

La Responsabilidad Disciplinaria de cara a los Organismos Internacionales

El diseño de la Política Pública de Combate
a la corrupción en el caso de México.

Los problemas de la vida pública se desenvuelven y dimensionan tomando en consideración diversos escenarios, factores, actores e instrumentos formales; en la solución, los entes públicos las atienden, eliminan, mitigan o administran las problemáticas sociales en donde se hace necesaria la intervención del Estado y generan políticas públicas.

A raíz de los desastrosos resultados para la humanidad, que tuvieron sus causas en la II Guerra Mundial, se conformó hacia el año de 1945 la Organización de las Naciones Unidas; dicho organismo ha sido fundamental para mantener la paz y seguridad en el mundo, como parte de su objetivo primordial, pues los problemas diversos que lo aquejan han sido solucionados en el seno de sus diferentes estructuras; tal es el caso de los problemas de salud mundial, los cuales se atienden mediante el capítulo correspondiente a la Organización Mundial de la Salud. Temas delicados como el armamentismo y las crisis de carácter militar, reciben tratamiento en el seno propio del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

El Organismo internacional, como se advierte, ha generado los instrumentos para mantener la seguridad y estabilidad en el mundo. Dicha estabilidad mundial depende de que los Estados cumplan sus fines; los Estados fallidos son aquellos que no corresponden a ello, ya que no son capaces de proveer los servicios más elementales a la ciudadanía y población que los conforman. Un Estado fallido es aquel que no mantiene ni está en la posibilidad de mantener el ejercicio del poder político del Estado, pierden carácter de conjunto, extravían áreas o zonas geográficas en el control de autoridad y adolecen de la posibilidad de proveer servicios a la población en estas zonas que están fuera de su control, son economías decadentes, de gran corrupción y otros aspectos.

Si reflexionamos un momento respecto a la causa de un Estado fallido, tenemos que la última causa o la primera, según la perspectiva, implica las desviaciones del ejercicio del poder, o sea la corrupción; cuando no existen elementos de pesos y contrapesos, prevalece la ausencia de un régimen jurídico sólido donde seguramente está imperando la voluntad pública, más que el contenido de la Ley en la voluntad individual de un solo sujeto en visión de dictador y su cúpula, se carece un régimen de derecho.

No puede cifrarse en la voluntad de un individuo o un grupo de individuos en el ejercicio del poder, la concreción de las decisiones públicas; pues implica que una sola voluntad prevalezca en contra de la naturaleza misma de las sociedades que es la diversidad; la diversidad individual implica necesariamente la existencia de acuerdos, en los cuales se establezcan límites a la voluntad individual y se construyan voluntades colectivas en donde las mayorías prevalezcan, pero las minorías puedan ser escuchadas y representadas, y así, todas las voluntades sujetas al orden jurídico, como conocemos en el Estado democrático de derecho.

Todo el engranaje de instituciones: derecho u orden jurídico, ejercicio de autoridad e instituciones, deben ser actuales y vigentes; cuando el derecho vigente es solo un elemento formal, cuando no existe consistencia del contenido de las normas con una realidad material; cuando las decisiones públicas no encuentran congruencia con el espíritu de las normas, estamos en la antesala del quebrantamiento del orden jurídico, pero también existe la posibilidad de que los poderes fácticos, pretendan su legitimación en el establecimiento de normas que desconozcan los derechos esenciales de los individuos que conforman al Estado y así, un orden jurídico autoritario.

En ambos casos, estamos ante la presencia de regímenes totalitarios y en los albores de los Estados fallidos, la autoridad formal carece de legitimidad real para la toma de decisiones, el necesario y consecuente uso de la fuerza para imponer sus decisiones, que si bien formalmente determinado, se deslegitima ante la

ausencia del aval mismo de la población en su conjunto, el cual se convierte en objeto y no sujeto de la norma, que en casos extremos actualiza la pérdida de la autoridad real -que no la autoridad formal- que genera enfrentamientos que llevan a la pérdida del control territorial del ejercicio mismo del poder.

Aún cuando no existe una definición absoluta de lo que debe considerarse un Estado fallido, los aspectos antes apuntados son esenciales para la actualización de esta noción, donde centraremos la idea de la corrupción como un elemento que genera, sostiene y define a un Estado fallido.

En efecto, la corrupción en una definición amplia, implica la toma de recursos públicos en beneficio privado o particular, en esta sola expresión encontramos que son muchas sus manifestaciones; los recursos públicos implican la cosa pública, no solo los bienes o recursos materiales si no patrimoniales de la cosa pública, esto es, no solo los recursos económicos o bienes, si no que el patrimonio del Estado se comprende también por el cúmulo de derechos y facultades, competencias o derechos exclusivos que le son atribuidos al Estado. En nuestro concepto, es de aquí de donde deviene la noción amplia – lato sensu- de lo que es la corrupción, como toda desviación de ejercicio de atribuciones o decisiones en contra de los intereses del Estado.

Será en este orden de ideas y a manera de ejemplo, que una conducta corrupta sea aquella en la que un servidor público, solicite un beneficio económico por la asignación de un contrato, como aquella en donde un servidor público acepte un cargo público sabiéndose carente de las competencias necesarias para asumirlo, o tomar decisiones en un marco de discrecionalidad más allá de lo permitido por las normas; en lo inmediato no se aprecia un beneficio económico pero en forma indirecta lo existe; en ambos ejemplos implica asumir o mantenerse en el cargo, con base en una serie de toma de decisiones del servidor público, que a fin de cuentas le permitirán mantenerse en la nómina del Estado.

La corrupción a la que hemos referido se trata de la corrupción pública o del Estado, pero sin duda, la corrupción se actualiza igualmente en el sector privado; cuando un individuo se encuentra motivado para tomar dinero o bienes de una empresa sin autorización, de forma ilegítima, con el único propósito del beneficio personal, sin pensar en el interés de la empresa; o disponer del tiempo que debiera ser laboral para beneficios personales exclusivos, de cualquier manera estamos en presencia de la corrupción privada.

