

Formato de Propuestas de Mejoras al Marco Legal del Sistema Nacional Anticorrupción.

Fecha	12 de abril de 2019
Nombre	Diana María Romo Cuesta
Cargo	Sub coordinación penal
Organización a la que representa	Subgrupo integrado por: BMA, Coparmex y expertos independientes

Menciona los principales riesgos o trabas que has detectado como CPC en la implementación del Sistema Local Anticorrupción en tu estado. Usar máximo dos renglones para cada punto descrito.

- 1) Pretender aumentar penas olvidando que el propio Sistema Nacional Anticorrupción está inconcluso.
- 2) Requiere acciones materiales de la Administración Pública para que funcione adecuadamente, así como la designación y operación de las Salas Especializadas del Tribunal pendientes.
- 3) Sin alineación de leyes y procedimientos administrativos en la Administración Pública, así como la profesionalización de órganos internos de control y de la propia Secretaría de la Función Pública, no es viable avanzar.
- 4) Incluir un Registro Electrónico adicional a la Función Pública no resuelve nada, toda vez que el que tiene a cargo la Secretaría de la Función Pública es un desastre.
- 5) Los órganos internos de control trabajan para llenar datos que puedan justificar su trabajo, y no combatir la corrupción.
- 6) Sancionar a servidores públicos por “deliberadamente” tener subejercicio en su presupuesto anual, que no toma en cuenta que las áreas de la SHCP también están obligadas a entregarles en tiempo los recursos, desde su trámite y autorización, hace que sea imposible de probar lo “deliberado” de la voluntad de los ejecutores del gasto.
- 7) Resulta cuestionable si un registro adicional a la Plataforma Nacional que todavía no está integrado en su totalidad, apoyará a que se concluya o la retrasará todavía más, con menos presupuesto para las Dependencias Federales y reducción de personal y cambios que están en proceso y que generan la parálisis de la operación gubernamental y de contratación pública

COMENTARIOS DEL SUBGRUPO PENAL, RELACIONADOS CON EL DICTAMEN O INICIATIVAS RESPECTO DE DISTINTOS ORDENAMIENTOS EN MATERIA PENAL.

- I. DICTAMEN DE LAS COMISIONES DE ANTICORRUPCIÓN, TRANSPARENCIA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA, Y DE ESTUDIOS LEGISLATIVOS, PRIMERA, CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY GENERAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS Y DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, EN MATERIA DE INHABILITACIÓN PERMANENTE POR HECHOS DE CORRUPCIÓN

“DECRETO QUE REFORMA Y ADICIONA DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY GENERAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS Y DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL

ARTÍCULO PRIMERO. - Se REFORMA el cuarto párrafo del artículo 78; el párrafo tercero del artículo 81; y, la fracción 11 del artículo 84; se ADICIONA la fracción V; y, un quinto párrafo al artículo 78; un inciso e) a la fracción 1, recorriéndose el actual en su orden; un inciso e) a la fracción 11, recorriéndose los actuales en su orden al artículo 81; un segundo párrafo al artículo 89, recorriéndose en su orden los actuales párrafos segundo a sexto para quedar como tercero a séptimo; todos de la Ley General de Responsabilidades Administrativas para quedar como sigue:

Artículo 78

1 a 11. ...

111. Sanción económica;

IV. Inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público y para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas, y

V. Inhabilitación definitiva para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público y para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas.

En caso de que se determine la inhabilitación temporal, y no se hayan causado daños o perjuicios, ni exista beneficio o lucro alguno, la sanción a imponer será de tres meses a un año de inhabilitación. Dicha sanción será de uno hasta diez años si el monto de la afectación de la falta administrativa grave no excede de doscientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización.

Procederá la inhabilitación definitiva si el monto de la afectación de la falta administrativa grave excede de doscientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización.

Artículo 81. ...

I. ...

a) y b) ...

e) Inhabilitación definitiva para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas.

d) Indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a la Hacienda Pública Federal, local o municipal, o al patrimonio de los entes públicos.

11. Tratándose de personas morales:

a) y b) ...

e) Inhabilitación definitiva para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas.

d) La suspensión de actividades, por un periodo que no será menor de tres meses ni mayor de tres años, la cual consistirá en detener, diferir o privar temporalmente a los particulares de sus

actividades comerciales, económicas, contractuales o de negocios por estar vinculados a faltas administrativas graves previstas en esta Ley;

e) Disolución de la sociedad respectiva, la cual consistirá en la pérdida de la capacidad legal de una persona moral, para el cumplimiento del fin por el que fue creada por orden jurisdiccional y como consecuencia de la comisión, vinculación, participación y relación con una Falta administrativa grave prevista en esta Ley;

f) Indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a la Hacienda Pública Federal, local o municipal, o al patrimonio de los entes públicos.

