores ordinarios para establecer en sus Códigos Penales los *casos y circunstancias* en que debía sancionarse penalmente al servidor público por enriquecimiento ilícito, para lo cual les señaló, eso sí, desde el texto constitucional la directriz a seguir al «precisar a este nivel el marco legal para punir el enriquecimiento ilícito», siendo dicha exigencia constitucional la de precisar en la ley ordinaria *–los casos y las circunstancias–* en los que el «aumento sustancial del patrimonio», debe ser considerado como enriquecimiento ilícito; *–los casos y las circunstancias–* en que «la adquisición de bienes» debe ser considerada como enriquecimiento ilícito; *–los casos y las circunstancias–* en que «la conducción como dueño respecto de los bienes» debe ser considerada como enriquecimiento ilícito; y en todo caso, «el no poder acreditar su procedencia lícita». Se trata, como se ve, de una exigencia de generar los correspondientes tipos penales de enriquecimiento ilícito considerando ambos aspectos, es decir, tanto el incremento sustancial del patrimonio, la adquisición de bienes o la conducción respecto de ellos como dueño, pero además la no justificación de su procedencia lícita.

Por otro lado, esos *–casos y circunstancias–* que para la formulación de los tipos penales el Constituyente Permanente encomendó a los legisladores ordinarios, no son sino la previsión en ley de los supuestos fácticos y la realización de los mismos que sean comprensivos del aumento sustancial del patrimonio, o bien, de la adquisición de bienes, o de la conducción respecto de los mismos como dueño que deban ser considerados como punibles *–a título de enriquecimiento ilícito–*; pues resulta claro que no siempre el origen del aumento sustancial del patrimonio, o de la adquisición de bienes o de la conducción en cuanto a ellos como dueño puede ser así estimada, ya que, en ocasiones el mismo podrá ser lícito (como por ejemplo si deviene de una herencia o de un premio obtenido en una lotería), o bien podrá ser ilícito pero no penal (como derivado de un pago de lo indebido en una relación meramente contractual en la esfera privada del servidor público), o bien punible por hecho delictivo diverso (como que el servidor público vea incrementado su patrimonio porque en su esfera privada ha omitido el pago de una contribución al fisco federal, o bien, porque se encuentra bajo el supuesto de alguno de los delitos que se contemplan en

el Título Décimo del Código Penal Federal). De esta manera, el comportamiento prohibido ha de encontrarse en la previsión legal de esos *–casos y circunstancias–* considerados como punibles respecto del aumento sustancial del patrimonio, de la adquisición de bienes o de la conducción respecto de estos como dueño, la cual quedó en manos de los legisladores ordinarios; pues sin ello, ningún tipo penal de enriquecimiento ilícito podría ser construido acorde con el mandato constitucional, ya que resulta evidente, que ni el aumento sustancial del patrimonio, ni la adquisición de bienes ni la conducción respecto de estos como dueño constituyen en sí mismos enriquecimiento ilícito.

Así, los legisladores ordinarios estatales y federal, debían crear en sus respectivos Códigos Penales el tipo penal de enriquecimiento ilícito acorde con el marco que brinda el artículo 109 fracción III párrafo tercero constitucional, por lo que sólo podían sancionar como tal *–los casos y las circunstancias–* sobre la base acotada por el Constituyente Permanente, de ahí que, al generar sus tipos penales se obligaban a observar este marco no pudiendo entonces sancionar como enriquecimiento ilícito cuestión distinta. De esta manera, el determinar cuando se podía estar bajo el supuesto de “aumento sustancial del patrimonio” o sea, en que *–casos y en que circunstancias–* éste habría de ser punible como enriquecimiento ilícito o bien, en cuales sería punible como enriquecimiento ilícito la adquisición de bienes, o cuando podría serlo el conducirse respecto de los mismos como dueño quedó en manos de los legisladores ordinarios, los que así tenían que generar el correspondiente tipo penal de enriquecimiento ilícito, exigencia a la que se suma «la no justificación de la lícita procedencia del aumento sustancial del patrimonio o de los bienes»; sólo de esta forma podría darse cumplimiento al artículo 109 fracción III párrafo tercero de la Carta Magna referido.

d) Porque, si el Constituyente Permanente hubiera tenido la intención de incorporar al texto Constitucional un tipo penal, no sólo ello habría sido materia de la iniciativa de la reforma constitucional enunciada, parte de su discusión y aprobación, sino que, no habría plasmado en el artículo 109 constitucional la referencia a que “*el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados expedirán en sus respectivas competencias las leyes de responsabilidades de servidores públicos y que las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito*” pues ello habría *–violentado el pacto federal–* al permitir que diferentes normas sancionaran penalmente el enriquecimiento ilícito, no obstante que el tipo penal se habría previsto ya a nivel constitucional, propiciando lo que *sistemáticamente* vendría a ser una contradicción, pues al primar siempre la aplicación del precepto constitucional ningún sentido tendría la generación de normas ordinarias (federal o estatales) que contuvieran el mismo supuesto normativo (el tipo penal de enriquecimiento ilícito) ya que en tal caso, simplemente estas no tendrían aplicación.

e) Porque, de haber querido el Constituyente Permanente prever un tipo penal en la Carta Magna, en ésta misma habría previsto *–los casos y las circunstancias–* bajo los cuales el enriquecimiento ilícito sería punible, precisando a este nivel la conducta o conductas

que estimara constitutivas del mismo, así como los supuestos de su realización para tenerlas como punibles.

f) Porque si en verdad se hubiere creado un tipo penal en la Constitución Política de los mexicanos, su materia habría quedado reservada al Constituyente Permanente, en este contexto, como entender que en una reforma de tal trascendencia al Poder Reformador de la Constitución se le hubiere olvidado prever la punibilidad para ese delito y, más aún, que se hubiere atrevido a reformar la Constitución Política para crear en ella un tipo penal que sabría no tendría aplicación al resultar legalmente imposible la instrucción de un proceso penal por tal delito ante la carencia de la normativa procesal que contemplare el supuesto y la falta de un juez predeterminado por ley para ello³⁸.

No existe por tanto, un tipo penal de enriquecimiento ilícito en el artículo 109 fracción III párrafo tercero de la Constitución Política de los mexicanos. A nuestro entender, la tesis que se comenta no encuentra ningún respaldo que la justifique en tanto que, la misma se aparta del texto constitucional, en este sentido, la decisión del Tribunal Pleno que arribó a la misma no puede ser tenida por confiable³⁹.

2. ¿Es correcto afirmar que el artículo 224 párrafo primero en su parte primera del Código Penal Federal reprodujo de manera esencial los elementos del tipo penal de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 109 fracción III párrafo tercero constitucional?

El Tribunal Pleno sostiene que el artículo 224 en la parte primera de su primer párrafo del Código Penal Federal en realidad *reprodujo o trasladó de manera esencial* los elementos que el Constituyente Permanente estimó necesarios para «proteger el patrimonio del Estado, combatir la corrupción y reforzar la moral dentro de la administración pública»⁴⁰, por lo que sostiene que aquel precepto reiteró en forma similar el tipo penal creado por el Constituyente Permanente en el artículo 109 fracción III párrafo tercero de la Carta Magna.

A este respecto, en la parte conducente de la Tesis que se analiza, el Tribunal Pleno dice lo siguiente:

“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**

38 *Vid. Supra* pags. 9 y 10 y Notas a pie 24, 25 y 26.

39 *Vid. Supra* Nota a pie 3.

40 Esto corrobora como he afirmado que en el artículo 109 Constitucional fracción III párrafo tercero no existe un «tipo penal» sino que esa norma recogió los principios, respecto del combate contra la corrupción pública, que fueron uno de los pilares de la campaña política del ex mandatario Miguel de la Madrid Hurtado; no cabe duda, se está frente a una norma programática, incompleta, marco o base a seguir para la generación de los correspondientes tipos penales de enriquecimiento ilícito a cargo de los legisladores ordinarios del país y no frente a un tipo penal constitucional.

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".

No cabe duda. Esos elementos necesarios que sostiene el Tribunal Pleno que el Constituyente Permanente consideró y que dice fueron reproducidos o trasladados de manera esencial en el artículo 224 en la parte aludida del Código Penal Federal, no son sino expresión de la norma programática e incompleta prevista en el artículo 109 fracción III párrafo tercero de la Carta Magna.

Ahora, si fuera válida, lo que no se acepta, la interpretación del Tribunal Pleno que sostiene la existencia de un «tipo penal constitucional», el Congreso de la Unión no habría podido legislar para crear un tipo penal de enriquecimiento ilícito en el artículo 224 párrafo primero en su parte primera del Código Penal Federal pues, como se ha referido, ello sería «materia reservada» al Constituyente Permanente, entonces, el Tribunal Pleno cae en contradicción en la tesis que se analiza.

Además, en el supuesto no concedido que existiera un tipo penal en la Constitución Política, que por si fuera poco, contendría en su descripción *todos sus elementos integradores*⁴¹ estaríamos necesariamente, según se ha visto, frente a un «tipo cerrado» pues dichos elementos integradores –además de ser todos–, ya habrían sido dados por el Poder Reformador de la Constitución en su artículo 109 fracción III párrafo tercero, luego, el legislador ordinario penal federal no podría sino legislar para prever *–los casos y las circunstancias–* que, bajo esa interpretación, no podrían trastocar ningún elemento típico⁴² de aquel; siendo esto así, si como ahora interpreta el Tribunal Pleno, el Congreso de la Unión –trasladó o reprodujo– lo esencial del artículo 109 fracción III párrafo tercero de la Constitución Política *–reiterando en forma similar–* su contenido típico; entonces –aceptando, *sin conceder* que existiera el aludido tipo penal constitucional–; de la interpretación motivo de análisis habría que concluir que el mencionado traslado *–además de prohibido–* no lo habría hecho el legislador ordinario federal en *–forma idéntica–* puesto que *–ni lo esencial ni lo similar implican lo idéntico–* entonces, con una norma así generada por el Congreso de la Unión se habría violentado el artículo 135 de la Carta Magna pues los elementos integradores del «tipo penal constitucional» cuya

41 La Constitución Política no recoge en el artículo 109 fracción III párrafo tercero ningún elemento de un tipo penal, pues para ello, no solo habría sido necesario que el Constituyente Permanente al reformar el texto de la Carta Magna se hubiera avocado a generar tal tipo en la propia Constitución Política «lo que nunca hizo», luego, es inexacto sostener que ahí se enuncian elementos típicos; por otro lado, el que en ese texto se mencione que se habrá de sancionar al servidor público que durante su empleo, cargo o comisión incurra en enriquecimiento ilícito no deja de ser sino un simple enunciado que recoge la declaración de principios de la campaña del licenciado Miguel de la Madrid Hurtado en cuanto a la necesidad de sancionar penalmente el enriquecimiento ilícito, quedando, como lo es, a nivel de norma programática e incompleta «no de tipo penal», de ahí que sea desacertado sostener que las referencias que aparecen en la misma son elementos de un tipo penal que como se ve, simplemente no existe.

42 *Vid. Supra* pp. 7 a 9, como ya se ha referido, a esto conlleva la interpretación del Tribunal Pleno cuyo final no es sino un callejón sin salida.

existencia sostiene el Tribunal Pleno no podrían ser alterados a no ser que lo fuera por vía del propio artículo 135 de la Carta Magna y como, el artículo 224 en la parte primera de su primer párrafo del Código Penal Federal no sería copia fiel ni exacta del referido precepto constitucional sino algo *–meramente similar–* ello se traduciría en una *–alteración de los contenidos típicos del artículo 109–* mencionado, pues al tratarse de *–lo similar más no de lo idéntico–* algo «faltaría o sobraría» en ese precepto. Como se ve, de nueva cuenta la interpretación que se ofrece en la tesis que se analiza carece de sustento, lo cual, obedece sin duda al hecho equivocado de pensar que en el artículo 109 fracción III párrafo tercero del Código Político de los mexicanos existe previsto un tipo penal.

Pues bien, como sostenemos, partiendo de la base que no existe ningún «tipo penal constitucional» de enriquecimiento ilícito⁴³; afirma ahora el Tribunal Pleno que el legislador ordinario penal federal habría *–reproducido o trasladado los elementos integradores del artículo 109 fracción III párrafo tercero de la Carta Magna en el diverso 224 parte primera de su primer párrafo del Código Penal Federal–*. De pasar por válida esta interpretación habría que concluir, sin duda, que el referido numeral ordinario *–no contempla ningún tipo penal–*, ya que, si como se ha visto el Constituyente Permanente no creó en el artículo 109 fracción III párrafo tercero de la Carta Magna un tipo penal, muy por el contrario, dicha norma lo que hizo fue recoger *–los principios–* que inspiraron la reforma constitucional de 1982 respecto de la renovación moral y el combate a la corrupción, dando lugar a una norma programática, incompleta, marco o base; ocurre entonces que su *–reproducción o traslado esencial–* en el artículo 224 primer párrafo en su parte primera referido, se traduciría inequívocamente en *–una inserción de dicha norma en ese precepto–*, mas no en el traslado al mismo de supuestos elementos integradores de una *–figura delictiva inexistente–* (tipo penal constitucional de enriquecimiento ilícito) de lo que resulta que, el contenido del mencionado artículo 224 de la Ley Adjetiva Penal Federal aludido «no vendría a constituirse en una norma cuya función hubiese sido la de crear un mandato o una prohibición dirigidos a sancionar penalmente su inobservancia», es decir, «un tipo penal» sino, por el contrario, se estaría frente a una norma que a *–segundo nivel–* estaría volviendo a reiterar el reconocimiento del estado mexicano acerca del fenómeno de la corrupción en el servicio público y la necesidad de sancionarlo por vía penal y esto, no viene a constituir un tipo penal⁴⁴. El artículo 224 referido no es sino la reproducción esencial *–aun y cuando sea parcial–* de la norma programática, incompleta, marco o base contenida en la fracción III párrafo tercero del artículo 109 Constitucional; pues tal y como acepta el Tribunal Pleno, el artículo 224 del Código Penal

43 Recuérdese, no obstante, que aseverar la existencia de un tipo penal constitucional fue el punto de partida del Tribunal Pleno en la generación de la Tesis que se comenta, ello no es ahora conteste con su nueva aseveración pues si existe un «tipo penal constitucional» ninguna razón tendría en hacer referencia a un «diverso tipo penal correspondiente a la misma figura delictiva» pero previsto en la ley ordinaria.