Igualmente podemos encontrar una interacción entre el sector privado y el sector público y cuando una conducta dentro de esta relación de supra a subordinación, se enfoca a los beneficios personales y empresariales en detrimento de la cosa pública, estamos en evidente actualización de la corrupción pública, en la medida que la afectación se realiza en el marco de lo público.

La corrupción en este orden de ideas, ha sido un fenómeno lacerante de la humanidad que ha traído en consecuencia la inviabilidad de los Estados en el ámbito local, sin embargo, en el marco del concierto internacional y máxime en el llamado fenómeno de la globalización, la inestabilidad de un Estado pone en riesgo la estabilidad del orden internacional, así que precisamente los instrumentos Internacionales se han ocupado del fenómeno de la corrupción en diferentes convenciones.

Los instrumentos internacionales que han incidido en el diseño de las políticas públicas en el caso de México, son tres: la Convención Interamericana contra la Corrupción; la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción y la Convención para combatir el Cohecho de los Servidores Públicos Extranjeros.

Por lo que se refiere a la **Convención Interamericana contra la Corrupción**, tiene el mérito de ser el primer convenio internacional suscrito para el combate a la Corrupción en el año 1996, su ámbito de aplicación se circunscribe a la Organización de Estados Americanos y tiene como **propósitos**: promover y

fortalecer el desarrollo por cada uno de los Estados Partes, al igual que los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción y promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados miembros, a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio, refiriendo al caso de los particulares.

Por su parte la **Convención Interamericana contra la Corrupción**, constituye el primer compromiso internacional para la promoción del buen gobierno y el sistema más amplio de cooperación contra la impunidad; fue firmada por 22 países de la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1996 en la ciudad de Caracas, Venezuela.

Por último, la **Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción**, también es conocida como la Convención de Mérida (Yucatán), por haber sido adoptada en esa ciudad Mexicana, el mes de diciembre del año 2003, entró en vigor el 14 de diciembre de 2005 al reunir las 30 ratificaciones requeridas y actualmente cuenta con 126 Estados miembros; sus objetivos son adoptar medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción, así como el fortalecer las normas existentes en la materia, fomentar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción y promover la integridad, la obligación de rendición de cuentas y la debida gestión de los asuntos y bienes públicos.

La **Convención para combatir el Cohecho de los Servidores Públicos Extranjeros**, reconoce que una función pública eficiente y transparente es la base de un buen gobierno; asimismo, indica que para evitar los efectos nocivos de la corrupción, es indispensable que sus normas sean aplicables también al sector privado y se involucre a la sociedad en el diseño e implementación de estrategias en la materia. En su articulado no define la corrupción, pero si define conductas

específicas que deben ser consideradas como corruptas y en consecuencia sancionables.

Es tan grave el fenómeno de la corrupción, que ha sido considerada en los instrumentos internacionales como necesaria su atención, con objeto de mantener la estabilidad mundial y debe iniciar en los instrumentos legales, formales y materiales de los Estados. En esta perspectiva la corrupción es un elemento que aporta el incentivo primordial para hacer que los Estados adquieran la categoría de un Estado Fallido.

En los mecanismos de medición de un Estado fallido referidos al inicio de esta exposición, la corrupción es un elemento que debe considerarse como fundamental, pues su presencia es un factor que define, mantiene y se desarrolla precisamente dentro de un Estado fallido, así, es una disfunción de la organización de la administración que en extremo impide que la administración o el poder público del Estado cumpla con sus propios fines.

Ahora bien, la voluntad del Estado que se objetiviza mediante la voluntad individual de los agentes del Estado, es decir, se exige a los servidores públicos y a los particulares vinculados a la función pública, una serie de deberes funcionales que impidan poner en riesgo al Estado; les prohíbe entre otras, conductas como el desvío de poder, el fraude a la ley, el ejercicio abusivo de atribuciones y facultades, del peculado, del cohecho, el desvío de recursos públicos, la utilización indebida de información, el abuso de funciones, la actuación bajo conflicto de interés, la contratación indebida, el enriquecimiento oculto, el tráfico de influencias, el encubrimiento, el desacato y la obstrucción de la justicia; como conductas graves de entre otras, tanto graves como no graves (Así clasifica los deberes funcionales la legislación mexicana) refiriendo específicamente a las graves como conductas corruptas.

Ahora bien, debemos traer a colación la definición del Derecho Disciplinario como el conjunto de normas jurídicas de carácter procesal y sustancial que garantizan la funcionalidad del Estado, acorde a la moral pública; si esto es así, si el derecho disciplinario es el cuerpo normativo que aglutina aquellas disposiciones que garantizan la funcionalidad del Estado, es entonces el instrumento que requiere el estudio dogmático para combatir el flagelo de la corrupción; para lograrlo, debe entenderse la dogmática disciplinaria en su exacta dimensión y cada servidor público debe conocerla y con mayor énfasis quienes se encargan de operar el régimen de disciplina, los llamados operadores disciplinarios.

El derecho disciplinario cuenta con las categorías que lo hace una disciplina jurídica propia que requiere estudio específico; entenderlo significará la posibilidad de darle el sentido y propósito para considerarlo una herramienta fundamental para el combate a la corrupción.

Por cuanto a las categorías sólo quiero recordar brevemente las nociones o categorías fundamentales:

El “**Régimen especial de sujeción**”, que tiene como referente a las “relaciones entre el poder público y los sujetos asentados en el territorio de un Estado y generan dos tipos de relación: las relaciones generales de sujeción y las relaciones especiales de sujeción. Las primeras refieren a las relaciones que mantiene el Estado con los sujetos a fin de proveerle sus satisfactores individuales y colectivos y garantizan la convivencia social y en donde los individuos, sujetos pasivos de la relación, actúan en plena libertad y solo con restricciones mínimas de convivencia.

