

CAPÍTULO CUARTO

LAS DISCIPLINAS NORMATIVAS COMO “ANTÍDOTO” PARA ENFRENTAR LA CORRUPCIÓN

En la sección anterior utilizamos la metáfora de la Hidra de Lerna y su veneno letal como imagen de la corrupción; en este sentido, es evidente que se requiere una sustancia que neutralice al veneno, es decir, un “antídoto” para contrarrestar ese fenómeno. Así, para enfrentar los problemas relacionados con las conductas corruptas se acude a las ciencias normativas.

Hace siete años, con la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 10 de junio de 2011, se adoptó en nuestro país el paradigma de los derechos humanos, en los términos siguientes:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

En alguna ocasión expresamos que el paradigma de los derechos humanos constituía una “ventana de oportunidad para la mejora sustantiva de la función administrativa general”, similar a lo que significó el paradigma de legalidad en la Ilustración.¹¹⁵ Sin

¹¹⁵ Márquez Gómez, Daniel, “Derechos humanos y reformas legales: la necesidad de nuevos enfoques en el combate a la corrupción”, en Salazar, Pedro *et al.* (coords), *¿Cómo combatir la corrupción?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 143.

embargo, el fenómeno de la corrupción y el papel de las ciencias normativas en su perpetuación nos obliga a ser más cautelosos en torno a ese argumento.

Otro aspecto de las relaciones entre ciencias normativas y corrupción, se advierte de la reforma del 27 de mayo de 2015 al Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para crear el Sistema Nacional Anticorrupción; ahora ese título se denomina “De las Responsabilidades de los Servidores Públicos, Particulares Vinculados con Faltas Administrativas Graves o Hechos de Corrupción, y Patrimonial del Estado”, lo que muestra el impacto normativo del fenómeno de la corrupción en México: ahora tiene un nicho constitucional.

Para hacer efectiva la reforma constitucional, el 18 de julio de 2016 se emitieron, reformaron y/o derogaron disposiciones de ocho leyes del sistema: 1) Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción; 2) Ley General de Responsabilidades Administrativas; 3) Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; 4) Ley General de Contabilidad Gubernamental; 5) Ley de Coordinación Fiscal; 6) Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación; 7) Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa y el 8) Código Penal Federal.

Lo anterior muestra el impacto de las ciencias normativas en el fenómeno de la corrupción, por lo que es conveniente dedicarles unas líneas.

I. LA ÉTICA COMO RESPUESTA AL TEMA DE LA CORRUPCIÓN

Para especificar nuestras ideas en torno a la ética, primero debemos destacar que, según Eduardo García Máynez, el pensamiento ético se ha manifestado bajo cuatro formas fundamentales, basadas en el desenvolvimiento del pensamiento moral: 1) ética empírica (el hombre debe ser como es, ejemplo: Calicles y su idea de que el derecho se funda en el poder); 2) ética de bienes (búsqueda del bien supremo); 3) ética formal (fundamento objetivo de

la ley moral en la dignidad humana), y 4) ética valorativa (noción de valor).¹¹⁶

Según Dietrich von Hildebrand, hay problemas en la filosofía en relación con los cuales basta con plantear la pregunta para inmediatamente comprender la respuesta. En estos casos, el principal logro filosófico es plantear la pregunta sobre la que tan fácilmente se pasa de largo, precisamente por ser la respuesta tan obvia. Una cuestión de este género es: ¿cuál es la importancia auténtica, válida? *La respuesta no puede ser otra que el valor.*¹¹⁷

Así, para evitar debates innecesarios en torno a los diversos sistemas éticos, nos sustentaremos en una ética material: la de los valores, lo anterior porque consideramos que, de alguna manera, supera el problema de la “interioridad” y el solipsismo de toda ética, además de contar con proyección político-social.

En *Der formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik (El formalismo en la ética y la ética material de los valores)*, Max Scheler sostiene que:

...los conceptos de bien (*bonum*) y de mal (*malum*) designan precisamente la propiedad de un ser gracias a la cual este ser es capaz de motivar nuestra voluntad o de provocar en nosotros una respuesta afectiva. La felicidad verdadera y profunda que los valores nos proporcionan implica de modo necesario un conocimiento de la importancia intrínseca del objeto. El valor es aquí el *principatum* (lo determinado), mientras que, en el caso de lo subjetivamente satisfactorio, nuestro placer es el *principium* y la importancia de lo agradable o lo satisfactorio del objeto, el *principatum*.¹¹⁸

Por lo anterior, todo bien que posee un valor nos impone, por así decirlo, la obligación de darle una respuesta adecuada. No nos referimos a la obligación única que llamamos obligación

¹¹⁶ García Máynez, Eduardo, *Ética*, 9a. ed., México, Porrúa, 1963, pp. 30 y 31. Las frases entre paréntesis son nuestras.

¹¹⁷ *Idem*, (en cursiva en el original).

¹¹⁸ Hildebrand, Dietrich (von), *Ética*, 1a. reimp., Madrid, Ediciones Encuentro, 1997, pp. 33 y 45.

moral y que apela a nuestra conciencia; ésta sólo brota de determinados valores.¹¹⁹

La ética material sostiene que los bienes son por su esencia cosas valiosas.¹²⁰ Así, se destaca que todos los valores (también los valores “bueno” y “malo”) son cualidades materiales que tienen determinada ordenación mutua en el sentido de “alto” y “bajo”, y esto acaece con independencia de la forma de ser en la que se presenten, sea, por ejemplo, como cualidades objetivas puras, como miembros de estados de valor (tales como el ser agradable o el ser bello de algo), como momentos parciales de los bienes o como el valor que “una cosa tiene”.¹²¹

Entonces, ¿cómo se comportan las cualidades de valor y los estados de valor respecto a las cosas y los bienes? Los valores no se distinguen sólo como bienes de los deseos y estados sentimentales que nosotros experimentamos en su presencia, sino que son ya distintos como simples cualidades. Los valores son ya como fenómenos de valor (y es indiferente si son sólo “fenómenos” o “realidad”), auténticos objetos que se distinguen de los estados de sentimiento.¹²²

Otro autor de la corriente, Nicolai Hartmann, de manera más clara destaca que los valores no sólo son independientes de las cosas valiosas (bienes), sino que también son positivamente la condición de ellas. Son aquello por lo que las cosas —en amplio sentido, objetos y situaciones objetivas de todo tipo— tienen el carácter de “bienes”.¹²³

Así, los valores son objetivos, una propiedad del ser que constituye la nota característica de su sentido. Los valores se

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 46.

¹²⁰ Vegas, José María, *Introducción al pensamiento de Max Scheler*, Madrid, Instituto Emmanuel Mounier, 1992, p. 19.

¹²¹ Scheler, Max, *Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*, intr. y ed. de Juan Miguel Palacios, trad. de Hilario Rodríguez Sáenz, 3a. ed., España, Caparrós Editores, 2001, p. 63. Véase también: Vegas, José María, *op. cit.*, p. 24.

¹²² *Ibidem*, p. 65.

¹²³ Hartmann, Nicolai, *Ética*, presentación y trad. de Javier Palacios, España, Encuentro, 2011, p. 160.

muestran como pertenecientes al ser e independientes de su deseo o voluntad; por eso, en su carácter axiológico y en la obligatoriedad que recubre su ser real, valores como la bondad de la justicia o el valor del alma inmortal y el conocimiento son importantes en sí.¹²⁴

Además, distingue entre la existencia y el conocimiento de los valores. El hombre es capaz de conocer normas y valores porque en él existe la conciencia estimativa. En este contexto, los valores son principios y tienen el carácter de “condiciones de posibilidad” de los fenómenos éticos,¹²⁵ también son hecho y principios de la esfera ética actual¹²⁶ y son las categorías de la esfera ética ideal.¹²⁷ Los valores éticos no son sin más principios de la conciencia moral y de sus actos, sino sólo de modo restringido, las restricciones que se añaden se encuentran en la esfera de la legalidad —heterónoma a ellos— de la conciencia moral. Esa legalidad tiene la función de una selección de los valores.¹²⁸

Así, el concepto de “deber ser” ya está contenido en las determinaciones de los valores como principios, es inherente a la esencia de los valores éticos. Forma parte de la esencia del valor un momento de deber, en el cual ya tiene que estar contenido su modo ideal de ser. No es el deber-hacer que se dirige a un sujeto volente, es un deber ser ideal o puro; valor y deber ser ideal se acompañan indisolublemente.¹²⁹

Fernando Savater afirma que el *factum* en el que se ahíncan los valores no será otro que la voluntad humana. Entre el ser y el deber (ser) se establece la mediación primordial del querer (ser). Lo que para el hombre vale es lo que él mismo quiere; pero el hombre no puede querer cualquier cosa, sino que quiere de acuerdo a lo que es. La dignidad del hombre, que es otra deno-

¹²⁴ Hildebrand, Dietrich (von), *op. cit.*, p. 93.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 200.

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 201 y 202.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 202.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 203.

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 209 y 210.

minación, para su capacidad de valorar, estriba en su querer (ser) o en su *esse in fieri*.¹³⁰

El autor mencionado asocia el tema de los valores con la libertad, al afirmar que: “Llamamos libertad a la intervención de la voluntad en la identidad, o también: la libertad es el primordial deber (ser) de nuestro querer (ser). A partir de este deber (ser) surgen los demás deberes, o sea los valores de la razón práctica”.¹³¹

Sobre la índole intuitiva y emocional del conocimiento de lo valioso, destaca Scheler que: “También lo emocional del espíritu, el sentir, preferir, amar, odiar y querer tiene contenido originario y a priori, que no les es prestado por el pensar y que la ética debe mostrar independientemente de la lógica”.¹³² Así, el único acceso posible al mundo de los valores es el conocimiento del valor, la intuición de valor que se cimienta en el percibir sentimental, en el preferir y, en último término, en el amar y el odiar.¹³³

Esto nos lleva a una expresión de Max Scheler, el *ordo amoris*, que toma de San Agustín, como núcleo fundamental del *ethos* del sujeto, esto es, el orden que preside su amor.¹³⁴

Cuando se investiga la esencia de un individuo, una época histórica, una familia, un pueblo, una nación u otras unidades sociales, se llega a conocer y a comprender a ese individuo en su realidad más profunda; si se conoce el sistema, articulado, de cierta forma, de las estimaciones y preferencias efectivas del individuo, a éste Max Scheler le denomina el *ethos* del sujeto. Pero su núcleo fundamental de ese *ethos* es la ordenación del amor y del odio, las formas estructurales de estas pasiones dominantes y predominantes, en primer término en el estrato ejemplar. La

¹³⁰ Savater, Fernando, *Ética como amor propio*, España, Ariel, 2008, p. 20.

¹³¹ *Ibidem*, p. 21.

¹³² Hartmann, Nicolai, *op. cit.*, p. 155.

¹³³ Scheler, Max, *Ética, cit.*, p. 127.

¹³⁴ Es la interpretación que formula Juan Miguel Palacios en el prólogo del libro: Scheler, Max, *Ordo amoris*, trad. de Xavier Zubiri, 3a. ed., España, Caparrós, 2008, p. 12.

concepción del mundo, así como las acciones y hechos del sujeto, van regidos desde el principio por ese sistema.¹³⁵

El concepto de *ordo amoris* tiene así una significación doble: una significación normativa y una significación solamente de hecho o descriptiva. La primera debido a que existe una jerarquía de todas las disponibilidades que tienen las cosas para ser amadas, según su valor interno y propio. Es el problema central de toda ética. El *ordo amoris*, solamente se convierte en norma objetiva cuando, después de ser conocido, se halla referido al querer del hombre y ofrecido a su voluntad. Pero también es fundamental descriptivamente el concepto de *ordo amoris*. Porque es el medio para hallar, tras los embrollados, hechos de las acciones humanas moralmente relevantes, de los fenómenos de expresión, de las voliciones, costumbres, usos y obras espirituales, la sencilla estructura de los fines más elementales que se propone, al actuar, el núcleo de su persona, la fórmula moral fundamental según la cual existe y vive moralmente este sujeto. Por tanto, todo lo que podemos conocer de moralmente valioso en un hombre o en un grupo tiene que reducirse —mediatamente— a una manera especial de organización de sus actos de amor y odio, de sus capacidades de amar y de odiar: al *ordo amoris* que los domina y que se expresa en todos sus movimientos.¹³⁶

Regresando a los valores, como determinaciones supremas inviolables, éstos son principios éticos de la esfera ideal, y son los actos auténticamente trascendentes, cuyas cualidades son objeto de juicios de valor, en la disposición de ánimo, en la volición y en la acción. La intención, el propósito y el fin están determinados por el valor, son principios restringidos de la conciencia, por lo que pertenecen a la esfera ética actual; también son fuerzas determinantes de lo real, orientan la conducta del hombre en un sentido creador, haciendo que éste dirija sus esfuerzos hacia la realización de lo valioso.¹³⁷

¹³⁵ Scheler, Max, *Ordo amoris*, cit., p. 22.