44 El único acierto que concedemos en su interpretación al Tribunal Pleno es en señalar lo que si existió en verdad, esto es, que el legislador ordinario penal federal trasladó el contenido esencial de la fracción III párrafo tercero del artículo 109 de la Carta Magna, que no constituye un tipo penal, sino una declaración de principios plasmados en una norma incompleta y programática llevados a ese nivel derivados del ofrecimiento que en campaña hacia la presidencia de la República hiciera el licenciado Miguel de la Madrid Hurtado, para combatir la corrupción en el servicio público.

Federal en su parte que se comenta –es coincidente esencialmente– en sus elementos a los que se contienen en la fracción III párrafo tercero del artículo 109 aludido pues aquel, *en realidad reprodujo o trasladó de manera esencial a su texto esos elementos*⁴⁵.

La interpretación del Tribunal Pleno en análisis *tampoco es compartida*, y no lo es, por lo siguiente:

a) Ciertamente, como refiere CEREZO⁴⁶ los tipos penales se forman a partir de abstracciones de la vida real así, la generación de un tipo penal exige del recogimiento que haga el derecho de un “ente” para convertirlo en objeto de interés jurídico, a lo que se denomina como “bien jurídico” que, tras ser valorado por el legislador y encontrar que requiere de una mayor tutela como lo es por vía de la –sanción penal–, se eleva a la categoría de bien jurídico penalmente tutelado y esa valoración se ha de comprender en una norma jurídica en la que se establecerá la materia de prohibición⁴⁷, consecuentemente a decir de ZAFFARONI⁴⁸ hay una prelación lógica: valoración jurídica (bien jurídico) –norma prohibitiva– (conducta prohibida, desvaloración jurídica); dicho de otra manera, *«los tipos penales no surgen de la nada como tampoco se constituyen o traducen en una declaración de principios, ni en la transcripción del contenido de una norma incompleta o programática»*.

Asiste razón a COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON⁴⁹ al precisar que los tipos penales que ante todo son *tipos de injusto*, son el concepto básico del sistema del delito al determinar, bien en forma positiva, bien negativa todo cuanto interesa al Derecho Penal. Por ello, *«la generación de los tipos tiene un sustento y un fundamento distinto que recobrar y/o reproducir una serie de principios que fueron captados por otra norma por naturaleza programática e incompleta, marco o base»*, como una norma constitucional cuya característica precisamente es la de estar construida mediante *preceptos puramente valorativos, mandatos incompletos o normas de programación final* pues para la generación de aquéllos se consideran diversos elementos inspirados precisamente en cierta Política Criminal que vendrán a establecer las características externas o internas de la conducta punible. La generación de un tipo penal exige un proceso de abstracción, desde la selección del “ente” mismo que habrá de recibir tutela penal, hasta el nacimiento de la norma generada para ello que subyace al tipo, pero que, se conoce a través de este. En ese proceso existe una *–ineludible valoración–* orientada por una determinada Política Criminal, de esta manera *no es aceptable concluir que un tipo penal sea la representa-*

45 Esto es tan evidente que incluso el Tribunal Pleno en la tesis que se comenta, no tiene más remedio que así reconocerlo.

46 *Ob. cit.* pp. 110 y ss.

47 *Vid.* ZAFFARONI *Ibidem.* p. 215 refiere que, de este modo, el interés jurídico tiene un signo positivo cuando hace de un ente un *objeto de valor jurídico* (bien jurídico), manifestándose esta valoración en normas que prohíben conductas que le afecten, con lo cual estas conductas devienen objetos de interés jurídico con signo negativo, o sea, *objetos de desvalor jurídico* (conductas prohibidas). *Cursivas y paréntesis en texto original.*

48 *Loc. cit.*

49 *Vid.* MANUEL COBO DEL ROSAL y TOMÁS S. VIVES ANTON. Derecho Penal. Parte General (5ª. Edición corregida, aumentada y actualizada. Tirant lo Blanch, Valencia 1999) p. 312.

ción de una serie de principios, ideas, manifestaciones, postulados etc, recogidos en otro apartado del sistema, sino la descripción de una conducta como acreedora de pena, a lo que se llega, como se ha dicho, después de un proceso de abstracción, «no de la reproducción o traslado de los elementos contenidos en una norma que por naturaleza es puramente valorativa, incompleta o de programación final»⁵⁰, como lo es el artículo 109 fracción III párrafo tercero de la Carta Magna.

Si como sostiene el Tribunal Pleno el artículo 224 en la parte primera de su primer párrafo del Código Penal Federal se configura por una *–reproducción o traslado esencial–* que al mismo se hizo de los principios que recogió el Constituyente Permanente en el artículo 109 fracción III párrafo tercero de la Carta Magna y que fueron los que inspiraron la comentada renovación moral de la sociedad, entonces, aquel precepto «no es un tipo penal» sino «la repetición de una norma incompleta, programática, marco o base» que recoge esos «principios» inspiradores del combate a la corrupción de los servidores públicos. No obstante, bajo la interpretación que brinda el Tribunal Pleno, el artículo 224 en su parte mencionada del Código Penal Federal habría sido generado en ese contexto como *–una copia–* “prácticamente fiel” pero *–también incompleta–*⁵¹ del mencionado precepto constitucional, no cumpliendo con ello la función que sistemáticamente se tiene asignada a un tipo penal. Precisamente por ser una copia *–como aquí si acierta en señalar el referido Tribunal–*, es repetición esencial a segundo nivel de la norma programática, incompleta, marco o base recogida en el aludido numeral garante, luego, el artículo 224 mencionado en su parte primera de su primer párrafo no contiene un tipo penal.

b) No existe un «tipo penal constitucional de enriquecimiento ilícito»; siendo así, si el legislador ordinario federal legisló dando lugar al artículo 224 del Código Penal Federal, en su actividad «no reprodujo ni trasladó elemento típico alguno» que estuviere previsto en la Constitución, por la evidente razón que el artículo 109 fracción III párrafo tercero de la Carta Magna **no contiene ningún tipo penal.** Lo que ocurrió fue que el legislador ordinario copió parte esencial del contenido de esa norma programática, incompleta, que se nutre de la *–declaración de principios–* que inspiraron la campaña presidencial del ex mandatario Miguel de la Madrid Hurtado respecto del combate a la corrupción pública que se contiene en el referido artículo constitucional contrariando así el espíritu de la reforma comentada, pues su verdadera función habría sido legislar en la materia generando el tipo penal de enriquecimiento ilícito, tras precisar en ley *–los casos y las circunstancias–* en que “el aumento sustancial del patrimonio” debía ser sancionado como enriquecimiento ilícito; *–los casos y las circunstancias–* en que “la adquisición de bienes” debía ser sancionada como enriquecimiento ilícito; también en que *–casos y circunstancias–* “el conducirse como dueño respecto de dichos bienes” debía ser

⁵⁰ Vid. *Supra* Nota a pie 29, con referencia a APARICIO PÉREZ.

⁵¹ Es así, puesto que el Congreso de la Unión al legislar el artículo 224 del Código Penal Federal reprodujo una parte de la fracción III párrafo tercero del artículo 109 de la Carta Magna, aun y cuando lo que reprodujo es esencialmente de igual contenido.

sancionado como enriquecimiento ilícito y en todo caso, “la no acreditación de la licitud de su procedencia”⁵², lo que desde luego, no ha llevado a cabo.

Por otro lado, la referencia a que ese aumento sea –sustancial– implica que, para la generación de los tipos penales, el Constituyente Permanente estimó que no todo aumento del patrimonio podría ser considerado como enriquecimiento ilícito, sino sólo el que reuniera esa característica, dejando con ello un espacio de impunidad al menos por lo que toca a ese pretendido delito tras aceptar que, el aumento no sustancial no podría ser considerado como tal. Por esta razón, la determinación en ley ordinaria de los –*casos y las circunstancias*– que harían punible el enriquecimiento ilícito conforme al marco acotado por el Poder Reformador de la Constitución precisa de su presencia para poder configurar un tipo penal, pues no sólo en ello vendría prevista la conducta constitutiva del delito en cuestión a través de la precisión de los hechos que se estimaran punibles, como de las circunstancias en que habrían de ser realizados para poder ser estimados como enriquecimiento ilícito, sino a la vez, permitiría determinar ese espacio entre –lo sustancial y lo que no lo fuere–, atento a la exigencia de certeza jurídica como expresión de la necesaria taxatividad que se exige en la generación de tipos penales⁵³.

c) Para legislar en materia penal, la Federación como las legislaturas estatales se encuentran facultadas por el Poder Constituyente; no obstante, como se ha visto, el Poder Reformador de la Constitución en la reforma constitucional de 1982 no dejó a elección de los aludidos legisladores decidir si en su ámbito competencial habrían o no de legislar en esta materia, muy por el contrario –*les conminó*– a hacerlo debiendo seguir en ello la línea trazada por el mismo⁵⁴.

Como no podría haber sido de otra manera, el Constituyente Permanente confió a la ley la determinación de –*los casos y las circunstancias*– en los que se debía sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito pues como refiere BUNSTER⁵⁵, *la ley*

52 *Vid. Infra*, pp. 29 y 30 y Notas a pie 78 y 79. El Constituyente exigió la generación de un tipo en que se consideraran todos esos aspectos, pues el marco que acotó en el artículo 109 fracción III párrafo tercero *además* del incremento sustancial del patrimonio, de la adquisición de bienes o de su conducción como dueño, *exige la no acreditación de su lícito aumento o procedencia*.

53 Como expresión clara de la garantía de legalidad. Para nosotros se impone que, de llegarse a generar los tipos penales de enriquecimiento ilícito, los legisladores ordinarios deben adoptar un concepto normativo de lo que se considere como «sustancial» en cuanto al aumento del patrimonio.

54 Ello no implica copiar el texto del artículo 109 fracción III párrafo tercero constitucional, sino sobre el marco acotado por esa disposición elaborar el tipo penal de enriquecimiento ilícito previendo en la correspondiente norma los *casos y las circunstancias* que darían lugar a su comisión.

55 *Vid.* ALVARO BUNSTER. “La Responsabilidad Penal del Servidor Público”. ALVARO BUNSTER, JOSÉ BARRAGÁN, HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, MANUEL GONZÁLEZ, JOSÉ DE JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ, JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ. *Las Responsabilidades de los Servidores Públicos*. (Manuel Porrúa S.A. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G. ESTUDIOS DOCTRINALES, Num. 88, México 1984) p. 24 y *s.*, refiriéndose a *la ley* señala que esta, por lo tanto, *no estaba obligada a reproducir meramente al precepto constitucional en esta materia; antes bien, estaba obligada a no hacerlo*, pues la Constitución le ordenaba, para acuñar el o los tipos de enriquecimiento ilícito, fijar los casos y circunstancias en que éste se entendía configurado, con el respeto debido al mandato constitucional contenido en el tercer párrafo de la carta fundamental de no imponer pena alguna decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, lo que, visto desde el ángulo de la ley penal y no del hecho subsumible en ella, implica el mandato de hacer leyes en que se describa precisa, minuciosa y claramente la conducta inculpinable. *Cursivas añadidas*.

no estaba obligada a reproducir meramente al precepto constitucional en esta materia; antes bien, estaba obligada a no hacerlo. El mencionado poder reformador fue enfático al señalar en el artículo 109 de la Carta Magna reformado que:

“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: III.-.....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 sustancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar”.

Por ello, la creación de los tipos penales de enriquecimiento ilícito en cada entidad federativa, como en el ámbito federal, fiel al pacto de nuestra federación, quedó en manos de las correspondientes legislaturas estatales y del Congreso de la Unión según sus respectivas competencias, de tal forma que, cada uno de esos cuerpos legislativos orientado en el sentido que inspiró la reforma constitucional referida, mas no bajo la instrucción de hacer literalidad, traslación o transcripción del contenido de la fracción III del párrafo tercero del artículo 109 Constitucional, aún y cuando ello fuese tan solo en su parte esencial, «quedó obligado a punir el enriquecimiento lícito», fijando a su entender, pero tomando como eje rector el marco normativo referido en dicho precepto constitucional, *–los casos y las circunstancias–* en que se habría de tener por configurado el mismo.