Por el contrario, “dentro de las relaciones especiales de sujeción operaba una libertad restringida, una libertad disminuida...”¹; estos aspectos pueden verse

¹ Arturo Gómez Pavajeau. Dogmática del Derecho Disciplinario. Universidad del Externado de Colombia. Quinta edición actualizada. 2011.

claramente en el derecho mexicano cuando aducimos el aforismo jurídico que las autoridades solo pueden hacer lo que la ley les permite.²

A partir del régimen especial de sujeción se analiza precisamente su naturaleza, los sujetos del régimen de responsabilidad que hoy en día sabemos que no solo se trata de servidores públicos, sino también particulares que tienen como misión atender, auxiliar, realizar y dotar de infraestructura a la función pública, y las consecuencias precisamente del régimen especial que referimos; "...de acuerdo a la interpretación que el Poder Judicial ha hecho de quienes se refutan servidores públicos y por ende sujetos de responsabilidades administrativas³, también pueden

² "Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo CV. Materia(s): Común. Tesis: Página: 270

"AUTORIDADES, FACULTADES DE LAS. Las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite." Amparo penal en revisión 2332/50. Blanco Pérez María. 10 de julio de 1950. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Luis Chico Goerne. La publicación no menciona el nombre del ponente."

³ "Época: Novena Época. Registro: 173672. Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIV, Diciembre de 2006. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Tesis: 2a. XCIII/2006. Página: 238. "SERVIDORES PÚBLICOS. EL ARTÍCULO 108, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, NO ES LIMITATIVO SINO ENUNCIATIVO. Del proceso legislativo que culminó con el Decreto de reformas y adiciones al Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de diciembre de 1982, específicamente en lo relativo a sus artículos 108, 109 y 134, se advierte que la finalidad del Constituyente Permanente fue cambiar el concepto tradicional de "funcionario público" por el de "servidor público", a efecto de establecer la naturaleza del servicio a la sociedad que comporta su empleo, cargo o comisión, disponiéndose para ello de obligaciones igualitarias a las que quedaban constreñidos "todos los que desempeñen un empleo, cargo o comisión en el servicio público, tanto en el Gobierno como en la Administración Pública Paraestatal", es decir, en la Federación con el objeto de exigir responsabilidades a quienes presten sus servicios bajo cualquier forma en que se sirva al interés público y a cualquier nivel de gobierno. En ese tenor, se concluye que el artículo 108, primer párrafo, de la Constitución Federal, al establecer quiénes son servidores públicos, no es limitativo sino enunciativo, pues la intención del Constituyente con la reforma de mérito fue que se incluyera a todos, sin importar la clase de empleo, cargo o comisión que desempeñen, ni el nivel de la función o la institución en donde laboren, pues lo medular y definitorio es que son servidores públicos quienes sirvan al Estado o Federación, al gobierno y a la nación, al interés público o a la sociedad.

Amparo en revisión 223/2004. Mercedes Azaola y Aguilar. 11 de marzo de 2005. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretaria: Constanza Tort San Román."

Amparo en revisión 1150/2006. José Rigoberto Huerta Hernández. 8 de septiembre de 2006. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Luciano Valadez Pérez.

ser los particulares en la medida que participen bajo cualquier forma jurídica en el ejercicio, atención o servicio de funciones públicas”⁴, esto como consecuencia de la relación; “en el caso de particulares puede ejemplificarse el régimen exorbitante en las contrataciones gubernamentales, derivadas de la Ley de Adquisiciones Arrendamientos y Servicios del Sector Público, e inclusive los aspectos relativos al Servicio Profesional de Carrera para el caso de los servidores públicos”⁵.

El “**Deber funcional**” refiere, en lo concreto, a las obligaciones conocidas como genéricas en el derecho mexicano, hoy contenidas en la Ley General de Responsabilidades Administrativas, que de acuerdo a dicho cuerpo normativo se clasifican en faltas graves y no graves; así también aquellas otras que se desprenden de otras disposiciones que impliquen obligaciones de carácter positivo o negativo y aquellas que refieran a la actividad reglamentada que cada servidor público o que el particular despliegue y de donde nace el vínculo jurídico con el Estado, sea que se encuentren contenidos en: Leyes, reglamentos, oficios, circulares, contratos, títulos, o cualquier otra forma jurídica e incluso las que puedan desprenderse de su contenido, sean de carácter implícito de aquellas – lo que se ha denominado en el derecho mexicano como obligaciones específicas -.

La categoría de “**tipos abiertos**” es nota distintiva del Derecho Disciplinario para con el Derecho Penal. “En materia penal la conducta que se despliega es tal cual se describe en la norma como ilícita y punible, y en algunos casos requiere de elementos normativos para actualizarse la conducta como ilícita al tipo penal, pero aún el elemento normativo como auxiliar, adecúa la conducta al tipo, sin mayor

Amparo en revisión 1266/2006. José Manuel Montelongo Barrón. 8 de septiembre de 2006. Cinco votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Rolando Javier García Martínez.

Amparo en revisión 1116/2006. Jorge Alejandro Arciga Anzo y otro. 6 de octubre de 2006. Cinco votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Óscar Zamudio Pérez.

⁴ Eleazar Pablo Moreno Moreno. “Compendio documental de los retos que enfrenta la Administración Pública en el marco del Sistema Nacional Anticorrupción”. Secretaría de la Función Pública. Ciudad de México 2017.

⁵ Idem

elemento de valor de la substancia, de lo ilícito, contrario a como ocurre en los tipos abiertos, cuyo auxiliar para la conducta responsable no es solo la infracción, si no la transgresión a los valores del que constituyen la moral pública que veremos enseguida.

