

## **EL PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM” EN EL NUEVO SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN**

**ALBERTO GÁNDARA RUIZ ESPARZA  
MAGISTRADO CONSULTOR  
TRIBUNAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DEL ESTADO DE MÉXICO**

El nuevo Sistema Nacional Anticorrupción, es la evolución legislativa del régimen de responsabilidades administrativas de los servidores públicos prevista en el Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Para entender el contexto del tema a tratar, es importante hacer un rápido recorrido de la evolución legislativa y los antecedentes de este régimen a partir del México independiente.

El primer antecedente lo encontramos en La Constitución de Apatzingán, que titularon “Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana” y se expidió el 22 de octubre de 1814.

En materia de las responsabilidades de los “funcionarios públicos”, señalaba que se investigaba mediante un juicio de residencia a los titulares de los ministerios, diputados, miembros del supremo gobierno y del Supremo Tribunal de Justicia y en general, a todo trabajador público, según lo dispuesto por los artículos 59, 196 y 224 de dicha constitución.

El Juicio de Residencia tuvo como objetivo el de someter al orden jurídico a los empleados públicos, sin interesar la jerarquía de éstos, desde el Virrey hasta los alcaldes menores u ordinarios.

Entre las características de éste juicio de residencia, estaba la particularidad de que se llevaba a cabo cuando el servidor público se retiraba de sus funciones o cuando cambiaba de cargo.

Una vez sustanciado, se le expedía una certificación por el Consejo de Indias o de la Audiencia, en la cual se indicaba si se le absolvía o se le aplicaba alguna sanción.

La residencia, tiene su origen en el derecho romano y se consagra en “Las Siete Partidas” \*, así como en otros cuerpos legales españoles, extendiéndose su vigencia a América, hasta la llegada de la independencia.

Las Siete Partidas son un cuerpo normativo redactado en Castilla, durante el reinado de Alfonso X (1252-1284), con el objeto de conseguir una cierta uniformidad jurídica del Reino. Esta obra se considera el legado más importante de España a la historia del derecho, al ser el cuerpo jurídico de más amplia y larga vigencia en Iberoamérica (hasta el siglo XIX).

Posteriormente en la Constitución de 1824 que se promulgó el 4 de octubre de ese año, con el apelativo de “Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos”, comprendidos por 19 estados, 5 territorios y un Distrito Federal, se instauró el llamado “Sistema del Juicio de Responsabilidades”, señalando que las responsabilidades del Presidente y Vicepresidente de la Federación, de los Secretarios de Despacho, de los Gobernadores de los Estados, de los Diputados

y Senadores, y de los demás empleados públicos, se llevarían ante la Suprema Corte de Justicia, y en caso de que el responsable formara parte de ésta, lo conocería un Tribunal Especial.

Las normas que le siguieron a la Constitución de 1824, fueron -entre otras-, “Las Siete Leyes Constitucionales de 1836” y las “Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843”, las cuales establecían que la responsabilidad de los empleados públicos era de carácter político y penal, sin reconocer las facultades disciplinarias de los superiores jerárquicos, ya que, éstos gozaban de autoridad absoluta y discrecional sobre la disciplina de sus inferiores.

En la Constitución de 1857, promulgada el 5 de febrero de ese año se organizó ya el país en forma de “República Representativa, Democrática, y Federal”, compuesta de veintitrés estados libres y soberanos en su régimen interior, pero unidos en una federación, sin embargo, en materia de responsabilidades de servidores públicos sólo se establecieron las de una mínima parte de los servidores públicos, enfocándose solamente a lo político y lo penal y dejando a un lado la responsabilidad administrativa.

Solamente se regularon las responsabilidades de los altos funcionarios a nivel Federal, así como de los gobernadores a nivel estatal, haciendo a un lado las faltas que pudiere cometer el Presidente de la República.

En paralelo a la entrada en vigencia de esta constitución, se publicaron diversos decretos y circulares relativas a la responsabilidad administrativa, siendo uno de los más importantes el que prohibía a los funcionarios públicos tener dos cargos o empleos a la vez.

El 6 de junio de 1886, el Presidente Porfirio Díaz expidió una Ley en materia de responsabilidades, dentro de la vigencia de la Constitución de 1857; ésta Ley fue llamada “Ley Reglamentaria de los artículos 104 y 105 de la Constitución Federal”.

