

LA TUTELA PENAL DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN MÉXICO.

Mtro. Jorge Nader Kuri.^{1 2}

SUMARIO: *I.- Introducción. II.- El poder estatal y la distribución de funciones. III.- El servicio público. IV.- El servidor público. V.- Evolución constitucional de la tutela legal de la función pública. 1.- Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana (Constitución de Apatzingán) de 1814. 2.- Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, de 1824. 3.- Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, de 1857. 4.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 1917. a) Responsabilidad política. b) Responsabilidad administrativa o disciplinaria. c) Responsabilidad constitucional. d) Responsabilidad patrimonial -civil- del Estado. e) Responsabilidad penal. VI.- Los delitos contra la función administrativa. VII.- Hechos de corrupción –de los servidores públicos y de los particulares.*

Abstract: La función administrativa es un bien jurídico tutelado por el derecho penal. Como tal, debe ser protegido en dos cauces: a través de las definiciones normativas que describan con precisión las conductas que lo vulneren y establezcan las penas respectivas, y mediante un sistema de procuración e impartición de justicia capaz de realizar investigaciones objetivas, imparciales y eficaces, y de aplicar modelos jurisdiccionales expeditos que sirvan para lograr la mejor solución posible en el caso en particular, en el marco del sistema de justicia acusatorio. Ambos aspectos deben de estar considerados como basamentos en la construcción del Sistema Nacional Anticorrupción -en ciernes, particularmente en la vertiente que debe atender al combate a los hechos de corrupción.

Abstract: The administrative function is a legal right protected by criminal law. As such, it must be protected in two ways: through normative definitions that accurately describe the behaviors that violate it and establish the respective penalties, and through a system of administration of justice and law enforcement capable of conducting objective, impartial and effective investigations, and to apply expedited jurisdictional models that serve to give the best possible solution in the particular case, within the accusatory justice system. Both aspects should be considered as foundation in the construction of the

¹ Abogado por la Universidad La Salle; Maestro en Ciencias Penales por el INACIPE; Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

² El autor es partidario del lenguaje incluyente. Aun así, en el presente estudio se prescinde del uso de símbolos que distingan o abundan para precisar que los conceptos que se refieren a personas humanas aplican a mujeres y a hombres, por la única razón de facilitar la lectura. Se ruega tener presente que, en todos los casos, la expresión del género se refiere a hombre y mujer.

National Anticorruption System - in particular, on the issue that must deal with the fight against corruption.

Palabras clave: función administrativa, servidor público, responsabilidad penal, bien jurídico tutelado, sistema de justicia acusatorio, hechos de corrupción.

I.- Introducción.

El objeto del presente estudio descriptivo es la función administrativa en su consideración como bien jurídico protegido por el derecho penal a través del tiempo, desde que apareció sustantivada normativamente en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana (Constitución de Apatzingán) de 1814 y hasta nuestros días e incluso allende en la prospectiva de implantación y puesta en operación del Sistema Nacional Anticorrupción, aún carente de soporte legislativo secundario.³

Es preciso señalar desde ahora que se ha preferido establecer como objeto de nuestro estudio la “función administrativa” en lugar del “servicio público” pues, aunque el Título Décimo del Código Penal Federal (CPF) contiene los “delitos cometidos por servidores públicos”, tal clasificación legal atiende al sujeto activo de la conducta típica y no al bien jurídico tutelado. Además, como se verá más adelante, el poder estatal se realiza a través de las funciones específicas de legislar, juzgar y administrar, de lo que se infiere que el principio generador de éstas es la función pública propiamente dicha, la cual requiere de órganos estatales que reciban las funciones específicas y de personas que concreten éstas a través del ejercicio de atribuciones normativamente establecidas.⁴ De allí que se afirme que es la función pública *lato sensu* la protegida por la norma penal de las lesiones o peligros que pueda resentir por las conductas de los servidores públicos en ejercicio del servicio público, de donde se sigue que éste sólo es el vehículo mediante el cual el autor afecta el bien jurídico tutelado, más no así el objeto de protección *per se* de la legislación penal.

Ahora bien, nuestra codificación penal federal contiene un Título Decimoprimeros en el que ordena los delitos que afectan la función específica de juzgar y que pueden cometer sus servidores públicos (capítulo primero) o particulares (capítulo segundo). No ocurre lo mismo tratándose de la función específica de legislar en su consideración material puesto que la ordenación penal federal carece de descripción típica alguna que sancione conductas que lesionen o pongan en peligro la actividad legislativa como tal.

³ Este artículo fue escrito en enero de 2016, derivado de nuestra participación en las XVI Jornadas Sobre Justicia Penal realizadas del 3 al 6 de noviembre de 2015, organizadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. En esa fecha, la Comisión Anticorrupción y de Participación Ciudadana del Senado de la República no ha dictaminado las iniciativas de las leyes secundarias en la materia.

⁴ Principio de legalidad.

Luego entonces, si, por un lado, el Título Decimoprimer del CPF establece los delitos que protegen la función de juzgar y, por otro, no existe conducta alguna que sancione penalmente las conductas que atenten contra la función de legislar, consecuentemente los delitos del Título Décimo del CPF protegen la función específica de administrar o ejecutar, de donde se afirma la definición del objeto de nuestro estudio como *tutela penal de la función administrativa*.