Por lo que se refiere a la **“ilicitud substancial”**, “dado que los tipos abiertos son pautas de conducta (deberes funcionales) que deben seguir los servidores públicos, pero como pautas de conducta abierta son obligaciones exigidas y no constituyen por sí mismo un ilícito, entendiendo que la existencia de lo ilícito se actualiza, sí y solo sí, se afecta el bien jurídico tutelado por la norma, luego entonces, el ilícito substancial precisamente se define por la vulneración de los valores tutelados en la moral pública”⁶.

Ahora bien, “en términos de la dogmática disciplinaria la moral pública está constituida por los valores que el Estado establece como forma de garantía de la debida y buena gestión administrativa; es no el hacer del servidor público – si a éste como sujeto de aplicación nos referimos - si no la aspiración efectiva de la gestión establecida en la moral pública, que de romperse, alterará el orden administrativo, luego entonces es el ilícito substancial.

“Dicho en otras palabras, son los valores reconocidos por el Estado la moral pública que se tutela en la disciplina pública; la finalidad es preservar los valores; la infracción a un deber funcional no hace necesariamente una conducta responsable.

La anterior afirmación en su aplicación práctica, traería la solución de muchas controversias o decisiones que desde la fiscalización y los operadores disciplinarios pueden encontrar en ejercicio de sus funciones; de ahí también que la afirmación de que es legal pero falta de ética, sea una afirmación equivocada; pues o no existe responsabilidad y en tanto es legal o existió una investigación inadecuada pues se

⁶ Idem.

pretendió establecer una responsabilidad con la sola infracción, sin analizar el contenido sustancial de lo ilícito”⁷.

Vemos cuando hablamos de la ilicitud sustancial y tipos abiertos, que el contenido del Derecho Disciplinario es de carácter axiológico y deontológico, luego entonces requiere de los valores para poder configurar una ilicitud, lo cual no sucede con otras materias, pues siguiendo inclusive el criterio de Hans Kelsen, las normas jurídicas son un mínimo ético, y en ellas se ubican las demás responsabilidades distintas a las disciplinarias. Las normas disciplinarias son esencialmente morales, pues requieren de los valores axiológicos para su perfeccionamiento y más aún, son la razón de ser de la disciplina.

Los “**Tipos abiertos**” refieren al deber funcional como obligación exigida, pero es en él como se estructura la obligación cuando tratándose de tipos abiertos se plasma el contenido de la obligación; “en los tipos cerrados existe una descripción de la conducta en forma rígida mediante la descripción de elementos objetivos; es característica esencial de los tipos penales, es esencia en el derecho penal, el que la conducta típica impone sin valoración alguna de las obligaciones o abstenciones son solo elementos de carácter objetivo; así, ejemplo, comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro, respecto de dicha conducta no existe valoración alguna de tipo deontológico o axiológico para establecerla como típicamente ilícita.

Por el contrario, en el caso de los tipos abiertos la conducta descrita por la norma es valorativa, esencial en el Derecho Disciplinario por la razón simple que la dinámica administrativa de la gestión no puede describir cada exigencia que requiere la función administrativa, como así lo reconoce la jurisprudencia mexicana⁸,

⁷ Idem.

⁸ “Época: Décima Época. Registro: 2003389. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 3. Materia(s): Administrativa. Tesis: I.9o.A.14 A (10a.). Página: 2280. “RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. CUANDO LAS OBLIGACIONES INCUMPLIDAS EN QUE SE SUSTENTE NO SE DETALLEN A MANERA DE CATÁLOGO EN ALGÚN ORDENAMIENTO DE CARÁCTER GENERAL, DEBE ATENDERSE AL ESPÍRITU DEL ARTÍCULO 113 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. EI

por ende, es aquel que el legislador “no ha determinado de manera completa la materia de la prohibición, correspondiéndole cerrarla al juez: “la materia de la prohibición no está descrita en forma total y exhaustiva por medio de elementos objetivos” como bien afirma Carlos Arturo Gómez Pavajeau, citando a Hans Welzel, éste a Claus Roxin de la obra Teoría del Tipo Penal, Tipos abiertos y elementos del deber jurídico.⁹¹⁰

En este contexto, es importante vincular la esencia del derecho disciplinario con el fenómeno de la corrupción; partiendo de la noción básica que el derecho disciplinario se soporta en la moral pública, en esa categoría del “ilícito substancial” que hace a la conducta del servidor público responsable o por el contrario que define

hecho de que el cúmulo de las obligaciones o atribuciones inherentes al cargo de determinado servidor público no se detalle a manera de catálogo en algún ordenamiento de carácter general (ley, reglamento, decreto, circular o manual), es insuficiente para eximirlo de responsabilidad administrativa cuando ésta se sustente en su incumplimiento, pues resulta materialmente imposible emitir una norma general que contenga todos los deberes que le correspondan, pues existen casos en que éstos no necesitan especificarse detalladamente en normas generales, toda vez que son inherentes a su actividad, es decir, son consecuencia legal y necesaria de la función que realizan, por lo que en esos casos debe atenderse al espíritu del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, **que establece los principios que todo servidor público debe cumplir, entre otros, lealtad, honradez y eficiencia en el desempeño del empleo, cargo o comisión**, los cuales han de ser conforme a todo lo inherente al cargo encomendado. Considerar lo contrario implicaría que sería suficiente que el ordenamiento jurídico relativo a determinada dependencia del Ejecutivo no previera concreta y expresamente las obligaciones y deberes que a cada servidor público razonablemente le corresponden, para dejar impunes prácticas contrarias a los valores y cualidades que orientan a la administración pública y garantizan el buen servicio, bajo el principio unitario de coherencia entre la actuación del servidor público y los valores constitucionales conducentes, sobre la base correlativa de deberes generales y exigibilidad activa de su responsabilidad.”