En su primer capítulo, se reguló la responsabilidad y el fuero constitucional de los altos funcionarios federales, reconocía la responsabilidad por delitos, faltas y omisiones oficiales y los delitos comunes con relación a las responsabilidades cometidas durante el tiempo de su encargo.

También estaba prevista la declaración de procedencia, que debía dictar el gran jurado en los casos de los delitos o faltas del orden común cometidas por los altos funcionarios, estableciendo que gozarían de fuero constitucional desde que entraran en funciones.

En cuanto a los delitos, faltas y omisiones oficiales, se establecieron los procedimientos ante el jurado de acusación y el jurado de sentencia, pero no se especificaron los delitos oficiales. Para estos efectos, se aplicaba supletoriamente el Código Penal.

Hasta esa fecha, se puede decir que todo lo enfocado a las responsabilidades de los servidores públicos era en materia política y penal, sin tomar en cuenta lo administrativo y civil, en consecuencia, no se tenía una base jurídica para su desarrollo.

El 5 de febrero de 1917, se promulgó la nueva constitución en la que se establecían como lo es hasta la fecha, las bases de la responsabilidad de los entonces denominados funcionarios públicos, sin mencionar a los demás empleados de la federación.

El artículo 108, disponía que los Senadores y Diputados al Congreso de la Unión, los Magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Secretarios de Despacho y el Procurador General de la República eran responsables por los delitos comunes que cometan durante el tiempo de su encargo y por los delitos, faltas u omisiones en que incurrieran en el ejercicio del mismo.

En las disposiciones que formaron el texto original del Título Cuarto, es decir, de los artículos 108 al 114, ninguna se refirió en forma expresa a las responsabilidades de carácter administrativo o disciplinario, ya que fundamentalmente se reguló lo relacionado a los delitos comunes y a los oficiales de los funcionarios públicos y sólo se mencionaron las faltas u omisiones federales, que podrían identificarse como las responsabilidades administrativas sin manifestarse su contenido.

El 21 de febrero de 1940, se publicó la “Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales y de los Altos Funcionarios del Estado”, también conocida como “Ley Cárdenas”.

En esta Ley, ya se hizo referencia más clara de un catálogo de obligaciones y prohibiciones para los servidores públicos.

En su artículo 18 y sus 72 fracciones, se regulaba de manera precisa cuales eran considerados delitos oficiales, describiéndose ampliamente algunas cuestiones que a la fecha son obsoletas pero otras que incluso nunca debieron ser omitidas por las leyes que le sucedieron.

Señalaba que eran sujetos de esa ley, los funcionarios y empleados de la Federación del Distrito Federal y Territorios Federales, denominando como altos funcionarios, al Presidente de la República a los Senadores y Diputados al Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, los Secretarios de Estado, los Jefes de Departamento Autónomo, el Procurador General de la República y los Gobernadores y Diputados de las Legislaturas Locales.

Explicaba de manera general, desde su primer artículo que los funcionarios públicos, eran responsables de los delitos y faltas oficiales que cometieran en el desempeño del cargo encomendado.

Esta Ley, separó entonces, los delitos federales y las faltas oficiales, definiendo éstas últimas por exclusión, al establecer que las infracciones a la constitución y a las leyes federales no señaladas como delitos, se conceptuaban como faltas oficiales, por las cuales se sancionaría con la suspensión del cargo de uno a seis meses.

Las sanciones que recaían al incumplimiento de las responsabilidades eran la destitución del cargo o del honor de que se encontrara investido, la inhabilitación de cinco a diez años, las penas pecuniarias y la privación de la libertad hasta por doce años.

Esta legislación estableció procedimientos diferentes para altos funcionarios de acuerdo a la naturaleza de los delitos de que se tratara, ya fueran oficiales o del orden común y respecto de los demás funcionarios, por delitos y faltas oficiales, para lo cual estableció el jurado popular y otro respecto de los funcionarios del Poder Judicial.

Por lo que se refiere a los delitos y faltas oficiales, el procedimiento debía operar en forma ordinaria, y una vez terminado el mismo y formuladas las conclusiones del Ministerio Público Federal, el Juez debía remitir el expediente al jurado de responsabilidades oficiales de los funcionarios y empleados de la Federación para que dictara sentencia.

El 4 de enero de 1980 se publicó la “Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito Federal y de los Altos Funcionarios de los Estados”.