¹³⁶ *Ibidem*, pp. 22 y 23.

¹³⁷ Hartmann, Nicolai, *op. cit.*, pp. 199 y ss.

Si fuera posible construir una “ética” para el servicio público, ésta tendría que sustentarse de alguna manera en la ética material de los valores, por su capacidad para orientar la conducta hacia una comprensión de lo “moralmente bueno”, y considerar a la dimensión de los valores como medios de evaluación de la conducta.

Así, como lo destaca Nicolai Hartmann, el conocimiento ético es normativo, mandatos y valores; además, el autor afirma que todo conocimiento es apriorístico. La ética puede enseñar lo que es moralmente bueno, pero no puede imponer nada a la conciencia moral, sino sólo conducirla hacia sus propios contenidos y principios, en forma de mandatos, normas y valores.¹³⁸

Además, la ética sólo es normativa en la medida en que trae a la conciencia principios cuya influencia sobre la decisión de la voluntad humana, la toma de posición y la valoración de lo real se facilita con esta elevación.¹³⁹

Los valores son bienes y mecanismos de evaluación, así se menciona que: “El valor es tanto un bien que responde a necesidades humanas como un criterio que permite evaluar la bondad de nuestras acciones”.¹⁴⁰ Por lo anterior, en cuanto a que expre-

¹³⁸ *Ibidem*, p. 71.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 72.

¹⁴⁰ La cita aparece en el Plan de Capacitación, “Educación en Valores Ciudadanos”, 1.1. “Definición”, Lima, Ministerio de Educación, Unidad de Defensa Nacional, 18 de marzo de 2003; también se cita en: Agüera Espejo-Savedra, Isabel, *Teatrillo de bichillos y otros animalillos. Escenificaciones en el aula*, Madrid, Narcea, 2014, p. 19; y en *Temas para la Educación. Revista Digital para Profesionales de la Enseñanza*, Federación de Enseñanza de CC. OO. de Andalucía, núm. 12, enero de 2011, p. 1. En realidad, la frase se puede atribuir a Immanuel Kant, quien sostiene: “...la acción (porque ella exige una deliberación de la razón), no puede convertirle en su sentido absoluto, porque no es buena absolutamente, sino sólo relativamente a nuestra sensibilidad, a su sentimiento de placer o dolor, y la voluntad cuyas máximas dependen de las afecciones de la sensibilidad no es una voluntad pura, ésta no puede hallarse sino allí donde la razón pura puede ser práctica por sí misma. Éste es el lugar adecuado para explicar la paradoja del método que se debe seguir en una crítica de la razón práctica, a saber: que *el concepto del bien y del mal* (Gute y Bose) *no debe determinarse con anterioridad a la ley moral* (a la cual aparentemente, debería servir de fundamento), *sino solamente* (como aquí ocurre) *después de esta ley y por esta ley*”. (Kant, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, trad. de

san deberes, las normas se dirigen a seres capaces de cumplirlas o violarlas. El supuesto filosófico en que descansan es la existencia de la libertad. Si el individuo no pudiese dejar de hacer lo que prescriben, no serían normas, sino leyes naturales.

Así, para Max Scheler, aparece en el deber una especie de voz interior de mando, al estilo de las órdenes que emanan de la autoridad. El “deber” es una autoridad que llevamos dentro, su compulsión está condicionada subjetivamente. Es un mundo que grita *en nosotros y desde nosotros*, que tiene un carácter esencialmente negativo y restrictivo. Aquello a lo que estamos obligados se nos muestra solamente por el examen de lo que no debe ser (en el sentido de no-deber-ser-ideal). El deber es aquello que se afirma como no superable por una crítica múltiple de nuestras apetencias e impulsos, aquello que se intuye como positivamente bueno.¹⁴¹ Existe una relación directa entre libertad, conciencia y deber.

Esto nos lleva al ámbito de los antivalores,¹⁴² en los que se ubican la deshonestidad, la injusticia, la intransigencia, la intolerancia, la traición, el egoísmo, la irresponsabilidad y la indiferencia, que rigen la conducta de las personas inmorales. También podemos afirmar que el poder, la belleza y el dinero han perdido su contexto instrumental para transformarse en los ejes de la conducta moral de la civilización occidental.

De esta manera, toda acción asociada a los antivalores constituye una violación a la ética. Así, la utilidad de la ética material en el servicio público se relaciona con la capacidad de ésta para

Antonio Zozaya, 3a. ed., Madrid, Mestas, 2008, pp. 93 y 94). Como se advierte, la ley moral no sólo contiene un imperativo, o sea, la representación de reglas, sino también es un medio para evaluar la bondad o maldad de las acciones.

¹⁴¹ Scheler, Max, *Ética*, cit., pp. 281 y ss.

¹⁴² Aunque la lista puede ser más amplia porque algunos ubican entre los antivalores a los siguientes: 1) esclavitud, 2) angustia, 3) deshonestidad, 4) arrogancia, 5) odio, 6) guerra, 7) irrespeto, 8) irresponsabilidad, 9) altanería o soberbia, 10) intolerancia social, 11) divisionismo, 12) perjuicio, 13) enemistad, 14) envidia, 15) desigualdad o no correspondencia justa y exacta, 16) injusticia, 17) infidelidad, 18) ignorancia, 19) pereza y 20) suciedad; sin embargo, se debe dejar en claro que cualquier delimitación es arbitraria.

conjuntar el valor, la norma o principio, con la libertad, la conciencia y el deber.

Según Eduardo García Máynez, la ética es una disciplina normativa por su objeto, puesto que descubre y explica normas, se halla referida a un complejo de reglas, que encuentran su fundamento en una serie de “valores de lo bueno”. Para el autor, la ética se divide en dos sectores: *a)* el problema del deber y *b)* el problema de lo valioso. Ambos sectores están conectados a la pregunta: ¿Qué debemos hacer? La cual se responde aclarando ¿qué es valioso en la vida? La noción de deber implica la idea de valor. “El hombre debe ser justo porque la justicia «vale»”.¹⁴³ Así, la ética, como toda norma, como regla de acción que postula deberes, se apoya en un valor cuya realización se exige del sujeto. Por tanto, la ética es, entonces, en primer término, axiología.¹⁴⁴

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz destaca el tema de la “ética pública” que se impulsa desde la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), al afirmar lo siguiente:

La OCDE identifica una serie de puntos de convergencia entre los distintos métodos de promoción de la ética pública en los diferentes países, que pasan, en primer lugar, por una adecuada definición de los valores de la ética pública. Esta definición deberá cumplir una doble misión, como forma de expresar las aspiraciones de la sociedad respecto de la acción pública y, a la vez, como medio de control de la adecuación de las conductas a los principios del servicio público. Se deberá partir, por tanto de los principios y valores constitucionales (el “núcleo duro” de la idea de servicio público), y que, a la vez, [*sic.*] tener en cuenta otros valores como la eficacia, el servicio al ciudadano, la relación coste/beneficio, el trabajo bien hecho, etc.¹⁴⁵

¹⁴³ García Máynez, Eduardo, *op. cit.*, p. 15.

¹⁴⁴ *Ibidem*, pp. 15 y 16.

¹⁴⁵ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, “Ética y servicio público. Un documento relevante para la OCDE”, disponible en: *file:///C:/Users/Daniel%20Marquez/Downloads/Dialnet-EticaYServicioPublico-201609.pdf* (fecha de consulta: 13 de abril de 2017) (documento en poder de los autores).

Así destaca:

Otro de los elementos comunes de gestión ética en los países avanzados son los Códigos de Conducta, en los que se suele incluir un enunciado de valores generales del servicio público. A menudo, se completan con códigos específicos por sectores y, casi siempre, son fruto de un acuerdo con los representantes de los empleados públicos. La codificación actúa, en realidad, como cláusula de garantía, respecto de las situaciones que se suscitan en el ámbito de la actividad del poder público y a las que la Ley, por sí sola, no puede en ocasiones dar una respuesta adecuada y suficiente.¹⁴⁶

En el caso de México, ya existe una proyección de los valores del ámbito personal del individuo a nivel político-normativo, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; ese código ético se traduce en la obligación de todo funcionario de apegarse a la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el servicio público.

Sin embargo, tenemos que aceptar dos grandes retos: la ética, sea pública o privada, exige que el agente moral se comprometa con los principios o valores de la ética que profesa; además, en las instancias públicas se debe tener la conciencia de que, en la medida en que se juridifica, la ética abandona el campo de los “principios” y se queda en el ámbito del derecho.

II. EL INTENTO DE UNA “ÉTICA SOCIAL”: LOS DERECHOS HUMANOS Y EL PROBLEMA DE LA CORRUPCIÓN

Un ejemplo de ese argumento es el tema de los derechos humanos. Poco a poco, mediante el derecho internacional, éstos abandonan el campo ético y construyen un entramado de normas jurídicas.

El primer enfoque en cuestión es la idea de que la defensa de los derechos humanos en los Estados reduce las prácticas corruptas; en otras palabras, la implementación de los principios de

¹⁴⁶ *Idem.*

los derechos humanos puede mejorar las políticas públicas anticorrupción.¹⁴⁷ Bajo esta perspectiva, el análisis implica tomar en consideración que no todos los actos de corrupción implican una violación a los derechos humanos, sino que el reto es identificar en qué campos de la actividad pública son claros los vínculos y determinar qué instrumentos y herramientas para la defensa de estos derechos son de utilidad en el combate a la corrupción.

El anterior enfoque posibilita poner atención en los programas o políticas públicas anticorrupción y su relación con las personas en situación de vulnerabilidad,¹⁴⁸ además de la necesidad de incluir criterios de perspectiva de género en la construcción de las políticas. Así, un mecanismo de actuación es que “de conformidad con los tratados internacionales contra la corrupción, las medidas anticorrupción deben ser compatibles con los principios de los derechos humanos y no deben afectar los derechos de aquellos que estén implicados”.¹⁴⁹

Por lo anterior, esta visión parte de la hipótesis de que los grupos en situación de vulnerabilidad son presa fácil de la corrupción, es más, resultan severamente afectados por ella, pues carecen en la mayoría de las ocasiones de mecanismos mínimos de defensa, en los que la educación, la falta de información, la marginalidad, la violencia, entre otros, son aspectos que significan una revictimización de sus circunstancias.

Las implicaciones de los actos de corrupción son distintas si los mismos afectan a ciudadanos que pertenecen, por ejemplo,

¹⁴⁷ Éste es el enfoque que presenta un estudio realizado por el Consejo Internacional para las Políticas de Derechos Humanos (*International Council on Human Rights*) con sede en Suiza. Cfr. Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, *La corrupción y los derechos humanos. Estableciendo el vínculo*, Suiza, CIE-DH-ITESM, 2009, disponible en: http://ichrp.org/files/reports/52/131_report_es.pdf (fecha de consulta: 30 de agosto de 2017).

¹⁴⁸ Históricamente los grupos de la población que se encuentran en una situación de vulnerabilidad son las mujeres, los niños, las personas que viven en pobreza extrema, las personas con discapacidad, los adultos mayores, los grupos indígenas, entre otros.

¹⁴⁹ Cfr. Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 9.

a la clase media urbana, por lo que ante un acto de corrupción eventualmente pueden solicitar o contratar asesoría para repe- ler sus consecuencias, además de contar con mayor información sobre las instancias a las que podrían acudir para denunciar y hacer valer sus derechos. En cambio, personas que se encuen- tran en una situación de pobreza extrema y que, a manera de ejemplo, no reciben los programas sociales destinados a paliar una sequía en sus regiones debido al desvío de recursos públicos por parte de un servidor público, se encuentran con grandes des- ventajas para hacer frente a los daños derivados de los actos de corrupción, entre ellos su precaria situación económica, la falta de educación, un contexto sociocultural, etcétera, aspectos todos que potencializan los efectos perjudiciales de los actos corruptos.