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Revisión fiscal 442/2011. Director General Adjunto Jurídico Contencioso, en ausencia del titular de la Unidad de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de la Función Pública, este último encargado de la defensa jurídica del titular del Área de Responsabilidades del Órgano Interno de Control en la Policía Federal. 1 de diciembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco Javier Rebolledo Peña, Juez de Distrito en el cargo de Magistrado de Circuito. Secretario: Óscar Alvarado Mendoza.”

Nota: Esta tesis fue objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 398/2014 del Pleno, desechada por notoriamente improcedente, mediante acuerdo de 25 de noviembre de 2014.

⁹ Carlos Arturo Gómez Pavajeau, Dogmática del Derecho Disciplinario. Quinta edición actualizada. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, 2011. Pp. 333

¹⁰ Eleazar Pablo Moreno Moreno. Ob. Cit.

el actuar lícito del servidor público, que en el mundo de los valores es: el actuar eficiente, eficaz, honesto, leal, imparcial, y todos aquellos valores que conforma esa moral que deben asumir los servidores públicos, así el derecho disciplinario en su filosofía más profunda debe entenderse en el contenido mismo de los valores.

Por otra parte, la corrupción es un fenómeno que posiblemente sea poco entendido deontológicamente; cuando precisamente es en este sentido que se explique, y entendiendo el fenómeno de la corrupción, consecuentemente y comprendido en su esencia, será mejor aún la posibilidad de combatirla.

Los instrumentos internacionales antes referidos se refieren a la corrupción pero no la definen, describen una serie de conductas consideradas corruptas pero no desprenden su esencia, que desde mi perspectiva es precisamente en un contenido deontológico, donde debemos encontrar la definición de la corrupción pública y por ende, en este orden de ideas, encontrar la integración de un marco jurídico que regule, prohíba conductas o las castigue, o bien la implementación de una política pública que incida en su centro y corresponda a su combate eficaz de este flagelo.

Parecería que la complejidad del fenómeno de la corrupción hace imposible su combate, sin embargo, debemos de atender el problema antes de que lleve a la autodestrucción de la humanidad, con la generalización del fenómeno de la corrupción, ya que lleva a la perversión de la conciencia y la razonabilidad del individuo, pues éste ha construido su condición gregaria con base en la confianza de los seres con los que convive.

Por otra parte, la histeria de la desconfianza hace a las sociedades agresivas, anticipadas a la defensa y prematuras en sus reacciones, viendo en cada sujeto el enemigo a vencer y consecuentemente, la inminente y necesaria aplicación de la fuerza para el sometimiento del otro, que en extremos, posiblemente ni imaginó siquiera agredir y por el contrario, pretendió sumar en algún propósito. Sociedades

convulsas, violentas, irracionales, al día de hoy sólo imaginables en películas de ciencia ficción.

Centrando nuevamente el tema previo y con ánimo de evitar la tragedia social que hemos referido, tenemos entonces que el Derecho disciplinario es el conjunto de normas jurídicas (en el deber ser coercitivo), que se construyen en el ámbito de lo sustancial (la imposición de obligaciones funcionales específicas) y de lo procesal (estableciendo la consecuencia de sanción mediante procedimientos para el caso de su transgresión), la garantía de la funcionalidad del Estado (mediante la imposición de sanciones en condición de ejemplares) y que se garantiza en un marco de la razonabilidad de moral pública (con base en valores reconocidos por el Estado, que constituye el ilícito sustancial), de quienes en están inmersos en el régimen especial de sujeción (En una noción profunda y trascendente considera al sujeto en su valor y cualidad de humana, digna de ser preservable y valioso para el ente público, no procura su separación fatal de un hecho irregular, si no en condiciones extremas, aplicable así tanto para los servidores públicos como para quienes sin serlo en estricto sentido, se ven inmersos en relaciones de supra a subordinación en condición especial, pero que tienen como propósito hacer funcionar la administración pública).

El Derecho Disciplinario entonces, tiene soporte y fundamento en la moral pública, integrada por los valores reconocidos por la ley sin los cuales no se concibe el desempeño público.

Ahora bien, cuando hablamos de corrupción, de acuerdo a lo que define la real academia española se refiere a “Corrupción proveniente del latín corruptio, - ōnis ”; “Acción y efecto de corromper o corromperse”; Alteración o vicio en un libro o escrito”.

“En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra

índole, de sus gestores”; bajo esta tesitura tenemos entonces que lo que se corrompe es la esencia o contenido de algo; en el caso del ser humano su esencia es la razón, mediante la cual hace y concreta su voluntad pública, la voluntad hace a la conducta pública; la conducta pública es entonces un acto eminentemente racional y como racional que es, debe contener el alto contenido de la conciencia y la conducción de la voluntad del hombre, esto es, los valores que le asisten.

El comportamiento humano en el derecho disciplinario es racional, no comprende obligaciones para que constriñan un acto reflejo, la conducta es volutiva y como volutiva corresponde a la conciencia del sujeto impregnada de valores; estos son rectores de la voluntad, esencia de la conducta del ser humano en la función pública y si la corrupción es la alteración de la esencia, debemos entender que la esencia alterada en el sujeto son sus valores, en el caso de la vida pública, son los valores reconocidos por la ley que conforman la moral pública.

La corrupción pública en sentido amplio implica entonces, la alteración de los valores reconocidos en la moral pública, que en el derecho vigente en México son de dos tipos: los Constitucionales y los legales, en los primeros se encuentran Legalidad, Honradez, Lealtad, Imparcialidad y Eficiencia; y en los segundos Objetividad, Profesionalismo, Eficacia, Equidad, Transparencia, Economía, Integridad y Competencia por mérito. Esto explica por qué la infracción en sí misma no hace a una conducta responsable administrativamente, si no que para que se actualice la responsabilidad debe sujetarse a la valoración que se haga de la conducta, por cuanto a sustraerse del cumplimiento de los valores mismos del servicio público.

