

CORRUPCIÓN COMO DELITO

Euquenee Aimme MONTERDE VALERO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Concepto.* III. *Bien jurídico protegido.*
IV. *Marco jurídico.* V. *Presunción de inocencia.* VI. *Conclusiones.* VII.
Fuentes consultadas.

I. INTRODUCCIÓN

La propagación del virus COVID-19 a nivel mundial ha generado una crisis verdaderamente alarmante, desde un nivel económico (nacional e internacional), político, social pero el más importante y afectado es del sector salud.

Otro de los principales problemas que enfrenta el Estado mexicano y gran parte de Latinoamérica además del COVID-19 es la corrupción, que se traduce en una mala administración en compras sobrevaloradas, falta de transparencia, y en algunos casos el desvío de recursos destinados al sector salud, en el que pueden llegar a participar algunos intermediarios para obtener un beneficio, en consecuencia, las Naciones Unidas creó un Observatorio Regional de Precios de Medicamentos e insumos que estará vigente durante la pandemia para tener un mayor control y evitar abusos.

Dalo lo anterior, cuando hacemos alusión del término corrupción, parece ser inherente a la sociedad, a veces el lugar que obtiene no es precisamente calidad de hecho reprochable por la sociedad; por el contrario, la práctica constante de actividades que incurren en un comportamiento contrario a derecho que lesiona y vulnera un bien jurídico común, se convierte en un modo de vida, que le es atribuible a la cultura del país, en el que principalmente se incurre en el abuso del poder por parte de servidores públicos quienes se aprovechan de sus facultades y utilizan indebidamente los recursos que el Estado debería destinar al beneficio de la sociedad.

* Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8024-4341>.

Sin lugar a duda la ética pública en tiempos de COVID-19 juega un papel muy importante y de gran peso en la sociedad. Es por ello que deberá ser proyectada en resultados para saber qué tan eficaz y eficiente es la actividad pública ejercida por políticos y servidores públicos, pues el Estado les otorga facultades para el desempeño de dichas actividades, de ahí que deberían responder a la confianza y lealtad que se les brinda, ejerciendo el poder de forma transparente y responsable. Esto nos lleva a sostener que el servidor o funcionario público que incurre en malas prácticas ¡atenta contra la administración pública y que la principal víctima de este fenómeno es la sociedad!

Es por ello que en nuestro ordenamiento jurídico: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley General de Responsabilidades Administrativas y tanto el Código Penal Federal como los de cada Estado de la República, contemplan y describen aquellos hechos señalados como delitos en materia de corrupción, como lo son el enriquecimiento ilícito y el ejercicio abusivo de funciones, incluso, en materia procesal, los servidores públicos que son vinculados por hechos que la ley señala como delitos de corrupción se les impone oficiosamente la prisión preventiva, limitando así el ejercicio del derecho humano a la libertad de tránsito, cuyo objetivo es evitar la sustracción de la acción de la justicia, con lo cual, también, se limita el derecho humano a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 20, apartado B, fracción I de nuestra Carta Magna.

II. CONCEPTO

1. *Concepto de corrupción*

La corrupción es un tema universal que se vive día a día sin exceptuar algún sector (público o privado), lugar, sociedad, persona, circunstancia, etcétera.

La palabra corrupción, su raíz etimológica proviene del *latín* que significa romper, deteriorar, aniquilar y sobornar.¹

2. *Corrupción pública*

Doctrinariamente nos referimos a corrupción pública cuando los involucrados son servidores públicos, y por lo cual el Estado otorga poder a una per-

¹ Pray, Margarete, *Internationale Kommunikation* (2001) citado el 17 de septiembre de 2019, disponible en: <http://www.payer.de/kommkulturen/kultur083.htm>.

sona para administrar, desempeñar y gestionar un cargo público en beneficio de intereses generales, es decir, en términos amplios se encargará de satisfacer y respetar los intereses de la población, pero en este caso el servidor público no corresponde al buen ejercicio de sus funciones, por lo cual abusa de la confianza y busca un enriquecimiento personal.

