

MÁSTER UNIVERSITARIO
ESTRATEGIAS ANTICORRUPCIÓN
Y POLÍTICAS DE INTEGRIDAD



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

TRABAJO FIN DE MASTER

**EL INDULTO Y LA CORRUPCION:
UNA MIRADA DESDE LAS TEORIAS
DE LA PREVENCION**

REALIZADO POR
LUZ MARIA PEREZ GONZALEZ

DIRIGIDO POR
**DR. IGNACIO BERDUGO GOMEZ
DE LA TORRE**

Salamanca, 2019

*A Adela, por ser mi fortaleza y esperanza, y a mis
hermanas, por su apoyo incondicional.*

RESUMEN

La aplicación del indulto en delitos cometidos por servidores públicos constituye una práctica recurrida en el derecho español, sin embargo, la instrumentalización de este no responde a criterios eficientes y oportunos para prevenir y sancionar la corrupción, ya que incide directamente en los fines preventivos de la pena y vulnera principios constitucionales convirtiéndola en un acto de corrupción por los distintos miembros del Gobierno en turno.

La aplicación y experiencia en aquel contexto jurídico nos permitirá analizar la postura del Ejecutivo Federal mexicano en su lucha contra la corrupción a fin de entender que más allá de acciones contra funcionarios de administraciones pasadas es necesario crear mecanismos institucionales y resultados solidos que sancionen ejemplarmente la corrupción situación que rebasa las funciones asignadas al indulto y que no se concretan en las actuaciones del Ejecutivo sino que promueven impunidad y el triunfo de la política sobre el derecho.

INDICE

EL INDULTO Y LA CORRUPCIÓN: UNA MIRADA DESDE LAS TEORIAS DE LA PREVENCION

INTRODUCCION	1
I. Contexto político e institucional mexicano en materia de corrupción	1
a) El indulto y la amnistía instituciones distintas en materia penal.	4
a.1) <i>Ámbito de aplicación del indulto en España.</i>	<i>7</i>
<i>a.1.1) Funciones asignadas al indulto:</i>	<i>9</i>
b) Concesiones de indultos en materia de corrupción	12
b.1) <i>Indultos más destacados desde 2001 a la actualidad.</i>	<i>14</i>
II. La Relación del Indulto con las Teorías de la Pena.....	20
a) El indulto y las teorías absolutas de la pena.....	21
b) El indulto y las teorías relativas de la pena.....	22
c) Concesiones de indultos en el Estado Mexicano	29
III. El Indulto y la Corrupción: Una Combinación Ineficiente.....	37
a) ¿Regeneración de la vida pública en México?	39
b) La aplicación del derecho de gracia en delitos de corrupción pública	45
c) Soluciones alternas en la aplicación del derecho de gracia	52
d) ¿Y si hablamos de amnistías fiscales?	55
CONCLUSIÓN	58
FUENTES CONSULTADAS	61

ABREVIATURAS

AMLO	Andrés Manuel López Obrador, Presidente de México desde el 1 de diciembre 2018
ASF	Auditoría Superior de la Federación
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CNPP	Código Nacional de Procedimientos Penales
CNUCC	Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
CPe	Código Penal Español
CPE	Constitución Política Española
CPF	Código Penal Federal
DOF	Diario Oficial de la Federación
ENCIG	Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental
IPC	Índice de Percepción de la Corrupción
LI	Ley de 18 de junio de 1870 estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto.
LGSNSP	Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública
MCCI	Mexicanos Contra la Corrupción e Impunidad
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
OIC	Órgano Interno de Control
PGR/FGR	Procuraduría General de la República / Fiscalía General de la República
PJ	Poder Judicial
PP	Partido Popular
PRD	Partido de la Revolución Democrática.
PSOE	Partido Socialista Obrero Español
SAT	Servicio de Administración Tributaria
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
SNA	Sistema Nacional Anticorrupción

INTRODUCCION

La lucha contra la corrupción debe ser una prioridad en cualquier agenda gubernamental, ya que permite generar mayor confianza institucional y calidad democrática. En México el combate contra la corrupción ha sido débil en las últimas tres décadas, la corrupción ha exacerbado la impunidad, la desigualdad social, la pobreza y ha mostrado un aparato gubernamental ineficiente. Con ello, los costos de la corrupción se han manifestado en diversos sectores económicos, civiles, políticos, culturales e inclusive impactando en los derechos humanos y las prácticas de buen gobierno.