Si pretendemos combatir la corrupción, debemos generar una política pública que tenga ese objetivo, así la problemática central será precisamente la corrupción y no los actos corruptos.

Ahora bien, si como hemos comentado, para la integración de una política pública en materia de combate a la corrupción, debemos ir al centro del problema en sus causas últimas, debemos determinar quiénes son los actores, las formas o modos de intervención, participación o involucramiento y revisar el marco regulatorio que incide en el tema: reformarlo, adecuarlo o crearlo.

En el diseño de las políticas públicas debe quedar claro cuáles son nuestras aspiraciones y realidades; en la construcción una política pública el objetivo no es necesariamente la eliminación de un problema determinado, dependiendo del nivel o grado de complejidad en la atención de una problemática social que requirió de una política pública, ésta no necesariamente llevará a eliminar la problemática, podrá significar administrarla o mitigarla; en el caso de la corrupción, si bien su causa es identificable, también lo es que por su manifestación, desarrollo histórico y complejidad, los llamados multifactores, los propios actores, pueden llevarnos a definir que al menos por lo pronto no es eliminable, significará un proceso que se solidifique para hoy administrar, mitigar o reducir en mayor o menor medida el fenómeno de la corrupción.

La corrupción es un tema abordado desde la antigüedad, hacia los años 400 antes de Cristo por Confucio, Platón, Aristóteles, por citar algunos y como fenómeno se ha hecho presente en la Historia Universal, para grandes estudiosos que han escrito en el tema político y acerca de la corrupción desde mucho tiempo atrás. Muchos acontecimientos históricos han tenido como causa, razón y consecuencia la corrupción; la caída de grandes imperios antiguos, hasta revoluciones, movimientos armados y convulsión social de Estados modernos; por decir: Grecia, Roma, Francia, España, Rusia, Alemania y en América Latina Nicaragua, Panamá, Argentina, Chile y recientemente vemos a una Venezuela convulsa, inmersa en una descomposición social producto de la corrupción imperante.

Si hablamos de México, los dos grandes movimientos armados, tanto la independencia de 1810, como la revolución de 1910, han tenido como origen la

corrupción como causa principal y de la que le derivan otras causas como lo es la distribución inequitativa de la riqueza.

Un problema ancestral y complejo como la corrupción, requiere una política pública que atienda su causa última, hace necesaria la participación de todos sus actores, así hemos manifestado que debemos entender la corrupción pública, como la alteración de la esencia de los valores del hombre, su racionalidad subordinada a factores externos de necesidad y oportunidad.

En efecto, la voluntad humana en la vida pública se rige en el marco racional de la conducta pública, por valores que el individuo despliega; en este orden de ideas si la conducta se rige por los valores, debemos de incidir en homogenizar los valores, esto es lo que constituye la moral pública. Lo cual es más complejo que establecer categorías.

Los valores implican que cada individuo los reconozca, que la categoría de honestidad por ejemplo, sea bajo la misma definición o marco de comprensión que en la intelectualidad de los diversos individuos, en su diversidad intelectual y en su aplicación práctica; requiere no sólo capacitación si no la formación integral en valores que les permita comprender en su actividad cotidiana, el cómo aplica o habrá de aplicar cada uno de los valores reconocidos en la moral pública.

Si reconocemos que la causa del problema de la corrupción, conforme a los razonamientos anteriores, es la carencia, ausencia, disfuncionalidad o dispersión ideomática de los valores; entonces parte de la política pública debe enfocarse a poner énfasis en los valores de moral pública, si hablamos de la corrupción pública, entonces hablemos de los valores que en el desempeño público son necesarios y que en su conjunto comprenden esa moral pública.

Si entendemos los valores en el servicio público, no será necesario desgastar esfuerzos adicionales en expedir mayores normas que pretendan incidir en la

decisión del individuo al desplegar su comportamiento, para esa decisión ética, no son necesarios mayores “códigos de ética”, ya que el código de ética no es una norma colectiva – que sería la moral - o que de una existencia formal incida en el individuo, por lo que resulta falso que el individuo atienda a un código de ética formal o materialmente válido como el jurídico, pues la ética corresponde a la decisión del individuo en su escala de valores propios; exista o no aquel, lo que en conciencia decide actuar o no en un determinado sentido, producto de tener claros los valores reconocidos socialmente -moral-, por lo tanto, lo trascendente es que las políticas públicas se encaminen a establecer, a definir, a dar a conocer, a sensibilizar y a formar a los sujetos del régimen, con especial de sujeción a los valores en el servicio público.

La esencia y causa del problema de la corrupción pública es la ausencia, carencia, desconocimiento y falta de formación en los valores del servicio público, pero esto implica delinear a los primeros actores de la política pública de combate a la corrupción, lo cual ha quedado dicho con anterioridad cuando hablamos de las categorías propias del derecho disciplinario, como es el régimen especial de sujeción, entonces los destinatarios de la moral pública son los servidores públicos y particulares, que por la relación que guardan con el estado tienen como finalidad hacerlo funcional, cumplir con su fin propio de Estado, y en el marco funcional de acuerdo con las obligaciones particulares.

Por lo anterior, es igualmente importante la definición clara de sus obligaciones, los deberes funcionales deben ser lo más claros posibles a efecto de reducir el marco de discrecionalidad en su ejercicio; los deberes funcionales son el objeto de calificación de los valores, pero aquellos deben ser claros de tal manera que al momento de ser calificados por estos, se requiera en la menor medida posible la racionalidad interpretativa del deber funcional ante el valor y pueda solo confirmarlo en un proceso simple y racional.