Para esta vertiente, la manera de establecer el vínculo entre los derechos humanos y la corrupción es analizar, al menos de for- ma muy general, las circunstancias en que las prácticas corruptas impiden el pleno ejercicio y la efectividad de los mismos, o bien, violan derechos humanos específicos. Lo primero que habría que realizar es identificar el acto corrupto, al sujeto o sujetos involucra- dos —con independencia de su calidad, es decir, si se trata de un funcionario público o un particular— y a la víctima; consiguiente- mente habría que reconocer las obligaciones de derechos a cargo del Estado y su responsabilidad frente a la víctima.¹⁵⁰

Entendido así, las prácticas corruptas, en el ámbito de lo pú- blico, vulneran de manera alarmante los derechos humanos, que se agravan en los casos de los socialmente desprotegidos. Por ejem- plo, la corrupción en el sector salud golpea fuertemente a los dere- chohabientes desde aspectos elementales como la falta de recursos para realizar traslados interhospitalarios para una población de- terminada (combustible, ambulancias, etcétera) o la no disponibili- dad de material quirúrgico, equipo médico o medicamentos, por el denominado “robo hormiga”. Asimismo, está presente en decisio- nes políticas como las del gobernante local en turno al realizar el desvío de recursos consignados a la construcción de infraestructu-

¹⁵⁰ Cfr. *ibidem*, p. 34.

ra en clínicas y hospitales de especialidades, para destinarlo a diferentes causas personales como promover su imagen o postularse al siguiente puesto de elección popular. Ambos ejemplos de corrupción, en pequeña y gran escala, afectan a corto, mediano y largo plazo al ciudadano de a pie, al mermar su calidad de vida (por no decir su vida misma), su salud y su economía, de por sí, limitada.

Ahora bien, los principios de derechos humanos que son relevantes para la prevención de la corrupción son: el derecho a la libertad de expresión, reunión y asociación; la garantía del ejercicio de los derechos políticos, y el derecho de acceso a la información pública. Lo mismo acontece con el derecho a participar, en el que las organizaciones de la sociedad civil juegan un papel relevante.¹⁵¹

Dentro de esta conceptualización se distinguen tres tipos de prácticas para vincular a los derechos humanos con la corrupción: a) las prácticas corruptas que violan directamente un derecho humano, b) las prácticas corruptas que conducen a la violación de un derecho humano pero que en sí mismas no lo violan y c) las prácticas corruptas que no se vinculan directa ni indirectamente con una violación específica de derechos.¹⁵²

Esta clasificación muestra cómo determinadas prácticas corruptas, en principio, pueden vincularse con algún derecho fundamental protegido en cada uno de los Estados, quedando pendiente determinar en cada caso cuál es la autoridad responsable de tal garantía. La respuesta a lo anterior, en materia de derechos humanos, es el Estado en su conjunto y, con ello, todas las autoridades reconocidas por aquél.

En tanto, el derecho internacional de los derechos humanos establece obligaciones a los Estados respecto del tratamiento que deben tener hacia éstos. De manera general, se encuentran las obligaciones de respetar, proteger y cumplir o realizar.¹⁵³

¹⁵¹ Cfr. *ibidem*, pp. 13-18.

¹⁵² Cfr. *ibidem*, p. 28.

¹⁵³ Cfr. Eide, Asbjorn, "Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, núm. 43, diciembre de 1989, p. 48, citado en Carbonell, Miguel y Salazar,

Respecto a la obligación de *respetar* podemos entender que el Estado debe abstenerse de cometer cualquier acto que atente en contra de la integridad de los individuos o de una parte de los miembros de la colectividad, se trata de un “no hacer” aplicable a cualquier tipo de derechos humanos: civiles, sociales, culturales, económicos, políticos, entre otros.

En torno a *proteger* se entiende que el Estado debe adoptar medidas que eviten que otros agentes o sujetos violen los derechos fundamentales, por lo que las estrategias reactivas y preventivas suelen ser empleadas en la protección de los derechos. “El incumplimiento de este nivel de obligación puede ser un factor clave para determinar la responsabilidad del estado en los casos de corrupción... [y] La obligación de proteger nos puede ayudar a demostrar cómo el comportamiento corrupto por un actor privado puede activar la responsabilidad estatal”.¹⁵⁴ Ejemplos de esta obligación abundan, basta con mirar el catálogo de funciones y servicios públicos que el Estado está obligado a proporcionar para hacerlos más eficientes, y para tal efecto recurre al sector privado, bajo la figura jurídica que corresponda, pudiendo ser mediante la privatización, permisos, licencias, concesiones, etcétera. Así, de lo que se trata es de visibilizar la responsabilidad de los Estados en el espacio público, incluso en rubros que aparentemente están desvinculados de sus obligaciones estatales, pero que le competen por la naturaleza misma del poder político estatal.

Finalmente, la tercera obligación genérica estatal es la de *cumplir o garantizar* los derechos humanos, misma que se entrelaza con las medidas positivas que el Estado realiza en favor de grupos en situación de vulnerabilidad, para que tengan un efectivo acceso al disfrute de sus derechos,¹⁵⁵ sobre todo si para tal acceso los medios con los que cuentan las personas son limitados e

Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 75.

¹⁵⁴ Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 30.

¹⁵⁵ *Cfr.* Carbonell, Miguel, “Las obligaciones del Estado en el artículo 1o.”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional... cit.*, p. 75.

insuficientes y requieren del impulso estatal. Es en este tipo de obligaciones en que el esfuerzo del Estado y sus recursos deben enfocarse para garantizar el acceso efectivo de derechos.

En el caso mexicano, la reforma constitucional de junio de 2011 estableció con claridad las obligaciones a cargo del Estado mexicano en materia de derechos humanos; basta con revisar el artículo 1o., párrafo tercero, como se muestra a continuación:

Artículo 1o. de la CPEUM

...Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la *obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos* de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.¹⁵⁶

La Constitución impone las obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos a todas las autoridades del país, con independencia de su nivel específico de gobierno o área en que se desarrollen: por lo tanto, las autoridades tienen a su cargo deberes importantísimos en el ámbito de operatividad de los derechos, y en principio deben tener claridad en el sentido, alcance y modalidades de las obligaciones que les competen.

En este primer abordaje para establecer el vínculo entre derechos humanos y corrupción, es relevante establecer criterios para relacionar los actos corruptos con la violación de derechos, por ejemplo, “cuando un estado (o una persona con responsabilidad oficial) actúa u omite actuar de forma tal que impide que los individuos tengan acceso a ese derecho”.¹⁵⁷

Otros casos sitúan el fenómeno de la corrupción como un elemento que de manera indirecta influye en la violación a los derechos humanos, por ejemplo, los casos en que funcionarios

¹⁵⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1o., énfasis añadido.

¹⁵⁷ Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 32.

corruptos permiten la falsificación de documentos o expiden documentos migratorios apócrifos a favor de un particular, lo que deriva en que grupos delincuenciales organizados logren traficar ilegalmente con niños para fines de explotación sexual o venta de órganos, entre otros.

III. EL DERECHO HUMANO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO NEXO ENTRE LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CORRUPCIÓN

Continuando con la idea de que la persona es y debe ser el centro de actuación del servicio público y, por tanto, de la administración pública, podemos señalar que existe un nexo necesario entre el derecho a la buena administración pública y los derechos humanos.

En el sistema europeo de los derechos humanos tenemos un importante antecedente en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, también llamada Carta de Niza,¹⁵⁸ la cual representa un ejemplo de instrumento normativo internacional que establece valores comunes en un espacio político económico determinado, como es el caso de la Unión Europea, en donde se reconocen derechos, libertades y principios en favor de las personas integrantes de la Unión. De manera particular, el Capítulo V “Ciudadanía”, de la Carta de Niza, establece el derecho a una buena administración, artículo que se transcribe a continuación:

Artículo 41

Derecho a una buena administración

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos *imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable*.

¹⁵⁸ Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Niza, 7 de diciembre del 2000, proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea.

2. Este derecho incluye en particular:

El derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,

El derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,

La obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.¹⁵⁹

Como puede apreciarse, la primera parte del artículo 41 se refiere a la forma en que deben prestarse los servicios públicos, abrazando el principio de no discriminación e igualdad, así como la temporalidad para su realización, esto es, dentro de un plazo razonable. La Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶⁰

¹⁵⁹ Énfasis añadido.

¹⁶⁰ La Corte IDH ha establecido algunas consideraciones y parámetros para determinar lo que debe entenderse por “plazo razonable”; por ejemplo, en el caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, en la sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrafo 72, señala que la Corte IDH comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, que establece que en el concepto de “plazo razonable” deben tomarse en cuenta tres elementos para determinar su razonabilidad: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales. Aunado a los tres elementos anteriores, resulta de especial interés la aportación realizada por el entonces juez, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente a la sentencia de la Corte IDH sobre el caso *Valle Jaramillo y otros*, del 27 de noviembre de 2008, y es él quien agrega un cuarto elemento a considerar para la valoración del plazo razonable: “la afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes —es decir, la situación jurídica— del individuo”. Este voto concurrente está disponible en: http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEzwiGm_ONxNLTAhVEz1QKHUuHAdsQFggsMAE&url=http%3A%2F%2F

(en adelante Corte IDH) ha establecido criterios acerca de lo que debe entenderse por “plazo razonable” para las autoridades, principalmente en el ámbito de procuración e impartición de justicia, entre los cuales se encuentra tomar en consideración la complejidad del asunto y la conducta de las autoridades administrativas, además de las circunstancias particulares en cada caso.

Los numerales 2, 3 y 4 del citado artículo 41 de la Carta de Niza en general se refieren especialmente a los principios de garantía de audiencia, debido proceso y legalidad, a la responsabilidad patrimonial del Estado en caso de afectaciones a los particulares y a la garantía del derecho de petición.

En Iberoamérica, por otra parte, contamos con la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, que establece una serie de principios, obligaciones y derechos vinculados con el servicio público. Este documento, que, aunque no resulta vinculante para nuestro país, sí apunta una interesante reflexión en torno a la sensibilización y toma de conciencia de los ciudadanos para exigir sus derechos frente a los servicios inherentes a la administración pública, la cual deberá estar conformada por personal que coloque en el primer plano de sus funciones los derechos de la persona y vele irrestrictamente por el respeto a la dignidad humana.

Así, en el marco de esta Carta, “el derecho fundamental a la buena administración pública consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana”.¹⁶¹

Asimismo, este documento señala una interesante gama de posibilidades en torno al reconocimiento del derecho fundamental de la persona a la buena administración pública, teniendo

www.corteidh.or.cr/%2Fdocs%2Fcasos%2Fvotos%2Fvsc_garcia_192_esp.doc&usq=AFQjCNGFTutbIKonRwWukjizRw4vSGfMOg&sig2=hmH-a8kpOXf3umM6L-91jA (fecha de consulta: 30 de agosto de 2017).

¹⁶¹ *Cfr.* Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, 10 de octubre de 2013, artículo 25.

como objetivo que “los ciudadanos iberoamericanos podrán asumir una mayor conciencia de su posición central en el sistema administrativo y, de esta forma, poder exigir de las autoridades, funcionarios, agentes, servidores y demás personas al servicio de la Administración Pública, actuaciones caracterizadas siempre por el servicio objetivo al interés general consecuente promoción de la dignidad humana”.¹⁶²

Entre los principios que contiene la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, destacan por su importancia el principio de servicio objetivo (artículo 2o.), de racionalidad y motivación de las actuaciones administrativas (artículo 4o.), igualdad de trato (artículo 5o.), de responsabilidad (artículo 9o.), de evaluación permanente (artículo 10), de ética (artículo 11), de participación ciudadana en el control de la actividad administrativa (artículo 13) y el principio de celeridad, para resolver los procedimientos en un plazo razonable (artículo 21).

Ahora bien, a decir de la citada Carta Iberoamericana, existen una serie de derechos derivados del derecho fundamental a la buena administración pública que podrán ejercerse de acuerdo con las previsiones normativas en cada país.¹⁶³

¹⁶² *Cfr.* Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, artículo 1o.

