

EL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN A LA LUZ DEL PARADIGMA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

THE NATIONAL ANTI-CORRUPTION SYSTEM IN LIGHT OF THE PARADIGM OF THE CONSTITUTIONAL STATE AND THE DEMOCRATIC LEGAL STATE

MANLIO FABIO CASARÍN LEÓN

Doctor en Derecho Público. Catedrático de la Facultad de Derecho e Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, Veracruz, México.
macasarin@uv.mx

Data de recebimento: 31.03.2017

Data de aprovação: 16.05.2017

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Administrativo

RESUMEN: En el presente trabajo se realiza un análisis crítico y propositivo de las modificaciones constitucionales y legales recientemente aprobadas en México para crear el Sistema Nacional Anticorrupción. A juicio del autor, se trata de un modelo normativo con avances limitados en el combate efectivo a este grave flagelo social, proponiendo replantearlo estructuralmente desde la propia Constitución a partir de un diseño normativo-institucional que privilegie su carácter preventivo y no represivo, además de promover y concretar los valores y principios relacionados con la garantía y respeto de los derechos humanos así como aquellos que inciden en el ejercicio de la función pública, traducidos en conductas éticas, transparentes y honestas de los agentes estatales. En suma, incorporar un modelo de combate a la corrupción acorde con las exigencias de un verdadero Estado constitucional y democrático de derecho.

ABSTRACT: In this article, a critical analysis about the recent constitutional and legal modifications approved in Mexico to create a National Anti-corruption System is presented. In the author's opinion, it is a normative model with limited advancements in the effective fight against this serious social malice. The proposal is to rebuild it structurally departing from the Constitution itself, in a institutional-normative redesign which focuses on its preventive aspect rather than its punitive one. Besides, it should promote and consolidate the values and principles regarding the guarantee and the respect of human rights as well as those connected with the exercise of public functions, translated into ethical, transparent and honest conduct on the part of public agents. In short, to incorporate a model to fight corruption according to the demands of a truly Constitutional and democratic state.

PALABRAS-CLAVE: Corrupción – Derechos fundamentales – Estado constitucional y democrático – Función pública – Tutela efectiva.

KEYWORDS: Corruption – Fundamental rights – Constitutional and democratic state – Public function – Effective tutelage.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Antecedentes y contenido de la reforma constitucional que crea el sistema nacional anticorrupción. 3. Sus principales aspectos a la luz de la legislación secundaria. 4. El Sistema Nacional Anticorrupción y su compatibilidad con el paradigma del Estado Constitucional y Democrático de Derecho. 5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

El 27 de mayo de 2015 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación las reformas constitucionales que instituyen en nuestro país el Sistema Nacional Anticorrupción. Se trata a mi juicio de un tema relevante por dos motivos fundamentales: por un lado, la necesidad de fortalecer el marco jurídico para el combate efectivo de este grave flagelo social, que ha generado un índice alarmante de impunidad en la esfera de los tres niveles de gobierno; y por el otro, que los cambios constitucionales realizados y la legislación secundaria derivada de los mismos, requieren materializarse a partir del paradigma del Estado constitucional y democrático de derecho para que alcancen un grado aceptable de efectividad.

Me propongo en el presente trabajo realizar un análisis crítico y propositivo de las modificaciones constitucionales y legales (estas últimas recientemente aprobadas), básicamente a partir de considerar como factores esenciales en el diseño normativo institucional que pretende hacerle frente a la corrupción gubernamental: a) los órganos y agentes públicos susceptibles de ser investigados y, en su caso, sancionados por prácticas corruptas; b) el papel de los órganos internos de control de las entidades públicas en la prevención y combate efectivo de la corrupción, c) los órganos y procedimientos en materia sancionatoria, como es el caso de la Auditoría Superior de la Federación, la Fiscalía Especializada Anticorrupción y el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, y d) los problemas derivados de la armonización de la reforma anticorrupción en las entidades federativas.

Como hipótesis de trabajo sostengo que se trata de una reforma con claros oscuros, misma que exige replantear desde la propia Constitución un modelo de combate a la corrupción acorde con las exigencias de un verdadero Estado democrático, que privilegie en todo momento la tutela efectiva de los derechos fundamentales a partir del ejercicio transparente, honesto, responsable y efectivo de la función pública.

2. ANTECEDENTES Y CONTENIDO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL QUE CREA EL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN

Durante las últimas décadas, nuestro país ha incrementado de manera preocupante los niveles de corrupción e impunidad en los tres ámbitos de gobierno. Tan solo por citar algunos datos, *Transparencia Internacional* ubicó en el año 2014 a México en el lugar 103 de 175 países estudiados a nivel global, con una calificación de 35 puntos;¹ asimismo, dentro de la lista de las 34 naciones pertenecientes a la OCDE se encuentra ubicado en el último sitio.²