En cuanto al ámbito espacial del que nos ocupamos, como se sabe, la distribución de competencias entre los asuntos que competen a la Federación y a las entidades federativas, definida en el art. 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), implica que éstas conservan la atribución de legislar en materia penal, por lo que cada Estado y la Ciudad de México han definido los delitos que atentan contra la función pública *lato sensu* local. No obstante, las codificaciones estatales escapan a las pretensiones de este estudio, que se circunscribe a los delitos federales contenidos en el CPF y en algunas otras leyes penales; en todo caso, nos anima que las legislaciones estatales son análogas a la federal, por lo que en esta ocasión nos limitaremos al ámbito federal y por ello en el título hemos agregado que se trata de la tutela en México.

Para lograr los propósitos del presente estudio, se tratará lo concerniente al poder estatal y la distribución de funciones para llegar al contenido, alcances y sujetos del servicio público. Trataremos someramente su regulación constitucional a través del tiempo y como cualidad regulada por el derecho penal; las conductas que la legislación federal ha tipificado como delitos contra la función administrativa cometidos por servidores públicos y, por último, hacia dónde camina *grosso modo* el Sistema Nacional Anticorrupción mexicano, en ciernes, en lo que al objeto de nuestro estudio corresponde.

II.- El poder estatal y la distribución de funciones.

Como se sabe, el Estado existe para satisfacer de la mejor manera las necesidades de los individuos que lo integran, lo cual sólo puede lograrse a través del poder estatal - *imperium*- efectivo en cualquiera de los órdenes en que desarrolla su actividad, a saber: legislación, justicia y administración. Es así que la llamada “división de poderes” es en realidad una “distribución de funciones” asignadas respectivamente a sus órganos esenciales, a saber: el legislativo, el judicial y el ejecutivo, a quienes se les conceden las potestades necesarias para que, a través de la *emisión* de normas generales, de su *aplicación* para resolver controversias y de su *ejecución* para su observancia, se tengan

los medios para la realización de los fines estatales.⁵ De allí la importancia de distinguir entre poder, función y potestades.

Las tres especies de funciones que derivan del poder estatal, al que cabría también llamarle *función pública*, si bien se han asignado individualmente a alguno de los órganos esenciales del Estado, sin embargo son compartidas, puesto que cada uno de éstos, además de sus propias funciones y potestades para hacerlas realidad, ejercen otras de la naturaleza que caracterizan a los demás órganos. Así, el legislativo legisla, pero también juzga (declaración de procedencia, juicio político) y administra y ejecuta (gobierno interno); el judicial juzga, pero también legisla (jurisprudencia, acuerdos, circulares) y administra y ejecuta (gobierno interno, consejos de la judicatura); y el ejecutivo ejecuta y administra, pero también legisla (reglamentos, acuerdos, normas) y juzga (justicia contenciosa administrativa, fiscal, recursiva). Claro es que el carácter substancial y distintivo de las funciones no se modifica en atención a la naturaleza del órgano que la ejerce; por eso suele precisarse entre la función en su aspecto material y en su consideración formal.

Función administrativa.- Teniendo en cuenta lo anterior, es posible afirmar que el término “administración pública” o “función administrativa” debe entenderse como el conjunto de las potestades dirigidas a la emisión de actos jurídicos *-actos administrativos-* encaminados a la aplicación del derecho como medio para crear, modificar, extinguir o ejecutar situaciones jurídicas, con total independencia del órgano en el que se circunscriba ésta o el autor de su ejercicio. Lo que define al acto administrativo es la materia, no la forma ni el autor, y así entonces existe administración pública en los órganos del legislativo, del judicial y, por su puesto, del ejecutivo. Dicho en términos simples, la función administrativa es cumplir y hacer cumplir la ley.

III.- El servicio público.

Suele afirmarse que el servicio público es la prestación concreta que realiza *la administración pública* a través de sus empleados o por particulares mediante concesión, contrato o norma jurídica, encaminada a satisfacer las necesidades de la colectividad.⁶ Lo anterior implicaría, entonces, que sólo podría hablarse de servicio público tratándose del ejercicio de la función de administración en su consideración material, más no así

⁵ Los órganos constitucionales autónomos, si bien no se encuentran adscritos en alguna de las funciones esenciales del Estado, participan de todas ellas a través de las funciones que les son asignadas por la legislación secundaria. Por ello, para los propósitos del presente estudio, su análisis no requiere más que establecer que son instituciones estatales cuyos empleados asumen la categoría de servidores públicos.

⁶ Glosario de términos más usuales en la Administración Pública Federal, editado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, México, 2001, pág. 311.

cuando se tratare de las funciones de legislación y de justicia. Si así fuera, ¿cómo denominaríamos la prestación realizada en las potestades de legislar y de juzgar?

La discusión no es menor en el campo del derecho administrativo, que alguna vez distinguió entre función pública, servicio público y empleo público,⁷ con posturas interesantes todas, que el derecho constitucional y el derecho penal decidieron atajar al establecer en los arts. 108 de la CPEUM y 212 del CPF, a propósito de la definición de servidor público, que servicio público es el desempeño de un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública centralizada, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos; en los órganos constitucionales autónomos; en el Congreso de la Unión; y en el Poder Judicial.

Por tanto, para el derecho positivo, el servicio público es el ejercicio de las potestades de la función pública en cualquiera de sus especies y con independencia de sus consideraciones materiales y formales; ejercicio que debe poseer los deberes de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez, lealtad, imparcialidad, respeto a los derechos humanos, certeza y máxima publicidad, a que se refieren los arts. 21, 41 fracción V apartado A y 109 fracción III de la CPEUM, mismas que desarrolla ampliamente el art. 8 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos (LFRASP).