La Política Pública de combate a la corrupción debe sumar a todos los actores, debe incorporar aquellas estructuras institucionales más allá de los individuos, que en el ámbito público como privado se vinculan al desarrollo y funcionalidad del Estado. Existen diferentes Entes Públicos que intervienen e interactúan en estos procesos, uno principal es precisamente aquel que le dará viabilidad en el marco normativo; los Congresos de los Estados del concierto nacional y en su caso internacional, habrán de tener una participación importante para plasmar precisamente en el marco jurídico, los elementos antes enunciados, enmarcados por lo pronto en los elementos del derecho disciplinario, en lo que conocemos como las responsabilidades administrativas, que también debemos reconocer que no será el único marco jurídico atendible en este contexto, pues como lo hemos expresado, el derecho disciplinario si bien y de inicio parte del principio de conservación del servidor público, habrá extremos de extirparlo en este ámbito y a mayor extremo, habrá que aplicar la legislación penal en los casos en que sea necesaria la aplicación del derecho punitivo.

La construcción del marco legislativo de la política pública, es una parte esencial en la medida que le dará soporte y en el carácter de lo jurídico deberá dotarle de los elementos necesarios para aplicar sobre los sujetos obligados de manera eficaz y eficiente; lo anterior, implica que en esta construcción normativa haya un análisis adecuado de la política pública de combate a la corrupción.

Centrados el problema y su causa, respectivamente, en el contexto de la corrupción y la ausencia de valores entonces, los primeros actores son aquellos que están inmersos en el régimen especial de sujeción, esto es, los servidores públicos y los particulares que se encuentran vinculados al cumplimiento de las funciones del Estado, que como ya hemos explicado, este régimen especial de sujeción es un elemento esencial en el Derecho Disciplinario.

En el análisis de la política pública de combate a la corrupción, en el caso específico de México, por razón natural intervienen otros actores: los que formalmente han

tenido funciones relativas a la integración de responsabilidades de contenido administrativo, desde los actos de fiscalización e investigación administrativa, los que fincan y deciden respecto de la responsabilidad e imponen las sanciones, los que revisan la legalidad de actuación de aquellos y los que vigilan la actuación de todos los anteriores, a la luz de los derechos fundamentales, es decir el Poder Judicial de la Federación mediante el Juicio Constitucional; cada uno cuenta con un rol en la construcción y en su caso revisión de la política pública.

La redefinición quedó de la manera siguiente: se delinearon tres funciones generales principales que son la prevención, la detección y el combate a los actos de corrupción; planteado de esa manera el orden jurídico reconoce la corrupción lato sensu y estricto sensu. La primera es toda aquella infracción que vulnera los valores del servicio público, contenida generalmente en tipos abiertos y que la ley califica como faltas no graves. En el caso de la corrupción en sentido estricto, define tipos específicos de conductas que califica como graves y delinea la posibilidad de una responsabilidad penal.

Ahora bien, por lo que hace a la función de prevención, la regulación establece obligaciones para los entes públicos, consistentes en tomar acciones para la adecuación de estructuras orgánico - funcionales acorde, y que les permitan a los servidores públicos cumplir adecuadamente con sus obligaciones; crear sus comités de ética y códigos de conducta, empieza a delinear la evaluación del desempeño en un marco de prevención que pueda incidir en la responsabilidad. A los particulares les impone obligaciones de integridad y la posibilidad de considerar el cumplimiento de estas, en beneficio para el caso de que se vean involucrados en hechos de corrupción.

En las funciones de detección, distingue las siguientes autoridades: por una parte, la Auditoría Superior de la Federación, como fiscalizador externo y a los Órganos Internos de Control (dependientes de los entes administrativos), como fiscalizador interno; ambos integrados en un Sistema Nacional de Fiscalización que tendrá como

objetivo una identidad de actuación en la misma concepción de fiscalización y de los actos concretos que la integran.

En este mismo ámbito de detección, refiere a la función de investigación que no corresponde necesariamente a la de auditoría, la primera comprende todas las actividades indagatorias necesarias permitidas por la ley y apoyadas por cualquier medio técnico, instrumental, material o tecnológico y a segunda, como la actividad técnica de revisión con un objeto específico determinado de una corporación, ésta puede ser instrumento de aquella pero no a la inversa, esto es, la investigación puede tener como herramienta a la auditoría pero no la auditoría a la investigación, por sus propias naturalezas y consideradas como actividad, con independencia de las autoridades competentes para realizarlas.

Lo anterior implica que la función de investigación la realizan la Auditoría Superior de la Federación y los Órganos Internos de Control, por conducto de las unidades administrativas que para tal efecto, designen conforme a su normatividad interna, con la prohibición absoluta que la autoridad investigadora no podrá tener la atribución de sustanciación, entendiendo por ésta facultad de sustanciación, aquella que instruye el procedimiento disciplinario.

Así pues la labor de investigación inicia con la denuncia del hecho posiblemente irregular y concluye con un el “informe de presunta responsabilidad administrativa”; en este “informe de presunta responsabilidad administrativa”, así denominado y técnicamente así debe ser considerado, se habrán de razonar de manera fundada y motivada de forma suficiente, el acreditamiento del hecho mediante y por los medios de convicción que se agreguen al informe referido, los argumentos que demuestren y sostengan que el hecho acreditado corresponde a una infracción administrativa; es decir que existe un deber funcional no atendido, además que esta conducta infractora no corresponde a un principio o directriz determinado por la ley y que el hecho acreditado, como el deber funcional y directriz, son ilícitos en

sustancia por su desapego a uno o varios de los valores Constitucionales y legales exigidos para el desempeño público.

