

El reto del combate a la corrupción en el Estado constitucional desde el ámbito penal. La necesidad de una política criminal

*Benjamín Vargas Salazar**

SUMARIO: I. Introducción. II. La reforma constitucional en materia de combate a la corrupción. Sus implicaciones en el derecho penal. III. La política criminal en materia de combate a la corrupción. IV. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En últimos años, en nuestro país, el combate y la lucha contra la corrupción han ocupado los reflectores de la vida pública, ya sea por los escándalos de corrupción en la clase política que salieron a la luz o porque se estructuró todo un andamiaje legal para hacerle frente; lo cierto es que este tema ocupa buena parte de los ámbitos de nuestra vida.

Sin embargo, la corrupción y su combate no solo implica abordarlo desde el ámbito social, sino que tiene muchas consecuencias y varias aristas desde las cuales estudiarse o analizarse, a partir de un enfoque histórico, sociológico, jurídico, político o cultural. Pero si queremos analizar el fenómeno de la corrupción desde lo jurídico, necesariamente debemos hacerlo desde el pun-

* Licenciado en Derecho. Fiscal anticorrupción del Estado de Querétaro.

to de vista del Estado de derecho, que implica retos que deben ser abordados necesariamente en el ámbito penal.

Para la sociedad, en general, de manera no tan acertada se advierte al derecho penal como el instrumento más efectivo de combate a la corrupción, y lo sostenemos así porque antes o a la par de que el derecho punitivo del Estado entre en acción, deberán intervenir otras área y materias del derecho.

Por eso es importante no perder de vista que el derecho penal es la última ratio, es decir, para que esta rama del derecho funcione adecuadamente en un Estado constitucional, se debe contar con una política criminal que impacte en el combate a la corrupción. Definiendo cuáles serían los elementos mínimos que se deberían tener en cuenta para generar una política que, desde el punto de vista penal, sea eficaz y sobre todo gire en torno al respeto a los derechos humanos, a fin de evitar discrecionalidad y que oriente la actuación de las autoridades encargadas de prevenir, detectar y sancionar los hechos de corrupción.

II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE COMBATE A LA CORRUPCIÓN. SUS IMPLICACIONES EN EL DERECHO PENAL

En 2015, después de mucho debate y de resultados desastrosos en los que México siempre ha resultado en los últimos lugares de percepción en materia de corrupción, y empujada por una gran presión mediática y social, se publicó la reforma constitucional que permitió a los sistemas anticorrupción ver la luz; la gran novedad es la participación activa de la sociedad dentro de un aparato institucional y la constitucionalización del combate a la corrupción desde distintos frentes.

Por primera vez se sometió a rango constitucional el combate a la corrupción, incluso, fue la primera vez que se mencionó en el texto de nuestra carta magna el término corrupción. Reflexionar sobre las implicaciones legales que derivan de constitucionalizar el combate a la corrupción resulta indispensable, sobre todo en un Estado constitucional, sin dejar de lado la relación con una política criminal en esta materia.

El reto del combate a la corrupción en el Estado constitucional...

Es importante analizar, desde el Estado constitucional, cuáles serían los retos que conllevaría el combate a la corrupción para tener un panorama más o menos claro de qué es lo que aún necesita realizarse en nuestro país.

Resulta útil entender el concepto de política criminal, para saber si se tiene alguna en materia de combate a la corrupción o, en su caso, cuáles serían las condiciones y elementos que se deben tener en cuenta para contar con una.

Al cuestionarse sobre los elementos mínimos de una política criminal de combate a la corrupción, es importante analizar la política nacional que emitió el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA), así como la relación de los derechos humanos con la política criminal en un Estado constitucional.

Los derechos fundamentales no pueden estar al servicio de quien está en el poder, sino que deben estar siempre presentes en cualquier investigación que se lleve a cabo.

La presunción de inocencia, la inviolabilidad de la intimidad y de la vida privada, el secreto de las comunicaciones, entre otros derechos fundamentales que deben respetarse en cualquier investigación que se lleve a cabo y que deben estar inmersos en los procedimientos del orden penal en un Estado constitucional. Por eso es importante tener claridad en cuanto al tipo de política criminal que se va a generar, pues existen de tipo social, jurídica, económica, cultural e, incluso, administrativa.¹ El dilema se centra en cuál de todas ellas vamos a implementar para responder a las conductas reprochables, es decir, hacia donde va a estar orientada la actuación de los operadores del sistema penal y qué medios o herramientas se van a tener para hacer frente a esos problemas antisociales que se consideran lesivos de los intereses sociales.