La referencia a la necesidad de sancionar penalmente el enriquecimiento ilícito del servidor público que surge del texto constitucional, así como la que se recoge en la parte primera del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal, no es sino una mera declaración en el sentido de *–sancionar penalmente al servidor público que en su empleo cargo o comisión incurra en enriquecimiento ilícito–* pues aludir a ello no conforma un tipo penal, como no lo es, por ejemplo, decir que deba sancionarse a quien defraude al fisco federal, o a quien incurra en operaciones con recursos de procedencia ilícita, o bien, a quien cometa fraude financiero, o lo que es lo mismo, repito, *–al servidor público que en su empleo, cargo o comisión incurra en enriquecimiento ilícito–*, pues mientras el legislador no precise en ley que elementos lo constituyen para configurar su tipo penal, no podremos afirmar que éste exista, de ahí que, acertadamente el Constituyente Permanente encomendara a los legisladores ordinarios prever en ley *–los casos y circunstancias–* en que habría de considerarse como punible el enriquecimiento ilícito, pues sin duda; *–así como un muerto no es el homicidio–*; el enriquecimiento ilícito tampoco es comprensivo de la conducta que el Poder Reformador de la Constitución determinó debía de ser sancionada por vía penal; como tampoco el aumento sustancial del patrimonio o la adquisición de bienes, o bien, la conducción respecto de los mismos como dueño pueden ser considerados *per se*, como el enriquecimiento ilícito mismo que debió punirse⁵⁶.

⁵⁶ Vid *Supra* pp. 14, 15, 20 y 21.

Es evidente que el legislador ordinario federal al legislar el artículo 224 del Código Penal Federal referido no cumplió con –el mandato– del Constituyente Permanente que, como se ha visto, instruyó a este, como a las legislaturas estatales para sancionar penalmente el enriquecimiento ilícito del servidor público; pues no construyó ningún tipo penal en el referido precepto ya que se dedicó a transcribir como tal parte esencial de una norma incompleta o programática como es la fracción III párrafo tercero del artículo 109 de la Carta Magna, sin prever en forma alguna –*los casos ni las circunstancias*– bajo las cuales podría tenerse como penal el enriquecimiento ilícito. Incluso, en la propia iniciativa de reforma al entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, el ejecutivo en turno señaló⁵⁷:

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.

Se tiene entonces que, los principios recogidos por el texto constitucional en el artículo 109 fracción III párrafo tercero de la Carta Magna, que fraguaron en dicho precepto para constituir la norma programática, incompleta, marco o base que es, se recogieron en el artículo 224 del Código Penal Federal sin que fueran previstos –*los casos y circunstancias*– ya aludidos, luego entonces, este último precepto, en la parte primera de su primer párrafo es, a segundo nivel, la consagración de esa norma constitucional, lo que, como se ha dicho, no viene a constituir un tipo penal.

Por el contrario, DIAZ ARANDA⁵⁸ considera que si existe tipo penal, que califica como «abierto», aceptando la posibilidad de su complementación por vía judicial, luego

57 Vid. CÁRDENAS RIOSECO. *EL Enriquecimiento Ilícito*... p. 102.

58 Vid. *Enriquecimiento ilícito*... p. 105 a 107. Esta postura no es compartida pues como hemos referido para nosotros el precepto ordinario de referencia no contiene tipo penal alguno, luego, no se está en presencia de un tipo abierto, menos es aceptable la labor integradora del juzgador al caso. Cfr. del mismo DIAZ-ARANDA. *Derecho Penal. Parte General*. (Conceptos, principios y fundamentos del Derecho Penal Mexicano conforme a la Teoría del delito Funcionalista Social). Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica. No. 6 (Editorial Porrúa S. A., México 2003) p. 64 y s, *que recientemente ofrece una postura distinta* al sostener que se está en presencia de un *tipo penal en blanco* (ya no de un tipo abierto) y en el que no se describe la conducta a través de la cual el servidor público incrementa su patrimonio... por lo que contraviene el principio de legalidad y la garantía de certeza jurídica porque no determina cual es la conducta que prohíbe. *Puntos suspensivos añadidos*. Se aclara que, en la publicación del libro que ahora se cita, aparece su autor con el nombre de ENRIQUE DIAZ-ARANDA, es decir, se utiliza en sus apellidos una separación mediante un guión, que no aparece en su nombre en otras publicaciones que se escribe como ENRIQUE DIAZ ARANDA (*sin guión*), sin embargo, se ha verificado que se trata del mismo autor, pues en la página 65 cita una Nota a pié con número 34 en la que remite a la obra *Enriquecimiento Ilícito*... pp. 104-123 que alude como su autor a DIAZ-ARANDA E. (*con guión*) y esa obra a la que se remite es la escrita por ENRIQUE DIAZ ARANDA (*sin guión*), como también en las obras suyas que cita en la bibliografía de la obra mencionada en primer término aparece escrito su nombre *sin ese guión*, luego se trata del mismo

para el mismo, la primera parte del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal si contiene conducta, pues a decir de este autor el legislador creó un tipo que capta todas aquellas conductas en que el servidor haga uso de la función pública para enriquecerse, fuera de las descripciones del Título Décimo del Código Penal Federal. Según CÁRDENAS RIOSECO⁵⁹ se está en presencia de un tipo penal en blanco en el que no se describe la conducta prohibida, sino solamente el resultado.

Por otro lado, bajo la interpretación del Tribunal Pleno que ahora se analiza, se tendría que el máximo tribunal del país, tratándose del delito de enriquecimiento ilícito estima que existen «dos tipos penales», a saber, el que creó el Constituyente Permanente en el artículo 109 fracción III párrafo tercero Constitucional (que de ser así, sería un tipo cerrado) y el diverso que se contiene en el artículo 224 en su parte primera de su primer párrafo del Código Penal Federal que en forma «similar» «reiteró» los elementos integradores de aquel. Así, nos encontraríamos frente a dos tipos penales de enriquecimiento ilícito y esto que es lo que ahora interpreta el Tribunal Pleno, es del todo incongruente con su primaria apreciación: la aseveración que el Constituyente Permanente creó un «tipo penal constitucional», pues si esto fuera así, *sin conceder*, no sólo el tipo penal(?) del artículo 224 mencionado estaría por demás al ceder su aplicación frente a la norma constitucional, sino que, *sistemáticamente contradictorio* vendría a ser su previsión en ley ordinaria; más aún, *la simple consideración de esa posibilidad*, ya que, con la existencia de un «tipo penal constitucional» la materia penal aludida quedaría reservada al Constituyente Permanente, luego, el legislador ordinario federal estaría impedido a legislar sobre ello⁶⁰.

El artículo 109 fracción III párrafo tercero constitucional no contiene un tipo penal, luego, en el mismo no se recoge ningún elemento típico, de ahí que, la parte primera del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal al transcribir parte esencial de ese precepto, haya llevado a segundo nivel esa norma programática, incompleta, marco o base prevista en la Carta Magna y ello, de ninguna manera configura un tipo penal.

autor, lo que se destaca para evitar confusiones en el sentido de que se pudiera pensar que se está frente a un homónimo, además porque, en este estudio al hacer referencia a este autor se hará como ENRIQUE DÍAZ ARANDA (*sin guión*) en atención a que así aparecen publicadas las obras a su nombre. Sobre la Ley Penal en Blanco *Vid.* ENRIQUE CURY. *La Ley Penal en Blanco*. (Editorial Temis S.A. Bogotá, 1988) pp 23 a 54. Al no existir, como sostenemos, ningún tipo penal en la primera parte del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal no es posible sostener la presencia de un tipo penal en blanco (tampoco de un tipo abierto); simplemente esa posibilidad queda excluida ante la ausencia de tipo penal en el referido precepto al estar en presencia, a segundo nivel, de la repetición esencial de una norma incompleta, programática, marco o base prevista en otro apartado del sistema. Por otro lado, en la segunda parte del primer párrafo del artículo mencionado no se puede pretender encontrar complementación alguna bajo el esquema de una ley penal en blanco, pues en verdad ha sido en este apartado en el cual el legislador ordinario federal señaló lo que a su entender configura el enriquecimiento ilícito «sin aceptar tampoco aquí la existencia de la conducta constitutiva del enriquecimiento ilícito» al no constituir esa referencia al «no poder acreditar» una conducta de omisión en sentido penal.

59 *Vid. Enriquecimiento Ilícito...* pp. 108 y ss, alude que al complemento al que remite el Código Penal Federal es a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, que dice, no regula nada al respecto, lo cual es compartido por nosotros.

60 Cobrarian aquí aplicación los artículos 133 y 135 Constitucionales.

3. *¿Vulnera o no la garantía de legalidad la primera parte del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal?*

El Tribunal Pleno sostiene que el artículo 224 en la parte primera del primer párrafo del Código Penal Federal no infringe la garantía de legalidad del artículo 14 Constitucional al prever de *–manera clara y precisa–* cual es la conducta a sancionar en dicho delito, siendo esta, a su entender, el *–enriquecimiento ilícito–*⁶¹.

A este respecto, en la parte conducente de la Tesis que se analiza dice lo siguiente:

“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...** 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....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”.

Como sostenemos, el artículo 224 en la parte primera de su primer párrafo del Código Punitivo de referencia «no contiene un tipo penal», luego, no colma la función del supuesto tipo penal que se aduce por el Tribunal Pleno; a lo mucho, lo que colma como función es la de *–servir como conducto a segundo nivel–*, para reproducir en parte la norma incompleta y programática que el Constituyente Permanente plasmó en el artículo 109 fracción III párrafo tercero de la Carta Magna⁶², pues recordemos que dicho precepto ordinario se limitó a recoger una parte del numeral constitucional referido y solo ello, sin que se ocupara de prever *–los casos y las circunstancias–* de cuando, conforme al marco constitucional mencionado, el delito de enriquecimiento ilícito se tendría por configurado.

No obstante, para el Tribunal Pleno, el tipo penal de enriquecimiento ilícito se encuentra previsto «en la parte primera del primer párrafo» del artículo 224, pues en su

61 El Tribunal Pleno considera que el artículo 224 en la parte primera de su primer párrafo del Código Penal Federal está construido como un *tipo de acción*, pues entiende, sin razón, que el *enriquecimiento ilícito* es la conducta prohibida en dicho precepto, tal y como *–si el muerto fuera el delito de homicidio–* pues incluso, respecto del segundo párrafo del mismo sostiene que se está en presencia de reglas relativas a la prueba. En este contexto, no es cierto que de manera *clara y precisa* como pregona, esté prevista en aquél la conducta prohibida (como dice, el enriquecimiento ilícito) pues lo cierto es que la conducta relacionada con el mencionado enriquecimiento sólo pudo preverse en ley de haberse establecido en la misma *–los casos y las circunstancias–* que exigió el Constituyente para la generación del aludido, *sin conceder*. tipo penal, pues en la previsión de esos *–casos y circunstancias–* habría surgido el comportamiento prohibido. Para nosotros es evidente que *no existe ninguna conducta descrita* en el aludido numeral, pues este no es sino una trascripción esencial del artículo 109 Constitucional fracción III párrafo tercero, además de que, de la interpretación auténtica del propio artículo 224 en su segunda parte, también de su primer párrafo, resulta que fue lo que el legislador ordinario federal quiso sancionar como enriquecimiento ilícito y que no se corresponde tampoco con la interpretación que brinda el Tribunal Pleno, menos, con la exigencia del Constituyente Permanente.

62 *Vid. Supra* pp. 16 a 20 y Nota a pie 52.

parte segunda, sostiene, se contienen reglas procesales relativas a la prueba⁶³, lo que es en sí mismo contradictorio con la exigencia constitucional que se desprende de la fracción III párrafo tercero del artículo 109 de la Carta Magna⁶⁴.

Dicho precepto en su párrafo primero, parte primera dice:

Art. 224.- Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito⁶⁵.

Ahora, del contexto de ese primer párrafo en su parte primera el Tribunal Pleno extrae que se encuentra prevista la conducta que prohíbe el tipo penal, a su entender el *enriquecimiento ilícito* y, con respecto a ella, no obstante referir que se prevé de *manera clara y precisa*—“titubea” en la Tesis de análisis, argumentando así en tres distintas direcciones.

a) Dice primero lo siguiente:

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**.

El Tribunal Pleno hace aquí referencia a “la conducta humana” que “prohíbe” el enriquecimiento de manera ilícita, es decir, antepone con toda claridad un comportamiento humano (conducta humana que prohíbe) al «enriquecerse de manera ilícita». Con ello, *lo evidente*—traiciona la interpretación del Tribunal Pleno, pues resulta innegable que el enriquecimiento ilícito requiere de una causa generadora «ya que no surge de la nada» y dicha causa, no puede ser otra que un comportamiento humano previo del cual ha de derivar o del azar, y esto, *por evidente* que resulta no pasó desapercibido al máximo tribunal no obstante el esfuerzo realizado para negarlo⁶⁶. Como se ve, el Tribunal Pleno acepta en esta parte de la Tesis que se analiza, la necesaria existencia de una *conducta*

63 Este párrafo establece: 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. *Vid. Infra*. pp. 33 a 39 nuestro comentario a la Tesis del análisis en la Cuarta Afirmación del Tribunal Pleno.

64 *Vid. Supra*. p. 12. El Constituyente Permanente en el marco que acotó a los legisladores ordinarios les dirigió el mandato de crear el tipo penal de enriquecimiento ilícito previendo en ley —los casos y las circunstancias— en que el aumento del patrimonio, de los bienes o la conducción respecto de los mismos como dueño y, además, la no acreditación de la lícita procedencia de dicho aumento en el patrimonio o bienes.