Ahora bien, no cualquier conducta que vulnere los deberes antes señalados es penalmente relevante y por ello es que el art. 109 de la CPEUM dispone que los procedimientos para la aplicación de las sanciones administrativas y penales se desarrollarán autónomamente, con la sólo limitación de que no podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza. Por lo tanto, la legislación penal federal sólo ha recogido, como penalmente relevantes, las acciones u omisiones realizadas en el ejercicio de las potestades de la función administrativa que impliquen una desviación especialmente grave a los deberes citados y que por lo mismo causen un daño o peligro de importancia social al cumplimiento de los fines del Estado para con los individuos que lo conforman. Es precisamente la desviación intencional del deber lo *disvalioso* de la conducta penalmente relevante.

IV.- El servidor público.

Los propios arts. 108 de la CPEUM y 212 del CPF definen al servidor público en general como toda persona -física- que desempeñe un empleo, cargo o comisión de

⁷ Por ejemplo, Miguel S. Marienhoff, en su *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1983, Tomo II.

cualquier naturaleza en los órganos del Estado y, en especial, a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial de la Federación, de la Administración Pública Federal y de los organismos constitucionales autónomos.

Cabe señalar que, no obstante que la legislación secundaria equiparase a los particulares con los servidores públicos, como ocurre, por ejemplo, en el art. 5 fracción II de la Ley de Amparo⁸ o en el art. 2 de la LFRASP,⁹ el principio de exacta aplicación de la ley penal impide que a los particulares se les analogue como servidores públicos en los casos en que el tipo penal se refiera a éstos como sujeto activo. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de que se les pueda considerar coautores o partícipes junto con el servidor público penalmente responsable, tal y como lo señala el art. 212 segundo párrafo del CPF.

V.- Evolución constitucional de la tutela legal de la función pública.

1.- Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana (Constitución de Apatzingán) de 1814.

La Constitución de Apatzingán, promulgada en 1814, fue el primer instrumento constitucional del México independiente. A pesar de la época y el contexto histórico y político existente al tiempo de su emisión por el Supremo Congreso Mexicano a fin de “sustituir al despotismo de la monarquía española”, ya reconocía la importancia social del servicio público, aunque incipientemente. Así, lo establecía como prerrogativa ciudadana, era temporal y sus vacantes se cubrían por nombramiento o por elecciones (art. 26).

Además, establecía la existencia de un juicio de residencia -aunque sin desarrollar las razones ni los efectos del mismo- al que se sujetaría a los individuos del congreso, a los del supremo gobierno y a los del supremo tribunal de justicia (art. 224). Conocería del juicio un Tribunal de Residencia (art. 212) que también resolvería las causas por los delitos de Estado, de herejía, apostasía, infidencia, concusión, dilapidación de causales públicos y de arrestar por más de 48 horas, cometidos por los individuos de las supremas corporaciones (art. 227).

⁸ Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.

⁹ Son sujetos de esta Ley, los servidores públicos federales mencionados en el párrafo primero del art. 108 Constitucional, y todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos públicos federales.

Vale mencionar que en el México de 1824, el Supremo Congreso era el órgano depositario de la facultad de dictar leyes pero tenía facultades de enorme autoridad en la designación de los integrantes de las otras dos “corporaciones”: el Supremo Gobierno y el Supremo Tribunal de Justicia. En ese contexto, es destacable que la Constitución de Apatzingán estableciese que los diputados integrantes del Supremo Congreso responderían en el juicio de residencia “por la parte que les toca en la administración pública” (art. 59), es decir, en el ejercicio material de las funciones ejecutivas, aunque formalmente legislativas.

Allí entonces se encuentra el primer antecedente constitucional de la responsabilidad de los servidores públicos por actos contrarios al debido ejercicio de la función administrativa, así como la afirmación de la posibilidad de que los servidores públicos incurrieren en delitos propios de su ministerio.

2.- Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, de 1824.

Establecía la atribución a favor de cualquiera de las dos Cámaras para conocer, en calidad de gran jurado, de las acusaciones contra el Presidente de la Federación, por delitos de traición contra la independencia nacional o la forma establecida de gobierno, y por cohecho o soborno cometidos durante el tiempo de su empleo. También, por actos dirigidos manifiestamente a impedir que se hagan las elecciones de presidente, senadores y diputados, o a que éstos se presentasen a servir sus destinos, o bien a impedir a las Cámaras el uso de cualquiera de sus facultades constitucionales.

Así mismo, para conocer de las acusaciones contra los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los Secretarios del Despacho, por cualquiera delitos cometidos durante el tiempo de sus empleos; de las acusaciones contra los gobernadores de los estados, por infracciones de la Constitución Federal, leyes de la Unión, u órdenes del Presidente de la Federación que no fueren manifiestamente contrarias a la Constitución y leyes generales de la Unión, y también por la publicación de leyes o decretos de las legislaturas de sus respectivos estados contrarias a la misma Constitución y leyes (art. 38).

En cuanto a los demás servidores públicos, señalaba la atribución del Presidente de la Federación de suspender de sus empleos hasta por tres meses y privar aún de la mitad de sus sueldos por el mismo tiempo, a los empleados de la Federación infractores de sus órdenes y decretos, sin perjuicio de turnar los antecedentes de la materia al tribunal respectivo en los casos que creyese debía formar causa a tales empleados (art. 110 inciso 20).