Esta Ley señalaba que los funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito Federal, eran responsables de los delitos comunes y de los delitos y faltas oficiales que cometieran durante su encargo o con motivo del mismo.

Se refería a tres tipos de delitos; los delitos comunes; los delitos oficiales y las faltas oficiales, siendo los dos primeros de carácter penal.

Las faltas oficiales, las definía como “aquellas infracciones en que incurren los funcionarios o empleados durante su encargo o con motivo del mismo, que afecten de manera leve los intereses públicos y del buen despacho, y no trasciendan al funcionamiento de las instituciones y del gobierno”.

Señalaba que cuando se tratara de funcionarios y empleados de la Federación que no fueran de alto nivel, que incurrieran en una actuación que afectare los intereses públicos, se llevaría un procedimiento especial, que podía ser de dos maneras:

La primera en forma ordinaria ante el juez penal, hasta la formulación de conclusiones, y la segunda ante un jurado popular denominado “Jurado de Responsabilidades Oficiales de los Funcionarios y Empleados de la Federación”.

Ya como el principal antecedente del régimen que las generaciones recientes hemos conocido y estudiado, se encuentra la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, publicada el 31 de Diciembre de 1982 y en la cual se definían las nuevas bases de las responsabilidades de los servidores públicos, a fin de que éstos se condujeran con la debida diligencia, honradez, lealtad e imparcialidad.

Separó las obligaciones políticas y administrativas, es decir, las responsabilidades por el incumplimiento de las obligaciones de los servidores públicos, los medios para identificarlos, las sanciones y los procedimientos para aplicar las mismas.

Estableció por primera vez, bases jurídicas más claras para prevenir y castigar la corrupción en el servicio público y separó las cuatro modalidades de la responsabilidad; la penal y la civil, sujetas a las leyes relativas y la política y administrativa.

Determinó las conductas por las cuales al afectar los intereses públicos fundamentales y a su buen despacho, se incurre en responsabilidad administrativa y la imposición de las sanciones de esta naturaleza.

Así mismo, incluyó la sanción económica por violaciones graves y sistemáticas a los planes, programas y presupuestos y a las leyes que determinan el manejo de los fondos públicos.

A diferencia de la legislación que le antecedió, ésta Ley reguló por primera vez cuestiones en aquel entonces novedosas, tales como el conflicto de intereses estableciendo un procedimiento más claro y sencillo y la creación de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación e incluyendo por primera vez el registro patrimonial de los servidores públicos, obligándolos a presentar anualmente su declaración patrimonial, así como al iniciar y concluir un cargo público.

Después de casi 20 años de vigencia, se publicó el 13 de marzo de 2002 la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos que, aunque es muy similar a la ley de 1982, su creación se debió a la necesidad de contar con una legislación que regulara especialmente a las responsabilidades administrativas, dejando a un lado la Responsabilidad Política prevista en la Ley de 1982 y que quedó intocada para esos efectos.

Con esta Ley, se propuso llevar a la realidad las normas básicas de las responsabilidades de los servidores públicos contenidas en el Título Cuarto de la Constitución y dotarlas de plena eficacia para cumplir con sus objetivos.

Según sus impulsores, surgió como “una amplia e innovadora propuesta contra la corrupción e impunidad”, como se señala en la exposición de motivos, sin embargo resulta evidente que esta norma no cumplió con su objetivo.

Este último régimen (1983-2002) estableció un catálogo de obligaciones y prohibiciones a cargo de los servidores públicos, dentro de los cuales estaban etiquetadas algunas fracciones como faltas graves, sin que por ello el incumplimiento a otras de las fracciones pudiera también considerarlas la autoridad disciplinaria como tal.

Algunas de estas fracciones dentro del catálogo, guardaban alguna similitud con tipos penales pero no tenían una denominación específica como ahora lo hace la nueva legislación al dividir las faltas en Graves y No Graves.

El primer antecedente del Nuevo Sistema Nacional Anticorrupción, lo encontramos en el proyecto de “Ley Federal de Justicia Administrativa de la Función Pública”, elaborado en 2003 por la entonces Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, pretendiendo modificar todo el sistema de responsabilidades.

Las contralorías, según el proyecto, seguirían siendo competentes para recibir las quejas o denuncias relacionadas con los servidores públicos de las dependencias y entidades, así como para analizar y clasificar los hechos y las observaciones de las auditorías que practique.