Las sanciones previstas en los incisos d) y e) de esta fracción, sólo serán procedentes cuando la sociedad obtenga un beneficio económico y se acredite participación de sus órganos de administración, de vigilancia o de sus socios, o en aquellos casos que se advierta que la sociedad es utilizada de manera sistemática para vincularse con faltas administrativas graves.

Artículo 84

I. ...

11. La inhabilitación temporal o definitiva para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público, y para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas, será impuesta por el Tribunal y ejecutada en los términos de la resolución dictada, y

111. ...

Artículo 89

I. a IV. ...

Tratándose de la inhabilitación definitiva para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas, por faltas de particulares, la aplicación del beneficio será entre el treinta y cincuenta por ciento.

ARTÍCULO SEGUNDO. - Se **REFORMA** el tercero y quinto párrafo del artículo 212; se **ADICIONAN** los párrafos cuarto y quinto, recorriéndose los actuales para quedar como sexto a noveno, del artículo 212; y, se **DEROGAN** las fracciones **1 y 11** del párrafo tercero del artículo 212 del **Código Penal Federal**, para quedar como sigue:

Artículo 212.- ...

De manera adicional a dichas sanciones, se impondrá a los responsables de su comisión, la pena de destitución y la inhabilitación temporal o definitiva para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos, así como para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas, concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio de la Federación.

Tratándose de la inhabilitación temporal, cuando no se causen daños o perjuicios, ni exista beneficio o lucro alguno, o cuando el monto de la afectación o beneficio obtenido por la comisión del delito no exceda de doscientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización, la inhabilitación será por un plazo de uno hasta diez años.

La inhabilitación definitiva procederá si el monto de la afectación o beneficio obtenido por la comisión del delito excede el límite señalado en el párrafo anterior.

Para efectos de lo anterior, el juez deberá considerar, en caso de que el responsable tenga carácter de servidor público, además de los previsto en el artículo 213 de este Código, los elementos del empleo, cargo o comisión que desempeñaba cuando incurrió en el delito.

Cuando el responsable tenga el carácter de particular, el juez deberá imponer la sanción de inhabilitación temporal o definitiva para desempeñar un cargo público, así como para participar en adquisiciones, arrendamientos, concesiones, servicios u obras públicas, considerando, en su caso, lo siguiente:

...”

Comentarios

Consideramos que esta reforma en la que se incluye como sanción la inhabilitación definitiva, transgrede lo dispuesto por los artículos 5º y 22 Constitucional, por lo siguiente:

Previo a ello, transcribiremos los artículos ante citados:

“Artículo 5o. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.”

“Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.”

El artículo 5º Constitucional establece que a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, restringiendo dicha libertad por determinación judicial cuando se ataque los derechos de tercero o bien por una resolución gubernativa, dictada en términos de ley cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Bajo este supuesto la inhabilitación temporal no contraviene lo dispuesto en este artículo, situación distinta la que ocurriría de aceptarse la reforma de incluir la inhabilitación definitiva.

Ahora bien, las sanciones previstas por la Ley General de Responsabilidades Administrativas, son impuestas por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, siendo un Tribunal Administrativo dependiente del Ejecutivo, por ello no puede considerarse que la resolución que emita este tribunal sea considerada como una resolución gubernativa, ya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que una resolución de este carácter proviene del Congreso con características de manera general, abstracta e impersonal.

En este sentido, la función de dicho Tribunal Administrativo es de legalidad, por lo que sería cuestionable que un tribunal de esta naturaleza limitara un derecho fundamental previsto en Nuestra Carta Magna. Esto, atendiendo a que la inhabilitación impuesta como sanción administrativa a un servidor público tiene carácter temporal, lo que resulta muy distinto a la inhabilitación temporal o definitiva del empleo, cargo o comisión ya que esta sanción tiene una naturaleza correctiva o disciplinaria, tendiente a restringir o limitar temporalmente el ejercicio del servicio público, así como las percepciones y prestaciones del sancionado, excluyendo totalmente del ejercicio del servicio público a quien es considerado como no apto para seguir prestando sus servicios, por lo que llama la atención que sea un tribunal administrativo quien limite definitivamente un derecho fundamental como es la libertad de ejercer una profesión. Reiterando que dicha medida resulta desproporcional.