Dentro de este contexto México debe generar líneas de acción concretas y ejemplares contra la corrupción, ya que es una exigencia social y una necesidad gubernamental que implica sumar voluntades y llegar acuerdos conjuntos respecto a este fenómeno criminal. Sin embargo, las actuales acciones de gobierno no han mostrado objetivos puntuales para fortalecer el desempeño de mecanismos eficaces para la prevención, disuasión y sanción frente la corrupción.

Entre ellas destaca la postura del Ejecutivo Federal quién ha manifestado que no perseguirá a funcionarios de administraciones pasadas por actos de corrupción, ya que al hacerlo situaría al país en condiciones no adecuadas y de conflicto; por tanto, ha considerado ser partidario del perdón y la indulgencia, dejando en absoluta libertad las investigaciones judiciales que existan en cuanto su desahogo. Sin embargo, teniendo en cuenta los efectos y costes que genera la corrupción México no puede flexibilizar su lucha contra la corrupción, sino que es necesario erradicar los mecanismos que la favorecen y con ello consolidar exitosamente los proyectos de gobierno y las buenas prácticas administrativas.

Por ello, la presente investigación se enfoca en analizar cuáles son las consecuencias jurídicas que se generan al acudir a las figuras del “perdón y la indulgencia”, y si, la aplicación del derecho de gracia resulta favorable en delitos cometidos por servidores públicos, pues las consecuencias de un uso indiscriminado de las instituciones de la gracia pueden generar también un acto de corrupción, por tanto la

aplicación de dichas instituciones debe revestir de criterios específicos y en atención a las funciones asignadas a dichas figuras.

Así, se dará a conocer el ámbito de aplicación de las figuras del derecho de gracia como causa de extinción de responsabilidad penal y su compatibilidad con los fines de prevención general y especial, propiamente en delitos de corrupción a fin de poder demostrar su posible desacierto como medida de política criminal dado los intereses políticos que subyacen entorno a dichas instituciones. Asimismo, nos remitiremos a contextos jurídicos actuales que nos permitirán evidenciar si la aplicación del indulto obedece a los criterios de legalidad y eficiencia o, todo lo contrario, y en este último caso, se podrá establecer cuáles serían las consecuencias o las vías alternas a dicha medida establecida para crear mecanismos institucionales y sociales que sancionen adecuadamente la corrupción.

EL INDULTO Y LA CORRUPCIÓN: UNA MIRADA DESDE LAS TEORIAS DE LA PREVENCIÓN

I. Contexto político e institucional mexicano en materia de corrupción

En las últimas décadas se ha evidenciado el crecimiento de una forma de criminalidad denominada “de cuello blanco” la cual se desarrolla durante el ejercicio de la actividad profesional y donde el sujeto activo se caracteriza por ser un sujeto respetable y con cierta condición social; este fenómeno expansivo en las últimas décadas ha generado cambios en la concepción del crimen, en las formas de prevención y sanción que eran aplicables hace aproximadamente cincuenta años. Dentro de este contexto, el fenómeno de la corrupción cobra importancia no sólo por la dañosidad social y económica que se produce al interior del país, sino también porque afecta la calidad democrática, vulnera derechos humanos y socava la credibilidad y confianza en las instituciones del Estado. Por ello, ha sido necesario establecer compromisos y lineamientos internacionales que permitan establecer las bases para prevenir y sancionar uno de los grandes males que afectan la seguridad de los Estados y que pone en riesgo al propio Estado de derecho. Por ejemplo, la Convención Interamericana Contra la Corrupción de la OEA en 1996, el Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de la OCDE en 1997, la Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000, la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción en 2003.