La Corte Suprema de Justicia podía conocer de las causas contra el Presidente y Vicepresidente, de las causas criminales de los diputados, senadores y gobernadores de los estados (art. 137 inciso 5).

3.- Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, de 1857.

Establecía un sistema de responsabilidad de los “funcionarios públicos”, básicamente penal, aunque también incorporó la idea de los delitos y las faltas oficiales, si bien no desarrolló estas ideas ni estableció sus bases.

Así, señalaba que los diputados al Congreso de la Unión, los individuos de la Suprema Corte de Justicia y los Secretarios del Despacho eran responsables por los delitos comunes que cometiesen durante el tiempo de su encargo y por los delitos, faltas u omisiones en que incurriesen en el ejercicio de ese mismo encargo. Así mismo, los gobernadores de los Estados lo eran igualmente por la infracción de la Constitución y leyes federales así como también el Presidente de la República con la salvedad de que durante el tiempo de su encargo sólo podía ser acusado por los delitos de traición a la patria, violación expresa de la Constitución, ataque a la libertad electoral y delitos graves del orden común (art. 103).

En lo demás, señalaba que la responsabilidad por *delitos y faltas oficiales* solo podría exigirse durante el periodo en que el funcionario ejerciera su encargo y un año después (art. 107), lo cual fue, claramente, una disposición constitucional íntimamente relacionada con la tutela de la función administrativa.

4.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 1917.

Si bien la Constitución Federal de 1857 ya establecía, aunque incipiente, un sistema de responsabilidades de los servidores públicos, la CPEUM de 1917 lo ha depurado y desarrollado a través diversas reformas en el tiempo. En la actualidad, contiene un Título Cuarto denominado “De las responsabilidades de los servidores públicos, particulares vinculados con faltas administrativas graves o hechos de corrupción, y patrimonial del Estado” en el que se establece un sistema de responsabilidades de los servidores públicos compuesto *grosso modo* por los procedimientos autónomos y no excluyentes siguientes:

a) Responsabilidad política.- Podrán ser sujetos de *juicio político* los senadores y diputados al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de Despacho, el Fiscal

General de la República,¹⁰ los magistrados de Circuito y jueces de Distrito, el consejero Presidente, los consejeros electorales y el secretario ejecutivo del Instituto Nacional Electoral, los magistrados del Tribunal Electoral, los integrantes de los órganos constitucionales autónomos, los directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos, cuando en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho, a excepción de cuando se trate de la mera expresión de ideas.

Así mismo, los ejecutivos de las entidades federativas, diputados locales, magistrados de los tribunales superiores de justicia locales, en su caso, los miembros de los consejos de las judicaturas locales, así como los miembros de los organismos a los que las Constituciones locales les otorgue autonomía, por violaciones graves a la Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, pero en este caso la resolución será únicamente declarativa y se comunicará a las legislaturas locales para que, en ejercicio de sus atribuciones, procedan como corresponda.

El Procedimiento de juicio político sólo podrá iniciarse durante el período en el que el servidor público desempeñe su cargo y dentro de un año después y las sanciones consistirán en la destitución del servidor público y en su inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público.

Para la aplicación de las sanciones, la Cámara de Diputados procederá a la acusación ante la Cámara de Senadores, la que, erigida en jurado de sentencia, aplicará la sanción que corresponda. Estas declaraciones y resoluciones son inatacables.

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

Las sanciones consistirán en amonestación, suspensión, destitución e inhabilitación, así como en sanciones económicas, y deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos que, en su caso, haya obtenido el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados por los actos u omisiones.

¹⁰ A la fecha, todavía Procurador General de la República.

Las faltas administrativas *graves* serán investigadas y substanciadas por la Auditoría Superior de la Federación y/o los órganos internos de control y serán resueltas por el Tribunal de Justicia Administrativa que resulte competente. En estos casos, se impondrá a las personas físicas o colectivas del derecho privado que intervengan en actos vinculados con faltas administrativas graves: sanciones económicas; inhabilitación para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas; resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a la Hacienda Pública o a los entes públicos federales, locales o municipales; y suspensión de actividades, disolución o intervención de la sociedad respectiva, en su caso, independientemente de otro tipo de responsabilidades.

Las faltas administrativas no graves serán investigadas y resueltas por los órganos internos de control y no serán susceptibles de ser vinculadas con personas del derecho privado.

c) Responsabilidad constitucional.- La Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, los titulares de los poderes ejecutivos de las entidades federativas o las legislaturas de éstas.

d) Responsabilidad patrimonial -civil- del Estado.- Procede cuando, con motivo de alguna actividad administrativa irregular, el Estado cause daños en los bienes o derechos de los particulares. Será objetiva y directa y los afectados tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes. En estos casos, no se requerirá declaración de procedencia cualquiera que sea el órgano estatal o servidor público implicado.

e) Responsabilidad penal.- La comisión de delitos por parte de cualquier servidor público será sancionada en los términos de la legislación penal aplicable.

No obstante, para proceder penalmente contra los diputados y senadores al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de Despacho, el Fiscal General de la República,¹¹ así como el consejero Presidente y los consejeros electorales del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo, la Cámara de Diputados declarará por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculcado.