65 Como se observa, en la referencia del legislador no se contiene nada respecto de *los casos y las circunstancias*—exigidas por el Poder Constituyente, luego, no se cumple con el mandato constitucional. No hay en este apartado referencia alguna a la conducta punible pues el enriquecimiento ilícito no es sino la resultante o bien, de un comportamiento previo o del simple azar pues resulta claro que no surge de la nada; afirmación que se realiza sin perjuicio de que, como sostenemos, no existe tipo penal alguno en el artículo 224 del Código Penal Federal, sino una mera *inserción esencial de los contenidos del artículo 109 fracción III párrafo tercero constitucional*— que a este nivel secundario fueron recogidos por el Congreso Federal.

66 Es claro que nos movemos en un derecho penal de autor y por ello, en el ámbito penal habrá que decir que, si de enriquecimiento ilícito se trata, debe preceder al mismo un comportamiento humano siempre doloso de conformidad con los artículos 7, 8 y 9 párrafo primero del Código Penal Federal. Sin embargo, como hemos afirmado, para nosotros no existe tipo penal en el artículo 224 del Código Penal Federal y esto lo afirmamos respecto de todo el precepto.

humana que como tal— es distinta de lo que es el enriquecimiento ilícito, precisamente la que señala «ser la que lo prohíbe», que no es, entre otros elementos, sino la conducta prohibida que debió prever el legislador ordinario en el artículo 224 de haber legislado *—los casos y las circunstancias—* bajo los cuales el enriquecimiento ilícito sería punible, pues esos *—casos y circunstancias—* no pueden referirse, entre otros elementos, sino a la conducta prohibida, lo que demuestra que se percató de su ausencia en ley, no obstante, prefirió omitir su aceptación.

b) Con posterioridad el Tribunal Pleno asienta en la tesis lo siguiente:

“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”

Se observa aquí «sobre lo mismo», una formulación distinta en la interpretación, pues ahora se sostiene que el *enriquecerse es núcleo*, mientras que, la palabra ilegalmente (debe ser ilícito) es ahora un *elemento normativo*, es decir, bajo esta nueva interpretación, el enriquecerse y que ello sea ilícito (ilegalmente le llama el Tribunal Pleno) son dos cuestiones diferentes: la primera es el *núcleo o verbo rector* y la segunda un *elemento normativo del tipo*, por lo que, de ser esto así, por evidente razón sistemática ambas no pueden fusionarse para constituir un concepto único, menos para ser estimadas *—en suma—* como si se tratara de una conducta. Enriquecerse ilícitamente *—como concepto—*, sin duda «un resultado»⁶⁷.

Como se ve, esta *segunda interpretación* que en este aspecto particular da el Tribunal Pleno, no es conteste con la que formuló en primer término no obstante estar interpretando lo mismo. El Constituyente Permanente en el artículo 109 fracción III constitucional dirigió un mandato a los legisladores ordinarios de sancionar penalmente el enriquecimiento ilícito mediante la previsión en ley de *los casos y las circunstancias* *—conforme al marco—* que previó, en que el mismo debía ser así sancionado, luego, el enriquecimiento ilícito no es esos

67 Como un muerto no es homicidio sino la resultante de privar de la vida a otro en términos del respectivo tipo. El aumento sustancial del patrimonio o la adquisición de bienes necesariamente ha de tener un origen que solo puede ser encontrado en dos aspectos: o bien en un comportamiento humano lícito o no; o bien en un componente de azar. Del azar o del comportamiento humano lícito o ilícito se producirá el aumento del patrimonio o el incremento de los bienes, luego, ese aumento o incremento del patrimonio o de los bienes será lo que manifieste el enriquecimiento del sujeto servidor o ex servidor público; el cual, según su origen podrá ser calificado de lícito o ilícito, de delito o no. Siendo esto así, el enriquecimiento lícito no puede ser otra cosa que una resultante, o si se prefiere, un resultado de un componente de azar o de un comportamiento previo que conllevó al mismo, por lo que cabría preguntarse: ¿si acaso, como sostiene el Tribunal Pleno el enriquecimiento ilícito es la conducta descrita en el artículo 224 parte primera de su primer párrafo del Código Penal Federal, entonces cuál sería el resultado exigido para este delito?... No escapa que, frente a un tipo de enriquecimiento ilícito en los términos en que se quiere conformar necesariamente se estaría frente a un delito de *resultado material* y este, es elemento del tipo de ahí que, sin resultado la conducta carecería de tipicidad. Insistimos en que, no existe tipo penal alguno en el artículo 224 (en todo el precepto) del Código Penal Federal; menos este precepto observa el marco acotado para la creación del tipo penal de enriquecimiento ilícito que determinó el Poder Constituyente Permanente en la fracción III párrafo tercero del artículo 109 Constitucional pues resulta claro que no previó los *—casos ni la circunstancias—* en que el enriquecimiento ilícito debía ser punible.

–*casos y circunstancias*–, como tampoco el enriquecimiento ilícito a que alude el Congreso Federal en el artículo 224 primer párrafo parte primera de su Código Penal es conducta. La conducta prohibida constitutiva de dicho ilícito debió darse de haberse previsto en el Código Penal esos –*casos y circunstancias*– según se ha visto⁶⁸.

c) Por último, el Tribunal Pleno concluye que la conducta prohibida en el tipo penal aludido es el –enriquecimiento ilícito– pues al respecto dice:

“ 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 “

No es claro ni preciso, incluso para el propio Tribunal Pleno lo que aquí asevera, pues como se ha visto, respecto del mismo tópico ya aduce tres distintas interpretaciones. Tampoco acierta en señalar que la conducta a sancionar en el artículo 224 del Código Penal Federal en su parte que se analiza, lo sea el –enriquecimiento ilícito–.

Veamos por qué:

Como se ha visto, el Tribunal Pleno estima que el tipo penal en estudio se encuentra «agotado» y por ello «*se cierra*» en la primer parte del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal que dice: “se sancionará al servidor público que en su empleo cargo o comisión incurra en enriquecimiento ilícito”, pues como a la vez refiere, lo previsto en la segunda parte de su párrafo primero son para el mismo reglas procesales relativas a la prueba⁶⁹. Bajo esta postura, el debate que dio origen a la Tesis de análisis se centró precisamente en sostener que “el enriquecimiento ilícito no es una conducta, sino un resultado”⁷⁰; en razón a ello el Tribunal Pleno tuvo que pronunciarse respecto

68 Además, no es sostenible para efectos del artículo 224 del Código Penal Federal que la referencia que en la parte primera de su párrafo primero se hace del enriquecimiento ilícito sea a una conducta, según el Tribunal Pleno «la prohibida en el pretendido tipo», cuando es el caso que, a mayor abundamiento, el legislador ordinario no sanciona como tal el incremento ilícito del patrimonio o la adquisición de bienes, ni la conducción respecto de ellos como dueño, sino que considera –y lo hace en la segunda parte del párrafo primero–, que enriquecimiento ilícito es (por ello señala que éste existe cuando) «no poder acreditar» el legítimo aumento del patrimonio o de la legítima procedencia de los bienes a su nombre o respecto de los que se conduzca como dueño conforme a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Está presente aquí lo que este legislador conceptualizó como enriquecimiento ilícito «una no acreditación y no un ilegal incremento», es decir, esta segunda parte recoge la interpretación auténtica del legislativo respecto a lo que el mismo consideró como enriquecimiento ilícito.

69 Vid. *Infra*. p. 35. Sin aceptar, la existencia del aludido tipo penal; no consideramos acertada una afirmación de esta magnitud si se considera que los tipos penales por definición no contienen reglas procesales, sino elementos configuradores de los mismos, los que desde su primaria concepción y hasta la culminación de su descubrimiento por la dogmática penal jamás se perdieron en esa oscuridad.

70 En este sentido Vid. CÁRDENAS RIOSECO *Ob. cit.* pp. 109 a 119 y del mismo autor. *El Delito de Enriquecimiento Ilícito ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Una posición inquietante.* (Editorial Porrúa S. A. de C. V. México 2003) pp. 79 a 87 y en antecedentes XXIX a XXXI, quien siguiendo esencialmente algunas posiciones de la doctrina penal de Argentina respecto del delito de enriquecimiento ilícito contenido en el artículo 268.2 de su Código Penal, acuerda en considerar que el enriquecimiento ilícito no es una conducta sino un resultado, posición a la que nosotros también nos adherimos, desde luego sin abandonar lo que sostenemos en el sentido que el artículo 224 del Código Penal Federal no contiene tipo penal alguno por las razones que hemos expuesto y de que el legislador argentino no previó a nivel de su Constitución Federal ningún marco de referencia, como si hiciera el mexicano para que se legislara en esta materia; ello sin perjuicio que de su artículo 268.2 precisa una construcción distinta de la que se contiene en el artículo 224 del Código Penal Federal pues aquel di-

del mismo, lo que lo condujo a sostener con “gran titubeo”, que por el contrario el enriquecimiento ilícito era la –conducta prohibida en el tipo penal mencionado– que expresa no ser abierto,⁷¹ sino cerrado⁷².

No obstante que, para el caso particular, aceptar o no como lo hace el Tribunal Pleno que la primera parte del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal sea un tipo abierto o cerrado no resulta atinado, pues, como se ha evidenciado, el artículo 224 del Código Penal Federal no contiene tipo penal alguno⁷³ es, en cambio –*una reproducción esencial de una norma incompleta, programática, marco o base que recogió una declaración de principios*–⁷⁴, como es el artículo 109 fracción III párrafo tercero Constitucional.

Debe recordarse que el Constituyente Permanente al reformar la Constitución Política en el año de 1982, dejó claro que debía sancionarse el enriquecimiento ilícito del servidor público y para ello emitió mandato al Congreso de la Unión como a las Legislaturas Estatales para que en el ámbito de sus respectivas competencias y conforme al marco acotado desde el texto constitucional, legislaran previendo –*los casos y circunstancias que darían lugar a la comisión del delito de enriquecimiento ilícito*, es decir, bajo dicha determinación quedó en estos legisladores establecer en su ley penal –*esos casos y circunstancias*– en que debiera punirse el enriquecimiento ilícito, lo que quiere decir que los mismos habrían de ser determinados por los referidos legisladores ordinarios pudiendo construir cada uno de ellos el tipo penal de enriquecimiento ilícito con cierta libertad pues para ello se estableció un marco o base a nivel de la Carta Magna, de ahí, debían concretar en la ley penal el correspondiente tipo penal de enriquecimiento

ce: Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al cien por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público, y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiere incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho”. Así, mientras que para el legislador argentino existe enriquecimiento pues a tal efecto señala que se entenderá que lo hubo: no sólo cuando el patrimonio se hubiere incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban... por el contrario, para el legislador penal federal mexicano el enriquecimiento ilícito existe 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

71 Sobre los tipos abiertos *vid.* ZAFFARONI. *Ob. cit.* pp. 183, 184 y 324. *Cfr. Supra.* p. 22 y Nota a Pie 53 con referencia a DIAZ ARANDA.

72 *vid.* FERNANDO VELÁZQUEZ V. *Ob. cit.* pp. 114 a 118 sobre el Principio de Taxatividad.

73 *vid. Supra.* pp. 9 a 14. Y esto lo sostenemos en cuanto a todo su contenido.

74 *vid.* BUNSTER ÁLVARO *Ob. cit.* p. 25, coincidente con nuestra posición. Por su parte, DÍAZ ARANDA. *Enriquecimiento Ilícito*. .pp. 104 y ss, acepta la existencia de un tipo penal en el precepto, al que si bien califica de abierto, no le resta legalidad. *Cfr.* CÁRDENAS RIOSECO. *Enriquecimiento Ilícito*... pp. 109 y 135 a 141, por su parte sostiene se está en presencia de un tipo penal en blanco por la remisión que se hace a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; y además, en su obra *El Delito de...* p. Antecedentes XXXI alude por otro lado que el legislador creó un tipo abierto que no precisa en forma objetiva las conductas constitutivas del enriquecimiento ilícito. Como sostenemos, no se está en presencia de un tipo abierto, como tampoco de un tipo penal en blanco, pues lo que ocurre es que, a nuestro entender, en el artículo 224 del Código Penal Federal simplemente no existe ningún tipo penal, luego, la discusión se centra en otro nivel.

ilícito, pero con la limitante única que, en cumplimiento —del mandato—⁷⁵ del Constituyente Permanente se debía sancionar penalmente los —*casos y circunstancias*— que se consideraran punibles para estimar el aumento del patrimonio, del incremento de bienes o su conducción como dueño, constitutivos de un enriquecimiento ilícito.

En la iniciativa de reforma Constitucional del año de 1982, dirigida por el ejecutivo federal a la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, se menciona textualmente lo siguiente:

“No es compatible servir en puestos públicos y simultáneamente tener negocios cuya actividad se funda en relaciones económicas con el gobierno. Esta dualidad es inmoral; o se gobierna o se hacen negocios. Los empleos, cargos, comisiones en el servicio público no deben ser botín de nadie, sino salvaguarda de la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, economía y eficacia con que habrá que servir los intereses del pueblo... La iniciativa recoge la necesidad de contar con procedimientos políticos, penales y administrativos adecuados para prevenir y sancionar la corrupción pública, ... Se propone configurar constitucionalmente el “*enriquecimiento ilícito*” de los servidores públicos como base de sanción para acabar con cualquier duda que pudiese existir sobre el imperativo de sancionarlo. El régimen actual ofrece bases endebles para pretender combatirla con efectividad por lagunas *que permiten enriquecer el patrimonio con cargo al servicio público*, sin la obligación de comprobar los medios ilícitos de dicho enriquecimiento. La experiencia muestra que esta debilidad del régimen jurídico derrota la voluntad política *cuando se busca sancionar las conductas corruptas y reintegrar al pueblo los bienes que se sustraen del patrimonio nacional*. Sancionar el *enriquecimiento ilícito* de los servidores públicos, cualquiera que sea su fuente es exigencia ineludible del pueblo”⁷⁶.