El compromiso es evidente luchar contra la corrupción nacional como transnacional en el sector público como privado; por ello, cada país ha implementado y adoptado los parámetros establecidos en las Convenciones anteriormente citadas, ya sea a través de medidas preventivas, penales, procesales, legislativas o de la implementación de organismos o instituciones encargados para prevenir y sancionar hechos de corrupción.

Sin embargo, la implementación y la eficacia de estos avances en materia de combate contra la corrupción no ha sido la misma en todos los países que han asumido e incorporado en su sistema jurídico estos Convenios, por ejemplo México quien a pesar de ratificar las Convenciones anteriormente citadas sus esfuerzos por combatir y disminuir la corrupción no se han hecho evidentes, ya que de acuerdo al Índice de

Percepción de la Corrupción cuenta con una puntuación de 28 sobre 100, un punto menos con respecto a 2017, esta disminución ha provocado que México empeore aún más su posición respecto al resto de los países colocándose en el número 135 de los 180 en la esfera internacional y formando parte del bloque de países percibidos como más corruptos dentro de América Latina junto a Guatemala con 27 puntos, Nicaragua con 25 y Venezuela con 18 puntos. Estos resultados han sido producto en parte de una política gubernamental poco eficiente, pues desde el 2015 que se realizaron las reformas legales en materia anticorrupción y con ello la creación del Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) no se han obtenido los resultados esperados, pero sí, se han dejado ver los límites del nuevo diseño institucional implementado en materia de corrupción.¹

Por ello, la nueva administración de gobierno debe fortalecer los pesos y contrapesos del SNA; fomentar la coordinación eficiente entre dichas instituciones; generar y promover mecanismos de protección de delatores e impulsar acuerdos de cooperación internacional en materia de investigación de hechos por corrupción.

Esas serían algunas acciones que el gobierno actual debería de considerar para dotar al Estado de mecanismos que devuelvan la confianza y legitimidad en las instituciones y se reduzcan los niveles de impunidad; pues de acuerdo con el Latinobarómetro sólo el 23% de los encuestados confía en el Poder Judicial, el 22% en el Congreso; el nivel de confianza más bajo es para la Policía con un 19% aunque por encima de los partidos políticos con un 11%.² Se trata entonces de generar las bases para una correcta y efectiva acción gubernamental, así como compromisos políticos que fortalezcan las instituciones de combate a la corrupción y sancionen de modo representativo actos materia de corrupción.

Sin embargo, el 1 de diciembre de 2018 el actual presidente Andrés Manuel López Obrador rindió su toma de protesta ante el Congreso de la Unión, de la cual destaca su

¹ Tras cuatro años de las reformas legales y a dos años de la implementación del Sistema Nacional Anticorrupción no se cuentan con las herramientas necesarias para su operatividad; aún falta el nombramiento del Fiscal Anticorrupción sin él cual el sistema permanece estático, pues la vigencia de los delitos contra la administración pública que está paralizada hasta la designación este Órgano encargado de la persecución y procuración de justicia. También faltan los dieciocho nombramientos de los Magistrados Anticorrupción del Tribunal Federal de Justicia Administrativa por parte del Senado quién ha procedido a acelerar su elección a finales de este mes tras la sentencia de amparo emitida por un Tribunal Federal donde se le ordena al Senado y al Ejecutivo concluir el proceso de nombramiento y ratificación de los Magistrados que se encuentra paralizado desde abril de 2017; así como la implementación y armonización legislativa en materia de corrupción por algunas entidades federativas que aún queda pendiente.