De forma general se define la corrupción como uso indebido de una posición oficial pública para obtener fines y ventajas privados,² así también López Calera resume las posibles causas indicando que «la corrupción política nace fundamentalmente de las carencias e insuficiencias de la moral cívica y pública que necesita toda sociedad política si quiere sobrevivir».³ Siguiendo esta idea, el autor hace hincapié en la necesidad de huir de lo que se denomina «satanización de la política» y que se identifica con la idea de que los políticos son «un grupo de degenerados», esto es, de la consideración de que la política es mala por definición o que es una definición que lleva casi necesariamente a lo inmoral. Por otro lado, la corrupción política está precedida por otras causas anteriores y más graves que anidan en el centro del sistema social y económico. Así, la corrupción política se preconstituye en el mundo de lo privado, en la sociedad civil que preexiste a la vida política organizada.

3. *Concepto de corrupción jurídica*

La falta de tipo o descripción de la legislación penal, nos da pauta para realizar un estudio en sistemas jurídicos penales diferentes, por ejemplo España forma parte del Convenio Penal del Consejo de Europa, que es quien faculta a los miembros de este a tomar medidas legislativas que sean necesarias para tipificar como delito conforme a su ordenamiento jurídico interno; que deberán adoptarse a nivel nacional haciendo la diferencia entre: 1) corrupción activa de los agentes de públicos nacionales, cuando se cometa intencionalmente, el hecho de proponer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a uno de sus agentes públicos, para sí mismo o para algún otro, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones y 2) corrupción pasiva de agentes públicos nacionales; cuando se cometa intencionalmente, el hecho de que uno de sus

² Olaizola Nogales, I., “Aplicación del delito de cohecho en asuntos relacionados con la corrupción urbanística”, *Corrupción y urbanismo, cuadernos penales José María Lindón*, núm. 5, Bilbao 2008, p. 123.

³ López Calera, N., “Corrupción, ética y democracia. Nueva tesis sobre la corrupción política”, en Laporta, F.J. y Álvarez, S. (eds.), *La corrupción política*, cit., p. 128.

agentes públicos solicite o reciba, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida para sí mismo o para algún otro, o de que acepte la oferta.⁴

El convenio antes mencionado no responde a ¿Qué es corrupción?, sino que se evoca a ubicar a aquellos delitos que necesitan una calidad específica para ser considerados como hechos de corrupción activa o pasiva; sin embargo es preciso señalar que en el contenido del Código Penal Español en el Título XIX denomina “Delitos contra la Administración Pública”, sin hacer alusión en ningún Capítulo, al término “Corrupción”. Uno de los delitos contemplados en el título antes mencionado, identifica el factor activo y pasivo de la conducta, por ejemplo: a) el delito de cohecho consiste en que el servidor público solicite o reciba ilícitamente un soborno, aunque este no se llegue a entregar y b) resultado es el supuesto contrario; por lo tanto, uno de los requisitos es que se produzca una consecuencia ya sea un daño o un perjuicio.

Ahora bien, analizando el sistema penal mexicano, el Código Penal Federal hasta antes de la reforma del 18 de julio de 2016 la denominación del Título Décimo era “Delitos Cometidos por servidores públicos”; hoy día la denominación cambió por completo hablando entonces de “Delitos por hechos de corrupción”, englobando todos los capítulos que constituyen los delitos cometidos por servidores públicos, por lo que seguimos manteniendo la interrogante ¿Existe o no un delito que describa que es corrupción?, pues lo que nos describe la ley en ningún momento se ha contemplado la corrupción como un delito, sino diferentes preceptos que una vez que el sujeto activo (Servidor público) realiza un hecho que la ley señala como delito, por ejemplo; Cohecho, peculado, enriquecimiento ilícito, ejercicio abusivo de funciones, etc. Se tiene por resultado una conducta vinculada con corrupción, porque su actuar fue contrario y hubo abuso de las facultades que el mismo Estado le otorgó.

Atendiendo a lo que el artículo 14 de la misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos potencializando el principio fundamental de legalidad inserto en dicho artículo, prohíbe se imponga por analogías o mayoría de razón en materia penal, penas que no estén decretadas en la ley. Entonces estamos en el entendido que la ley debe darnos los elementos necesarios en la descripción específica del hecho que la ley señala como delito

⁴ Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999. Por cuanto el día 10 de mayo de 2005, el Plenipotenciario de España, nombrado en buena y debida forma al efecto, firmó en Estrasburgo el Convenio penal sobre la corrupción (Convenio núm. 173 del Consejo de Europa), disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2010/07/28/pdfs/BOE-A-2010-12135.pdf> (fecha de consulta: 20 de septiembre de 2019).