Así, acudiendo a los distintos Códigos Penales de la República Mexicana encontramos las siguientes vertientes respecto a cómo fue que legislaron a este respecto⁷⁷:

a) Códigos penales que sancionan incurrir o haber incurrido en enriquecimiento ilícito y que señalan *cuando es que éste existe*, «expresando así en la ley misma» *qué fue lo que entendió el legislador por enriquecimiento ilícito*. En todos estos ordenamientos los correspondientes legisladores sancionan como enriquecimiento ilícito *no el ilegal incremento patrimonial, o la adquisición de bienes o la conducción respecto de los mismos como dueño, sino la no acreditación de su legítimo incremento o de su legal procedencia*.

75 El mandato del Constituyente Permanente al que me he referido no era sólo el legislar para prever en la legislación penal el tipo de enriquecimiento ilícito, sino hacerlo en base al marco general previsto en la fracción III del párrafo tercero del artículo 109 de la Constitución Política, para lo cual los legisladores ordinarios se obligaban a legislar previendo en que *casos y circunstancias* sería punible el enriquecimiento ilícito, pues resulta claro que, no bajo todo supuesto de incremento patrimonial o de adquisición de bienes o de conducción respecto de ellos como dueño se quiso sancionar el enriquecimiento ilícito.

76 CÁRDENAS RIOSECO. *Enriquecimiento Ilícito*... pp. 78 y 82.

77 En afán de no realizar una inútil transcripción completa del texto de cada uno de los Códigos penales y de buscar que la exposición y su lectura sea de más ágil manejo, en cada caso se plasma el contenido o la idea medular de cada uno de ellos, acorde con la clasificación que adoptamos.

Dentro de estos se encuentran: El Código Penal Federal (art 224) que sanciona *se haya incurrido en enriquecimiento ilícito* y señalando que éste existe cuando el servidor público no pueda acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes⁷⁸. El Código Penal de Baja California Sur (art. 330) que sanciona que *haya incurrido en enriquecimiento ilícito* y señalando que éste existe cuando el servidor público no pueda acreditar el legítimo aumento de su patrimonio; el Código Penal del Estado de Michoacán (art. 186 Bis) que sanciona *se haya incurrido en enriquecimiento ilícito* refiriendo que éste existe cuando no se puede acreditar el legítimo incremento del patrimonio o la legítima procedencia de los bienes. El Código Penal del Estado de Tamaulipas (art. 230) que sanciona *se haya incurrido en enriquecimiento ilícito* y que éste existe cuando el servidor público no pueda acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes, El Código Penal del Estado de Yucatán (art. 265) que sanciona *se haya incurrido en enriquecimiento ilícito* y que éste existe cuando el servidor público no pueda acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes, y el del Estado de Veracruz (art. 261) que sanciona que *haya incurrido en enriquecimiento ilícito* y que éste existe cuando el servidor público no pueda acreditar que es legítimo el desproporcionado aumento de su patrimonio⁷⁹.

b) Otros Códigos no sancionan el incremento ilegal del patrimonio derivado del servicio público, sino ***la no acreditación de su legal incremento***, entre ellos se encuentran: El Código Penal del Estado de Colima (art. 133) que sanciona *al servidor público que no acredite el aumento lícito de su patrimonio*. El Código Penal para el Estado de Chiapas (art. 282) que sanciona *no poder acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes*. El Código Penal del Estado de Chihuahua (art. 137) que sanciona *al funcionario o empleado que requerido legalmente por las autoridades no acredite la legítima procedencia de los bienes*. El Código de la Defensa Social del Estado de Puebla (art. 432) que sanciona *al servidor público que no pudiere acreditar el*

78 De otra opinión CÁRDENAS RIOSECO. *El Delito de...* p. 87 y *Enriquecimiento Ilícito...* p. 178, quien sostiene se trata de un - tipo complejo - al estimar 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; así como que, al crearse este delito, se aprecian dos vertientes en su definición típica el *enriquecerse* y la *no justificación*. *Cursivas en texto original*. No compartimos esta posición, pues si bien es cierto que la exigencia constitucional dirigida a los legisladores ordinarios fue crear el tipo penal de enriquecimiento ilícito de esa manera, ello no fue recogido por el legislador penal federal para el cual el enriquecimiento ilícito vino a configurarse como un «no poder acreditar», sin perjuicio que ello no es un comportamiento omisivo en términos penales, como tampoco cumplió con el mandato constitucional para la generación del tipo penal aludido; se observa aquí, de igual manera, una trascripción esencial a segundo nivel de la norma programática, incompleta, marco o base que es el artículo 109 fracción III párrafo tercero de la Carta Magna.

79 Para nosotros ninguno de estos legisladores observaron el mandato constitucional y en consecuencia *omitieron punir* como enriquecimiento ilícito *lo que quiso el Constituyente Permanente*. Muy por el contrario, ellos *interpretaron el enriquecimiento ilícito* haciéndolo consistir en *el no poder acreditar el legítimo incremento patrimonial o de la legítima procedencia de los bienes*. Además, en los respectivos artículos de cada uno de estos Códigos en que se recoge el enriquecimiento ilícito, se aprecia una trascripción, casi literal, de la parte conducente del contenido del artículo 109 fracción III párrafo tercero de la Carta Magna, luego entonces, no pueden configurar un tipo penal. Como consecuencia de “esa copia esencial”, tampoco desarrollaron los *–casos ni las circunstancias–* bajo los cuales se debería considerar como delictivo el enriquecimiento ilícito. No describen la conducta punible.

legítimo aumento de su patrimonio, o la legítima procedencia de los bienes. El Código Penal del Estado de Jalisco (art. 153) que sanciona como tal cuando el servidor público *no pueda acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes.* El Código Penal del Estado de Nayarit (art. 225) que sanciona *no poder acreditar el legítimo aumento del patrimonio o la legítima procedencia de los bienes,* y el Código Penal del Estado de Sonora (art. 192) que sanciona *no poder acreditar el legítimo aumento del patrimonio o la legítima procedencia de los bienes*⁸⁰.

c) Hay Códigos Penales que sancionan incurrir o haber incurrido en enriquecimiento ilícito y que prevén una presunción *iuris tantum* respecto de cuando considera el legislador que *éste existe*⁸¹. Siguen esta línea los Códigos Penales de los Estados de Querétaro (art. 270) que sanciona que *haya incurrido en enriquecimiento ilícito y que se presume que este existe cuando el servidor público no pueda acreditar el legítimo aumento de su patrimonio.* El Código Penal del Estado de Guerrero (art. 250) que sanciona que *se haya incurrido en enriquecimiento ilícito y que se presume que este existe cuando el servidor público no pueda acreditar el legítimo aumento de su patrimonio* con la salvedad que no señalan que *existe enriquecimiento ilícito cuando...sino,* que dicen que “*se presumirá*” existe enriquecimiento ilícito cuando...y el Código Penal del Estado de Zacatecas (art. 205) que sanciona que *haya incurrido en enriquecimiento ilícito y que se presume que este existe cuando el servidor público no pueda acreditar el legítimo aumento de su patrimonio.* El Código Penal del Estado de Quintana Roo (art. 252) que en el delito que denomina Aprovechamiento Ilícito del Poder describe en diversas fracciones distintas conductas prohibidas, para concluir en su párrafo final señalando que *se presume que existe* enriquecimiento ilícito cuando en el desempeño del cargo o al separarse de él se esté en posesión de bienes por sí o por medio de interpósita persona, que sobrepase notoriamente las posibilidades económicas de acrecentar el patrimonio declarado o conocido a la fecha de su ingreso⁸². Sin embargo, hay un Código Penal que es el del Estado de Sinaloa (art. 307) que simplemente refiere sancionar que *se haya incurrido en enriquecimiento ilícito*⁸³.

80 Estos Códigos Penales *ni siquiera hacen referencia al enriquecimiento ilícito,* tan sólo sancionan no acreditar el legal incremento del patrimonio, por lo que tampoco cumplen con el mandato constitucional al dejar de sancionar los *casos y circunstancias* en los cuales el aumento sustancial del patrimonio, el incremento de bienes o bien la conducción respecto de ellos como dueño sea estimada como enriquecimiento ilícito, ello, conjuntamente con su no acreditación, *que es lo que quiso el Constituyente Permanente.* De sobra está decir por tanto, que no refieren a la conducta punible.

81 Este grupo se diferencia del previsto en el inciso a), ya que mientras en los Códigos Penales que el mismo contempla se contiene en la ley la *interpretación auténtica* con respecto a que fue lo que el legislador entendió, interpretó, tuvo, consideró como enriquecimiento ilícito; en el supuesto que ahora se menciona no existe tal referencia. Tampoco aquí se cumple con el mandato constitucional al dejar de sancionar «el ilegítimo incremento patrimonial en que incurriese el servidor público, la adquisición de bienes o la conducción respecto de los mismos como dueño» tras dejar de prever los *casos y las circunstancias* en que ello se estimaría como punible a título de ese delito. Tampoco refieren a la conducta punible.

82 Estos tipos se quisieron construir como «tipos de acción», sin embargo esos legisladores *olvidaron prever la conducta prohibida* mencionando tan sólo, sancionar el enriquecimiento ilícito. Tampoco aquí fue observado el mandato constitucional, pues no se determinó en ellos los *casos y las circunstancias* bajo las cuales se habría de tener el enriquecimiento ilícito como delito. La presunción sobre la existencia del enriquecimiento ilícito no afecta esa estructura.

83 El legislador de Sinaloa incurrió en igual deficiencia. Simplemente refiere punir el enriquecimiento ilícito pero no prevé los *casos ni las circunstancias* bajo las cuales esta deba ser sancionada penalmente. No existe tampoco en esta referencia ninguna conducta prohibida, luego tampoco cumplió con el mandato constitucional.

d) Hay Códigos en los que *no se sanciona el no acreditar* el legítimo incremento del patrimonio, sino el *incremento ilícito del patrimonio* derivado del servicio público. Se tiene aquí al Código Penal del Estado de Morelos (art. 280) que sanciona fuera de los supuestos previstos en el correspondiente Título *utilizar el puesto, cargo o comisión para incrementar el patrimonio*. El Código Penal del Estado de Tabasco (art. 244) que sanciona fuera de los supuestos previstos en el correspondiente Título, *utilizar el puesto, cargo o comisión para incrementar el patrimonio*⁸⁴.

e) Hay Códigos penales que sancionan diversos comportamientos como enriquecimiento ilícito siendo su construcción como «tipos de acción». Aquí se encuentra: El Código Penal del Estado de Oaxaca que lo denomina como *enriquecimiento ilegítimo* (arts. 217 Bis A, Bis B, Bis C y Bis D) que sancionan: Bis A.- que en ejercicio de las funciones, *efectuar compras o ventas, otorgar contratos o concesiones o resolver asuntos...* Bis B.- que si o por interpósita persona o a través de sociedades de las que sea parte *hacer inversiones, compras, ventas o cualquier operación que produzca beneficio...* Bis C.- también que por sí o por interpósita persona *haga uso de recursos humanos o materiales en actividades ajenas a las atenciones o necesidades oficiales...* Bis D.- y *otorgar nombramiento o comisión oficial* cuando no se desempeñe el servicio para el que se le nombró⁸⁵.