² Informe 2018, Latinobarómetro, Chile, 2018, pp. 50-55, <http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp>

postura en la lucha contra la corrupción ya que contextualiza las acciones gubernamentales que piensa realizar dentro de su sexenio que el mismo ha referido como “la cuarta transformación”. Dentro de su discurso menciona acabar con la corrupción e impunidad ya que éstas impiden el renacimiento de México, su anhelo por convertir la honestidad y la fraternidad en una forma de vida y de gobierno; por tanto, propone iniciar esta nueva etapa de gobierno:

sin perseguir a nadie porque no apostamos al circo ni a la simulación. Queremos regenerar, de verdad la vida pública de México. Además, siendo honestos, como lo somos, si abrimos expedientes dejaríamos de limitarnos a buscar chivos expiatorios, como se ha hecho siempre, y tendríamos que empezar con los de mero arriba, tanto del sector público como del sector privado. No habría ni cárceles suficientes, y lo más delicado, lo más serio, meteríamos al país en una dinámica de fractura, conflicto y confrontación, y ello nos llevaría a consumir tiempo, energía y recursos que necesitamos para emprender la regeneración verdadera y radical de la vida pública de México, la construcción de una nueva patria, la reactivación económica y la pacificación del país. Estamos ante un asunto político de Estado, y como tal debemos enfrentarlo. [...] Dije que no es mi fuerte la venganza, y que su bien no olvido, si soy partidario del perdón y de la indulgencia. [...] propongo al pueblo de México [...] que no haya persecución a los funcionarios del pasado, y que las autoridades encargadas desahoguen en absoluta libertad los asuntos pendientes. [...]³

Resulta controversial su discurso frente al fenómeno de la corrupción porque reconoce que ésta afecta la gobernabilidad del país y también la capacidad para generar un proyecto nacional que genere un rendimiento social para el pueblo mexicano. Pero, entonces porque tomar una postura de no persecución en delitos de corrupción pública ¿resulta razonable sus argumentos respecto a este fenómeno delincencial? Y más aún ¿qué refiere al mencionar que es partidario del perdón y la indulgencia? Su propuesta ante el Congreso de la Unión fue clara: no a la persecución de funcionarios del pasado y que las autoridades encargadas desahoguen en absoluta libertad los asuntos pendientes.

Entonces, sí la corrupción en México es un problema grave no sólo porque afecta el crecimiento económico del país, sino también porque impide que la población acceda a servicios públicos y privados de calidad y deteriora su calidad de vida. No resulta

³ Redacción de Animal Político, “Discurso íntegro de Andrés Manuel López Obrador al rendir protesta como presidente”, *Animal Político*, México, 1° de diciembre, 2018, en <https://www.animalpolitico.com/2018/12/discurso-integro-amlo-protesta-presidente/>

razonable de primera, esta no persecución a funcionarios corruptos, pues la lucha frente a la corrupción es una de las exigencias no solo de la sociedad mexicana, sino también producto de compromisos internacionales; lo cual implica que los diversos actores políticos, institucionales y sociales asuman proyectos útiles y se pronuncien modélicamente contra este fenómeno criminal.

Ahora bien, si esta abstención de perseguir a funcionarios corruptos es la única solución que AMLO vislumbro para poder realizar su “cuarta transformación” porque de lo contrario se pondría en crisis al país y en confrontación, al consumir recursos necesarios que bien pueden ser usados en la reactivación económica y pacificación del país. Razones por la cual se hizo partidario del perdón y la indulgencia; esta situación nos lleva a cuestionarnos si la misma reviste de legalidad y es acorde a un Estado de derecho, pues las actuaciones del Ejecutivo deben revestir de legalidad y ser acordes con los principios constitucionales que se consagran como la división de poderes, la legalidad en la administración y la garantía de los derechos y libertades fundamentales. En este caso particular, si las acciones gubernamentales que planea seguir la administración actual se basan en la indulgencia y el perdón, sus actos de gobierno deben de revestirse al amparo de los principios que conforman la base de un Estado de derecho.

Sí, el actual presidente de México desea ser partidario de la indulgencia y el perdón debería someter su actuación al principio de legalidad; y para ello se contemplan dos figuras existentes la amnistía y el indulto, cabe mencionar que ambas instituciones forman parte del derecho de gracia, contemplan requisitos procedimentales diferentes y están sujetas a condiciones específicas para su concesión. Así analizaremos primero algunas generalidades de este derecho y su vinculación como forma de exención de responsabilidad penal y de la acción penal, a fin de poder demostrar si las medidas tomadas por el actual Presidente de México AMLO resultan ser medidas eficaces y eficientes en su combate frente la corrupción.

a) El indulto y la amnistía instituciones distintas en materia penal.