En forma imperativa, la Ley determina que “el informe de presunta” deberá contener igualmente la calificación de la conducta, o sea, la determinación de “conducta grave” o “no grave”, que son las dos clasificaciones plasmadas en la Ley General de Responsabilidades Administrativas y clasificación que definirá la autoridad “sustanciadora” o instructora del procedimiento disciplinario, que tratándose de “faltas no graves” le corresponde a los Órganos Internos de Control y para el caso de las “faltas graves”, corresponde al Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

La instrucción en los Órganos Internos de Control se desarrollara como sede administrativa e inicia con la aceptación del “informe de presunta”, para dar oportunidad al Servidor público y al particular sujeto de disciplina, la oportunidad de acudir a una audiencia en su defensa, ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga para que la autoridad resolutora, pidiendo ser la misma que la instructora, la cual determinará la existencia de la responsabilidad e impondrá la sanción correspondiente.

Por lo que se refiere al caso de la comisión de “faltas graves”, así calificadas por la autoridad investigadora, ésta demandará ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa la responsabilidad del presunto responsable, para que el citado Tribunal en una relación tripartita jurisdiccional administrativa plena, desahogue el cúmulo probatorio aportado en defensa y resuelva lo que en derecho corresponda, por cuanto a la existencia de la responsabilidad y la imposición de la sanción.

Lo anterior implica incorporar en el escenario de los actores de la política pública de combate a la corrupción, al Tribunal Federal de Justicia Administrativa desde el punto de vista formal; desde la perspectiva funcional, tenemos a la autoridad sustanciadora y resolutora para el caso de “faltas graves” el Tribunal citado y para el caso de “faltas no graves” los Órganos Internos de Control y en ciertos casos, y

por cuanto a la sustanciación la Auditoría Superior de la Federación que tendrá por objeto fundamental la investigación de “faltas graves”.

El Poder Judicial en los dos niveles de gobierno, se incorpora en una condición especial, aún en proceso de definir respecto de su intervención en la política pública; a la fecha de este artículo tiene dos papeles fundamentales: el que denominaré tradicional, como revisor y garante de los derechos fundamentales vía juicio constitucional y por otra parte, como uno de los actores de la construcción, diseño y revisor de la política pública en su conjunto mediante el Comité Rector.

En este esquema articulado que lo hace ser un sistema, existe un escenario en el que se reúnen todos los actores de la política de combate a la corrupción del Estado Mexicano, denominado “Sistema Nacional Anticorrupción”; que se integra en un foro de coordinación de autoridades, que a nivel Federal se encuentra integrado por los titulares de las siguientes instituciones: la Secretaría de la Función Pública, la Auditoría Superior de la Federación, la Fiscalía de Combate a la Corrupción, el Instituto Nacional de Acceso a la Información, el Consejo de la Judicatura Federal, el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, y un integrante y como invitado representante de los sistemas locales anticorrupción, que dígame de paso, cada Estado integrante de la Federación habrá de reproducir la estructura en un “Sistema Local Anticorrupción” a imagen y semejanza del sistema Federal, y por último, un actor fundamental, el Presidente del Comité de Participación Ciudadana.

Un actor importante en la política pública de combate a la corrupción es la ciudadanía, ésta se encuentra representada (En un ejercicio de democracia indirecta) por un Comité de Participación Ciudadana integrado por cinco miembros, elegidos a su vez por otros cinco ciudadanos, que en ambos casos se suponen destacados por su lucha social y conocimiento en materias de transparencia, rendición de cuentas, fiscalización, corrupción o temas vinculados a estos aspectos.

El Presidente del Comité de Participación Ciudadana presidirá a su vez el Sistema Nacional Anticorrupción referido en el párrafo que antecede, en un instrumento Colegiado denominado Comité Rector, encargado como se ha mencionado, de la política pública de combate a la corrupción.

El Estado Mexicano ha construido su política pública de combate a la corrupción considerando a todos sus actores; el andamiaje Institucional coordinado a través del Sistema Nacional Anticorrupción, debemos entender que no es en su aspiración inmediata eliminarla, si no combatirla, por ende administrarla, reducirla, inhibirla en una realidad concreta; esto se reconoce por la sola existencia del mismo Sistema, que mediante un Comité Rector, se encargará de establecer las líneas de la política pública en lo general, que desde luego tiene sus ejes fundamentales en el orden jurídico; léase: La Constitución General de la República, la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción y la Ley General de Responsabilidades Administrativas. Por el calado de la reforma implicó desde luego, el ajuste en otros ordenamientos, así, fueron reformadas las Leyes: Orgánica de la Administración Pública Federal, Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación, Código Penal Federal y Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, entre otros Ordenamientos.

En este orden de ideas es importante destacar esta breve exposición de la Política Pública de combate a la corrupción en México, que en la formulación de los ordenamientos ejes antes mencionados como leyes de carácter general, fueron tomados contenidos importantes de los tratados internacionales de los que México es parte, en materia de combate a la corrupción; por las razones expuestas en un inicio, los organismos internacionales han marcado una línea de combate a la corrupción que desde luego es perfectible, como igual lo son los instrumentos nacionales; sin embargo, han marcado un punto de partida en un fenómeno lacerante para los Estados del concierto internacional como es la corrupción, que como también lo mencionamos, su inestabilidad provocada por este fenómeno, puede arrastrar a la inestabilidad global.

Por último, cabe agregar que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, presidido por el Doctor José Ángel Gurría Treviño, compatriota mexicano, igualmente ha puesto énfasis en el tema que estamos tratando y, mejor aún, mediante los instrumentos que derivado de la evaluación que mantiene a los Estados miembros, ha considerado al Derecho Disciplinario como un instrumento eficaz para el combate a la corrupción.

Mtro. Eleazar Pablo Moreno Moreno.

Presidente de la Confederación Internacional de Derecho Disciplinario y Presidente del Colegio de Derecho Disciplinario Control Gubernamental y Gestión Pública A.C.