¹⁶³ Los derechos derivados del derecho fundamental a la buena administración pública (artículos 26 al 46 de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública) son: 1) derecho a la motivación de las actuaciones administrativas; 2) derecho a la tutela administrativa efectiva; 3) derecho a una resolución administrativa amparada en el ordenamiento jurídico de acuerdo con el procedimiento establecido; 4) derecho a presentar peticiones por escrito o de manera verbal; 5) derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de la administración pública; 6) derecho a ser oído antes de la imposición de alguna sanción; 7) derecho a participar en las actuaciones administrativas en que tengan interés; 8) derecho a servicios públicos y de interés general de calidad; 9) derecho a opinar respecto del funcionamiento y calidad de los servicios públicos; 10) derecho a formular alegatos dentro del procedimiento administrativo; 11) derecho a presentar quejas y reclamaciones; 12) derecho a conocer las evaluaciones de gestión de los entes públicos; 13) derecho de acceso a la información pública y a los ex-

Por lo tanto, en el marco de este instrumento internacional se vislumbra claramente un trabajo de sistematización para dotar al sistema iberoamericano.

En este contexto, es posible señalar que estamos ante un contexto favorable para que en nuestro país se construya jurídicamente el derecho a la buena administración pública. A nivel nacional, a partir de 2017, tras la promulgación de la Constitución Política de la Ciudad de México, una Constitución a nivel local contiene ya, en su catálogo, este derecho.

Lo anterior se constata con la revisión del artículo 3o. que se refiere a los principios rectores y establece en su fracción III, *in fine*, que el ejercicio del poder en la Ciudad de México, se organizará, entre otros, con base en el derecho a la buena administración. De igual manera, en el artículo 7o. se establece de lleno lo que se considera como el “derecho a la buena administración pública” y que se transcribe a continuación:

Artículo 7¹⁶⁴

A. Derecho a la buena administración pública

1. Toda persona tiene derecho a una buena administración pública, de carácter receptivo, eficaz y eficiente, así como a recibir los servicios públicos de conformidad con los principios de generalidad, uniformidad, regularidad, continuidad, calidad y uso de las tecnologías de la información y la comunicación.

pedientes administrativos que los afecten; 14) derecho a una copia sellada de los documentos que presenten a la administración pública, es decir, a un acuse de recepción de la documentación o solicitud que presente; 15) derecho de ser informado y asesorado en asuntos de interés general; 16) derecho a ser tratado con cortesía y cordialidad; 17) derecho a conocer al responsable de la tramitación del procedimiento administrativo; 18) derecho a conocer el estado de los procedimientos administrativos que les afecten; 19) derecho a ser notificado por escrito en los plazos establecidos; 20) derecho a participar en asociaciones o instituciones de usuarios de servicio públicos, y 21) derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades de las personas al servicio de la administración pública y de los particulares que cumplan con funciones administrativas.

¹⁶⁴ Constitución Política de la Ciudad de México, *Gaceta Oficial de la Ciudad de México*, 5 de febrero de 2017.

2. Las autoridades administrativas deberán garantizar la audiencia previa de los gobernados frente a toda resolución que constituya un acto privativo de autoridad. En dichos supuestos, deberán resolver de manera imparcial y equitativa, dentro de un plazo razonable y de conformidad con las formalidades esenciales del procedimiento.

3. En los supuestos a que se refiere el numeral anterior, se garantizará el acceso al expediente correspondiente, con respeto a la confidencialidad, reserva y protección de datos personales.

4. La ley determinará los casos en los que deba emitirse una carta de derechos de los usuarios y obligaciones de los prestadores de servicios públicos. Las autoridades conformarán un sistema de índices de calidad de los servicios públicos basado en criterios técnicos y acorde a los principios señalados en el primer numeral de este apartado.

Así, con independencia de la opinión que tengamos de la Constitución local de la Ciudad de México y del destino jurídico que tenga parte de su articulado, es importante destacar el contenido del derecho a la buena administración pública como derecho local, y que eventualmente puede aplicarse a casos que rebasen esa esfera. Con independencia de esta posibilidad, por el momento vale la pena señalar que los habitantes de la Ciudad de México tienen derecho a recibir una administración pública receptiva, eficaz y eficiente, incluyendo una serie de principios en su actuación, inclusive el “uso de las tecnologías de la información y comunicación”, que difícilmente puede ser pensado como principio, pues carece de elementos éticos y deónticos, y tiene la forma más de una herramienta.

El numeral 2 del citado artículo 7o. establece la garantía de audiencia en el procedimiento administrativo, similar a lo planteado en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública. De igual forma, la resolución de los asuntos se establece en un plazo razonable, en cuyo caso podríamos retomar lo señalado en este trabajo respecto a este plazo establecido por la Corte IDH.

Finalmente, en la reciente Constitución de la Ciudad de México, llama la atención la creación del Consejo de Evaluación de la Ciudad de México, como organismo constitucional autónomo local encargado de la evaluación de las políticas, programas y acciones de los entes de la administración pública local y alcaldías.¹⁶⁵ Lo interesante es saber la integración, competencias, alcances y efectividad en su momento del evaluador.

IV. IMPLICACIONES DEL RECONOCIMIENTO EN EL CONSTITUCIONALISMO LOCAL DEL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Todos los servidores públicos, como parte del aparato estatal administrativo, tienen la obligación de hacer buen gobierno, independientemente del nivel de decisión que tengan en la institución a la que pertenecen. Un efecto directo de la incorporación de este derecho tiene que ver con el empoderamiento de las personas, en específico de los ciudadanos, como usuarios de los servicios públicos, es decir, para exigir el cumplimiento de un derecho humano, con todo lo que esto entraña y, en su caso, la eventual responsabilidad por acción u omisión.

Con el derecho a la buena administración pública, se incorpora el sentido ético de la función pública y la obligación a cargo del Estado, en todos los niveles de gobierno y por todos sus funcionarios, autoridades y demás personas que participen en la administración pública, de vigilar que en sus actuaciones se respeten los derechos humanos de las personas y que los servicios se presten atendiendo invariablemente al respeto a la dignidad de las personas, para que los mandatarios se encuentren realmente al servicio de los mandantes.

Consideramos que un derecho pensado de esta manera también posibilita el empoderamiento del ciudadano en la esfera administrativa estatal. Ya no se trata de observar el servicio público

¹⁶⁵ *Cfr.* Constitución Política de la Ciudad de México, artículo 47.

como una dádiva que nos ofrece el gobernante en turno y de la cual debemos sentirnos agradecidos, sino que, a partir de la consideración del derecho humano a la buena administración pública, el ciudadano de a pie se empodera para hacer exigible su derecho en la prestación de los servicios, pues los mexicanos pasaríamos de usar frases de impotencia como “tengo derecho a este servicio porque pago impuestos”, o viceversa, cuando un funcionario público alega “usted ni siquiera paga impuestos, por lo que no puede exigir el servicio de salud para su familiar”, a la exigibilidad de un derecho en los términos siguientes: “estoy aquí porque mi familiar requiere de atención médica y el Estado tiene la obligación de proporcionarme un buen servicio público, con independencia de las aportaciones económicas que yo realice”.

V. UN NUEVO DERECHO HUMANO A LA NO CORRUPCIÓN ADMINISTRATIVA

Esa idea también podría servir de base para arropar el derecho humano al buen gobierno; así, podemos reinterpretar el contenido de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para construir una administración pública que sea un “espacio ciudadano por excelencia”, libre, abierto, imaginativo, verificable, empeñado en servir y visible.

Para nosotros, los derechos humanos y el derecho a una vida libre de corrupción deben ser pilares fundamentales de la función pública, porque garantizan la credibilidad de y en la institucionalidad y son un referente para la acción en los tres órdenes de gobierno: federal, estatal y municipal, destacando el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, relacionado con el “derecho a una buena administración pública”, y 25 de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, en lo que se refiere al “derecho fundamental a la buena administración pública y sus derechos derivados”.

Así, proclamar los derechos humanos y una vida libre de corrupción constituye un fuerte pronunciamiento ético y permite una agenda para la reforma del ejercicio de la función pública sustentada en el ser humano.

Esa reforma tiene apoyo en diversos instrumentos internacionales suscritos por México (la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000; el Protocolo contra el Tráfico Ilegal de Migrantes por Tierra, Mar y Aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000; la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de 1997, y la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 , entre otros) y en los artículos 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., 6o., 7o., 8o., 9o., 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 73, 74, 109, 126 y 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y podría diseñarse con las características siguientes:

- Protege una esfera de libertad esencial para el ser humano vinculada con la seguridad jurídica.
- Cuenta con la nota de universalidad, indivisibilidad y es interdependiente con otros derechos público-subjetivos, puesto que abarca a todo individuo por el simple hecho de ser tal.
- Cuenta con un contorno imperativo-atributivo de naturaleza pública, porque es un efectivo derecho otorgado a los gobernados e impone deberes a los órganos del Estado de realizar su gestión pública apeguándose a la legalidad y a la debida gestión de los asuntos públicos.
- Tiene consagración en instrumentos internacionales y en ordenamientos constitucionales.
- Está en íntima relación con otros derechos públicos subjetivos como lo son: el derecho a la vida, a la propiedad,

a la libertad, a la seguridad jurídica, a la igualdad, etcétera, por lo que, sin confundirse con ellos, comparte el núcleo mínimo de libertades públicas que se reserva el individuo frente a la sociedad.

- Requiere de un contorno de garantías jurisdiccionales para su aplicación, en el caso mexicano ese instrumento sería el juicio de amparo.

Una de sus primeras consecuencias sería obligar a la administración pública y a los tribunales a aplicar el principio “pro persona” en su actuación y aceptar el derecho de los ciudadanos a participar en las controversias relacionadas con la corrupción administrativa.

En este sentido, el mencionado enfoque puede constituir una excelente herramienta para combatir la corrupción, porque permitiría construir el derecho humano al buen gobierno o a la no corrupción administrativa, lo que pondría a la administración pública en sintonía con la necesidad de la tutela de esos derechos, volcaría las estructuras administrativas en la consecución de objetivos asociados a la vigencia de los derechos humanos en sus actividades cotidianas y, sobre todo, haría realidad el sueño de edificar instituciones formadas por seres humanos que trabajen para seres humanos. Lo que construiría una “ética pública”.

Un aspecto benéfico adicional es que no requiere de nuevas reformas legales, como las que actualmente se impulsan en el Sistema Nacional Anticorrupción, que reproduce los vicios formales que pretende combatir.

VI. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LAS PROPUESTAS PARA EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN

Hemos argumentado en torno a la deficiencia de la reforma constitucional y legal mexicana para combatir la corrupción, pero no lo hemos justificado. En este apartado daremos algunos argumentos, más adelante mencionaremos otros.

Estas reflexiones constituyen un breve análisis comparativo entre los tipos administrativos y los tipos penales de aquellas conductas cometidas por los servidores públicos, durante el ejercicio de su encargo o comisión, lo anterior tras la reforma legal del 18 de julio de 2016.¹⁶⁶ Esta reflexión permite al lector identificar la manera en la que en nuestro derecho público existe una tendencia a acercar el derecho disciplinario y el derecho penal, inclusive generando tipos y descripciones muy similares.

Partimos de la base de que existen características que hacen que estas ramas del derecho sean independientes una de la otra, pues cada una tiene sujetos específicos, conductas sancionables diferenciadas, sanciones proporcionales, pero, principalmente, una lógica y naturaleza jurídica independiente en ambas ramas del derecho: el derecho disciplinario y el derecho penal; la primera se relaciona con la cohesión interna de la estructura administrativa, mientras que la segunda se identifica como la última *ratio* de la capacidad punitiva del Estado.

Si bien es cierto que existe una tendencia a homologar ambas disciplinas jurídicas, en torno a las ideas de tipo y sanción, consideramos que la seriedad de la cuestión nos exige mostrar de manera argumentada y con ejemplos sus temas, por lo que esta problemática no será desarrollada en la presente obra.

El comparativo será de utilidad, pues permite hacer más claro el contexto en el que las autoridades, en cada uno de sus ámbitos de competencia, deberán llevar a cabo su labor, así como tener elementos para determinar, empleando las palabras de Alejandro Nieto, si en la tipificación de las infracciones y sanciones administrativas existe “un equilibrio teórico aceptable y, lo que es más importante, un elevado nivel de seguridad jurídica”.¹⁶⁷

¹⁶⁶ *Cfr.* Decreto por el que se expide la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, la Ley General de Responsabilidades Administrativas y la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, *Diario Oficial de la Federación*, 18 de julio de 2016.

¹⁶⁷ Nieto, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, España, 5a. ed., Tecnos, 2012, p. 25.