El procedimiento para la aplicación de sanciones administrativas según este proyecto, constaría de dos etapas:

I.- Investigación de los actos u omisiones atribuibles a servidores públicos, levantamiento del pliego de cargo correspondiente, así como su presentación ante el Tribunal de Justicia Administrativa o una Comisión Disciplinaria de la dependencia o entidad, las cuales tendrían la facultad de imponer las sanciones menores y contarían con autonomía funcional y de decisión en el ejercicio de las atribuciones, por lo que no estarían subordinadas a autoridad alguna.

Las Comisiones estarían integradas por tres comisionados, ejerciendo sus atribuciones de manera colegiada, tomando sus decisiones por unanimidad o por mayoría de votos.

II. El “proceso disciplinario” e imposición en su caso, de sanciones administrativas.

En este proyecto ya se contemplaba el procedimiento para aplicar las sanciones administrativas, previendo que correspondería a la Secretaría de Contraloría, investigar los actos u omisiones en que incurran los servidores públicos y en su caso, formular y presentar ante el Tribunal de Justicia Administrativa o a la Comisión Disciplinaria, el “pliego de cargo” respectivo, lo que en la actualidad está denominado en las leyes vigentes como “Informe de Presunta Responsabilidad”.

Contempló, tal y como se aprobó hasta el 27 de mayo de 2105 (12 años después), con algunas variaciones, la creación de Salas Especiales en materia de responsabilidades administrativas de los servidores públicos, adscritas al entonces Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, ante las cuales se iniciarían los procedimientos disciplinarios y quienes impondrían las sanciones administrativas de mayor relevancia.

El 4 de diciembre del 2006, se reformó el artículo 73 fracción XXIX-H de la Carta Magna para dotar a los Tribunales Contencioso-Administrativos de facultades para imponer sanciones a los servidores públicos por responsabilidad administrativa, misma que pretendió ser “de gran calado”, pero fue letra muerta durante más de una década.

Como estudioso de la materia, he expresado en los textos que he publicado, así como en diferentes foros en los que he participado a los largo de los años, mis reservas de otorgarle a los tribunales revisores de legalidad, esta facultad, sin embargo, también hemos señalado que era necesaria una reforma integral a todo el régimen para suprimir o limitar la facultad disciplinaria a los Órganos Internos de Control, pues han sido severamente cuestionados en su legitimidad por ser juez y parte.

Como último antecedente y ya para entrar en el análisis del tema a tratar, está la reforma Constitucional del 27 de mayo de 2015 ya citada y la publicación de las Leyes Reglamentarias el 18 de julio de 2016, que entraron en vigencia el 19 de julio de 2017, sin dejar de mencionar por supuesto las correspondientes reformas a las legislaciones estatales que dan vigencia al nuevo sistema anticorrupción, con sus “bemoles” todavía pues no se han nombrado ni a nivel Federal, ni en algunos estados, la totalidad de los operadores de este nuevo régimen.

El artículo 109 Constitucional en su texto vigente señala que el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados, dentro de los ámbitos de sus respectivas competencias, expedirán las leyes de responsabilidades de los servidores públicos y las demás normas conducentes a sancionar a quienes, teniendo este carácter, incurran en responsabilidad.

Las siguientes fracciones hablan de la responsabilidad política, la penal y la administrativa estableciendo que los procedimientos para la aplicación de las sanciones se desarrollarán autónomamente y que no podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza (*NON BIS IN IDEM*).

Esto implica que los servidores públicos están sujetos al “*IUS PUNENDI*” del estado por diferentes vías, una de ellas la administrativa, que busca la eficiencia de la administración pública y que tendría una consecuencia correctiva y más no punitiva y la diferencia clara con el Derecho Penal es que las primeras son altamente discrecionales, por lo que aparentemente no son taxativas, es decir, no necesitarían estar perfectamente tipificadas.

Cabe señalar que en otros países como Alemania y España el Derecho Disciplinario y el Penal están equiparados, lo que en México no sucede, sin embargo pareciera que la legislación del “Nuevo Sistema Nacional Anticorrupción”, si equipara ambas materias ya que en el caso de las faltas graves, en algunos casos, los supuestos son idénticos y en otros muy similares a los tipos penales, incluso en su denominación, lo que es digno de análisis por la complejidad que puede resultar ya en la práctica, pues por primera vez en la historia parece que tenemos Tipos Administrativos-Penales.