84 Nos parece que en estos casos, aun y cuando se prevea que la conducta prohibida considerada como enriquecimiento ilícito habrá de ser aquella que no sea ninguna de las previstas para otros delitos que se contengan en el mismo capítulo que el enriquecimiento ilícito mismo, asignando de esta manera al juzgador la función de cerrar el tipo al caso concreto, ello no es suficiente para afirmar la previsión de la conducta o conductas que constituyen el delito en cuestión, pues como se ha afirmado, el Constituyente Permanente ni siquiera tuvo la intención que todo incremento patrimonial o adquisición de bienes fuera tenido como delito de enriquecimiento ilícito, sino sólo el que fuere –sustancial–, además de que, la previsión encomendada a los legisladores ordinarios de prever los *casos y circunstancias* en que debería ser punible el enriquecimiento ilícito exigen su precisión atendiendo al principio de taxatividad y no a un proceso de eliminación o de inversión no compatible con la garantía de legalidad. Se pretende aquí estar frente a *tipos dolosos de acción*, en los que el enriquecimiento ilícito vendría a ser *consecuencia de una conducta que lo produzca* pero que, *ha de ser distinta de las conductas que se encuentran prohibidas en los demás delitos previstos en el mismo título* (para el caso del Estado de Morelos (arts. 270 a 279) y para el caso del Estado de Tabasco (arts. 234 a 243) siendo estos los delitos de Incumplimiento de Funciones Públicas, Ejercicio Indevido de Servicio Público, Abuso de Autoridad, Coalicción, Concusión, Intimidación, Ejercicio Abusivo de Funciones, Tráfico de Influencia, Cohecho y Peculado. Es evidente que aquí tampoco los legisladores mencionados observaron el mandato constitucional aludido, pues a pesar de formular la norma a la manera de una inversión o de un proceso de eliminación, ello no puede configurar los –*casos y circunstancias*– ya aludidos. Además, en esas construcciones se aprecia con claridad que se tiene al enriquecimiento ilícito como lo que es: –*un resultado– que deviene de la realización de las diversas conductas que conllevan al mismo pero que no sean las que se sancionan en los delitos arriba mencionados.*

85 En el Código Penal Oaxaqueño se tienen descritos los comportamientos que su legislador estimó constituirían el *enriquecimiento ilegítimo*, aún y cuando esos comportamientos en otras legislaciones se consideren constitutivos de otros delitos. Esas conductas son distintas de las que se sancionan en otros delitos de su Código Penal, tales como: el Ejercicio Indevido y Abandono de Funciones, Coalicción de Funcionarios, Abuso de Autoridad y otros Delitos Oficiales; Cohecho, Peculado y Concusión. El Código Penal del Estado de Oaxaca tiene al enriquecimiento ilícito como lo que es –*un resultado– que deviene de la realización de las diversas conductas descritas en el artículo 217 Bis A, B, C y D; señalándose que, a la vez, el legislador Oaxaqueño no cumplió con el multialudido –mandato– del Constituyente Permanente que como se ha referido exigió que la construcción de los tipos penales de enriquecimiento ilícito considerando frente al aumento ilegal del patrimonio, la adquisición de bienes o la conducción respecto de los mismos como dueño, también «la no acreditación de su procedencia lícita».*

f) Hay otros Códigos Penales cuya construcción *—es compleja—*, pues no sólo refieren al incremento ilegal del patrimonio, sino, **además** a la no acreditación de la legal procedencia del mismo. Es el caso del Código Penal del Estado de Coahuila (art. 179) que sanciona *aumentar en proporción sustancial el patrimonio y no acreditar la legítima procedencia de lo que se adquirió por sí o por interpósita persona*. El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal (art. 275) que sanciona *utilizar el puesto, cargo o comisión para incrementar el patrimonio **sin comprobar** su legítima procedencia*. El Código Penal para el Estado de Durango (art. 152) que sanciona *obtener un lucro evidentemente desproporcionado... **sin demostrar** la honesta procedencia de los bienes*. El Código Penal del Estado de México (art. 141) que sanciona *obtener un lucro evidentemente desproporcionado con la percepción... **sin demostrar** la honesta procedencia de los bienes*. El Código Penal del Estado de San Luis Potosí (art. 179) que sanciona *aumentar el patrimonio **sin que pueda acreditar** el incremento o la legítima procedencia de los bienes*. El Código Penal del Estado de Campeche (art. 198) que sanciona *aumentar sustancialmente el patrimonio, adquirir bienes o conducirse como dueño de ellos **cuya procedencia lícita no pudiere acreditar***⁸⁶.

g) Por último hay Estados de la República Mexicana que ni siquiera han legislado al respecto, en ellos están: Los Estados de Aguascalientes, Baja California, Hidalgo, Nuevo León y Tlaxcala.

La conclusión de esto resulta clara, si bien el Poder Reformador de la Constitución dejó en manos de los legisladores ordinarios del país sancionar según *—los casos y las circunstancias—* el delito de enriquecimiento ilícito, también lo es que *—el mandato—* que a los mismos dirigió fue precisamente sancionar penalmente, valga la redundancia el *—enriquecimiento ilícito—* conforme al marco legal que se plasmó en el artículo 109 fracción III párrafo tercero Constitucional que es: **punir** *—los casos y las circunstancias—* en que el *«aumento sustancial del patrimonio»* debe ser considerado como enriquecimiento ilícito; **punir** *—los casos y las circunstancias—* en que *«la adquisición de bienes»* debe ser considerada como enriquecimiento ilícito; **punir** *—los casos y las circunstancias—* en que *«la conducción como dueño respecto de los bienes»* debe ser considerada como enriquecimiento ilícito y en todo caso, *«el no poder acreditar su procedencia lícita»* siendo esto y no otra cosa lo que el Constituyente Permanente exigió del Congreso de la Unión y de las legislaturas estatales. Como se ha visto, *«ese mandato no fue ni ha sido observado por ninguno de los legisladores del país»*.

Concluyendo este apartado, *no se comparte tampoco* la interpretación brindada por el Tribunal Pleno, pues aún y cuando se quiera sostener que existe un tipo penal en la primera parte del párrafo primero del artículo 224 del Código Penal Federal, la interpreta-

⁸⁶ Respecto de estas construcciones, nos parece que de fondo no son más que una copia del artículo 109 fracción III párrafo tercero Constitucional, por lo que, como hemos sostenido no se erigen en tipos penales. Tampoco han observado el *—mandato constitucional—* de prever *los casos y las circunstancias* bajo las cuales se ha de punir el enriquecimiento ilícito, acorde a la concepción del Constituyente Permanente, por tanto, es evidente que en ellos tampoco se prevé la conducta prohibida.

ción que ofrece Tribunal Pleno no es aceptable, ya que el referido numeral no contiene un tipo penal. En razón a ello, no resulta adecuado entrar a la discusión respecto de, si en ese apartado existe un tipo abierto o cerrado, o si se está en presencia de un tipo en blanco pues, como sostenemos *es que simplemente tal tipo penal no existe y por ello es que dicho precepto viola la garantía de legalidad prevista en el artículo 14 Constitucional.*

El Tribunal Pleno, como juez supremo del país encargado de velar por la constitucionalidad, debió considerar en la emisión de la Tesis que se comenta, que en su resolución se obligaba, como garante de los principios constitucionales, a poner límites a los extravíos violatorios de la Constitución Política en que incurrió el legislativo federal al crear el artículo 224 del Código Penal Federal apartándose de la Carta Magna, pues ciertamente dicho precepto no contiene ninguna descripción típica.

4. *¿Cual es la naturaleza del contenido de la segunda parte del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal?*

El Tribunal Pleno sostiene que la segunda parte del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal no constituye un *complemento del tipo*, sino se trata de *reglas procesales relacionadas específicamente con los medios de prueba* para esta clase de delitos, que debe de entenderse como *el derecho a la defensa* consagrado a la manera de medio concreto de adoptar en este delito su defensa para desvirtuar los elementos de prueba existentes en contra.

A este respecto, en la parte conducente de la Tesis que se analiza dice lo siguiente:

“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 legítimo 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”.

Ninguna regla relativa a la prueba podría tener cabida en el caso particular, al ser que los tipos penales no contienen sino elementos que los configuran, no reglas de prueba⁸⁷, cuya previsión queda reservada al ámbito del derecho procesal. Al –no existir tipo penal– en la parte primera del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal, sostener, como refiere el Tribunal Pleno que no se está frente a un *complemento del tipo* se traduce en estimar que, *sin conceder*, para el mismo existe un tipo penal en el aludido

87 *Vid. Supra.* p. 19 y Nota a pie 49. Claro está, sin que para nosotros en ninguna parte del artículo 224 del Código Penal Federal exista un tipo penal.

precepto, pero respecto del cual la segunda parte de su primer párrafo no es su complemento, cuando ocurre que, como se ha señalado, tal tipo penal simplemente no existe.

Por otro lado, habría que preguntarse aquí: ¿cuáles son los medios de prueba para esta clase de delito?, como también, ¿que reglas procesales son las específicamente relacionadas con ellos?⁸⁸ Ciertamente es que con una manifestación como ésta, el Tribunal Pleno evidencia su consideración en el sentido que existen medios de prueba particulares y propios para el enriquecimiento ilícito⁸⁹, lo que implica una restricción de todo medio probatorio legalmente posible de ser desahogado, pues si considera existen esos medios probatorios, es que sabe que también hay otros más, con lo cual, sin duda, desde esta interpretación restringe la prueba en defensa del inculcado, ello, sin perjuicio de que, en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos como tal, ningún medio probatorio se contiene⁹⁰, pero que, aun para el caso de estimar lo contrario, la restricción por la que al respecto se pronuncia el Tribunal Pleno es, como se ha dicho, violatoria de la garantía de defensa⁹¹.

Por su parte, la remisión a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos a fin de acreditar el lícito incremento del patrimonio no es como afirma el Tribunal Pleno «el derecho de defensa» o como dice «su derecho de defensa» aun y cuando lo califique de «concreto», pues dicho derecho fundamental tiene por mucho mayores alcances, ya que no se agota en la prueba misma, al no ser, como tal, el derecho a probar el derecho de defensa mismo, ya que tan solo se trata de una manifestación de éste⁹².

88 La materia probatoria en el ámbito del proceso penal encuentra particularmente sustento en el artículo 20 Apartado "A" fracciones v y vii Constitucional, como en los artículos 206 a 290 del Código Federal de Procedimientos Penales, excluyéndose únicamente aquellas que vayan contra el derecho a juicio del juez o tribunal, por lo que, nada autoriza a suponer una restricción de la práctica probatoria mas allá de la limitación legal misma.

89 Sin que aceptemos, como venimos sosteniendo la existencia del tipo penal.

90 Hoy esta Ley se encuentra abrogada por la diversa Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos (D.O. 13 de marzo del 2002, en vigor a partir del día 14 de marzo del 2002), no obstante mantiene plena aplicación en el ámbito del Distrito Federal, así como respecto de los hechos acaecidos bajo su vigencia según se aprecia de su Transitorio SEXTO.

91 Esto es así, pues al menos por lo que corresponde a esta Tesis la interpretación que brinda el Tribunal Pleno no puede ser tenida en otro sentido, aun y cuando en otras Tesis, por cierto, surgidas del mismo caso, cuyos rubros son: ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. EL ARTÍCULO 109 CONSTITUCIONAL QUE LO PREVE, NO CONTIENE UN RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, Instancia Pleno, Tomo XVI, Agosto de 2002*; Tesis P. XXXVI/2002; 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. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Instancia Pleno, Tomo XVI, Agosto de 2002*, Tesis P. XXXVII/2002; 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. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Instancia Pleno, Tomo XVI, Agosto de 2002*, Tesis P. XXXVIII/2002 sostenga que la carga de la prueba es del ministerio público; reconozca libertad de prueba en la actuación del inculcado y que le favorece la presunción de inocencia, por lo que, a nuestro entender, se asoma una contradicción entre estas tres Tesis y la que es objeto de análisis.

92 *Vid. JOSÉ I. CAFFERATA NORES. Proceso Penal y Derechos Humanos. La Influencia de la normatividad supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino. (Editores del Puerto SRL, Buenos Aires 2000) pp. 103 a 120. In extenso sobre el Derecho a la Defensa Penal Vid. JORGE EDUARDO VÁZQUEZ ROSSI. La Defensa Penal. Tercera Edición Actualizada (Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe, Argentina 1996) particularmente en sus páginas 77 y ss. En México, el artículo 20 Constitucional en su apartado "A" recoge los derechos del inculcado, que son la expresión viva del derecho de defensa y que, como es evidente, no se restringen simplemente a la prueba.*

Por otro lado, tampoco esa segunda parte del párrafo primero del artículo 224 del Código Penal Federal «es el derecho defensa del inculcado» por muy concreto que se quiera, ya que en este apartado del precepto el legislador ordinario penal federal plasmó su interpretación respecto a que entendió como enriquecimiento ilícito y quiso sancionar como tal; así, lo que el referido Tribunal ve como reglas procesales (particularmente relativas a la prueba), en verdad viene a configurar la forma en que, *sin conceder*, el pretendido tipo penal (que para nosotros no existe) en la concepción del Congreso Federal estaría construido, siendo ello como un «no poder acreditar» el legal incremento patrimonial o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o respecto de los cuales se conduzca como dueño.

Lo anterior es así, pues de aceptarse que el Código Penal Federal prevé el tipo penal de enriquecimiento ilícito (*lo que para nosotros no es así según se ha visto*), de la simple lectura del primer párrafo en su segunda parte del artículo 224 del mencionado ordenamiento punitivo podríamos extraer que es lo que el Congreso de la Unión «*entendió, interpretó, consideró, estima*» ser precisamente el –enriquecimiento ilícito–, pues para ello basta simplemente con leer el texto del precepto enunciado para encontrarse en el mismo plasmada esa «*interpretación auténtica*»⁹³ que al respecto brindó el referido legislador al establecer que: **Existe enriquecimiento ilícito cuando**, o, lo que es lo mismo, **hay enriquecimiento ilícito cuando**, o también: **se está en presencia del enriquecimiento ilícito cuando**, o, **es enriquecimiento ilícito cuando**:

“el servidor público *no puidere 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”.

Del texto transcrito, se impone un análisis gramatical, pues como refiere MORILLAS CUEVA⁹⁴, al expresarse la proposición normativa en palabras el análisis del lenguaje dirigido a descubrir el significado de los contenidos de las normas debe de arrojar, en principio, luz sobre el sentido de ellas.