Por lo anterior hay que tener medianamente claro el sistema jurídico de construcción de los ilícitos penales y distinguirlos de los ilícitos administrativos, es decir, la potestad sancionadora del Estado, que si se analiza a profundidad puede tener numerosas aristas.

La reforma al Código Penal Federal (CPF), publicada el 18 de julio de 2016,¹⁶⁸ incluyó modificaciones a los Títulos Décimo y Decimoprimer, entre otros, en lo que se refiere al cambio de denominación del Título Décimo como “Delitos por hechos de corrupción” —previo a la reforma se denominaba “Delitos cometidos por servidores públicos”—, tras lo cual se señala que la corrupción

¹⁶⁸ *Cfr.* Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Penal Federal en materia de Combate a la Corrupción, *Diario Oficial de la Federación*, 18 de julio de 2016.

Las reformas, adiciones y derogaciones al CPF contenidas en el decreto entrarán en vigor de conformidad con lo establecido en su artículo 1o. transitorio, es decir, a partir del nombramiento que el Senado de la República realice del Titular de la Fiscalía Especializada en materia de delitos relacionados con hechos de corrupción. De manera concreta las modificaciones consisten en:

a) *Reformas*: el párrafo primero y el inciso e) del artículo 201; la denominación al Título Décimo; el párrafo primero del artículo 212; el artículo 213; el artículo 213 bis; la denominación del Capítulo II del Título Décimo; el párrafo primero y su fracción III, los párrafos segundo y tercero del artículo 214; las fracciones VI, IX, XI, XIII y los párrafos segundo y tercero del artículo 215; los párrafos primero y segundo del artículo 216; la denominación del Capítulo V del Título Décimo; el párrafo primero, la fracción I y los incisos b), c), d), la fracción III y el párrafo tercero del artículo 217; los párrafos tercero y cuarto del artículo 218; la fracción I y el párrafo segundo del artículo 219; la fracción I y los párrafos tercero y cuarto del artículo 220; el párrafo segundo del artículo 221; las fracciones I, II y los párrafos cuarto y quinto del artículo 222; las fracciones I, II, III y los párrafos tercero y cuarto del artículo 223; los párrafos primero, segundo, quinto, sexto y séptimo del artículo 224, y las fracciones VI, X, XIII, XVII, XX, XXIV, XXVIII y XXXII del artículo 225.

b) *Adiciones*: un párrafo tercero con las fracciones I, II, un párrafo cuarto, un quinto párrafo con las fracciones I, II, III y IV, un sexto y un séptimo párrafos al artículo 212; un inciso e) a la fracción I, una fracción I bis con los incisos a) y b) y un párrafo segundo al artículo 217; un artículo 217 bis; una fracción IV al artículo 221; una fracción III con los incisos a), b) y un párrafo segundo al artículo 222, y un párrafo tercero al artículo 224.

c) *Derogación*: el cuarto párrafo del artículo 225.

puede realizarse tanto por servidores públicos como por cualquier persona que no tenga esta calidad, y que ambos, servidores públicos y particulares, podrían ser acreedores a las mismas sanciones.

La adición de los párrafos tercero a séptimo, del artículo 213 del CPF, establece criterios de valoración para el juzgador que le permiten imponer la sanción de destitución y/o inhabilitación para desempeñar un empleo, cargo o comisión públicos, al igual que para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas cuando el sujeto activo del delito tenga el carácter de servidor público o de particular; aunque en el caso de particulares, evidentemente, la sanción de destitución no resulta aplicable.

Bajo esta perspectiva, es una agravante en la imposición de sanciones si los servidores públicos tienen el carácter de funcionarios o son miembros del personal de confianza, y si en la comisión de los delitos de *a)* ejercicio ilícito del servicio público, *b)* uso ilícito de atribuciones y facultades, *c)* tráfico de influencias, *d)* cohecho, *e)* peculado y *f)* enriquecimiento ilícito, los servidores públicos involucrados tuvieron ese carácter por haber sido electos popularmente o bien, si su nombramiento se encuentra sujeto a la ratificación de alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión.

El catálogo de delitos por hechos de corrupción y las sanciones contempladas en el CPF son:

<i>Delitos por hechos de corrupción</i>	<i>Sanciones</i>
Ejercicio ilícito de servicio público (artículo 214).	De 1 a 7 años de prisión y de treinta a ciento cincuenta días multa.
Abuso de autoridad (artículo 215)	De 1 a 8 años de prisión y de cincuenta a ciento cincuenta días multa.
Desaparición forzada de personas (artículos 215A-215D)	Entre los 8 meses y los 40 años de prisión; destitución e inhabilitación de 1 a 20 años para desempeñar cualquier cargo, comisión o empleo públicos.

<i>Delitos por hechos de corrupción</i>	<i>Sanciones</i>
Coalición de servidores públicos (artículo 216)	De 2 a 7 años de prisión y multa de treinta a trescientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización.
Uso ilícito de atribuciones y facultades (artículo 217 y 217 bis)	De 3 meses a 9 años de prisión y de treinta a cien días multa.
Concusión (artículo 218)	De 3 meses a 12 años de prisión y de treinta a ciento cincuenta días multa.
Intimidación (artículo 219)	De 2 años a 9 años de prisión y de treinta a cien días multa.
Ejercicio abusivo de funciones (artículo 220)	De 3 meses a 12 años de prisión y de treinta a ciento cincuenta días multa.
Tráfico de influencias (artículo 221)	De 2 años a 6 años de prisión y de treinta a cien días multa.
Cohecho (artículo 222) y cohecho a servidores públicos extranjeros (artículo 222 bis)	De 3 meses a 14 años de prisión y de treinta a ciento cincuenta días multa.
Peculado (artículo 223)	De 3 meses a 14 años de prisión y de treinta a ciento cincuenta días multa.
Enriquecimiento ilícito (artículo 224)	Decomiso en beneficio del Estado de los bienes cuya procedencia no se logre acreditar, y de 3 meses a 14 años de prisión y de treinta a ciento cincuenta días multa.
Delitos en contra de la administración de justicia (artículo 225)	De 3 a 10 años de prisión y de treinta a ciento cincuenta días multa.
Ejercicio indebido del propio derecho (artículo 226)	Pena de prisión de 3 meses a 1 año o de treinta a noventa días multa.

Como se advierte, la pena más alta de prisión sería de 40 años para el delito más grave, la desaparición forzada de personas, y la más baja es de 3 meses para diversas conductas (uso ilícito de atribuciones y facultades, concusión, ejercicio abusivo de funciones, cohecho, cohecho a servidores públicos extranjeros, peculado y ejercicio indebido del propio derecho).

En este contexto, un primer debate se relaciona con el proceso de individualización de la pena. El artículo 213 del CPF, como ya se destacó, prescribe que, para la individualización de las sanciones, el juez debe considerar: 1) el nivel jerárquico del servidor público, 2) el grado de responsabilidad del encargo, 3) su antigüedad en el empleo, 4) sus antecedentes de servicio, 5) sus percepciones, 6) su grado de instrucción, 7) la necesidad de reparar los daños y perjuicios y 8) las circunstancias especiales de los hechos constitutivos del delito; también se destaca que la categoría de funcionario o empleado de confianza será una circunstancia que podrá dar lugar a una agravación de la pena.

Un segundo debate se relaciona con la “familiaridad” entre los tipos penales y los tipos administrativos. En efecto, la Ley General de Responsabilidades Administrativas (LGRA) establece un catálogo de faltas administrativas no graves y graves, que pueden ser cometidas por servidores públicos, particulares (personas físicas o morales) y los denominados particulares en situación especial.¹⁶⁹

<i>Ley General de Responsabilidades Administrativas</i>
<i>Faltas administrativas graves de los servidores públicos</i>
Cohecho (artículo 52 y 73)
Peculado (artículo 53)
Desvío de recursos públicos (artículo 54)

¹⁶⁹ Son considerados como particulares en situación especial los candidatos a cargos de elección popular integrantes de equipos de campaña, líderes sindicales del sector público, entre otros. Ver Ley General de Responsabilidades Administrativas, *Diario Oficial de la Federación*, 18 de julio de 2016, artículo 73.

Utilización indebida de información (artículo 55)
Abuso de funciones (artículo 57)
Actuación bajo conflicto de interés (artículo 57)
Contratación indebida (artículo 59)
Enriquecimiento oculto u ocultamiento de conflicto (artículo 60)
Tráfico de influencias (artículo 61)
Encubrimiento (artículo 62)
Desacato (artículo 63)
Obstrucción de la justicia (artículo 64)
<i>Faltas administrativas de particulares</i>
Soborno (artículo 66)
Participación ilícita en procedimientos administrativos (artículo 67)
Tráfico de influencias para inducir a la autoridad (artículo 68)
Utilización de información falsa (artículo 69)
Obstrucción de facultades de investigación (artículo 69)
Colusión (artículo 70)
Uso indebido de recursos públicos (artículo 71)
Contratación indebida de ex servidores públicos (artículo 72)

Ahora bien, la “familiaridad” se puede advertir al comparar los delitos relacionados con hechos de corrupción que establece el CPF y las faltas administrativas graves contempladas en la LGRA, en los términos siguientes:

- 1) *Cohecho* (artículos 222 del CPF y 52 y 73 de la LGRA) y *soborno* (artículo 66 de la LGRA cuando el sujeto activo es un particular)

Los supuestos contemplados en el CPF para el delito de cohecho son muy similares a los que incluye el tipo administrativo de cohecho, ambos implican que el servidor público solicite

o acepte un beneficio no comprendido en su remuneración, es decir, que el beneficio sea o pueda ser obtenido ilícitamente por realizar o dejar de hacer una actividad vinculada con sus funciones en su carácter de servidor público.

El beneficio al que aludimos en el párrafo anterior podrá ser para sí o para su cónyuge, parientes consanguíneos, parientes civiles o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios.

La LGRA establece una distinción, dependiendo del sujeto activo, ya que si se trata de un servidor público se comete la falta administrativa grave de “cohecho”, pero si se trata de particulares estamos ante una conducta de “soborno”, identificada como el acto de un particular vinculado con una falta administrativa grave.

Por su parte, la legislación penal establece que comete el delito de cohecho tanto el servidor público como el particular al ubicarse en el tipo descrito en el artículo 222, fracciones I y/o II del CPF.

Otro elemento desde la legislación penal es el tema de los denominados “moches”, ya que la adición de la fracción III del artículo 222 del CPF, que establece que si un legislador federal, al momento de la discusión del presupuesto de egresos respectivo, gestiona la asignación de recursos para un ente público, pero por ello solicita u obtiene para sí o un tercero una comisión o dádiva, en dinero o en especie, sin que la misma se encuentre dentro de su remuneración, comete el delito de cohecho; la misma conducta se configura si tal legislador realiza gestiones para el otorgamiento de contratos de obra pública en favor de una persona física o moral. Lo anterior es reflejo de una problemática añeja en nuestro país y un intento de frenar el abuso en el que incurren integrantes del Poder Legislativo en la gestión presupuestal, por el tiempo que dura su encargo.

La LGRA establece “las faltas de particulares en situación especial”, ubicando en tal escenario a los candidatos a cargos de elección popular, a miembros de equipos de campaña y transición y a líderes sindicales, cuando comenten las hipótesis establecidas en el artículo 52 relacionadas con la falta administrativa grave de cohecho.

La inclusión de estas hipótesis configura un escenario sumamente complejo, por decir lo menos, para las autoridades encargadas de su aplicación. Algunas preguntas que surgen son, por ejemplo, si serán sujetos de responsabilidad los candidatos a ocupar un cargo de representación proporcional, también conocido como plurinominal durante el plazo de duración de las campañas electorales.

Si la respuesta fuera negativa, ya que ellos no son electos popularmente sino indirectamente y propuestos por sus respectivos partidos, ¿sería válido que gozaran de una situación privilegiada respecto de aquellos candidatos a cargos de elección popular? Habrá que formular las mismas interrogantes si atendemos a que numerosos hechos de corrupción podrían no sólo provenir de la etapa de campaña electoral, sino también de la fase de precampaña, con actos de los precandidatos en la competencia por una candidatura, todo dentro del marco de un proceso electoral.

Continuando, se debería responder a la pregunta: ¿cuál será el tratamiento o criterio que debería emplear la autoridad administrativa para determinar quiénes son los líderes sindicales del sector público? ¿Pueden ser identificados como líderes sindicales únicamente los secretarios generales o también los integrantes de los comités ejecutivos con las diferentes carteras que los integran o todos los que se encuentren adscritos a los sindicatos?