¹¹ *Ídem*

Lo mismo procede tratándose de los ejecutivos de las entidades federativas, diputados locales, magistrados de los tribunales superiores de justicia de las entidades federativas, en su caso los miembros de los consejos de las judicaturas locales y los miembros de los organismos a los que las constituciones locales les otorgue autonomía, aunque, en este supuesto, la declaración de procedencia será para el efecto de que se comunique a las legislaturas locales, para que en ejercicio de sus atribuciones procedan como corresponda.

Por lo que toca al Presidente de la República, sólo habrá lugar a acusarlo ante la Cámara de Senadores, la que resolverá con base en la legislación penal aplicable.

Las sanciones penales se aplicarán de acuerdo con lo dispuesto en la legislación penal, y tratándose de delitos por cuya comisión el autor obtenga un beneficio económico o cause daños o perjuicios patrimoniales, deberán graduarse de acuerdo con el lucro obtenido y con la necesidad de satisfacer los daños y perjuicios causados por su conducta ilícita. Sin embargo, las sanciones económicas no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños o perjuicios causados.

VI.- Los delitos contra la función administrativa cometidos por servidores públicos.

Los delitos en contra de la función administrativa cometidos por servidores públicos se encuentran previstos sobre todo en la CPEUM y el CPF. Sin embargo, otras leyes de naturaleza federal contienen enunciados que tipifican delitos para cuya comisión se requiere la calidad específica de servidor público en el sujeto activo, o bien establecen disposiciones agravantes de la pena cuando el autor o el partícipe del diverso delito sea o haya sido servidor público. Esta última situación también acontece en el CPF.

Los propósitos del presente apartado no pretenden agotar un estudio exhaustivo de todas las legislaciones especiales y los correspondientes tipos penales o circunstancias agravantes; bástenos por ahora tan solo enunciar las principales legislaciones y sus elementos mínimos en el contexto de lo que se está tratando:

1.- Enriquecimiento ilícito.- La CPEUM, en su artículo 109 fracción II establece las bases para la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito al señalar que procede sancionar por el mismo a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. En este caso, las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan.

2.- Delitos cometidos por servidores públicos en el CPF.- Bajo esa denominación, el CPF establece un Título Décimo de cuyo análisis deriva que se trata de un conjunto de conductas desapegadas de los deberes de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, eficiencia o respeto a los derechos humanos, que como tales constituyen ataques especialmente graves a la función pública de observar y hacer cumplir las leyes que rigen su actuar, mediante su propia conducta y por la emisión de actos administrativos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas. Éstos son:

- a) Ejercicio indebido de servicio público (art. 214).
- b) Abuso de autoridad (art. 215).
- c) Desaparición forzada de personas (arts. 215-A a 215-D).
- d) Coalición de servidores públicos (art. 216).
- e) Uso indebido de atribuciones y facultades (art. 217).
- f) Concusión (art. 218).
- g) Intimidación (art. 219).
- h) Ejercicio abusivo de funciones (art. 220).
- i) Tráfico de Influencia (art. 221).
- j) Cohecho (art. 222).
- k) Cohecho a servidores públicos extranjeros (art. 222-Bis).
- l) Peculado (art. 223).
- m) Enriquecimiento Ilícito (art. 224).

Además del Título Décimo, en otras partes del CPF encontramos delitos que, si bien pudieran implicar la afectación de diverso bien jurídico tutelado, al final también lesionan la función administrativa. Así tenemos:

- a) Delitos electorales cometidos por servidores públicos al intervenir indebidamente en los procesos electorales (art. 407).
- b) Feminicidio, hipótesis de retardar o entorpecer maliciosamente o por negligencia la procuración o administración de justicia (art. 325).

Como se dijo, en ocasiones, la calidad de servidor público constituye en el CPF una circunstancia agravante de la penalidad por la comisión de algún delito diverso, sea porque intervenga como autor o bien participe con otras personas. Generalmente se requiere que el servidor público esté en ejercicio de sus funciones al momento de la comisión del delito y en otros casos basta con que lo haya sido. Hay supuestos en los que, inclusive, el tipo penal requiere su pertenencia a determinado órgano estatal (fuerzas armadas o policía). Así, tenemos los casos de aumento de la penalidad en los delitos siguientes:

- a) Contra periodistas (art. 51).
- b) Discriminación (art. 149 ter).
- c) Evasión de presos (art. 150).
- d) Asociación delictuosa (art. 164).
- e) Pandilla (art. 164 bis).
- f) Ataques a las vías de comunicación (art. 170).
- g) Contra la salud (arts. 194 y 196).
- h) Contra los derechos reproductivos (art. 199 quáter).
- i) Esterilidad provocada (art. 199 quintus).
- j) Pederastia (art. 209 bis).
- k) Acceso ilícito a sistemas y equipos de informática (arts. 211 bis 2 y 211 bis-3).
- l) Falsificación de documentos (art. 243).
- m) Usurpación de funciones públicas o de profesión y uso indebido de condecoraciones, uniformes, grados jerárquicos, divisas, insignias y siglas (art. 250 bis 1).
- n) Hostigamiento sexual (art. 259 bis).
- o) Robo o desmantelamiento de vehículos; o de documentos, expedientes o protocolos y títulos (arts. 376 bis, 377 y 381).
- p) Extorsión (art. 390)
- q) Operaciones con recursos de procedencia ilícita (art. 400 bis)
- r) Contra el ambiente (art. 421).