Lo anterior implica que el servidor público al cometer una falta grave, en automático estaría también cometiendo un delito en ambos casos con los mismos elementos y denominación. En el primer caso sancionable por el Tribunal de Justicia Administrativa que corresponda y en el segundo por un juez penal, previo procedimiento ante la fiscalía anticorrupción.

Las faltas administrativas consideradas como graves en la Ley General de Responsabilidades Administrativas, son:

Cohecho, Peculado, Utilización indebida de información, Abuso de funciones, Conflicto de Interés, Contratación indebida, Enriquecimiento oculto u ocultamiento de Conflicto de Interés, Encubrimiento, Obstrucción de la justicia, Soborno, Tráfico de influencias, Utilización de información falsa, Colusión, Uso indebido de recursos públicos y Contratación indebida de ex Servidores Públicos

Como ya se mencionó, algunas de las faltas administrativas graves, también se consideran delitos penales, contemplados en el Código Penal Federal y son:

- 1.- Cohecho — Cohecho, previsto en los artículos 222, fracción II, y 222 bis.
- 2.- Peculado — Peculado, artículo 223.
- 3.- Utilización indebida de información — (Diferente denominación) Ejercicio abusivo de funciones, artículo 220.
- 4.- Abuso de funciones — (Diferente denominación) Ejercicio ilícito del servicio público, artículo 214.
- 5.- Contratación indebida — (Diferente denominación) Uso ilícito de atribuciones y facultades, artículo 217.
- 6.- Enriquecimiento oculto u ocultamiento de Conflicto de Interés — (Diferente denominación) Enriquecimiento ilícito, artículo 224.
- 7.- Encubrimiento — Encubrimiento, artículo 400.
- 8.- Obstrucción de la justicia – (Diferente denominación) abuso de autoridad, artículo 215.
- 9.- Tráfico de influencias — Tráfico de influencias artículo 221.
- 10.- Uso indebido de recursos públicos — (Diferente denominación) Uso ilícito de atribuciones y facultades, artículo 217.
- 11.- Contratación indebida de ex Servidores Públicos — (Diferente denominación) Abuso de autoridad, artículo 215.

¿Estamos entonces en presencia de una misma conducta que configura dos infracciones que a simple vista parecieran iguales? ¿Qué elementos las diferencian y hacen posible la imposición de una doble sanción?

En estricto sentido, y así lo han confirmado diversas tesis a los largo de la historia, dos acciones interpuestas al mismo tiempo pero en diferentes materias, es decir la penal y la administrativa no configuran violación al principio *NON BIS IN IDEM*, por lo que en la práctica pudiera darse el caso de que en una materia se absuelva y en otra se condene o que en ambas se condene y se imponga un castigo exorbitante

Tanto en el Derecho Disciplinario como en el Derecho Penal, se contemplan normas que exigen a los servidores públicos y ahora a los particulares a un determinado comportamiento, a los primeros en el ejercicio de sus funciones y a los segundos en su actuar durante las relaciones jurídicas que tengan con el estado.

Por ello, el estado a través de su IUS PUNENDI tiene la potestad de sancionar tanto las faltas administrativas no graves y graves, como los delitos que cometan los servidores públicos, en el



primer caso con el objetivo de prevenir e inhibir conductas contrarias al buen funcionamiento del servicio público.

El principio *NON BIS IN IDEM* tiene su origen en el derecho romano y proviene de la institución llamada "*Res iudicata pro veritate habetur*", que significa que la cosa juzgada se considera como verdad.

En la actualidad, sin duda este principio tiene plena vigencia por estar así regulado en la Constitución y las leyes reglamentarias, tanto en materia penal, como en la disciplinaria, pero ¿si generará certeza jurídica y evitará la duplicidad de castigos por una misma conducta irregular?.

Las autoridades disciplinarias y las fiscalías anticorrupción deberán ser muy cuidadosas y analizar con cautela los elementos normativos que el legislador incluyó en las faltas administrativas graves y los tipos penales para concluir con toda objetividad si se está en presencia de una conducta que lesiona el mismo bien jurídico tutelado o no y así evitar duplicidad de sanciones.

Todo lo anterior, si consideramos que de acuerdo a la exposición de motivos de la reforma anticorrupción "*In Extenso*" pareciera que los delitos de corrupción y las faltas administrativas graves, comparten los mismos bienes jurídicos tutelados.