Ante dicho panorama, en la campaña presidencial de 2012 Enrique Peña Nieto propuso la creación de una Comisión Nacional Anticorrupción como órgano constitucional autónomo, el cual tendría como finalidad prevenir, investigar y sancionar actos de corrupción en materia administrativa de los servidores públicos y particulares, comprendiendo en estos últimos tanto a las personas físicas como morales, además de contar con atribuciones para atraer casos de corrupción de instancias de gobierno estatal y municipal. Como resultado de lo anterior, desaparecería la Secretaría de la Función Pública.³

Sin embargo, el 3 de febrero de 2015 el ahora Presidente de la República haría resurgir dicha Secretaría nombrando a un nuevo titular, tras revelarse escándalos de corrupción que involucraban a la pareja presidencial y a algunos integrantes de su gabinete. La instrucción precisa a quien iniciaba funciones al frente de la dependencia, era la implementación de acciones ejecutivas para prevenir la corrupción y evitar los conflictos de intereses por parte de los funcionarios y servidores públicos.

Desde ese momento, avanzarían en las instancias legislativas federales los proyectos e iniciativas de reformas constitucionales que le darían vida al denominado Sistema Nacional Anticorrupción, el cual se aprueba y nace formalmente mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación de fecha 27

1. Véase: [www.transparency.org/cpi2014/results] [25-04-16].

2. Véase: [http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2016/01/tabla_sintetica_ipc-2015.pdf] [25-04-16] y [www.animalpolitico.com/2016/01/mexico-el-mas-corrupto-de-los-34-miembros-de-la-ocde-indice-de-percepcion-de-la-corrupcion] [25-04-16].

3. La iniciativa de reforma constitucional fue presentada con fecha 15 de noviembre de 2012 por conducto de senadores integrantes de las fracciones parlamentarias del Partido Revolucionario Institucional y del Partido Verde Ecologista. Véase: [www.senado.gob.mx/comisiones/puntos_constitucionales/docs/Dictamen_Anticorrupcion.pdf] [25-04-16].

En principio, considero que el modelo de combate a la corrupción en México no puede estar separado de un replanteamiento profundo al Título Cuarto de la Constitución General de la República en materia de responsabilidades de los servidores públicos, así como de la incorporación en el texto supremo de principios relacionados con el ejercicio de la función pública en el Estado democrático, como es el caso del derecho fundamental a una buena administración y la prohibición de la arbitrariedad e indefensión a cargo de los poderes públicos en favor de todos los gobernados.

Por cuanto hace a los órganos y agentes públicos susceptibles de ser investigados y, en su caso, sancionados por prácticas de corrupción, se torna imprescindible incorporar al titular del ejecutivo federal como sujeto de responsabilidades políticas, penales y administrativas, más allá de la actual regulación constitucional que únicamente lo sujeta a responsabilidad por traición a la patria y delitos graves del orden común.³³

Lo anterior, no solamente tiene sustento atendiendo a la esencia del Estado democrático en donde debe existir la sujeción plena de todos los poderes públicos a la Constitución y al derecho, en términos generales, sino que acabaría con prácticas inaceptables llevadas a cabo por algunos órganos judiciales al declarar en asuntos –sobre todo de naturaleza electoral–, la responsabilidad del Presidente de la República pero sin la posibilidad de aplicarle sanción alguna por la limitante constitucional anteriormente referida.

De la misma forma, el Congreso de la Unión como órgano legislativo federal y sus integrantes en lo particular (diputados y senadores), deben ser sujetos de responsabilidades públicas efectivas, en virtud de que actualmente se consideran la parte del Estado que actúa con mayores grados de opacidad, sin rendición de cuentas y en algunos casos violentando la Constitución por acción y omisiones graves.³⁴ A este respecto, sería importante acotar el fuero de los legisladores, así como la inmunidad procesal de los demás funcionarios y servidores públicos.

33. Un defecto del actual sistema nacional anticorrupción lo podemos encontrar en la figura de la Secretaría Ejecutiva, que nace como organismo descentralizado dentro de la órbita de la Administración Pública Federal y, por ende, subordinado al titular del Poder Ejecutivo.

34. Véase por ejemplo, la nota “Hay opacidad en el Congreso: ASF” elaborada por Suzete Alcántara y Alberto Morales, publicada en el Periódico *El Universal* con fecha 18 de febrero de 2016, disponible en: [www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/politica/2016/02/18/hay-opacidad-en-el-congreso-asf] [25-04-16].

Haciendo referencia al papel de los órganos internos de control de las dependencias y entidades públicas en la prevención y combate a la corrupción, debo destacar que la reforma no garantiza independencia, imparcialidad e idoneidad de sus titulares, no solo dentro del ámbito de la Administración Pública sino también en el caso de los Órganos Constitucionales Autónomos.³⁵

El mismo caso podríamos referir del Secretario de la Función Pública, quien a partir de la reforma será nombrado por el Ejecutivo federal con ratificación del Senado, lo que no garantiza su imparcialidad e independencia para investigar y sancionar actos de corrupción al encontrarse subordinado jerárquicamente al Presidente.