Por último, en lo que corresponde al CPF, se señala, para todos los casos, las modalidades en la pena de:

- a) Disculpa pública, aceptación de responsabilidad y garantía de no repetición, como reparación del daño (art. 30 f. VII).
- b) El Estado deberá reparar el daño, solidariamente, por los delitos dolosos de sus servidores y subsidiariamente cuando fueren culposos (art. 32 f. VII).

3.- Leyes especiales.- Como ya se anotó, otras leyes federales distintas al CPF contienen delitos que, si bien protegen bienes jurídicos propios de cada una de ellas, al final también lesionan la función administrativa y por tanto consideramos necesario enunciar. Tal y como acontece con el CPF, se trata de tipos especiales que requieren la calidad específica de servidor público en el sujeto activo, o bien de circunstancias agravantes de la pena por su autoría o participación con otras personas.

Las principales legislaciones especiales que se refieren a lo anterior, son las siguientes:

a) Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro.- Establece tipos penales especiales que requieren la calidad específica de servidor público en el sujeto activo en sus arts. 16 y 17. Así mismo, señala circunstancias agravantes de la penalidad en sus arts. 10 f. II y 18.

b) Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos.- Establece Código Fiscal de la Federación.- hipótesis de aumento de la pena en sus artículos 36, 42 y 82.

c) Código Fiscal de la Federación.- Establece tipos penales especiales que requieren la calidad específica de servidor público en el sujeto activo en sus arts. 114, 114-A y 114-B16 y 17. Y señala circunstancias agravantes de la penalidad en su art. 114-A, segundo párrafo.

d) Ley de Instituciones de Crédito.- Establece tipos especiales de delitos que cometan servidores públicos de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores en sus arts. 113 bis-3 y circunstancia agravante de la pena en su art. 113 bis-2.

e) Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas.- Establece tipos especiales de delitos que cometen servidores públicos de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas en su art. 507 y circunstancia agravante de la pena en su art. 508.

f) Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.- Establece circunstancias agravantes de la penalidad por la comisión de tales delitos en su art. 5.

g) Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.- Señala los tipos penales especiales que requieren la calidad específica de servidor público en el sujeto activo en sus arts. 3, 5 y 11. Cabe señalar que la tortura es un delito típico de servidores públicos.

h) Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en materia de Hidrocarburos.- Señala circunstancias agravantes de la penalidad en sus arts. 13 y 21.

i) Ley de Amparo.- Establece tipos penales especiales que requieren la calidad específica de servidor público en el sujeto activo en sus arts. 262, 267 y 268.

j) Ley General en Materia de Delitos Electorales.- Establece tipos penales especiales que requieren la calidad específica de servidor público en el sujeto activo en sus arts. 1 y 20; señala circunstancias agravantes de la penalidad en sus arts. 5 y 13.

k) Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública.- Establece tipos penales especiales que requieren la calidad implícita de servidor público en el sujeto activo en sus arts. 138 y 139.

Las señaladas legislaciones son representativas de lo que es objeto de tratamiento en el presente estudio, sobre todo considerando que, según estadísticas federales, entre los años de 2010 y 2015 se han denunciado 22,671 delitos relacionados con la función pública, prácticamente todos de los establecidos en los títulos Décimo y Décimoprimeros del CPF, destacando el delito de abuso de autoridad que aparece en un 42.74%.¹²

Lo anterior excluye la contabilidad de denuncias por delitos como tortura o desaparición forzada de personas, típicamente relacionados con el ejercicio del servicio público, cuya estadística pública está en construcción, en el contexto de la puesta en operación del Sistema de Justicia Penal Acusatorio en el ámbito federal.

VII.- Hechos de corrupción –de los servidores públicos y de los particulares.

Finalmente, y a modo de cierre, consideramos necesario referirnos el estado de la situación alrededor del combate a los hechos de corrupción, íntimamente relacionados con el ejercicio del servicio público, aunque no exclusivamente con éste. Lo anterior, especialmente porque mediante reforma Constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) del 10 de febrero de 2014, en el conocido bajo el nombre de “Decreto en materia política-electoral”, se introdujo al ámbito Constitucional la figura de los hechos de “corrupción”, lo que desde entonces ha sido motivo de análisis y discusiones en los ámbitos académico y del legislativo.

La reforma antes citada se concretó a señalar que la Fiscalía General de la República¹³ contaría con una fiscalía especializada en materia de combate a la corrupción y, así mismo, que el entonces Procurador General de la República debía expedir el acuerdo de creación de la misma en el plazo de treinta días a partir de la entrada en vigor del Decreto, lo cual así ocurrió a través del Acuerdo A/011/14 por el que se crea la Fiscalía Especializada en materia de Delitos relacionados con Hechos de Corrupción y se establecen sus atribuciones, publicado en el DOF del 12 de marzo de 2014.¹⁴

No obstante que el régimen transitorio de esa reforma Constitucional dispuso que el primer titular de la Fiscalía sería nombrado por el Senado de la República y que duraría

¹² <http://www.inegi.org.mx/>

¹³ Una vez que sea constituida por la emisión de la legislación orgánica respectiva.