Adicionalmente, la sanción no puede ser una pena excesiva, por lo tanto, la inhabilitación definitiva también contraviene lo dispuesto en el artículo 22 Constitucional, al ser desproporcional. Criterio que ha sido sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante la Jurisprudencia por contradicción de Tesis: 1a./J. 42/2009, la cual por su importancia se transcribe a continuación:

INHABILITACIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. LOS ARTÍCULOS 129, 131, 133, 136 Y 259 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO QUE ESTABLECEN DICHA PENA POR UN TÉRMINO DE VEINTE AÑOS SIN SEÑALAR LÍMITES MÍNIMO Y MÁXIMO DE APLICACIÓN, VIOLAN LOS ARTÍCULOS 14 Y 22 (ESTE ÚLTIMO VIGENTE HASTA ANTES DE LA REFORMA DE 2008) DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. De la interpretación estricta (propia de la materia penal) de los citados artículos del Código Penal del Estado de México (vigentes antes de la entrada en vigor del Decreto publicado en el Periódico Oficial de la entidad el 2 de enero de 2006), en la parte que contienen la pena de **inhabilitación** por veinte años para desempeñar cualquier empleo, cargo o comisión públicos, se concluye que prevén una sanción penal fija y excesiva y, por tanto, violatoria de los artículos **14 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, en tanto que al señalar las penas correspondientes por las conductas antijurídicas que describen, además de las privativas de libertad y pecuniaria, establecen la pena de **inhabilitación** del **servidor público** que hubiere cometido el delito, por el término invariable e inflexible de veinte años. En efecto, la pena de **inhabilitación** prevista en los aludidos preceptos legales es excesiva y, por ende, inconstitucional, porque no señalan bases suficientes para que la autoridad judicial la individualice; y especialmente porque no permiten establecer su determinación en relación con la responsabilidad del sujeto infractor. Además, al estar configurada dicha pena en un lapso fijo, la inflexibilidad que ello supone no permite que exista la proporcionalidad y razonabilidad suficientes entre su imposición y la gravedad del delito cometido, habida cuenta que el establecimiento de un plazo fijo impide que para su aplicación judicial se tomen en cuenta, entre otros factores, el daño al bien jurídico protegido, la posibilidad para que se individualice entre un mínimo y un máximo, así como el grado de reprochabilidad atribuible al sujeto activo.

Como se advierte de la Jurisprudencia previamente citada, los ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación precisaron que la inhabilitación de un servidor público por veinte años, resulta una pena excesiva porque no señala bases suficientes para que la autoridad judicial la individualice y porque no permite establecer su determinación en relación con la responsabilidad del sujeto infractor, y por no señalar límites mínimos ni máximos de aplicación. Una inhabilitación definitiva sobre pasa los límites a los que se refieren por lo tanto la misma resulta a todas luces inconstitucional.

En forma práctica, incluir este tipo de penalidad traerá además de una parálisis mayor para actuación de funcionarios públicos, procedimientos de impugnación cuando lleguen a tratar de aplicarse, que nos llevarán al infinito en cuanto se resuelva la inconstitucionalidad, y nada de resultado para combate a la corrupción. El artículo vigente contempla una sanción con penas mínimas y máximas que podrán ser aplicables dependiendo de cada caso, por lo que resulta cuestionable incluir una inhabilitación definitiva.

II. INICIATIVA DE REFORMA AL ARTÍCULO 113 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN

Artículo 113. Se impondrá de **tres meses a seis años** de prisión al que:

...

III. Expida, adquiera o enajene comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados.

Se propone aumentar la pena:

Artículo 113. Se impondrá de **dos a nueve años de prisión al que:**

...

III. Expida, adquiera o enajene comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados.

Comentarios

Consideramos que aumentar la pena, tiene como consecuencia contravenir el espíritu del nuevo sistema penal acusatorio -refiriéndonos a la reparación del daño-, ya que con esta medida no procedería la solicitud de acogerse el procedimiento abreviado previsto en el Código Nacional de Procedimientos Penales, ni tampoco aplicarían para la conmutación de la pena.

Para poder conmutar la pena se requiere: i) reparar el daño y, ii) que la pena no exceda los 3 años. Con esta reforma que aumenta la pena, la reparación del daño, que se insiste es uno de los principales objetivos del sistema penal acusatorio, sería casi imposible.