y de la sanción aplicable, y cuando no sea así, acudir a los criterios jurisprudenciales que emite la Suprema Corte de Justicia, aunado a lo anterior enuncio el siguiente criterio:

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. ANÁLISIS DEL CONTEXTO EN EL CUAL SE DESENVUELVEN LAS NORMAS PENALES, ASÍ COMO DE SUS POSIBLES DESTINATARIOS. El artículo 14, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagra la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal al establecer que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Este derecho fundamental no se limita a ordenar a la autoridad jurisdiccional que se abstenga de interpretar por simple analogía o mayoría de razón, sino que es extensivo al creador de la norma. En ese orden, al legislador le es exigible la emisión de normas claras, precisas y exactas respecto de la conducta reprochable, así como de la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito; esta descripción no es otra cosa que el tipo penal, el cual debe estar claramente formulado. Para determinar la tipicidad de una conducta, el intérprete debe tener en cuenta, como derivación del principio de legalidad, al de taxatividad o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley. Es decir, la descripción típica no debe ser de tal manera vaga, imprecisa, abierta o amplia, al grado de permitir la arbitrariedad en su aplicación. Así, el mandato de taxatividad supone la exigencia de que el grado de determinación de la conducta típica sea tal, que lo que es objeto de prohibición pueda ser conocido por el destinatario de la norma. Sin embargo, lo anterior no implica que para salvaguardar el principio de exacta aplicación de la pena, el legislador deba definir cada vocablo o locución utilizada al redactar algún tipo penal, toda vez que ello tornaría imposible la función legislativa. Asimismo, a juicio de esta Primera Sala, es necesario señalar que en la aplicación del principio de taxatividad es imprescindible atender al contexto en el cual se desenvuelven las normas, así como sus posibles destinatarios. Es decir, la legislación debe ser precisa para quienes potencialmente pueden verse sujetos a ella. En este sentido, es posible que los tipos penales contengan conceptos jurídicos indeterminados, términos técnicos o vocablos propios de un sector o profesión, siempre y cuando los destinatarios de la norma tengan un conocimiento específico de las pautas de conducta que, por estimarse ilegítimas, se hallan prohibidas por el ordenamiento. El principio de taxatividad no exige que en una sociedad compleja, plural y altamente especializada como la de hoy en día, los tipos penales se configuren de tal manera que todos los gobernados tengan una comprensión absoluta de los mismos, específicamente tratándose de aquellos respecto de los cuales no pueden ser sujetos activos, ya que están dirigidos a cierto sector

cuyas pautas de conducta son muy específicas, como ocurre con los tipos penales dirigidos a los miembros de las Fuerzas Armadas.

El criterio no nos ubica jurídicamente la figura de corrupción, nos remite a lo ya planteado, es decir, que lo relaciona con delitos que necesitan una calidad específica y el resultado de la conducta está vinculado con corrupción.

Por lo cual al no haber delito de corrupción no hay pena aplicable.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Uno de los fines principales del Estado es la satisfacción de los intereses de la sociedad. No obstante, el artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se expresa claramente que todo poder público se instituye para beneficio del pueblo. Sin embargo, cuando los representantes del Estado utilizan la función pública para satisfacer intereses personales, la confianza popular se ve afectada y ello se traduce en la pérdida del *consensus* popular hacia el Estado.⁵ Es por ello que la misma Ley General de Responsabilidades Administrativas, ha considerado que los servidores públicos deben desempeñar su empleo, cargo o comisión con legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia, y en caso de que su conducta sea constitutiva de delito y atente contra el bien jurídico protegido deberá aplicarse la legislación penal.

Dado lo anterior es importante hacer mención del bien jurídico que protege el derecho penal, se refiere al objeto de protección común propiamente un bien valioso para la mayoría de la sociedad, haciendo alusión a unos matices u otros según el tipo, es decir, tomando en cuenta la conducta descrita puede incidir o no, en la lesión al patrimonio de la Administración pública.

Entonces entendemos que la Administración pública se encuentra al servicio de las personas, basada en dos principios fundamentales para su buen manejo, al efecto, nos remitimos al Diccionario de la Lengua Española: 1) imparcialidad, que es la falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o cosas, de que resulta poderse juzgar o proceder con rectitud, y 2) transparencia, es decir, que tiene que ser visible las actividades de las personas encargadas en representar a las instituciones gubernamentales para garantizar el buen funcionamiento y que el bien jurídico protegido no sea violentado por los mismos.