Asimismo, no debe soslayarse que la política criminal que se elija necesariamente deberá ser un instrumento que garantice derechos. Y a partir de ello deberán encaminarse todas las acciones que se hagan al respecto.

¹ Abadía Cubillos, Marcela, “Definición de Política Criminal”, *¿Qué es la Política Criminal?*, Colombia, septiembre de 2015, p. 5.

En los esfuerzos hasta hoy logrados no se establecieron los tipos penales que deberían considerarse como hechos de corrupción. Esta situación en particular es preocupante y genera incertidumbre desde el punto de vista legislativo y administrativo, al no haber claridad respecto a la naturaleza de las fiscalías anticorrupción.

Si bien en materia federal se realizó una reforma al Código Penal Federal, en la cual se incluyó un catálogo de delitos que deberían ser considerados en materia de corrupción, lo cierto es que, para las fiscalías estatales no se propició una homologación mínima de dichos delitos.

Desde la naturaleza de las fiscalías especializadas en el combate a la corrupción, y ante la falta de definición constitucional, algunos estados optaron por darle a su fiscalía una naturaleza totalmente autónoma, otras apostaron por una autonomía técnica y de operación, y otros más dependen de la titularidad de fiscal general o procurador general de justicia, en su caso.

En materia penal no existió ningún parámetro jurídico para las fiscalías especializadas que se iban a encargar de investigar y llevar todos los casos ante los tribunales por hechos de corrupción, quedando a criterio de las entidades la creación y conformación de estos órganos técnicos de investigación y los tipos penales que serían motivo de sus indagatorias.

III. LA POLÍTICA CRIMINAL EN MATERIA DE COMBATE A LA CORRUPCIÓN

Este tipo de política debe establecer con claridad cuáles son las conductas penales que, por un lado, se pretenden prevenir y, por el otro, reprimir, además de tomar en cuenta otros aspectos que ya se han mencionado.

La política criminal en materia de corrupción deberá necesariamente estar armonizada con los derechos humanos y, por consecuencia, con los tratados internacionales en esta materia que nuestro país ha suscrito. Lo anterior, tomando en consideración que México ha firmado y ratificado la Convención Ameri-

El reto del combate a la corrupción en el Estado constitucional...

cana sobre Derechos Humanos (CADH). Por tanto, esta política criminal deberá ser convencional, es decir, tendrá que estar armonizada con la CADH que, como mínimo deberá de observar los principios contenidos en las garantías judiciales, contenidas en el artículo 8.

La presunción de inocencia, el debido proceso, el ser asistido gratuitamente de traductor o intérprete si fuera el caso, el derecho a ser asistido por un defensor de su elección, a no ser obligado a declarar y a la protección judicial son algunos de los derechos que la Convención citada en líneas superiores tutela y protege,² y que deben ser tomados en cuenta al momento de la emisión de la política criminal.

Si bien el Código Nacional de Procedimientos Penales ya establece los principios que deben regir el proceso penal,³ y muchos de ellos coinciden con la CADH, también es cierto que no existe un documento rector sobre la política criminal que oriente la actuación de las autoridades del Estado mexicano.

Aunque han existido esfuerzos importantes para tener una política pública en materia de combate a la corrupción —aprobada el 29 de enero de 2020 por el Comité Coordinador del SNA—, lo cierto es que la misma no está enfocada al ámbito penal exclusivamente, es decir, toca diversas variantes, lo cual es bueno; sin embargo, se necesita contar con instrumento que dé claridad a los operadores de los sistemas de justicia penal.

La política pública, emitida por el SNA se basa en 4 ejes: 1) combatir la corrupción y la impunidad; 2) combatir la arbitrariedad y el abuso de poder; 3) promover la mejora de la gestión pública y de los puntos de contacto Gobierno-sociedad, y 4) involucrar a la sociedad y el sector privado.

En el primer eje se estableció generar una política criminal en materia de delitos por hechos de corrupción; sin embargo, no se señala la manera en que se formularía ni tampoco los elementos que debería contener. La política nacional anticorrupción es

² CADH, San José de Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, arts. 8 y 25.

³ Código Nacional de Procedimientos Penales, México, 2020.

el único documento que menciona la creación de una política criminal en materia de combate a la corrupción.