El segundo párrafo del artículo 73 de la LGRA parece dar pauta para que sean sujetos de responsabilidad administrativa “los directivos y empleados de los sindicatos”, es decir, prácticamente todas las personas que laboran en éstos, con independencia de su cargo o nivel de responsabilidad. He aquí una muestra de las interrogantes que se generan y que se colocan para su discusión, estando ciertos de que no existe una sola respuesta posible.

2) *Ejercicio abusivo de funciones* (artículos 220 del CPF y 57 de la LGRA)

En el CPF el tipo penal es *ejercicio abusivo de funciones* y en la LGRA el tipo administrativo es *abuso de funciones*. Desde el pun-

to de vista penal, el ejercicio abusivo de funciones implica que el servidor público, por sí o por interpósita persona, *ilícitamente* otorgue, entre otros, contratos, concesiones, permisos, licencias o exenciones; efectúe compras o ventas, o realice actos jurídicos que produzcan beneficios económicos para sí o para otras personas, entre las que pueden encontrarse familiares en el grado que el artículo 220 en su fracción I establece, o terceros con los que se tengan vínculos afectivos, económicos o de dependencia administrativa directa, entre otros. Misma situación acontece cuando el servidor público, valiéndose de la información que posee y que no es del conocimiento público, realiza actos, por sí o a través de otra persona, que le reporten algún beneficio económico *indebido* a él o a terceros.

Desde el punto de vista de la responsabilidad administrativa, incurre en *abuso de funciones* el servidor público que ejerza atribuciones que no tiene conferidas o, valiéndose de las que tiene, realice actos u omisiones arbitrarios para generar un beneficio o perjuicio para sí u otras personas o para el servicio público. En suma y como puede apreciarse, el tipo administrativo y el tipo penal se encuentran tan cercanos que se tocan.

3) *Tráfico de influencias* (artículos 221 del CPF y 61 y 68 de la LGRA)

Desde el punto de vista penal, puede cometer este delito tanto el servidor público que promueva o gestione el trámite ilícito de negocios públicos ajenos a las responsabilidades de su empleo, o que solicite su realización a otro servidor público, para beneficio propio o de terceros, como el particular que promueva estas conductas ilícitas o afirme tener influencia entre los servidores públicos facultados para la toma de decisiones, a cambio de obtener una ganancia para sí o para otros.

Administrativamente, el servidor público comete esta conducta cuando utiliza la posición de su empleo, cargo o comisión, para hacer que otro servidor público efectúe, retrase u omita realizar algún acto de su competencia para generar, entre otros, una

ventaja para sí o para otras personas. También esta conducta la configura el particular que usa su influencia real o ficticia, sobre cualquier servidor público, con el objetivo de obtener beneficios o ventajas, o causar perjuicio, con independencia del logro o no de su objetivo, por lo tanto, la naturaleza de ambas conductas es muy semejante.

4) *Peculado* (artículos 223 del CPF y 53 de la LGRA)

Para que se configure la comisión del delito de peculado, existen diversos supuestos, entre los que se encuentran: *a*) que el servidor público o un particular (obligado legalmente a su custodia) distraiga de su objeto valores o cosas pertenecientes al Estado y que le hayan sido entregadas para su administración, depósito o cualquier otra causa, o *b*) que el servidor público o cualquier persona utilice fondos públicos o realice actos relacionados con el uso ilícito de facultades para promover políticamente su imagen, la de terceros o denigrarlos. Los particulares incurrir en este delito cuando reciben los beneficios de la promoción de su imagen pública o cuando la solicitan a cambio de los beneficios que les reporten tales actos.

Administrativamente el peculado sólo es cometido por los servidores públicos que indebidamente autoricen, soliciten o realicen actos para el uso o apropiación, para sí o terceros, de recursos públicos, por lo que queda fuera de la esfera de la responsabilidad administrativa lo relacionado con las promociones o denigraciones empleando recursos públicos.

En este contexto, podemos resumir que las conductas que se consideran “faltas administrativas graves” y “faltas de particulares” son muy similares a las contenidas en el CPF, por lo que, atendiendo a la “independencia de vías” plasmada constitucionalmente para imponer sanciones en casos de corrupción, deberíamos preguntarnos si esa familiaridad tipológica entre una y otra legislación no impacta en las competencias de los ministerios

públicos, jueces penales, titulares de órganos internos de control y tribunales administrativos.

Un tema adicional es cómo se aplicará el principio *non bis in idem*, atendiendo a la similitud entre los tipos penales y los tipos administrativos.

Existe un tercer debate relacionado con la no entrada en vigor de las reformas al CPF publicadas en el *DOF* el 18 de julio de 2016, ya que de acuerdo con el artículo primero transitorio del decreto de reforma: “Primero: El presente Decreto entrará en vigor a partir del nombramiento que el Senado de la República realice del Titular de la Fiscalía Especializada en materia de delitos relacionados con hechos de corrupción...”.

Ante la falta de consenso entre los integrantes de la clase política mexicana, reflejada en la falta de nombramiento del denominado fiscal anticorrupción, nos encontramos ante un sistema normativo en el que cohabitan una legislación en materia penal que no se adecua al espíritu de las denominadas “leyes anticorrupción” de julio de 2016 y un entramado de leyes generales y federales que ya se encuentran vigentes y que son producto de la denominada reforma.

Finalmente, nos encontramos ante un cuarto debate en lo que toca a la materialización de las llamadas “leyes anticorrupción” en México, y que sólo apuntaremos en esta ocasión sin ahondar en ellas; nos referimos al reto de armonización legislativa en las entidades federativas, contemplado en el transitorio segundo del decreto de reforma, las cuales están obligadas a actualizar su marco jurídico local, dentro del año siguiente a la entrada en vigor del decreto de 18 de julio de 2016, debiendo expedirse por las legislaturas locales las leyes en la materia y realizarse los ajustes normativos necesarios para la armonización con el Sistema Nacional Anticorrupción.

Como se advierte, el tema de la corrupción exige mayor análisis. Al diseñar la reforma penal y administrativa para combatir la corrupción, se evidenció que fueron ignorados temas importantes para la funcionalidad del sistema.

VII. NECESIDAD DE LA COMPLETITUD DE UN DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

Lo anterior nos lleva a destacar que, para hacer realidad el apoyo de las ciencias normativas al combate a la corrupción se requiere un nuevo derecho administrativo.

En este sentido se debería evaluar la concepción del derecho como disciplina y las posibilidades de su división en distintas ramas especializadas. Para su aplicación y estudio ha atendido a distintos criterios, como la naturaleza de las relaciones jurídicas que regula, la materia, los sujetos jurídicamente protegidos, el área geográfica de aplicación, entre otros, incluyendo si se trata de una regulación en la esfera pública o privada, de ahí la división inicial que proviene de Ulpiano entre derecho público y derecho privado, teniendo a su vez cada una de éstas dos grandes áreas específicas de actuación. Por ejemplo, en el derecho público regularmente se han incluido el derecho constitucional y administrativo, el del trabajo, el agrario, entre otros, mientras que en el sector privado ha sido colocado el derecho civil, el familiar o el mercantil, por citar algunos.

También debemos cuestionar el papel de las clasificaciones, como la que alude al tipo de derechos que salvaguardan las materias en específico; por ejemplo, la que suele dividir el derecho en áreas como derecho público, derecho privado y derecho social, incluyendo en este último el derecho indígena, el derecho del trabajo y el derecho agrario, entre otros.

Estas dos formas de abordar el derecho son la base para debates como el destacado líneas arriba, entre el derecho administrativo y el derecho penal. En nuestra opinión el derecho es uno solo, aunque para efectos de estudio se divide en ramas que suelen identificarse por su naturaleza, principios y lógicas específicas.

Lo anterior se podría aplicar al tema del derecho administrativo sancionador porque se le identifica como parte del derecho público en general, o bien, cuando se le relaciona estrechamente con el derecho penal estatal. La trascendencia de esta argumen-

tación es que, en la exposición de motivos de la “Iniciativa ciudadana de Ley general de responsabilidades administrativas”,¹⁷⁰ se toma posición temprana sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad derivada del ejercicio de un empleo, cargo o comisión en el servicio público, en los términos siguientes:

La asimilación de la sanción disciplinaria a la racionalidad del derecho penal, al ser tenido como expresión del *ius puniendi*, debe ser examinada con mayor detenimiento. La diferencia entre la relación jurídico penal y la jurídica administrativa tiene su raíz en la concepción de la relación jurídico funcionario-Estado. Una explicación contrastante a la que asimila la sanción disciplinaria al derecho penal radica en el servicio o función pública, dicho en palabras del administrativista español Alejandro Nieto, “El concepto de derecho disciplinario no puede alcanzarse por su relación con el Derecho penal tal como venía haciéndose, sino por su relación con el derecho civil, puesto que el derecho disciplinario es el correlato de unas relaciones contractuales y de unas relaciones de poder. Lo decisivo es que las consecuencias disciplinarias de la infracción de los deberes funcionariales no se basan en el poder sancionador del Estado sino en la supremacía de servicio o funcional, o sea, en las relaciones de poder que median entre el Estado y sus servidores. Las sanciones disciplinarias no son, por tanto, penas en el sentido del derecho penal sino medios para mantener el orden y la disciplina dentro de las relaciones de servicio y para asegurar el cumplimiento de los deberes oficiales”.¹⁷¹

A decir de Alejandro Nieto, existe una tesis dominante en la potestad administrativa estatal, ya que “la potestad sancionadora de la Administración forma parte, junto con la potestad penal de los Tribunales, de un *ius puniendi* superior del Estado, que además

¹⁷⁰ “Iniciativa ciudadana de Ley General de Responsabilidades Administrativas”, disponible en: Ley3de3.mx/wp-content/uploads/2016/02/Ley3de3_LEY_IniciativaCiudadanaDeLeyGeneralDeResponsabilidadesAdministrativas_Documento.pdf (fecha de consulta: 17 de mayo de 2016).

¹⁷¹ Nieto, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2000, p. 60.

es único, de tal manera que aquéllas no son sino simples manifestaciones concretas de éste”,¹⁷² el cual, al identificarse como uno solo dentro del aparato estatal, tiene como consecuencia la existencia de un sistema represor en armonía. Sin embargo, a decir de Nieto, esta tesis dominante en el fondo entraña un dogma, ya que no puede entenderse un único poder punitivo del Estado si, como refiere, se piensa en las actuaciones sancionadoras de un ente externo al Estado, es decir las estructuras supranacionales, no nacionales.

En tal sentido, cobra relevancia la idea de colocar de manera independiente el derecho administrativo sancionador del derecho penal, ya que en su origen el primero deriva precisamente del derecho administrativo y éste a su vez del derecho público, que tiene como eje esencial los intereses generales y colectivos. En contraparte, el derecho penal es un derecho esencialmente “garantista”, que busca en el fondo el respeto a los derechos del inculgado y en tendencias más recientes, los derechos de la víctima.

Entre quiénes debaten sobre tema, a favor de esta postura, además de Alejandro Nieto, se encuentra Alfredo Leonardo Durante, y en el lado contrario, en pro de aplicar los principios del derecho penal al derecho administrativo, se halla Bacigalupo, Eduardo García de Enterría, Tomás-Ramón Fernández, Cerezo Mir, el Tribunal Supremo Español, el Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.¹⁷³

Ahora bien, para Alejandro Nieto, “la tipificación de las infracciones y sanciones administrativas cumple una función y presenta una estructura completamente distinta a la penal”.¹⁷⁴

Aquí es importante destacar que existe una rama del conocimiento jurídico a la que se encomienda la represión de las con-

¹⁷² Nieto, Alejandro, *op. cit.*, 5a. ed., p. 24.

¹⁷³ Véase Durante, Alfredo Leonardo, *Contravenciones y anomía. ¿Reforma jurídica o revolución cultural?*, Buenos Aires, Dunken, 2013, pp. 40 y ss. En el capítulo “Contravenciones e infracciones”, el autor debate sobre derecho administrativo penal o derecho administrativo sancionatorio, para sumarse a la posición de Alejandro Nieto.