⁵ Barragán Barragán, José, *El juicio de responsabilidad en la Constitución de 1824*, UNAM, México, pp. 22 y 23.

IV. MARCO JURÍDICO

A través de la historia de México, el legislador ha presentado reformas constitucionales y leyes para regular el actuar de los servidores públicos, creando medidas cuyo objetivo es prevenir posibles abusos del poder que les es conferido, para hacerlos conocedores de la responsabilidad que tienen en el desempeño de su empleo, cargo o comisión y en caso de que su actuar sea contrario, aplicar la ley correspondiente dependiendo de la gravedad de la falta. Por lo anterior es importante y necesario para el desarrollo del tema que nos ocupa, saber quiénes son servidores públicos, por lo que, el artículo 1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción, el artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el artículo 4 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas y el artículo 212 del Código Penal Federal nos describe quienes tienen esa calidad específica:

Convención Interamericana contra la Corrupción

Artículo 1

...“Funcionario público”, “Oficial Gubernamental” o “Servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos...

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Artículo 108

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

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

Los ejecutivos de las entidades federativas, los diputados a las Legislaturas Locales, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, los integrantes

de los Ayuntamientos y Alcaldías, los miembros de los organismos a los que las Constituciones Locales les otorgue autonomía, así como los demás servidores públicos locales, serán responsables por violaciones a esta Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo y aplicación indebidos de fondos y recursos federales...

Así también la misma Ley General de Responsabilidades Administrativas enlista quienes son sujetos a faltas administrativas y en su caso en delitos que atenten contra la administración pública

Artículo 4

Son sujetos de esta Ley:

- I. Los Servidores Públicos;
- II. Aquellas personas que habiendo fungido como Servidores Públicos se ubiquen en los supuestos a que se refiere la presente Ley, y
- III. Los particulares vinculados con faltas administrativas graves.

Código Penal Federal

Artículo 212

Es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a estas, fideicomisos públicos, empresas productivas del Estado, en los órganos constitucionales autónomos, en el Congreso de la Unión, o en el Poder Judicial Federal, o que manejen recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente Título son aplicables a los Gobernadores de los Estados, a los Diputados, a las Legislaturas Locales y a los Magistrados de los Tribunales de Justicia Locales, por la comisión de los delitos previstos en este Título, en materia federal.

Una vez analizada la descripción que nos dio el legislador sobre el listado de quienes son servidores públicos, podemos pasar al tema del artículo 109 en su fracción tercera y en su quinto párrafo de la Constitución Federal nos especifica, quien, como y en qué momento se debe dar parte a las autoridades ministeriales a través de la denuncia correspondiente por algún hecho constitutivo de delito en el que incurriera el servidor público.

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

III. ...La ley establecerá los supuestos y procedimientos para impugnar la clasificación de las faltas administrativas como no graves, que realicen los órganos internos de control. Los entes públicos federales tendrán órganos internos de control con las facultades que determine la ley para prevenir, corregir e investigar actos u omisiones que pudieran constituir responsabilidades administrativas; para sancionar aquéllas distintas a las que son competencia del Tribunal Federal de Justicia Administrativa; revisar el ingreso, egreso, manejo, custodia y aplicación de recursos públicos federales y participaciones federales; así como presentar las denuncias por hechos u omisiones que pudieran ser constitutivos de delito ante la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción a que se refiere esta Constitución...

Los preceptos anteriores nos darán una mayor visión respecto qué delitos cometidos por servidores públicos son considerados como corrupción en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así también saber cómo va a garantizar la protección del bien jurídico que sea vulnerado por el incorrecto desempeño de su empleo, cargo o comisión.

Todo lo anterior debe ser proyectado y aplicado a los cambios jurídico-sociales a los que se ha enfrentado el Estado México en tema de corrupción, teniendo como consecuencia reformas de suma importancia y trascendencia en nuestra carta magna; en primer lugar partamos de la reforma de 2008, pasó de Sistema Penal Inquisitivo a un Sistema Penal Acusatorio; en 2011 el Reconocimiento de los Derechos Humanos y en 2019 la ampliación al catálogo de delitos que merecen prisión preventiva oficiosa, en el que se encuentra el tema que nos ocupa “Corrupción” atendiendo a los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones.