Tratándose de los órganos y procedimientos contemplados en la reforma constitucional para investigar y sancionar actos de corrupción, tenemos que su diseño y atribuciones siguen siendo limitados. Por cuanto hace a la Auditoría Superior de la Federación resulta imprescindible otorgarle el rango de órgano constitucional autónomo, con amplias facultades de investigación pero también de sanción en el ámbito administrativo, incluso con la posibilidad de ejercer la acción penal pública directamente ante órganos judiciales, tratándose de la comisión de delitos relacionados con hechos de corrupción de funcionarios y servidores públicos.³⁶

Por cuanto hace a la transformación del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, no obstante que se contempla la creación de la Tercera Sección en su Sala Superior así como Salas Especializadas en materia de corrupción, su funcionamiento podría tornarse burocrático, confuso, y con una marcada tendencia a vulnerar los derechos humanos de acceso a la justicia y seguridad jurídica.

Lo anterior, se basa en el hecho de que tendrá a su cargo resolver los recursos administrativos contemplados en la Ley General de Responsabilidades Administrativas, mismos que son de ejercicio obligatorio y no potestativo para acudir al juicio contencioso, además de que las sanciones a imponer guardan identidad con las penas establecidas en la legislación penal, lo que genera

35. Por ejemplo, estos últimos sufren una intromisión indebida por parte de la Cámara de Diputados cuando se nombra al titular del órgano de control interno, con los graves riesgos que conlleva su politización al afectarse su posición institucional en el Estado federal mexicano.

36. En este punto, sería deseable que la ley incorpore las figuras del fraude a la ley, abuso del derecho y desvío de poder, como prácticas ilícitas que actualmente utilizan algunos funcionarios y servidores públicos encubiertas en la legalidad formal.

confusión al desnaturalizar el derecho administrativo sancionador, y porque dicho órgano jurisdiccional continúa adscrito a la esfera formal del poder ejecutivo, cuyos criterios y resoluciones son revisables por los tribunales del Poder Judicial de la Federación.

Tratándose de la creación de la Fiscalía Especializada Anticorrupción, tenemos que presenta una serie de implicaciones relacionadas con las garantías normativo-institucionales que le permitan actuar con total independencia y autonomía, sobre todo si pensamos que jerárquicamente se subordina al titular de la Procuraduría General de la República (que ahora es órgano constitucional autónomo) pero lo designa el Senado, además de la idoneidad de la persona que ocuparía ese importante y delicado cargo que por cierto todavía no ha sido cubierto por parte de la Cámara Alta.

Finalmente, tenemos el problema de la armonización legislativa del Sistema Nacional Anticorrupción en las entidades federativas a partir de la expedición de las Leyes Generales por parte del Congreso de la Unión. Al respecto, si bien es cierto que los artículos transitorios de la reforma constitucional otorgan un plazo definido para que los estados de la república realicen este importante ejercicio normativo, lo cierto es que derivado de las experiencias vividas en los últimos años en materias como el nuevo sistema de justicia penal, la reforma electoral y la reforma educativa, por citar tan solo algunas de ellas, no existe sanción o consecuencia jurídica ante el incumplimiento de los referidos plazos, por lo que resulta pertinente insistir en la necesidad de incorporar en el ordenamiento jurídico mexicano la acción por omisión legislativa, a efecto de que la Suprema Corte de Justicia vincule a las entidades federativas para que cumplan en tiempo y forma con las exigencias del Poder Revisor de la Constitución relacionadas con la armonización legislativa, de tal suerte que los sistemas nacional y locales de combate a la corrupción se puedan coordinar adecuadamente y puedan actuar con mayor grado de eficacia en esta importante tarea.

5. CONCLUSIÓN

Haciendo una valoración global de las reformas constitucionales y legales mediante las cuales se instituye el sistema nacional anticorrupción, estimo que se trata de un modelo normativo con avances limitados; sobre todo, porque el combate efectivo a la corrupción en la función pública debe partir de un diseño normativo-institucional del Estado mexicano estructural, básicamente de carácter preventivo y no represivo, acorde con las exigencias de un verdadero Estado constitucional y democrático de derecho.

Lo anterior, no solamente implica la sumisión de la totalidad del poder público al ordenamiento jurídico, sino también la trascendente tarea de promover y concretar los valores y principios constitucionales relacionados con la garantía y respeto de los derechos humanos, la cláusula del Estado social y democrático, así como aquellos que inciden en el ejercicio de la función pública, traducidos en conductas éticas, transparentes y honestas de agentes estatales que no solamente cuenten con perfiles y capacidades formales para desempeñar sus cargos, sino ante todo, con la idoneidad suficiente para prestar un servicio confiable a la sociedad.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Combate à corrupção e ordem constitucional: desafios e perspectivas para o fortalecimento do estado democrático de direito, de Flávia Piovesan e Victoriana Leonora Corte Gonzaga – *RT*967/21-38 (DTR\2016\4639);
- Corrupção, desenvolvimento institucional e crescimento de longo prazo, de Rodrigo Zeidan – *RT*967/51-56 (DTR\2016\4642); e
- Democracia e processo de criminalização da corrupção no Brasil, de Patrick Cacicedo – *RBCCrim* 128/409-430 (DTR\2017\215).