¹⁷⁴ Nieto, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, p. 25.

ductas que impactan ilegalmente en el desempeño de un empleo, cargo o comisión. Así, Luis Jiménez de Asúa sostiene que el derecho penal está limitado a garantizar públicamente los intereses protegidos por la ley con el fin de justicia, mediante una sanción punitiva o aseguradora de índole afín, y por eso no es derecho penal propiamente dicho el disciplinario. No obstante, afirma:

...el Derecho penal disciplinario es un conjunto de normas que asocian a las infracciones de naturaleza administrativa en que interviene la potestad jerárquica, con una sanción que reviste el carácter de pena. Pero si afirmamos que ese ordenamiento disciplinario debe separarse claramente del Derecho Penal propiamente dicho (“Derecho penal criminal”).

Sin embargo, el autor citado critica la resolución del Tercer Congreso Internacional de Derecho Comparado, llevado a cabo en Londres en 1950, en la que se concluyó que “el Derecho penal y el disciplinario son de idéntica esencia y representan dos variedades del Derecho social de reprimir”.¹⁷⁵

En el campo doctrinal se alude al derecho penal disciplinario que, para Julio R. Comadira, no persigue la preservación o represión de la delincuencia, sino la protección del orden y la disciplina necesarios para el correcto ejercicio de las funciones administrativas, así como el hecho de que las sanciones de índole disciplinario no importan el ejercicio de la jurisdicción criminal propiamente dicha, ni el poder ordinario de imponer penas.¹⁷⁶

Sin embargo, Ramón Rueda, en el caso de las sanciones administrativas en general, sostiene:

La doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del artículo 6o. del Convenio corrigiendo un precedente contrario de la Comisión (decisión de 7 de abril de

¹⁷⁵ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, 5a. ed., Buenos Aires, Losada, 1985, t. I, p. 45.

¹⁷⁶ *Cfr.* Comadira, Julio R., *Derecho administrativo*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1996, p. 77.

1967) parte también de la premisa de la identidad sustancial de las sanciones administrativas y penales, exigiendo para las primeras las garantías debidas a las segundas, según la doctrina establecida fundamentalmente en los casos *Engel y otros* (sentencia de 8 de junio de 1976). Según el Tribunal, no es la colocación de las normas en el sistema jurídico, sino su carácter general y la naturaleza disuasoria y punitiva de la sanción, lo que determina la inclusión del ilícito y su sanción en el ámbito penal.¹⁷⁷

En efecto, en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del 8 de junio de 1976, *Engel y otros v. Países Bajos*, número de expediente 5100/71,¹⁷⁸ los demandantes, que habían prestado su servicio militar en las fuerzas armadas holandesas, se quejaban de que sus comandantes los habían golpeado en diferentes circunstancias y aplicado diversas sanciones por delitos contra la disciplina militar. Engel fue sargento en dicho ejército y miembro de una asociación de reclutas; por los hechos, fue castigado con una detención de 4 días por ausencia y degradado a soldado raso. El Tribunal, en el numeral 92, determinó:

80. Todos los Estados contratantes distinguen desde hace tiempo, aunque en diferentes formas y en diversos grados, entre procedimientos disciplinarios y procedimientos penales. Para las personas a que se dirigen, los primeros ofrecen, por lo general, sobre los segundos más beneficios sustanciales, por ejemplo, con respecto a las penas impuestas, son generalmente menos graves, no se registran como antecedentes penales y tienen consecuencias más limitadas. Sin embargo, puede ser de otra manera; por otra parte, los tribunales penales están rodeados de garantías superiores a los ordinarios.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Estudio preliminar en Lozano, Blanca, *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Marcial Pons, España, 1990, pp. 9 y 10.

¹⁷⁸ *Revue Générale du Droit*, Un site de la Chaire de Droit Public Française de l'Université de la Sarre, disponible en: <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/cedh-8-juin-1976-engel-et-autres-c-pays-bas-affaire-numero-510071> (fecha de consulta: 17 de mayo de 2016).

¹⁷⁹ 80. Tous les États contractants distinguent de longue date, encore que sous des formes et à des degrés divers, entre poursuites disciplinaires et pour-

Así, el Tribunal destacó: “92. Los demandantes alegaron que el expediente sancionador del que se quejaban era incompatible con los artículos 6 y 14 (art. 14+-6) combinados, ya que no está rodeado de tantas garantías como los procesos penales iniciados contra los civiles”. Además, sostuvo:

Si el procedimiento disciplinario militar no se acompaña de las mismas garantías que las acciones criminales contra la población civil, ofrece beneficios sustanciales en contraste con aquellos que son el tema (véase el apartado 80 supra). La distinción entre estos dos tipos de procedimientos en la ley de los Estados contratantes puede explicarse por las diferencias entre las condiciones de la vida militar y las de la vida civil. Podemos considerar que conducen en contra de la discriminación de las fuerzas armadas en el sentido del artículo 14 en relación con el artículo 6 (art. 14 + 6).¹⁸⁰

Así, Juana Esteban Morcillo Moreno sostiene que dicha orientación jurisprudencial, en defensa de la equiparación entre el injusto penal y el administrativo, tuvo igualmente reflejo más allá de las fronteras nacionales, y cuatro años después el Tribunal

suites pénales. Pour les individus qu’elles visent, les premières offrent d’habitude sur les secondes des avantages substantiels, par exemple quant aux condamnations infligées: en général moins lourdes, celles-ci ne figurent pas au casier judiciaire et entraînent des conséquences plus limitées. Il peut cependant en aller autrement; en outre, les instances pénales s’entourent d’ordinaire de garanties supérieures.

¹⁸⁰ 92. Selon les requérants, la procédure disciplinaire dont ils se plaignent ne cadrerait pas avec les articles 6 et 14 (art. 14+-6) combinés car elle ne s’entourerait pas d’autant de garanties que les instances pénales introduites contre des civils (rapport de la Commission, paragraphe 37).

Si la procédure disciplinaire militaire ne s’accompagne pas des mêmes garanties que les actions pénales intentées contre les civils, elle offre en revanche des avantages substantiels à ceux qui en font l’objet (paragraphe 80 ci-dessus). Les distinctions qui existent entre ces deux types de procédures dans la législation des États contractants s’expliquent par les différences entre les conditions de la vie militaire et celles de la vie civile. On ne peut considérer qu’elles entraînent à l’égard des membres des forces armées une discrimination au sens de l’article 14 combiné avec l’article 6 (art. 14+6).

Europeo de Derechos Humanos —en su sentencia del 8 de junio de 1976 (*caso Engel*)— vino a resaltar el necesario trasvase existente entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, sin que la libertad que poseen los Estados para optar por la calificación de un ilícito o falta vaya en detrimento de la necesaria protección de los derechos fundamentales del imputado.¹⁸¹

En la sentencia *Ruotsalainen v. Finland*, del 16 de junio de 2009, aplicación núm. 13079/03, de la Corte Europea de Derechos Humanos, se destacó:

43. La jurisprudencia de la Corte establece tres criterios, conocidos comúnmente como los “criterios Engel” (véase *Engel y otros v. los Países Bajos*, 8 de junio de 1976, serie A, núm. 22), para considerarlos en la determinación de si hubo o no un “delito penal”. El primer criterio es la calificación jurídica del delito en la legislación nacional, el segundo es la propia naturaleza de la infracción y el tercero es la severidad de la penalidad que concierne al interesado por incurrir en los riesgos. Los criterios segundo y tercero son alternativos y no necesariamente acumulativos. Es suficiente que la ofensa en cuestión sea considerada como delito o que la ofensa sujete a la persona a una pena que, por su naturaleza y grado de severidad, pertenece a la esfera penal general (véase *Ezeh y Connors v. El Reino Unido* [GC], núms. 39665/98 y 40086/98, § 86, ECHR 2003-X). La relativa falta de gravedad de la pena no puede privar una ofensa de su carácter intrínsecamente penal (ver *Öztürk v. Alemania*, sentencia de 21 de febrero de 1984, serie A, núm. 73, § 54, y *Lutz v. Alemania*, sentencia de 25 de agosto de 1987, serie A, núm. 123, § 55).¹⁸²

¹⁸¹ Morcillo Moreno, Juana, *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del derecho administrativo. Las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales*, España, La Ley, 2007, p. 408.

¹⁸² 43. The Court's established case-law sets out three criteria, commonly known as the “Engel criteria” (see *Engel and Others v. the Netherlands*, 8 June 1976, Series A, no. 22), to be considered in determining whether or not there was a “criminal charge”. The first criterion is the legal classification of the offence under national law, the second is the very nature of the offence and the third is the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. The second

Por lo anterior se destaca que, en el criterio mencionado, el Tribunal llega a la conclusión de que, a efectos del artículo 4o. del Protocolo 7, no hay diferencia entre las dos infracciones, una penal y otra administrativa, por el hecho de que la primera exige intencionalidad dolosa y la segunda, mera culpa.¹⁸³ En apoyo de lo anterior, Luis Morell Ocaña sostiene que:

En la potestad administrativa se plantean los problemas de su relación con la sanción penal, y del ámbito y sus límites. La interpretación tradicional entiende que se está ante dos instituciones independientes, aunque vinculadas por una misma finalidad, y con igualdad de rango entre sí. Más recientemente, sin embargo, se conceptúa la potestad administrativa como una derivación de la potestad de la jurisdicción penal, y complementaria de ésta: una consecuencia del principio de mínima intervención penal...

Se ha de añadir que la potestad administrativa de sanción se ha de incordinar en unos principios jurídicos que, surgidos del ámbito penal, ahora se entienden como propios del ya mencionado orden punitivo.¹⁸⁴

Así, para ese autor, los principios de la potestad administrativa de sanción son: 1) legalidad, esto es, sólo por ley pueden

and third criteria are alternative and not necessarily cumulative. It is enough that the offence in question is by its nature to be regarded as criminal or that the offence renders the person liable to a penalty which by its nature and degree of severity belongs in the general criminal sphere (see *Ezeh and Connors v. the United Kingdom* [GC], nos. 39665/98 and 40086/98, § 86, ECHR 2003-X). The relative lack of seriousness of the penalty cannot divest an offence of its inherently criminal character (see *Öztiirk v. Germany*, judgment of 21 February 1984, Series A, no. 73, § 54, and *Lutz v. Germany*, judgment of 25 August 1987, Series A, no. 123, § 55).

¹⁸³ Véase “La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la identidad entre la infracción tributaria y el derecho fiscal. Repercusiones para el caso español”, disponible en: <http://documents.jdsupra.com/7ea56220-8e6f-484a-9fc8-74e435f7d680.pdf> y <http://ley.exam-10.com/pravo/14541/index.html> (fecha de consulta: 17 de mayo de 2017).

¹⁸⁴ Morell Ocaña, Luis, *Curso de derecho administrativo*, t. II: *La actividad de las administraciones públicas. Su control administrativo y jurisdiccional*, 4a. ed., España, Aranzdi Editorial, 1999, pp. 77 y ss.

establecerse las infracciones, así como las sanciones correspondientes; 2) tipicidad, que consiste en la exigencia de que exista una adecuada, detallada y cuidada descripción de la conducta sancionable; 3) culpabilidad, o sea, que la intencionalidad, la voluntad de infringir una norma, o al menos, el conocimiento, la conciencia de que la misma se infringe, es uno de los elementos del reproche que da lugar a la sanción, y 4) proporcionalidad, entre la infracción y la pena.¹⁸⁵

También es prudente mencionar que Alejandro Nieto no está en contra del derecho administrativo sancionatorio, pues destaca: “Prescindiendo de consideraciones metajurídicas: el Derecho Administrativo Sancionador no debe ser construido con los materiales y las técnicas del Derecho Penal sino desde el propio Derecho Administrativo, y desde la matriz constitucional y del Derecho Público estatal”.¹⁸⁶ Así, no se advierte que el autor rechace la existencia del derecho administrativo sancionador, sólo está en contra de la aplicación de “materiales y técnicas del derecho penal”; sin embargo, si, como el autor lo acepta, el fin de esa rama del derecho administrativo es sancionar, nada se opone a considerar su cercanía con la materia penal y, desde esta perspectiva, a considerar las técnicas y materiales “útiles” del derecho penal, en particular las asociadas al tutelar, los derechos humanos de los presuntos responsables.

También, debemos mencionar que cuando en el ámbito de la administración pública se comenten infracciones o contravenciones, no sólo se violan normas jurídicas y éticas aplicables a la administración pública, también se incurre, en algunos casos, en el delito de corrupción en cualquiera de sus variantes. Lo anterior pone en evidencia la necesidad de aplicar “materiales y técnicas” adecuados a la solución del problema.