La constitución Federal en su artículo 19 reformado el 12 de abril de 2019 dice:

...El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.

Los legisladores se basaron en los acontecimientos históricos y políticos de los últimos años, en los que la corrupción aún sin descripción jurídica la ubican en delitos como enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, observando que quien tuviese un proceso en su contra tenía la posibilidad de llevarlo en libertad, lo cual generaba elevados índices de impunidad, en el que el principal factor era la inadecuada procuración e impartición de justicia; entonces la finalidad de la reforma constitucional del 19, fue dar solución “efectiva” para garantizar la protección del bien jurídico (Administración pública), sancionando todas aquellas conductas contrarias a la norma, llevadas a cabo por los servidores públicos en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, otorgando facultad al juez para ordenar y aplicar prisión preventiva oficiosa.

1. *Enriquecimiento ilícito*

El Diccionario Jurídico Mexicano nos describe el enriquecimiento inexplicable o también llamado enriquecimiento ilícito, es: I. Un procedimiento de investigación para comprobar, si fuere el caso, que algún funcionario o empleado público se hubiera enriquecido notoriamente por encima de sus posibilidades económicas. “...La investigación parte de que deberá tener un origen o relación circunstanciada con el hecho, que esté o haya desempeñado un cargo público, en virtud de que se presume que ha habido falta de probidad, en el uso o manejo de los recursos del erario en beneficio o provecho personal”.⁶

Aunado a lo anterior, es importante hacer mención que el artículo 60 del Capítulo de las Faltas Administrativas Graves de los Servidores Públicos de la LGRA, nos dice que incurrirá en enriquecimiento oculto u ocultamiento de Conflicto de Interés el servidor público que falte a la veracidad en la presentación de las declaraciones de situación patrimonial o de intereses, que tenga como fin ocultar, respectivamente, el incremento en su patrimonio o el uso y disfrute de bienes o servicios que no sea explicable o justificable, o un Conflicto de Interés.

En este orden de ideas, se encontrará en el supuesto anterior el servidor público, cuando en el momento en el que tenga que realizar su declaración patrimonial refleje un incremento que no sea justificable de acuerdo a la remuneración con la que cuenta por desempeñar su empleo, cargo o comisión, el órgano interno solicitará al Declarante la aclaración del enrique-

⁶ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1171/4.pdf>.

cimiento y en caso de no ser justificable se abrirá un expediente para dar inicio a un procedimiento conforme la LGRA y en su caso, la formulación de denuncia ante el Ministerio público, con el fin de saber la procedencia del incremento del patrimonio o procedencia de bienes con los que cuente.

Es particularmente importante resaltar este último punto señalado en cuanto al procedimiento, porque una vez que interviene el agente del ministerio público entra en el ámbito penal, en el que deberá acreditar el hecho que la ley señala como delito, como lo expresa el artículo 224 del Código Penal Federal que nos dice:

Se sancionará a quién 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.

Haciendo un estudio analítico del precepto legal citado, es necesario establecer que se entiende por patrimonio desde el punto de vista jurídico tomando en cuenta la descripción doctrinal, patrimonio es el conjunto de poderes y deberes apreciables en dinero, que tiene una persona que se integra por dos elementos: 1) activo, constituido por bienes y derechos y 2) pasivo, conformado por cargas y obligaciones.⁷ Por añadidura, el aumento del patrimonio puede verse reflejado por el aumento de bienes obtenidos apreciables en dinero.

Una vez entendido que es el patrimonio y cuando este se ha incrementado, es menester conocer el significado de “legítimo”, para ello tomamos en cuenta a lo que refiere el Diccionario Jurídico Mexicano, legítimo es lo que es conforme a Derecho, con esta base podemos determinar cuando el aumento patrimonial es legítimo.⁸

Debemos tomar en cuenta que no todo enriquecimiento del servidor público es derivado del uso indebido de la función pública, por ejemplo, que se encuentre en el supuesto de desempeñe una actividad económica (Comercio) en la que le permita incrementar su patrimonio sin utilizar su calidad de servidor público, no se encontraría en el supuesto de enriquecimiento ilícito, porque podría demostrar la procedencia de dicho incremento.