¹⁴ Por virtud de este Acuerdo, la Unidad de Investigación de Delitos Cometidos por Servidores Públicos y Contra la Administración de Justicia de la PGR se transformó en esa Fiscalía, aunque estructuralmente no funciona como tal.

en su encargo hasta el 30 de noviembre de 2018; que al efecto el Senado emitió una convocatoria para la designación con motivo de la que participaron más de 30 candidatos y que se desahogó el procedimiento de selección que el propio Senado estableció, sin embargo el nombramiento no fue concretado.¹⁵

Posteriormente, el 27 de mayo de 2015, el DOF publicó un Decreto de reformas a diversos artículos Constitucionales, encaminado a establecer las bases para el combate a los hechos de corrupción, mismo que, en esencia, establece un Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) que se regirá a través de una Ley General que establezca sus bases de coordinación y que emita el Congreso de la Unión.

Las características más notables del SNA en su concepción Constitucional, a que se refiere especialmente el art. 113 de la CPEUM, son las siguientes:

a) El Sistema Nacional Anticorrupción será la instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos.

b) Contará con un Comité Coordinador integrado por los titulares de la Auditoría Superior de la Federación; de la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción; de la Secretaría de la Función Pública; por el presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa; el presidente del Instituto Nacional de Acceso a la Información; así como por un representante del Consejo de la Judicatura Federal y otro del Comité de Participación Ciudadana (compuesto por 5 ciudadanos).

c) Corresponderá al Comité Coordinador del Sistema: establecer mecanismos de coordinación con los sistemas locales; diseñar y promover políticas integrales en materia de fiscalización y control de recursos públicos, de prevención, control y disuasión de faltas administrativas y hechos de corrupción, en especial sobre las causas que los generan; determinar los mecanismos de suministro, intercambio, sistematización y actualización de la información que sobre estas materias generen las instituciones competentes de los órdenes de gobierno; establecer las bases y principios para la efectiva coordinación de las autoridades de los órdenes de gobierno en materia de fiscalización y control de los recursos públicos; elaborar informes sobre los avances, resultados y recomendaciones.

¹⁵ A la fecha, en el ámbito federal se atienden los hechos relacionados con corrupción a través de dos unidades administrativas en la PGR: la Unidad de Investigación de Delitos Cometidos por Servidores Públicos y Contra la Administración de Justicia y la Visitaduría General, a través de una fiscalía especial “para el combate a la corrupción en la institución”, adscrita a la Dirección General de Delitos Cometidos por Servidores Públicos.

d) Las entidades federativas establecerán sistemas locales anticorrupción con el objeto de coordinar a las autoridades locales competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción.

El diseño Constitucional sobre el combate a los hechos de corrupción contiene una clara tendencia a la consideración de éstos como faltas administrativas y especialmente como delitos. Ello genera la dificultad de primordial orden de determinar qué es corrupción en su consideración penalística y cuáles son los hechos delictivos en concreto que puedan servir al SNA para su tipificación como delitos o bien su regulación normativa como agravante o circunstancia típica especial. En este sentido, llama la atención que el único documento de trabajo legislativo que existe a la fecha¹⁶ no plantee reformas a la legislación penal sustantiva.

Desde el punto de vista ontológico, la corrupción es, sobre todo, una forma de ser y las formas de ser no constituyen delito. En el moderno sistema dogmático penal, en el que además opera un indeclinable reconocimiento y respeto a la dignidad y los derechos humanos, no pueden existir tipos penales que castiguen el ser, el creer o el abrazar determinada convicción ética o de conciencia.¹⁷ Por ello, un principio fundamental del derecho penal democrático es el de acto, conforme al cual sólo puede ser delito una conducta, sea de acción o de omisión, pero nunca los pensamientos, las tendencias, las creencias, las formas de ser. Más aún, las decisiones sobre qué pensar o qué querer, deben garantizarse en su ejercicio y sin discriminación alguna, pues forman parte de la integralidad del ser humano y de su dignidad como persona.¹⁸

Un concepto tan simple es, sin embargo, de gran complejidad cuando de corrupción se trata pues, si bien la degradación ética y el desprecio al orden jurídico y al Estado de Derecho no son en sí mismos delito, es muy difícil, si no imposible, imaginar una realidad en la que seres humanos corrompidos no realicen conductas desviadas e incluso dañinas. Todo lo contrario. Es un dato admitido que el ser humano actúa por su libre albedrío a partir de lo que piensa, de lo que cree, de lo que es; como también que es posible la modificación de esas formas para cambiar patrones de conducta.

Por lo tanto, es de fundamental importancia considerar las causas de la corrupción y no sólo combatir sus efectos. En nuestra concepción, las causas más notables son de orden cultural y de naturaleza legal. Ambas interactúan y se complementan.

¹⁶ <http://www.senado.gob.mx/comisiones/anticorrupcion/docs/corrupcion/documento2.pdf>

¹⁷ Art. 24 de la CPEUM.

¹⁸ Art. 1º de la CPEUM.

Entre las causas de naturaleza legal encontramos básicamente dos: la opacidad y falta de rendición de cuentas, y la impunidad. La opacidad es una manifestación propia del abuso de autoridad instrumentado para impedir que la sociedad conozca el quehacer público y los destinos de los fondos públicos; y la impunidad, que nos parece la más grave de todas, es dejar sin castigo un hecho ilegal realizado por el motor de la corrupción; un hecho ilícito que puede ser delito, pero que también puede estar en el ámbito de otras ramas del derecho; un hecho ilegal que -lo más grave- al mismo tiempo es efecto y causa.

Los actos ilícitos suelen inspirarse en la esperanza de no ser descubierto; o que, siéndolo, no sea sancionado; o que, siendo sancionado, resulte más atractiva y redituable la ganancia que el castigo. Es decir, la perspectiva de impunidad; ilusión que frecuentemente se materializa en la realidad.