Instrumentos internacionales han dado la pauta para empezar a generarla; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, establece una serie de parámetros para combatir este flagelo, sin embargo, es solamente una guía para que los Estados parte (México incluido) adopten las medidas que sean necesarias, ya sea administrativas como legislativas, a fin de que se cumpla con los objetivos de la Convención.⁴

Por su parte, la Convención Interamericana contra la Corrupción señala en su artículo 2 que uno de sus propósitos es promover y fortalecer el desarrollo por cada uno de los Estados parte de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción.⁵

Derivado de lo que señala este instrumento, nuestro país deberá generar una política criminal que abarque desde la prevención hasta su sanción, y todavía más allá al señalar la erradicación. En este particular, el gran reto consiste en establecer los elementos que conformarían dicha política.

En junio de 2019, los fiscales anticorrupción de casi la totalidad de las entidades federativas del país (29 hasta ese momento) que conforman la Convención Nacional de Fiscales Anticorrupción (CONAFA),⁶ se reunieron con los integrantes de la Comisión de Anticorrupción, Transparencia y Participación Ciudadana del Senado de la República, y entre los puntos que se destacaron en esa reunión lo fue la falta de una política criminal en materia de combate a la corrupción, por tanto, sigue subsistiendo la necesidad de tener esas herramientas legales que ayuden a combatir la corrupción de una manera unificada e, incluso, homologada.

⁴ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Mérida, México, 14 de diciembre de 2005, p. 56.

⁵ Convención Interamericana contra la Corrupción, Caracas, 29 de marzo de 1996, art. 2.

⁶ La Convención Nacional de Fiscales Anticorrupción, se instaló formalmente los días 17 y 18 de septiembre de 2018 en Cancún, Quintana Roo, México.

El reto del combate a la corrupción en el Estado constitucional...

Al revisar todo el marco legal que se creó con motivo del decreto por el que se reformó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de combate a la corrupción, nos percatamos que en ninguna parte se estableció cuales serían las conductas delictivas que serían motivo de sanción como parte de una política criminal. Contrario a lo que en materia administrativa sí aconteció, pues al publicarse la Ley General de Responsabilidades Administrativas en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2016, se establecieron claramente cuales serían las conductas motivo de una investigación y eventual sanción.

No solamente se establecieron las conductas, sino que, además, se delimitó cuáles serían graves y no graves, pues de esa calificativa depende el órgano que va a sancionar; estas últimas inclusive con denominación muy similar a las conductas delictivas que se encuentran en la mayoría de los códigos penales de los estados y, desde luego, del Código Penal Federal, por ejemplo, cohecho, peculado, desvío de recursos públicos, utilización indebida de información, abuso de funciones, contratación indebida, tráfico de influencias, encubrimiento, desacato y nepotismo.

En materia penal, ese nivel de detalle no ocurrió; las 32 entidades federativas cuentan con su legislación sustantiva penal, y si bien en muchos de ellos existen coincidencias respecto de los delitos que son considerados de combate a la corrupción, también es cierto que existen divergencias, incluso en cuanto al alcance para investigar una conducta que haya sido desplegada por un servidor público, es decir, no existe un criterio definido que señale con precisión cuándo una conducta delictiva desplegada por un servidor público tiene que ser considerada materia de combate a la corrupción. En otras palabras, no todo delito cometido por servidor público tendría que ser considerado como hecho de corrupción.

Ahora bien, tomando en cuenta que en materia de hechos de corrupción sí puede haber una homologación a nivel nacional de las conductas mínimas consideradas como de combate a la corrupción, esta pauta permitiría, en todo caso, contar con una Ley General de Combate a la Corrupción, que contenga los tipos penales que deberían ser investigados por las fiscalías anticorrupción del país, tal como sucedió con la Ley General de Extinción

de Dominio, Ley General para Prevenir y Sancionar los delitos en materia de Secuestro, Ley General en materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas.

En estas legislaciones generales se establecen definiciones, tipos penales de acuerdo a su materia, mecanismos de coordinación de las autoridades de los diferentes órdenes de Gobierno, entre otros aspectos.