Además, es evidente que tanto el derecho administrativo como el derecho penal todavía son parte del derecho público,

¹⁸⁵ *Idem.*

¹⁸⁶ *Cfr.* Nieto, Alejandro, *op. cit.*, 2a. ed., p. 28.

campo del conocimiento en el que está presente la *auctoritas, potestas e imperium*¹⁸⁷ de un Estado; por lo anterior, debatir sobre las “técnicas o materiales” es desconocer la pretensión sistémica del derecho, o sea, “ver el árbol y dejar de ver el bosque”.

En este contexto, en la acción de inconstitucionalidad 4/2006, interpuesta por el procurador General de la República, del 25 de mayo de 2006, en la tesis de jurisprudencia P./J. 99/2006,¹⁸⁸ se destacó:

De un análisis integral del régimen de infracciones administrativas, se desprende que el derecho administrativo sancionador posee como objetivo garantizar a la colectividad en general, el desarrollo correcto y normal de las funciones reguladas por las leyes administrativas, utilizando el poder de policía para lograr los objetivos en ellas trazados. En este orden de ideas, la sanción administrativa guarda una similitud fundamental con las penas, toda vez que ambas tienen lugar como reacción frente a lo antijurídico; en uno y otro supuesto la conducta humana es ordenada o prohibida. En consecuencia, tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador resultan ser dos inequívocas manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, entendida como la facultad que tiene éste de imponer penas y medidas de seguridad ante la comisión de ilícitos. Ahora bien, dada la similitud y la unidad de la potestad punitiva, en la interpretación constitucional de los principios del derecho administrativo sancionador puede acudir a los principios penales sustantivos, aun cuando la traslación de los mismos en cuanto a grados de exigencia no pueda hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza. Desde

¹⁸⁷ En particular esta última, entendida como “poder de mando y castigo”.

¹⁸⁸ Tesis: P./J. 99/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, agosto de 2006, p. 1565, rubro: “DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SUS PROPIOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ES VÁLIDO ACUDIR DE MANERA PRUDENTE A LAS TÉCNICAS GARANTISTAS DEL DERECHO PENAL, EN TANTO AMBOS SON MANIFESTACIONES DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO”.

luego, el desarrollo jurisprudencial de estos principios en el campo administrativo sancionador —apoyado en el Derecho Público Estatal y asimiladas algunas de las garantías del derecho penal— irá formando los principios sancionadores propios para este campo de la potestad punitiva del Estado, sin embargo, en tanto esto sucede, es válido tomar de manera prudente las técnicas garantistas del derecho penal.

Por tanto, en nuestra opinión, es más prudente considerar los puntos de empalme entre las técnicas del derecho administrativo y las del derecho penal, esto es, acudir al derecho administrativo sancionador, cuando el artículo 109, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, alude a la llamada “responsabilidad administrativa”.

Lo anterior porque ésta se relaciona con la potestad que se otorga al Estado para reprimir cualquier conducta que vulnere el orden jurídico en el ámbito de un empleo, cargo o comisión en el servicio público; esa represión de conductas se traduce en la autoridad y potestad del Estado para imponer una sanción, por lo que, atendiendo a sus fines, se advierte que la naturaleza jurídica de esta potestad es sancionatoria, y por ello corresponde al derecho administrativo sancionatorio su estudio.¹⁸⁹

Una vez realizada la aclaración anterior, para delimitar la gravedad de la infracción a los deberes que impone un empleo, cargo o comisión en el servicio público, se debe acudir al concepto de culpabilidad, entendida como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto. En rigor estricto, es el conjunto de presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor del hecho punible que ha cometido.¹⁹⁰ La culpabilidad puede ser dolosa o culposa, dependiendo de si el agente quiere el resultado típico al realizar su acción o, sin quererlo, éste se produce por su falta de previsión o cuidado. La forma

¹⁸⁹ Márquez, Daniel, *Función Jurídica de control de la administración pública*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 352.

¹⁹⁰ Mezger, Edmund, *Derecho Penal*, 2a. ed., México, Cárdenas, 1990, p. 189.

más grave de culpabilidad es el dolo y puede servir como criterio para imponer una sanción más severa.

Así, en el dolo encontramos dos elementos: *a*) uno ético, que consiste en la conciencia de que se viola un deber, y *b*) otro volitivo o psicológico, que se desprende de la voluntad de ejecutar el acto, se desea el hecho típico. En cambio, en la culpa, se ejecuta la conducta sin desear el resultado típico, esto es, no existe la intención, pero se carece de la diligencia debida, por lo que se produce el resultado típico sancionado por las normas.

Lo anterior nos lleva a la sanción, entendida como la pena establecida para quien infringe una ley, o sea, que alude a un castigo impuesto.

En este sentido, la sanción es la pena o castigo que se impone a quien incumple con una ley o norma. En el ámbito de la administración pública se permite la represión de aquellas conductas contrarias al orden jurídico mediante la aplicación de sanciones. Así, para André de Laubadére, la característica de la represión disciplinaria consiste en estar ligada a la función, tanto en lo referente a la naturaleza del motivo que la provoca (falta funcional) como a la naturaleza de la sanción (pena funcional).¹⁹¹ Para Rafael Bielsa hay dos tipos de sanciones disciplinarias en contra de los servidores públicos: las que tienden a mejorar al funcionario, y que por eso se llaman correctivas, y las que se dirigen a optimar la administración pública, denominadas expulsivas. Considera que la facultad de aplicar las primeras corresponde a un superior jerárquico; en cambio, las segundas, deben ser aplicadas: 1) mediante un procedimiento que asegure una defensa normal del funcionario y 2) por un órgano especial, que es precisamente el Tribunal Disciplinario.¹⁹²

La potestad sancionadora del Estado no siempre ha sido una sola o con la misma intensidad, ya que eso dependerá del momen-

¹⁹¹ Laubadére, André de, *Manual de derecho administrativo*, Colombia, Temis, 1984, p. 261.

¹⁹² *Cfr.* Bielsa, Rafael, *La función pública. Caracteres jurídicos y políticos*, Argentina, 1960, p. 25.

to histórico en el que se analice, de las etapas de la historia política y de las ideas en que nos ubiquemos para realizar el análisis de la potestad sancionadora que se desarrolla en el plano del Poder Ejecutivo, es decir, a través de la administración estatal ha sido posible reprimir a los ciudadanos por la comisión de ciertas conductas.

De acuerdo con el *Diccionario del español jurídico*, el término “potestad” se refiere al “poder general de actuación conferido por el ordenamiento jurídico, cuya titularidad no implica la existencia de otros sujetos obligados, sino simplemente afectados y sometidos a dicha potestad”.¹⁹³

La potestad sancionadora de la administración debe idealmente estar inserta en la carta fundamental de cada uno de los Estados; en el caso concreto de México se encuentra en el artículo 21, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece que

Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa, arresto hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

También, se halla en el mencionado Título Cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativo a los servidores públicos y particulares relacionados con actos de corrupción.

Es importante dejar en claro que el Estado cuenta con la *potestad sancionadora*, la cual en su ejercicio dentro del derecho administrativo se encuentra integrada por tres facultades básicas: a) establecimiento normativo b) imposición y c) ejecución, que concurren conjunta o separadamente. Alejandro Nieto señala:

¹⁹³ Cfr. Real Academia Española, *Diccionario del español jurídico*, disponible en <http://dej.rae.es/#/entry-id/E185980> (fecha de consulta: 17 de mayo de 2017).

La potestad sancionadora de la administración —y su aparato técnico y jurídico, el derecho administrativo sancionador— es, en definitiva, un montón de despropósitos en el que todos los poderes están implicados. El Legislativo es el primer pecador dado que ha establecido una red tan tupida —y tan opaca— de infracciones que es materialmente imposible conocerlas y, por supuesto, evitar su comisión. El legislador ha colocado literalmente a todos los ciudadanos fuera de la ley. Pero, para mayor sarcasmo, esta red sancionadora presenta tantos desgarrones que es muy fácil escaparse al infractor hábil como difícil en ocasiones manejarla con eficacia a la administración de buena fe, que cree disponer de una buena arma y se encuentra en la mano con una espada de palo.¹⁹⁴

Con las anteriores medidas debe en principio aplicarse una máxima que retomamos de Alejandro Nieto, en materia de derecho administrativo sancionatorio, “el infractor no puede escudarse en la irregularidad de los demás ni invocar la igualdad en situaciones ilegales”.¹⁹⁵ Es decir, si la corrupción está cultural e idiosincráticamente aceptada, eso no puede ser un argumento en contra de las medidas legales para su combate. Lo que sí, legítimamente los ciudadanos mexicanos podemos demandar, aunque el verbo correcto es exigir, es que no haya arbitrariedad o discrecionalidad en los sujetos sancionados o en las propias sanciones.

Principios en el derecho administrativo sancionador:

- *Principio de legalidad* (reserva legal y el principio de tipificación): este principio se aplica directamente en las infracciones administrativas y en las sanciones administrativas. Lo que es un hecho, o pareciera una verdad de Perogrullo, es que la autoridad de la administración para ejercer una facultad reglamentaria debe estar contemplada en una ley previamente aprobada por la asamblea o el congreso legitimado para ello. En tal sentido,

¹⁹⁴ Nieto, Alejandro, *op. cit.*, 5a. ed., p. 28.

¹⁹⁵ *Cfr. ibidem*, p. 27.

la reserva legal es reglamentaria para la administración pública si, y sólo si, pasa la prueba de la legalidad.

- *Principio de culpabilidad*: el cual necesariamente debe entenderse distinto al que se maneja en el derecho penal.
- *Principio non bis in idem*: en materia administrativa es distinto al que se maneja en el derecho penal. Es principio generalmente aceptado que “nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo acto en juicios de la misma naturaleza” (principio de cosa juzgada).

Por último y a manera de reflexión, podemos mencionar que, en el nivel normativo, la ética nos presenta el problema asociado a la idea de sanción, algunos construyen el axioma: “en un sistema normativo los principios dominan a los hechos, antes que los hechos a los principios”. Al aludir al tema de la sanción, Norberto Bobbio destaca:

La sanción puede definirse, desde este punto de vista, como el medio con el cual se trata, en un sistema normativo, de salvaguardar las leyes ante la erosión de las acciones contrarias y es, por consiguiente, una consecuencia del hecho de que un sistema normativo, a diferencia de lo que ocurre en un sistema científico, los principios dominan a los hechos antes que los hechos a los principios.¹⁹⁶

En este contexto, el debate en torno al campo del derecho que debe sancionar al corrupto parece irrelevante: lo importante es que se le sancione de manera proporcional y se impida la impunidad.

Como se advierte del análisis realizado en torno a las ciencias normativas, la complejidad del fenómeno de la corrupción no se agota en las definiciones que se realizan de éste, tampoco en el contenido de las normas, pues tiene una serie de aristas que trascienden la dimensión económica, social, política o cul-

¹⁹⁶ Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Bogotá, Temis, 1997, p. 105.

tural, que enraízan en las percepciones sobre la institucionalidad, lo que pone en evidencia lo limitado de los medios formales o jurídicos para combatirla. Como lo destaca Mario Bunge, las normas o convenciones sociales son invenciones, su validez o invalidez se pone a prueba en la acción social, su vigencia y violación dependen de intereses y de opinión, más que de la razón o experimentos.¹⁹⁷

La manera más usual de enfrentar la corrupción —y la más ineficaz— es instituir controles en el ejercicio del poder para enfrentarla. Así, en la administración general se habla del control como la etapa de la administración en la cual se establecen mecanismos para revisar la eficacia y eficiencia de las funciones de planeación, organización y ejecución.¹⁹⁸

Sin embargo, eso genera otra distorsión, porque a los órganos de fiscalización se les otorgan poderes monopólicos, amplía discrecionalidad y poca o nula responsabilidad, por lo que no es extraño que esos mismos órganos sean fuente de corrupción, porque en esas estructuras están presentes los ingredientes que señala Robert Klitgaard como detonantes de la corrupción. Así, una hipótesis funcional sería que el sistema de control vigente en nuestro país está pensado para prohijar la corrupción, no para combatirla.

¹⁹⁷ Bunge, Mario, *Filosofía y sociedad*, México, Siglo XXI, 2008, p. 18.

¹⁹⁸ Cfr. Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, 10a. ed., México, Porrúa, 1991, p. 515.