Dejar impune un delito o un hecho ilícito cualquiera, cometido al amparo de la corrupción, implica ignorar los efectos del fenómeno de la corrupción. Así entonces, de la misma forma que es de vital importancia atender las causas de la corrupción, es necesario enfrentar sus efectos, especialmente lograr que se punan debidamente los delitos que se cometan a su amparo y de allí la importancia de su determinación puntual de conformidad con los principios admitidos del derecho penal.

En conclusión, el estado de cosas antes reseñado, visto como oportunidad, aconseja la idea básica de ir a la construcción de un nuevo *Sistema de Responsabilidades Penales de los Servidores Públicos*, de índole nacional. Para ello, el Congreso de la Unión tendría que adquirir la atribución para legislar en exclusiva en materia de delitos de corrupción, mediante reforma al artículo 73 f. XXI inciso a) de la CPEUM.

Las bases mínimas que contendría el nuevo sistema, serían:

- a) La determinación de acciones de coordinación interinstitucional y multidisciplinaria para la prevención de la corrupción.
- b) La determinación del bien jurídico tutelado, vinculado con la prohibición de la corrupción en una definición penalística.
- c) La definición concentrada y precisa de los tipos penales, sujetos activos y las circunstancias agravantes, en una legislación nacional.
- d) La creación de estructuras eficaces y eficientes para la investigación y persecución de los delitos de corrupción con las características de autonomía técnica y de gestión, especialización, normativa suficiente y seguridades que

incentiven el ejercicio de las atribuciones de los servidores públicos que las integren.

- e) El establecimiento de formas eficientes y eficaces de colaboración entre procuradurías y fiscalías estatales así como con la sociedad civil, que incluyan protocolos homologados de actuación.
- f) El impulso de políticas de persecución penal de naturaleza estratégica, desde una perspectiva que se oriente a resultados exitosos en la investigación y procesamiento de casos.
- g) El establecimiento de medios eficaces y permanentes de transparencia y rendición de cuentas de los servidores públicos.

La corrupción genera impunidad y la impunidad forjada por la corrupción, causa más corrupción. Si a ello le agregamos discrecionalidad y opacidad en el actuar de los servidores públicos y consideramos que también opera como la forma “menos ruidosa que la intimidación o la violencia para la infiltración de la delincuencia en las estructuras del gobierno”,¹⁹ la corrupción, esa degradación ética aprendida que guía conductas humanas, será el motor de más corrupción en un perverso círculo vicioso sin fin.

En ese escenario, la expectativa de sembrar una cultura de conducta ética en el ejercicio de las funciones públicas que florezca abrazada en la convicción de los servidores públicos, parecería una empresa de complejidad monumental. No obstante, la experiencia comparada indica que si es posible lograrlo, siempre y cuando se quiera.

Si el Constituyente Permanente ha sentado las bases para la creación del SNA, es la oportunidad de dar los pasos necesarios que nos lleven al puerto de llegada. Conseguirlo resultará en mejoras continuas en la calidad de vida individual, en la satisfacción plena de las necesidades sociales y en el empoderamiento del Estado por el rescate de su objetivo original de procurar bienestar a los individuos que lo integran.

El anhelo generalizado de una sociedad en la que el servicio público se ejerza sin la motivación de la corrupción y al mismo tiempo la sociedad no participe de ella a través de su fomento, es posible; lo merecemos. Desde luego, no es una empresa fácil pero la unidad de conceptos, visiones y voluntades propositivas es el mejor campo de cultivo en el que los propósitos, cualesquiera que sean, suelen lograrse.

¹⁹ Expresión de Andrea Orlando, Ministro de Justicia de Italia, durante su participación en el ciclo de conferencias sobre Justicia, realizado en la Procuraduría General de la República durante noviembre de 2015.

Bibliografía de consulta:

Legislación:

Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana (Constitución de Apatzingán) de 1814.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, de 1824.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, de 1857.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 1917.

Código Civil Federal

Código Penal Federal

Código Nacional de Procedimientos Penales

Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción

Ley General de Responsabilidades Administrativas

Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos

Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y su Reglamento

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y su Reglamento

Doctrina:

ACOSTA Gallo, Pablo. La responsabilidad del Estado-juez, Madrid. Montecorvo, 2015.

ACOSTA Moreno, Miguel. *Teoría general del derecho administrativo*. Editorial Porrúa, México, 1998

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Argentina, 2013.

JIMÉNEZ Huerta, Mariano. *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Porrúa, México, 1984.

MARIENHOFF S, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1983.

NADER Kuri, Jorge. *El principio de oportunidad*. Revista El Foro, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, 2º semestre de 2008.

NADER Kuri Jorge. *La responsabilidad penal del juzgador*. Instituto Nacional de Ciencias Penales., México, 2009.

ROLDÁN Xopa, José. *Derecho administrativo*. Editorial Oxford, México, 2015

VALDÉS S. Clemente. *La realidad de la justicia penal*. Memorias del XI Congreso Nacional de Criminología, Querétaro, México, 2005.

Breviarios:

Glosario de términos más usuales en la Administración Pública Federal, editado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, México, 2001, pág. 311.

Sitios web:

<http://www.inegi.org.mx>

<http://www.senado.gob.mx/comisiones/anticorrupcion/docs/corrupcion/documento2.pdf>

www.sfp.gob.mx

www.scjn.gob.mx