Ahora bien, el hecho constitutivo de delito puede ser de 1) acción, haciendo referencia al abuso de su empleo, cargo o comisión para enriquecer-

⁷ López Monroy, José de Jesús, “Patrimonio”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa, 1988, t. IV, p. 2353.

⁸ *Op. cit.*

se ilícitamente o 2) omitiendo el demostrar el incremento legítimo del patrimonio o procedencia de sus bienes. Esto indica en la primer hipótesis se presentaría la corruptibilidad del bien jurídico, porque el servidor público al estar consciente de las responsabilidades que el Estado implícitamente le otorga, decide no cumplir con su deber de garante, y siendo él mismo quien lesiona el bien jurídico, sin embargo en la hipótesis de omisión podemos dar por hecho que al no poder demostrarse el legítimo incremento del patrimonio implicaría atribuirle el delito al servidor público, basándose en una presunción de culpabilidad y por lo cual se estaría violentando el principio de presunción de inocencia.

En consecuencia, lo anterior deja al servidor público desprotegido, porque desde el inicio de la investigación lo privan de su libertad, aún sin contar con datos que indiquen que el sujeto cometió un hecho ilícito y en segundo lugar porque desconoce los medios probatorios adecuados que deberá aportar a la autoridad judicial para demostrar el legítimo aumento de su patrimonio o bienes que fue ajeno al ejercicio de la función pública, aun cuando la carga de la prueba le corresponde a la parte que acusadora (Ministerio público).

Desde un punto de vista de derecho comparado, tomando en cuenta el Derecho Penal Español vigente, no cuenta con una descripción de esta conducta (enriquecimiento ilícito), por lo que aún nos resulta más complejo entender lo que el legislador en nuestra Carta Magna y en el Código Penal Federal quiso decir, en cuanto al artículo 224 que hemos citado con anterioridad, porque este solo reconoce la existencia de una presunción de la conducta en la ilicitud del aumento del patrimonio del servidor público.

La siguiente tesis aislada nos hace ver claramente que en mayor parte a lo que refiere este delito, se inclina a la parte adjetiva del derecho penal:

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

empleo, cargo o comisión del servicio público, o si este no puede acreditar el legítimo aumento de su patrimonio, conforme lo exige el artículo 224, del Código Penal Federal.

2. *Ejercicio abusivo de funciones*

El delito de ejercicio abusivo de funciones, relacionado con hechos de corrupción y que a criterio de los legisladores merece prisión preventiva oficiosa, en realidad este término no existe jurídicamente hablando, pues no se encuentra en el diccionario jurídico, sin embargo en el Código Penal Federal si lo contempla en el apartado de Delitos por hechos de corrupción en una descripción de la conducta del servidor público puede encontrarse en el supuesto en el que abusa de las funciones que el Estado le ha conferido:

Artículo 220.- Comete el delito de ejercicio abusivo de funciones:

I.- El servidor público que en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, ilícitamente otorgue por sí o por interpósita persona, contratos, concesiones, permisos, licencias, autorizaciones, franquicias, exenciones o efectúe compras o ventas o realice cualquier acto jurídico que produzca beneficios económicos al propio servidor público, a su cónyuge, descendiente o ascendiente, parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, a cualquier tercero con el que tenga vínculos afectivos, económicos o de dependencia administrativa directa, socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen parte...

Podemos decir que la razón del delito de llevar a cabo negociaciones prohibidas o contrarias a las funciones otorgadas, es evitar que cualquier miembro de dependencias públicas, que deba participar en algún procedimiento de contratación, licitación, concesiones, etc., se aproveche de su condición para obtener beneficios propios

Es por ello que se trata de evitar y para mayor control de funciones y en caso de abuso de las facultades que tiene un servidor público en su cargo y en algunos casos logra tener un enriquecimiento ilícito por medio de sus “negociaciones” deberá ser sancionado privado de su libertad, en al que la misma CPEUM, justificada porque puede existir el riesgo de que la persona pueda sustraerse de la acción de justicia.