Hablar del derecho de gracia⁴ refiere a dos instituciones particularmente, la amnistía y el indulto. En sus inicios estas instituciones surgieron en un contexto donde

⁴ El derecho de gracia permitió en sus principios corregir errores judiciales, suavizar los rigores de una legislación severa y en casos excepcionales evitar un colapso al Estado dada una crisis social que hubiese sucedido.

no existía una división de poderes, menos imperaba el principio de legalidad, ni era sabida la legalidad en la administración; sino que todo era depositado en una sola persona, el Monarca, correspondía a éste no solo el derecho a castigar sino también el derecho a perdonar, de ahí que estas instituciones impliquen una renuncia al ejercicio punitivo del estado.

Actualmente, estas figuras siguen siendo preservadas por distintos ordenamientos jurídicos como es el caso de México y España, aunque el procedimiento de concesión es distinto en ambos países éstas figuras se encuentran contempladas dentro de su Constitución y Código Penal, en este último como causales de extinción de la acción penal y de la pena. Se trata pues, de “circunstancias diferentes de carácter político, legal, natural o privado, que son ajenas al hecho punible, pero que extinguen su posibilidad de persecución (acción penal) o de sanción efectiva (ejecución de la pena)”.⁵ Estas causales de extinción de la acción penal y de la pena afectan la responsabilidad penal y por ende debe establecerse un marco regulatorio adecuado para su ejercicio.

Para Carracedo, la amnistía es una medida legislativa extraordinaria, debido a la cual algunas conductas que antes de su expedición podían ser perseguibles y castigadas penalmente dejan de serlo, pues con la promulgación de esta ley se elimina la responsabilidad penal y se produce el olvido de la comisión delictiva.⁶ En México el uso de esta figura se encuentra consagrado en el artículo 73 fracción XXII de la CPEUM, como facultad del Congreso y en el artículo 92 del CPF el cual señala que el uso de la amnistía no sólo extingue la acción penal sino que deja sin efecto las sanciones impuestas con todos sus efectos salvo la reparación del daño, en los términos que fije la ley. Así pues, el único caso de amnistía que se ha dejado ver en los últimos cuatro sexenios ha sido la de 1994 respecto a los hechos de violencia del primero de enero de ese año suscitados en varios municipios del Estado de Chiapas, a las quince horas, en manos del Ejército Zapatista de Liberación Nacional.⁷

En el derecho español, no se establece a nivel constitucional la figura de la amnistía, ni tampoco en el Código Penal, también es concebida como una ley con carácter excepcional en virtud de la cual se extingue la responsabilidad penal y los efectos del

⁵ Prado, Víctor, “Causales de extinción de la acción penal y de la ejecución de la pena”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Perú, núm. 53, 2000, pág. 905.

⁶ Carracedo, Eva, *Pena e indulto: una aproximación holística*, España, Aranzadi, 2018, pág. 80.

⁷ Para efectos de la presente amnistía se expidió la respectiva ley y fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de enero de 1994, en dicha ley se establecen los sujetos que serán amnistiados y la extinción de las acciones penales, así como de las sanciones impuestas, dejando subsistente la responsabilidad civil para aquellos quienes pudieran exigirla.