Así se tiene que, cuando el precepto en cita refiere a cuando existe el enriquecimiento ilícito, habrá que determinar primero el sentido de lo que es –*existir*– y de lo que es –*cuando*–, para comprender a que se quiso referir el legislador. De esta manera, se tiene que, acorde con el Diccionario de Lengua Española (Real Academia de la Lengua Española. Vigésima Primera Edición, España 1992) p. 658, **Existir es** (Del lat. *existere*.) intr. Tener una cosa ser real y verdadero. **2.** Tener vida, **3.** Haber, estar, hallarse; mientras que la referencia a –*cuando*– (mismo Diccionario) p. 428 refiere a: (Del lat. *quan-*

93 Vid. LORENZO MORILLAS CUEVA. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General* (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid 1996) p.72, quien sobre la interpretación auténtica refiere que es la que hace el propio órgano legislativo bien en el texto legal donde se encuentra la norma a interpretar, ya sea en el mismo o en otro precepto, ya lo sea de manera mas general en al Exposición de Motivos, o bien en leyes posteriores. En el caso particular tal interpretación la formuló el Congreso Federal en la segunda parte del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal tras señalar cuando es que, para el mismo «*existe*» enriquecimiento ilícito.

94 *Loc. cit.*

do.) conj. T. En el tiempo, en el punto, en la ocasión en que. De ello se tiene que, lo que existe es *–lo que es real y verdadero, lo que hay–* y la referencia a *–cuando–* se formula con relación al tiempo, esto quiere decir que para el legislador aludido *–es o hay enriquecimiento ilícito–* al tiempo en que el servidor público no pueda acreditar el legítimo aumento de su patrimonio la procedencia de los bienes a su nombre o respecto de los que se conduzca como dueño, conforme a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, debiéndose agregar, claro está, en que *–casos y circunstancias–*, algo que precisamente el legislador ordinario no previó.

La interpretación del texto referido, autoriza sea efectuada en un contexto meramente gramatical conduciendo ello al auténtico sentido que quiso imprimirle el legislador, para quien el enriquecimiento ilícito se conceptualizó tan sólo como un «no poder acreditar» el incremento sustancial del patrimonio o aumento de bienes en los referidos términos, cuya procedencia lícita no pudiese ser probada aun y cuando para ello se remitiera a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, de ahí que se tenga que, este apartado del precepto sustantivo en comento, no sea una regla procesal relativa a la prueba para un pretendido delito que el Tribunal Pleno, *sin acierto*, supone su existencia en la diversa parte primera del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal al partir de considerar que el Constituyente Permanente creó el tipo penal de enriquecimiento ilícito en el artículo 109 fracción III párrafo tercero de la Carta Magna que de manera esencial se recogió en aquel⁹⁵; y esto es así, pues por un lado, esa segunda parte del primer párrafo del mencionado precepto para el Congreso Federal conforma, *sin conceder*, lo que este cuerpo legislativo consideró como enriquecimiento ilícito⁹⁶; por otro lado, porque aquí no existe tampoco un tipo penal, no sólo en razón a que la segunda parte del primer párrafo del referido artículo 224 es, a la vez, inserción esencial de la norma programática, incompleta, marco o base que es el artículo 109 fracción III párrafo tercero Constitucional «luego no es tipo penal», sino porque tampoco se ve en ella colmada la exigencia constitucional de prever en ley los *–casos y circunstancias–* en que, de acuerdo al marco acotado por el Constituyente Permanente sería tenido como punible el enriquecimiento ilícito, además de que, ese «no poder acreditar» al no poder ser pasado como una conducta en sentido penal (al caso, de omisión)⁹⁷, a mayor abundamiento, por nada puede ser considerado como un tipo penal.

95 *Vid Supra* pp 16 a 24.

96 Como se ha visto, aquí se vierte la interpretación auténtica del legislador penal federal para quien existe, o lo que es igual, *–hay o–* enriquecimiento ilícito ese «no poder acreditar» que refiere. *Sin embargo, como sostenemos, tampoco existe en este apartado ningún tipo penal.*

97 Sobre la omisión *Vid.* por todos HANZ WELZEL. *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11ª. Ed., 4a. ed. Castellana. Trad. del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. (Editorial Jurídica Chile, Santiago de Chile, 1997) p. 237 y ss.; quien señala que desde un punto de vista ontológico, la omisión no es en sí misma una acción, ya que es la omisión de una acción. Ambas se comportan en el sentido como A y no A, si bien la omisión se refiere necesariamente a una acción, pues no existe omisión "en sí", sino sólo la omisión de una acción determinada, entonces la omisión no es un concepto negativo, sino limitativo: es la omisión de una acción posible del autor, que está subordinada entonces al poder final del hecho (a la finalidad potencial de la persona). Resulta evidente que el «no poder acreditar» no es una conducta de omisión en sentido penal, sino la manifestación clara de una inversión de la carga de la prueba en detrimento del inculpado.

Se tiene entonces que, *contrario sensu*, para el Congreso de la Unión en el artículo 224 del Código Penal Federal **“no existe” enriquecimiento ilícito cuando**, o, lo que es lo mismo, **“no hay” enriquecimiento ilícito cuando**, o también: **“no se está” en presencia del enriquecimiento ilícito cuando**, o, **“no es” enriquecimiento ilícito cuando**:

“Se haya incurrido en un aumento ilegal del patrimonio, adquirido bienes o se conduzca respecto de los mismos como dueño”

Y esto es así, pues el legislador ordinario penal lo que sanciona es «no poder acreditar» y no, los *–casos y la circunstancias–* en que, de haberse previsto, se tendría como enriquecimiento ilícito el incremento sustancial del patrimonio, la adquisición de bienes o la conducción respecto de los mismos como dueño. En contra de nuestra posición, se manifiestan DIAZ ARANDA⁹⁸ que sostiene que en la parte segunda del párrafo primero del artículo 224 del Código Penal Federal, lo que existe es una condición objetiva de punibilidad y CÁRDENAS RIOSECO⁹⁹ que estima que aquí existe una desobediencia de carácter administrativo; consideraciones que no compartimos pues como he manifestado, lo que en este apartado de la norma comentada existe, es la interpretación auténtica del legislador penal federal en la que se plasma que es lo que para el mismo constituye el enriquecimiento ilícito, sin que por ello aceptemos, como venimos reiterando, que exista aquí tampoco un tipo penal.

El «no poder acreditar» que se contempla en la norma que se analiza, es la representación clara de la exigencia de una inversión de la carga de la prueba en detrimento del inculpado violatoria del derecho fundamental a la presunción de inocencia¹⁰⁰. Pién-

98 *Enriquecimiento Ilícito...* p. 119, ve aquí una *condición objetiva de punibilidad*, y sostiene que quien sustente que la conducta penalmente relevante en el delito de enriquecimiento ilícito del artículo 224 del Código Penal Federal como «la omisión de acreditar», estará de fondo sustentando la existencia de un tipo penal que tendrá como fin cubrir la ineficiencia de los órganos judiciales encargados de establecer y demostrar cuales son las conductas ilícitas en que incurren los servidores públicos para enriquecerse. *Cursivas añadidas. Para nosotros ni siquiera existe tipo penal en el artículo 224. Luego, ninguna condición objetiva de punibilidad puede ser invocada al caso.* Sin embargo, si se pretende sustentar que exista tipo penal de enriquecimiento ilícito, siendo el caso que el legislador ha plasmado en el segundo párrafo del referido precepto que es lo que para el mismo constituye el mismo, al precisar que «este existe cuando» ocurra ese «no poder acreditar» que alude, ha de estarse a esta interpretación del legislador, muy a pesar que ello no sea por nada deseable; no obstante conviene destacar que, ese «no poder acreditar» que tanto molesta es incluso exigido por el Poder Constituyente Permanente a los legisladores ordinarios en la creación de los tipos penales de enriquecimiento ilícito, aunque desde luego, no lo es en la forma en que la refirió el Congreso de la Unión en el artículo 224 mencionado acotando la prueba con remisión a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

99 *Enriquecimiento Ilícito...* p. 176. Además para este autor existe una Ley Penal en Blanco que deriva de la remisión que se hace a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Para nosotros, al no aceptar siquiera la existencia de un tipo penal, no cobra importancia discurrir acerca de si existe aquí no uno un tipo penal en blanco, o si es un tipo abierto etc., y es que, como sostenemos, simplemente es que no existe en el artículo 224 del Código Penal Federal un tipo penal.

100 *Vid. Artículo 8. 2.* de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y 14. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Tesis LXXVII/1999 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuyo rubro es: *Tratados Internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las Leyes Federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo X, noviembre de 1999. Tesis: P. LXXVII/99. Página: 46. Novena Época. Instancia: Pleno. En este sentido la doctrina mexicana, salvo la del Tribunal Pleno que no ve aquí violación a ese derecho fundamental, es coincidente en así denunciarlo. Sostienen la misma posición BUNSTER BRISEÑO. *Ob. cit.* p. 26 y s.; CÁRDENAS RIOSECO. *Enriquecimiento Ilícito...* pp. 119 y ss. y DIAZ ARANDA. *Enriquecimiento Ilícito...* p. 119.*

sese, por ejemplo, en el servidor público que en su gestión ha participado en un cohecho en cuyo origen se encuentra el incremento patrimonial que se le estima como enriquecimiento ilícito; o bien, que en su relación privada de tipo contractual, no obstante ser servidor público, ha visto incrementado su patrimonio con motivo de un fraude a particulares. En cualquier caso exigirle acreditar la legalidad de esos recursos, es conminarlo a manifestarse sobre los delitos cometidos violentando en su detrimento el principio que reza *nemo tenetur se ipsum accusare*¹⁰¹ que recoge la Constitución Política de los Mexicanos en su artículo 20 apartado "A" fracción II¹⁰². Por si no bastara, el inculpado que no declara por asistirle a ello derecho ni produce prueba alguna pues tampoco a tal extremo se obliga como expresión máxima del derecho fundamental anotado¹⁰³, tras acogerse al mismo sufriría un atentado a ese derecho fundamental pues el «no poder acreditar» que se sanciona en el precepto aludido le vendría aplicable. Es de tal magnitud la violación a la Carta Magna en que se incurre con una disposición como la que se analiza que, incluso, como acertadamente refiere BUNSTER¹⁰⁴ de no llegarse a acreditar el incremento de un patrimonio "lícito" si se sostiene la existencia de un tipo penal, se configuraría el delito en cuestión¹⁰⁵.

Además, se cae en el extremo de considerar hasta que, el órgano investigador que cita a declarar al inculpado por este delito, e incluso el juzgador penal tendrían que hacerle saber la garantía individual que le asiste de no declarar y que, como sostenemos, le alcanza, incluso, hasta el derecho de no producir prueba alguna; no obstante tal parece que ello se convertiría aquí en lo contrario, pues exigiéndose «acreditación» pero respetando ese derecho fundamental estaríamos en presencia de algo como una intimidación ya que no

101 En este sentido ESTRADA, JOSÉ M. *Derecho Constitucional*, 2ª ed, Ed. A. Martínez, Buenos Aires 1927. T. I, p. 153. citado por MAIER JULIO. *Derecho Procesal Penal Argentino*. T. 1, Volumen B Fundamentos (Segunda Edición. Editorial Hammurabi, S.R.L., Buenos Aires 1989) p. 434 que refiere: No es posible *obligarlo* (se refiere al imputado) a *brindar información* sobre lo que conoce; dependemos de su voluntad, expresada libremente y sin coacción de ninguna naturaleza. *Cursiva en texto original, paréntesis y escritura en el mismo agregada*. Ello es lo que expresa, muy claramente, la garantía que reza: Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.

102 Dicho precepto en su parte correspondiente establece: II. No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. En nuestra opinión la garantía aquí consagrada no se limita únicamente a no poder ser obligado a verter declaración, sino a no proporcionar elemento de prueba alguno que pudiera perjudicarlo al inculpado. *Vid.* MAIER JULIO *Loc. cit.* quien en la misma línea de pensamiento con respecto a que no es posible obligar al imputado a brindar información sobre lo que conoce señala que ello es lo que expresa, muy claramente, la garantía que reza: Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.

103 *Vid.* ENRIQUE RUIZ VADILLO. *Estudios de Derecho Procesal Penal* (Editorial Comares. Granada 1995) p. 221, quien en esta línea señala que el imputado no tiene que colaborar con la justicia. Esta obligación sería contra natura y absolutamente rechazable para un Derecho procesal penal,...en función de los principios constitucionales, que son profundamente humanos, en que se basa. *Puntos suspensivos añadidos*.

104 *Loc. cit.* quien comparte esta opinión al señalar que, esta exigencia se sustituye aquí por una presunción que pone sobre el reo el *onus probando* y que, en razón de ello, puede llegar a hacerlo víctima de graves injusticias. Tal sería el caso de quien se viera forzado, por respetables razones morales, a no revelar la transferencia de sus bienes con que lo ha favorecido, en vísperas de morir, la persona a quien lo ha unido una larga y profunda relación sentimental que el beneficiado ha prometido solemne y absolutamente mantener oculta para siempre. *Cursivas en texto original*.

105 *Ibidem* p. 26 y s. quien comparte esta opinión al señalar que, esta exigencia se sustituye aquí por una presunción que pone sobre el reo el *onus probando* y que, en razón de ello, puede llegar a hacerlo víctima de graves injusticias. Tal sería el caso de quien se viera forzado, por respetables razones morales, a no revelar la transferencia de sus bienes con que lo ha favorecido, en vísperas de morir, la persona a quien lo ha unido una larga y profunda relación sentimental que el beneficiado ha prometido solemne y absolutamente mantener oculta para siempre. *Cursivas en texto original*.

declarar llevaría a ese inculpaado en mucho a no poder acreditar o justificar la procedencia lícita de su patrimonio o de los bienes a su nombre o respecto de los cuales se conduzca como dueño, por lo que, precisamente por acogerse a esa garantía se caería, valga la expresión –prácticamente– en el no poder acreditar que exige el aludido numeral.