Por ello la suprema corte de justicia nos dice:

EJERCICIO ABUSIVO DE FUNCIONES. EL ARTÍCULO 212, PÁRRAFO PRIMERO, EN RELACIÓN CON EL 220, FRACCIÓN I, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, NO

VIOLA EL DERECHO FUNDAMENTAL DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. Del artículo 220, *fracción I, del Código Penal Federal*, se advierte que el delito de ejercicio abusivo de funciones constituye un tipo especial, en cuya comisión participa un servidor público como sujeto activo. Por su parte, el artículo 212, *párrafo primero*, del propio ordenamiento define al servidor público, como aquella persona que desempeña un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza, que ejerce la función pública, como por ejemplo los representantes del Poder Judicial, del Poder Legislativo, de la administración pública federal, así como los gestores de las empresas en las que existe representación estatal. Ahora bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que una norma penal es constitucional aun cuando la descripción típica de que se trata, contiene un elemento normativo cuya definición implique la remisión a otro numeral de la propia norma que tiene el carácter de ley en sentido formal y material, sino solo lo es cuando reenvían a otras que no tienen este carácter; como los reglamentos, pues ello equivale a delegar a un Poder distinto al Legislativo, la potestad de intervenir decisivamente en la determinación del ámbito penal, cuando es facultad exclusiva e indelegable del Congreso de la Unión legislar en materia de delitos y faltas federales. De ahí que el artículo 212, *párrafo primero*, en relación con el diverso 220, *fracción I, del Código Penal Federal*, no viola el derecho fundamental de exacta aplicación de la ley en materia penal, en su vertiente de taxatividad, reconocido por el artículo 14 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, pues de la interpretación armónica y sistemática de dichos preceptos legales puede deducirse quién tiene la calidad de servidor público, para que sea considerado sujeto activo del delito de ejercicio abusivo de funciones.

V. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Derivado del análisis de los delitos a los que refiere el artículo 19, tratándose de corrupción, que merecen prisión preventiva oficiosa, nos corresponde hacer mención de la importancia de los derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico, cuyo reconocimiento se encuentra en artículo 1o. constitucional y nos dice que todas las personas gozarán de derechos humanos que son reconocidos en ella y en Tratados Internacionales de los que México es parte, cuyo fin es garantizarlos y protegerlos. En este tenor, la presunción de inocencia es un derecho humano, reconocido en el artículo 20, apartado B, tratándose de derechos de la persona imputada, en su primera fracción presumiendo en todo momento su inocencia hasta que no se declare su culpabilidad en sentencia emitida por la autoridad competente.

Para refuerzo de reconocimiento, respeto y garantía de este derecho humano la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha manifestado a partir de la reforma de 2011, que la presunción de inocencia es un principio de suma importancia y respeto al debido proceso legal y primordialmente a la dignidad humana, en el cuál quien acusa está obligado a probar, para ello enuncio el siguiente criterio:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. CONSTITUYE UN PRINCIPIO CONSTITUCIONAL APLICABLE EXCLUSIVAMENTE EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. El referido principio, previsto en el artículo 20, apartado B, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que impone la obligación de arrojar la carga de la prueba al acusador, constituye un derecho que la Ley Suprema reconoce y garantiza en general, cuyo alcance trasciende la órbita del debido proceso, pues con su aplicación se garantiza la protección de otros derechos fundamentales como son la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre, que podrían resultar vulnerados por actuaciones penales o disciplinarias irregulares. Así, este principio fue concebido como un derecho exclusivo del proceso penal, pues la sola lectura del citado precepto constitucional permite advertir que el objeto de su contenido es establecer la presunción de inocencia como un derecho constitucional de los imputados dentro del proceso penal correspondiente, el cual, en términos del artículo 1o. del Código Federal de Procedimientos Penales, constituye un procedimiento reglamentado tendente a verificar si una conducta atribuida a una determinada persona ha de considerarse o no delito, prescribiéndole cierta consecuencia o sanción; es decir, el proceso penal se refiere a un conjunto de actos procesales orientados a la aplicación de la norma sustantiva (norma penal), donde se describen las conductas humanas que han de considerarse prohibidas por la ley (delitos) y sancionadas por los medios ahí precisados. Así, el procedimiento penal se estructura a partir de diferentes etapas procesales vinculadas entre sí en forma concatenada, de manera que una lleva a la siguiente en la medida en que en cada una de ellas obren elementos que, en un principio, evidencien la existencia de una conducta tipificada como delito, así como la probable responsabilidad del imputado y, posteriormente, se acredite, en su caso, dicha responsabilidad punible a través de las sanciones previstas en el Código Penal correspondiente.