Código Penal Federal (Conmutación de la pena)

Artículo 70.- La prisión podrá ser sustituida, a juicio del juzgador, apreciando lo dispuesto en los artículos 51 y 52 en los términos siguientes: I. Por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta no exceda de cuatro años; II. Por tratamiento en libertad, si la prisión no excede de tres años, o III. Por multa, si la prisión no excede de dos años. La sustitución no podrá aplicarse a quien anteriormente hubiere sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio. Tampoco se aplicará a quien sea condenado por algún delito de los señalados en la fracción I del artículo 85 de este Código

Cabe precisar que los supuestos previstos en el artículo 113 del Código Fiscal de la Federación no se encuentran establecidos en el artículo 85 del Código Penal Federal.

Respecto a la posibilidad de optar por el procedimiento abreviado, también el mismo resultaría imposible

Código Nacional de Procedimientos Penales (Procedimiento Abreviado)

Artículo 202. Oportunidad

El Ministerio Público podrá solicitar la apertura del procedimiento abreviado después de que se dicte el auto de vinculación a proceso y hasta antes de la emisión del auto de apertura a juicio oral.

A la audiencia se deberá citar a todas las partes. La incomparecencia de la víctima u ofendido debidamente citados no impedirá que el Juez de control se pronuncie al respecto.

Cuando el acusado no haya sido condenado previamente por delito doloso y el delito por el cual se lleva a cabo el procedimiento abreviado es sancionado con pena de prisión cuya media aritmética no exceda de cinco años, incluidas sus calificativas atenuantes o agravantes, el Ministerio Público podrá solicitar la reducción de hasta una mitad de la pena mínima en los casos de delitos dolosos y hasta dos terceras partes de la pena mínima en el caso de delitos culposos, de la pena de prisión que le correspondiere al delito por el cual acusa.

En cualquier caso, el Ministerio Público podrá solicitar la reducción de hasta un tercio de la mínima en los casos de delitos dolosos y hasta en una mitad de la mínima en el caso de delitos culposos, de la pena de prisión. Si al momento de esta solicitud, ya existiere acusación formulada por escrito, el Ministerio Público podrá modificarla oralmente en la audiencia donde se resuelva sobre el procedimiento abreviado y en su caso solicitar la reducción de las penas, para el efecto de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas previstas en el presente Capítulo.

El Ministerio Público al solicitar la pena en los términos previstos en el presente artículo, deberá observar el Acuerdo que al efecto emita el Procurador.

Artículo 204. Oposición de la víctima u ofendido La oposición de la víctima u ofendido sólo será procedente cuando se acredite ante el Juez de control que no se encuentra debidamente garantizada la reparación del daño.

Conclusión:

Aumentar la pena, no daría oportunidad a la reparación del daño y si a seguir saturando los centros penitenciarios, quebrantando el espíritu de la reforma constitucional de 2008 en relación con la justicia penal, resaltando que los principales principios son proteger al inocente, procurar que el delito no quede en la impunidad y **la reparación del daño**. Adicionalmente, consideramos que con esta medida no se desincentiva la conducta, más aún si se toma en cuenta que es un delito que ya se encuentra previsto en el capítulo correspondiente del Código Fiscal de la Federación como delito de defraudación fiscal en su modo de equiparable.

III. INICIATIVA DE ADICIÓN DEL ARTÍCULO 63 BIS DE LA LEY GENERAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS

“Artículo 63 Bis. Incurrirá en prevaricación el servidor público con competencia jurisdiccional reconocida por la ley que:

I A través de **una resolución injusta** atente contra determinadas garantías procesales específicamente tipificadas ..”

Comentarios:

Las resoluciones se emiten considerando los hechos argumentados probados y conforme las disposiciones legales aplicables, por lo que las mismas no pueden ser justas o injustas. Adicionar un calificativo a las resoluciones que se determinen, las mismas podrían considerarse que fueron emitidas de forma subjetiva. Es decir, dependiendo la parte afectada podría alegar que la resolución lejos de haberse dictado conforme a estricto derecho, fundada y motivada, la misma se dictó de forma injusta.

En este sentido, una resolución cumplirá con una adecuada fundamentación y motivación, cuando los razonamientos utilizados justifiquen la racionalidad de la decisión, con el fin de dar certeza a los gobernados a quienes se dirigen del porqué se llegó a una conclusión y la razón por la cual es la más acertada, en tanto: (i) permiten resolver el problema planteado, (ii) responden a los elementos de hecho y de derecho relevantes para el caso, y (iii) muestran si la decisión es consistente respecto de las premisas dadas, con argumentos razonables.

Por ello, es que las resoluciones no pueden ser justas o injustas.