IV. Conclusiones

Primera. Las resoluciones judiciales deben ser, sin excepción, representación de un compromiso claro del poder judicial de respeto al texto constitucional. La falta de adhesión al mismo conlleva a tenerlas como carentes de confiabilidad judicial¹⁰⁶. En el caso de la tesis del Tribunal Pleno motivo de análisis a mi entender, nos encontramos en este supuesto.

Segunda. El artículo 109 fracción III párrafo tercero Constitucional, es una norma programática, incompleta, marco o base que recogió los principios que enarbolaron en la campaña del ex presidente Miguel de la Madrid Hurtado respecto de la necesidad de combatir la corrupción en el servicio público que ofrece a los legisladores penales ordinarios del país un marco a considerar para legislar en el ámbito de sus competencias creando el tipo penal de enriquecimiento ilícito. De ahí que, el Constituyente Permanente en dicho precepto emitiera un mandato a los mismos acotando esa materia a legislar en que –casos y circunstancias– el *aumento sustancial del patrimonio, la adquisición de bienes o la conducción respecto de los mismos como dueño, así como el no poder justificar su lícita procedencia* debería ser considerado como delito de enriquecimiento ilícito, lo que implica que la generación de los tipos penales de enriquecimiento ilícito quedó en manos de los legisladores ordinarios del país.

Tercera. No asiste razón al Tribunal Pleno al sostener que el Constituyente Permanente previó en el artículo 109 fracción III párrafo tercero de la Carta Magna el tipo penal de enriquecimiento ilícito. Este precepto no contiene sino una norma programática, incompleta, marco o base a seguir por los legisladores ordinarios para generar los correspondientes tipos penales de enriquecimiento ilícito en el ámbito de sus respectivas competencias, lo que a la fecha no ha ocurrido ya que ninguno de los que se han pronunciado al respecto han previsto en los respectivos preceptos los –*casos ni las circunstancias*– que exigió el Constituyente Permanente para crear dichos tipos penales.

Cuarta. El referido mandato constitucional no se traduce en que los legisladores ordinarios y en ellos, el Congreso de la Unión llevaran a cabo una copia o traslado de los elementos esenciales del artículo 109 fracción III párrafo tercero de la Carta Magna a sus preceptos ordinarios, pues de esta manera no se da cumplimiento al mismo. La transcripción de parte esencial del contenido del mencionado artículo constitucional por el Con-

¹⁰⁶ Siguiendo a la expresión empleada por GARZÓN VALDÉZ *Ob. cit.* p. 31.

greso de la Unión en el diverso 224 del Código Penal Federal se traduce en insertar a este nivel la norma programática, incompleta, marco o base que configura aquel precepto de la Carta Magna, lo que no constituye un tipo penal.

Quinta. A mayor abundamiento, el artículo 224 del Código Penal Federal como copia esencial del referido numeral garante, no previó *–los casos ni las circunstancias–* en los cuales el enriquecimiento ilícito, según el marco adoptado por el Constituyente Permanente debería ser sancionado por vía penal. Esto de nueva cuenta corrobora que el contenido de dicho precepto no es sino la inserción en el mismo del contenido esencial del artículo 109 fracción III párrafo tercero constitucional, luego, en aquel ningún tipo penal se contiene.

Sexta. En ningún apartado del artículo 224 del Código Penal Federal se prevé la conducta constitutiva del delito de enriquecimiento ilícito. El Constituyente Permanente al no querer sancionar penalmente como tal cualquier comportamiento, sino sólo los *–casos y las circunstancias–* en que de manera sustancial se incrementara el patrimonio, se adquirieran bienes o existiera respecto de ellos una conducción como dueño, dejó en manos de los legisladores ordinarios su previsión en ley, lo cual habría conducido a la configuración de los respectivos tipos penales; sin embargo, esos *–casos y circunstancias–* no se previeron y con ello, tampoco se acotó el comportamiento prohibido ni las circunstancias en que el mismo así debía ser considerado, de esta manera no se puede sostener que exista conducta prohibida alguna en el artículo 224 del Código Penal Federal y menos, que ésta lo fuere el enriquecimiento ilícito mismo. No obstante, como sostenemos, ni siquiera existe tipo penal en este precepto.

Séptima. La parte segunda del primer párrafo artículo 224 del Código Penal Federal no contiene ninguna regla procesal, menos relativa a la prueba como sostiene el Tribunal Pleno. Se contiene aquí, la interpretación auténtica del legislador ordinario respecto a lo que comprendió como enriquecimiento ilícito, sin embargo, su configuración como un *–no poder acreditar–* no conforma una conducta de omisión en sentido penal, sino es representación clara de una inversión de la carga de la prueba al poner sobre el inculpado el *onus probando*. Resulta evidente que, pese a que el legislador ordinario plasmó aquí lo que consideró configuraba a su entender el tipo penal de enriquecimiento ilícito, este apartado del precepto aludido no contiene un tipo penal, no sólo por no ajustarse al texto constitucional al no prever esos *–casos y circunstancias–* exigidos a ese nivel para su configuración, sino en razón a que su previsión en el sentido expuesto no constituye un tipo penal.

Octava. Dado que el artículo 224 del Código Penal Federal no contiene ningún tipo penal, resulta estéril centrar la discusión respecto a si dicho precepto prevé o no la conducta prohibida; o bien, si se está en presencia de un tipo abierto o cerrado, o si de un tipo penal en blanco y aún más, si la parte segunda del precepto es una condición objeti-

va de punibilidad o si se trata de reglas procesales relativas a la prueba. 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.

Novena. La garantía de vigencia de los principios constitucionales se ve fracturada en la tesis del Tribunal Pleno, pues si su garante por definición, como es el poder judicial, a pesar de no existir tipo penal alguno en el artículo 224 del Código Penal Federal pasó por alto que el legislador en dicho precepto no generó ningún tipo penal, luego, dicha tesis es un criterio que no se adhiere a la Constitución Política en tanto que no solo sustenta su argumentación en un tipo penal inexistente a nivel de la propia Carta Magna, sino que del mismo extrae la generación de otro a nivel secundario que tampoco existe.

Décima. La tesis del Tribunal Pleno motivo de este análisis debe ser modificada, al ser producto de un alejamiento del texto constitucional. En ella se sienta un grave precedente en cuanto a la desacertada interpretación constitucional que lleva a cabo del artículo 109 fracción III párrafo tercero de la Constitución Política, ya que la consideración que lleva a cabo en ella en el sentido que el Poder Reformador de la Constitución previó aquí el tipo penal de enriquecimiento ilícito es equivocada, siendo consecuencia grave de sustentar tal criterio la impunidad misma.

Décimo primera. El artículo 224 del Código Penal Federal debe ser reformado para generar el correspondiente tipo penal de enriquecimiento ilícito acorde con el mandato del Constituyente Permanente contenido en el artículo 109 fracción III párrafo tercero constitucional, sin dejar de atender el principio de taxatividad.

Bibliografía

- APARICIO PÉREZ MIGUEL ÁNGEL. "Modelo constitucional de Estado y realidad política" en: Perfecto Andrés Ibáñez, Luigi Ferrajoli, Miguel Ángel Aparicio Pérez, Salvatore Sencese, Miguel Ángel García Herrera, Pier Luigi Zanchetta, Giuliano Turone, Clemente Auger Liñán, Michele Taruffo y Ernesto Pedraz Penalva. *Corrupción y Estado de Derecho. El Papel de la Jurisdicción*. (Editorial Trotta S.A. Madrid 1996).
- ARTEAGA NAVA ELIZUR. *Derecho Constitucional*. (Oxford University Press, Harla-México. Colección Juristas Latinoamericanos, México 1998).
- ARTEAGA NAVA ELIZUR. *Tratado de Derecho Constitucional*. Volumen 3 (Oxford University Press México S. A. de C. V., México 1999).
- BÚNSTER BRISEÑO ALVARO. "La responsabilidad penal del servidor público". ALVARO BUNSTER, JOSÉ BARRAGÁN, HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, MANUEL GONZÁLEZ, JOSÉ DE JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ, JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ. *Las responsabilidades de los servidores públicos*. (Manuel Porrúa S.A. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G. ESTUDIOS DOCTRINALES, Núm. 88, México 1984)

- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, JUAN. *El Juez ordinario predeterminado por ley* (Primera Edición 1990. Editorial Civitas S. A., Madrid, 1990).
- CAFFERATA NORES JOSÉ I. *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Centro de Estudios Legales y Sociales (Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires 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*. (Editorial Porrúa S.A. de C.V. México 2001).
- CEREZO MIR JOSÉ. *Curso de Derecho Penal español. Parte General II. Teoría Jurídica del Delito*. (Sexta Edición 1998. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1998)
- COBO DEL ROSAL MANUEL y TOMÁS S. VIVES ANTON. *Derecho Penal. Parte General*. (5ª. Edición corregida, aumentada y actualizada. Tirant lo Blanch, Valencia 1999).
- CURY ENRIQUE. *La Ley Penal en Blanco*. (Editorial Temis S. A., Bogotá, 988).
- DÍAZ-ARANDA ENRIQUE *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*. (Primera Edición. Cárdenas Editor Distribuidor. México 1999).
- DÍAZ-ARANDA ENRIQUE. *Derecho Penal. Parte General*. (Conceptos, principios y fundamentos del Derecho Penal Mexicano conforme a la Teoría del delito Funcionalista Social). Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica. No. 6 (Editorial Porrúa S. A., México 2003).
- ESTRADA JOSÉ M. *Derecho Constitucional* (2ª ed, T. I. Ed. A. Martínez, Buenos Aires 1927).
- GARCÍA MAYNEZ EDUARDO. *Introducción Al Estudio del Derecho*. (Editorial Porrúa S.A., Cuadragésimo tercera Edición. México 1992).
- HÉCTOR-FIX ZAMUDIO y SALVADOR VALENCIA CARMONA. *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*. (Editorial Porrúa S.A. de C.V. México, 1999).
- HESSE CONRADO. "Constitución y Derecho Constitucional" en BENDA, MAIHOFFER, VOGUEL, HESSE y HAYDE. *Manual de Derecho Constitucional*. (Segunda Edición, prolegomena y traducción de Antonio López Piña. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2001).
- 17) MAIER JULIO. *Derecho Procesal Penal argentino*. T.1, Volumen B Fundamentos (Segunda Edición. Editorial Hammurabi, S.R.L., Buenos Aires 1989).
- MORILLAS CUEVA LORENZO. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. Dirigido por M. Cobo del Rosal (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid 1996).
- MUÑOZ CONDE FRANCISCO. *Introducción al Derecho Penal*. Colección: Maestros del Derecho Penal No. 3 (2da. Edición. Reimpresión. Editorial BdeF Ltda. Montevideo-Buenos Aires 2003).
- RUIZ VADILLO ENRIQUE. *Estudios de Derecho Procesal Penal* (Editorial Comares. Granada 1995).
- VELÁZQUEZ V. FERNANDO. "Los principios y garantías penales en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal Mexicano de 2002", en *Comentarios en torno al nuevo Código Penal para el Distrito Federal*. Coordinadores Moisés Moreno Hernández y Rodolfo Félix Cárdenas. (Editorial Ius Poenale, México 2003).

- VON BELING ERNST. "La Doctrina del Delito Tipo" en *Esquema del Derecho Penal y La Doctrina del Delito Tipo*. Traducción del alemán por el Dr. Sebastián Soler. (Edición del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Anales de Jurisprudencia, Sexta Época, Segunda Etapa. Colección "Doctrina", México 2003).
- VAZQUEZ ROSSI JORGE EDUARDO. *La defensa penal*. Tercera Edición Actualizada (Rubinzal-Culzoni Editores Santa Fe, Argentina, 1996).
- WELZEL HANZ. *Derecho Penal alemán. Parte general*, 11^a. Ed., 4a. ed. Castellana. Trad. del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Ed. Jurídica Chile, Santiago de Chile, 1997
- ZAFFARONI RAÚL EUGENIO. *Teoría del delito*. (EDIAR, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires 1973).

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos
Convención Americana Sobre los Derechos Humanos
Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación
Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos
Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.
Código Penal Federal
Código de la Defensa Social del Estado de Puebla.
Código Penal de Baja California Sur
Código Penal del Estado de Campeche.
Código Penal del Estado de Chiapas.
Código Penal del Estado de Chihuahua.
Código Penal del Estado de Coahuila.
Código Penal del Estado de Colima.
Código Penal del Estado de Durango.
Código Penal del Estado de Guerrero.
Código Penal del Estado de Jalisco.
Código Penal del Estado de Michoacán.
Código Penal del Estado de Morelos.
Código Penal del Estado de Nayarit.
Código Penal del Estado de Oaxaca.
Código Penal del Estado de Querétaro.
Código Penal del Estado de Quintana Roo.
Código Penal del Estado de Sinaloa.
Código Penal del Estado de Sonora.
Código Penal del Estado de Tabasco.
Código Penal del Estado de Tamaulipas.
Código Penal del Estado de Veracruz.

Código Penal del Estado de Yucatán.
Código Penal del Estado de Zacatecas.
Código Penal Federal.
Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Otros

Diccionario de Lengua Española (Real Academia de la Lengua Española. Vigésima Primera Edición, España 1992).
Semnario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: x, Noviembre de 1999.
Semnario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: xvi, Agosto de 2002.