La presunción de inocencia es un principio y derecho humano como vimos anteriormente es regulado y protegido en diversos ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales que han sido firmados y ratificados por nuestro país, entre ellos:

“La Declaración Universal de Derechos Humanos”.

Art. 11.

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

“La Convención Americana Sobre Derechos Humanos”.

Art. 8. Garantías judiciales

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

“Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

Art. 14. ...

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

Si viene cierto, estos principios rigen al procedimiento penal y, en este sentido, se nos podría objetar que la presunción proviene de la ley, ello no obsta para aplicarlos al enriquecimiento ilícito, pues no debemos perder de vista que la conducta ordenada por la norma penal (acreditar) pertenece básicamente al derecho adjetivo y no al sustantivo.

VI. CONCLUSIONES

Primera. No existe el delito de corrupción, la razón es que no está regulada por el Código Penal Federal.

Segunda. En consecuencia la reforma al artículo 19 constitucional al incluir en la lista los delitos que merecen prisión preventiva oficiosa tratándose de en materia de corrupción: enriquecimiento ilícito (artículo 224CPF) y ejercicio abusivo de funciones (artículo 220 CPF), violenta el derecho humano a la presunción de inocencia, el cual es reconocido en la Constitución y en los Tratados Internacionales en los cuales México ha firmado y ratificado, por lo cual el imputado se presume inocente hasta que sea demos-

trada su culpabilidad, por lo tanto la carga de la prueba le corresponde al Ministerio Público.

Tercera. El delito de enriquecimiento ilícito no describe una conducta, simplemente hace presunción de un hecho y sanciona el aumento del patrimonio, aun cuando el ilegítimo aumento de patrimonio o bienes debe ser acreditado por el ministerio público, quien es el encargado de realizar las investigaciones, por lo tanto, estamos hablando que es meramente procesal (derecho adjetivo).

Cuarta. El título del Código Penal Federal contiene un capítulo específico de Delitos por hechos de Corrupción, siendo 14 delitos que lo integran con la calidad de ser servidor público, solo dos de ellos (enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones) fueron integrados al catálogo del artículo 19 Constitucional, de los delitos que merecen prisión preventiva oficiosa.

Quinta. El Estado mexicano durante y después de la pandemia COVID-19, tendrá bastante trabajo, deberá mostrar que tan eficaz y eficiente es en la administración pública y como consecuencia responder a la confianza y lealtad que se les brinda, demostrando que han ejercido el poder de forma transparente y responsable. Así también en caso de que se presente alguna irregularidad por parte de algún servidor público deberá a través de sus instituciones ser objetivo, realizando un estudio para que en caso de que encuadre la conducta en el tipo penal, no se violenten derechos humanos.

VII. FUENTES CONSULTADAS

BARRAGÁN BARRAGÁN, José, *El Juicio de responsabilidad en la Constitución de 1824*, México, UNAM.

BARRAGÁN BARRAGÁN, José, *Diccionario jurídico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1983.

Código Penal Federal Vigente.

Código Penal Español Vigente.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Convención Interamericana contra la Corrupción.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de

enero de 1999. Por cuanto el día 10 de mayo de 2005, el Plenipotenciario de España, nombrado en buena y debida forma al efecto, firmó en Estrasburgo el Convenio penal sobre la corrupción (Convenio núm. 173 del Consejo de Europa), consultado 20 septiembre 2019 <https://www.boe.es/boe/dias/2010/07/28/pdfs/BOE-A-2010-12135.pdf>

Ley General de Responsabilidades Administrativas vigente.

LÓPEZ CALERA, N., “Corrupción, ética y democracia. Nueva tesis sobre la corrupción política”, en LAPORTA, F. J. y ÁLVAREZ, S. (eds.), *La corrupción política*.

LÓPEZ MONROY, José de Jesús, “Patrimonio”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa, 1988, t. IV.

OLAIZOLA NOGALES, I., “Aplicación del delito de cohecho en asuntos relacionados con la corrupción urbanística”, *Corrupción y urbanismo, cuadernos penales José María Lindón*, Bilbao, núm. 5, 2008.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

PRAY, Margarete, *Internationale Kommunikation* (2001) citado el 17 de septiembre de 2019, disponible en: <http://www.payer.de/kommkulturen/kultur083.htm>