Lo anterior tendría efectos positivos en la investigación de los delitos de corrupción que derivarían en establecer estructuras administrativas mínimas de los órganos de procuración de justicia en esta materia. Volviendo a una comparativa con el plano administrativo, en donde sí se establecieron cuando menos las áreas que deben integrar los órganos internos de control, en materia penal no existió esa previsión. Al no estar contemplada desde una norma general la estructura de las fiscalías anticorrupción, en consecuencia, existe una notoria discrecionalidad para la conformación de las mismas, situación que se ve reflejada en el avance contra estos hechos ilícitos. Además, sin soslayarse la naturaleza jurídico-administrativa de las fiscalías anticorrupción, que implica desde la forma de designación del fiscal anticorrupción hasta la autonomía que deberían tener. Situación que no se estableció en el decreto de reforma constitucional y propició que, de acuerdo a las circunstancias de cada entidad federativa, fijaran sus métodos de elección de fiscales y la naturaleza de ese nuevo órgano de investigación.

La fiscalía anticorrupción al ser un ente de procuración de justicia, concebido para una acción específica de investigación, requiere especialización. Esto, desde luego, implica concentrar esfuerzos y desempeñar las funciones bajo un enfoque integral. Para lograrlo es importante que estos órganos cuenten con un equipo de personal sustantivo de investigación del delito —fiscales, peritos y policías—, integrados y concentrados exclusivamente a los hechos de corrupción.

Para darle mayor certeza de actuación, definitivamente es necesario contar con un marco legal adecuado que permita enfocar los esfuerzos institucionales para el logro de resultados; porque

El reto del combate a la corrupción en el Estado constitucional...

no necesariamente todo delito cometido por servidor público es corrupción, pero esa definición, no puede ser a través de otro medio que no sea el de la norma.

Por citar un ejemplo (seguramente en el país existirán también casos de éxito), se generó un ejercicio legislativo en materia penal en el Estado de Querétaro: el 1 de septiembre de 2017, se publicó en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Querétaro La Sombra de Arteaga* una reforma al Código Penal de la entidad. En ella se agrupó a los delitos que dieran sustento a la Fiscalía Anticorrupción, quedando un solo título, conformado por 15 tipos penales (14 existentes y 1 más de nueva creación). Con ese ejercicio de naturaleza legislativa, se delimitó con mucha claridad cuales serían los tipos penales que serían de su competencia, lo que genera que los esfuerzos se vean centrados en las conductas que concentran el mayor número de actos de corrupción.

De igual manera, la especialización no puede dejarse de lado, siendo un requisito indispensable para obtener los resultados deseados. Es muy atendible que la forma de investigar conductas delictivas en materia de corrupción tenga procedimientos homologados y estandarizados en todo el país, y aunque existen particularidades en cada uno de las entidades, se pueden generar una estructura común de investigación.

Una vez teniendo estructura, marco legal y especialización, lo que seguiría es la generación de protocolos de actuación para una investigación eficaz de los delitos de corrupción, en los que se vean reflejados mecanismos de intercambio de información con órganos de los tres órdenes de Gobierno y, muy en específico, con aquellos de funciones de fiscalización o que por ley regulen la información bancaria.

IV. CONCLUSIONES

Nuestro país ha dado un gran paso para combatir la corrupción. Durante algunas décadas existieron esfuerzos por generar acciones en contra de este flagelo, pero ninguno se equipara al que presenciamos en 2015 con la reforma constitucional en esta materia.

Ese esfuerzo caracterizado por incluir aspectos de gran relevancia como: la participación ciudadana elevada a un rango constitucional, la coordinación que debe existir entre las diversas instancias encargadas de prevenir, detectar y sancionar las faltas administrativas, los hechos de corrupción, así como la fiscalización y control de los recursos públicos.

Pero considero que, en materia penal, fue un trabajo que debe reconocerse como bueno, porque permitió crear constitucionalmente a las fiscalías encargadas de investigar y perseguir los delitos de corrupción; sin embargo, me parece que fue una tarea inacabada en la que no se generó una política criminal, no solamente desde el enfoque jurídico, es decir, desde los tipos penales materia de una investigación, sino desde la estructura y naturaleza de las propias fiscalías.

Siendo concluyente en este trabajo la necesidad de contar con una política criminal en materia de combate a la corrupción, donde se incluyan diversos aspectos, no solo en lo relativo a tipos penales, sino también en aspectos preventivos de los hechos delictivos.

Queda camino por andar, seguramente existen inquietudes como las aquí planteadas que en su momento lograrán materializarse con la suma de esfuerzos y de visiones que permitan el fortalecimiento de las acciones encaminadas no únicamente a combatir, sino a erradicar la corrupción de nuestra sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

Abadía Cubillos, Marcela, “Definición de Política Criminal”, *¿Qué es la Política Criminal?*, Colombia, septiembre de 2015.