delito, Carracedo señala que se “produce un efecto ficción: es como si el delito nunca hubiera existido”. Y añade que su aprobación no implica que se obstaculice la responsabilidad civil a la víctima de los daños ocasionados.⁸ Si bien, la regulación de la amnistía es inexistente en el ordenamiento jurídico español, “en la Constitución de la II República española, se hacía una referencia expresa a la amnistía; en las Leyes Fundamentales españolas es inexistente su alusión”.⁹ Empero, la aparición de la amnistía es posterior al indulto en “España se cita como primer ejemplo de amnistía, la otorgada por Fernando III de Castilla a los Lara y a sus partidarios. Los Reyes Católicos, al ser proclamada la princesa Isabel Reina, concedieron la amnistía a los vencidos; la de Felipe V a favor de los catalanes y aragoneses, después de haber vencido en la guerra de sucesión, que hubo para sostener la corona.”¹⁰ Mientras que a partir del año 1936 se produjeron dos amnistías; la primera de ellas concedida por Decreto en septiembre de ese año fue firmada por el Presidente de la Defensa Nacional. La segunda fue en 1938 por Ley de prerrogativa del Jefe del Estado, su objeto era conceder nuevos plazos para el cumplimiento de obligaciones tributarias, una especie de regularización fiscal frente a la Administración Pública. Se trata, por tanto de las primeras amnistías fiscales concedidas que suponen un fuerte carácter monetario y fiscal; mismas que son violatorias del principio de igualdad tributaria y de igualdad frente a la ley.¹¹ Si bien, la amnistía no encuentra cabida expresa en el ordenamiento constitucional español, si lo hace el indulto general el cual queda prohibido de acuerdo con lo establecido en el artículo 62 inciso i) de la CPE, una de las críticas que se han hecho a la amnistía proviene precisamente de esta prohibición ya que si los indultos generales no están permitidos mucho menos lo

⁸ *Ob. Cit.*, págs. 81-87.

⁹ Linde, Enrique, *Amnistía e indulto en España*, España, Tucur Ediciones, 1976, pág. 81

¹⁰ Sobremonde, José Enrique, *Indultos y amnistía*, España, Universidad de Valencia, 1980, pág. 56

¹¹ Linde, Enrique, *Ob. Cit.*, págs. 86-88. La última amnistía fiscal concedida durante este último siglo fue durante el gobierno de Mariano Rajoy, bajo el nombre de “Declaración Tributaria Especial” figura en el Real Decreto 12/2012 de 30 de marzo, su objetivo era permitir la regularización de rentas previamente ocultadas a un tipo reducido (10%), eximir a los contribuyentes de mora o recargos por incumplimiento de deberes formales o materiales derivados de una obligación tributaria. Podría decirse que era una especie de “blanquear” el dinero oculto a cambio de ese 10%; a través de esta amnistía fiscal el Gobierno pretendía reducir el déficit público. Sin embargo, dicha medida fue anulada por el Tribunal Constitucional al considerarla que vulnera el Título I de la Constitución, en el entendido de “el deber de contribuir todos al sostenimiento de los gastos públicos” por tanto la misma no resulta ser progresiva y equitativa. *Cfr.* 20 minutos, ¿Qué es la amnistía fiscal?, 8 de junio 2017, en <https://www.20minutos.es/noticia/3059653/0/que-es-amnistia-fiscal/> y Eldiario.es, El Tribunal Constitucional anula la amnistía fiscal del gobierno de Mariano Rajoy, 8 de junio de 2017, https://www.eldiario.es/economia/TC-declara-inconstitucional-amnistia-fiscal_0_652335588.html

debería estar la amnistía, sin embargo esta última forma parte de las facultades del Rey para ejercer el llamado derecho de gracia.

Ahora bien, si en México el Ejecutivo Federal desea hacer uso “del perdón” y concretamente del derecho de gracia, debería hacerlo por las instituciones que han sido descritas en párrafos anteriores. Sin embargo, el uso de la amnistía supondría en materia de corrupción un descontento para los actores políticos y un mensaje negativo para la sociedad mexicana que únicamente percibirá impunidad y más desconfianza hacia las instituciones de la administración pública y de justicia; además que vulnera el principio de igualdad ante la ley y genera un mensaje negativo en la disuasión y prevención del delito de corrupción. Por ello, consideramos que el uso de la amnistía para la no persecución de funcionarios corruptos no es favorable como acción gubernamental por los costos sociales y políticos que generaría, resulta necesario la punibilidad del delito de corrupción además como apunta Prado, el uso de la amnistía únicamente responde a la innecesidad de la pena convirtiéndose “en algunos casos en la anticipación de una reforma de derogación de dichos tipos penales”.¹²

Sin embargo, a través del indulto el contexto practico resulta diferente; pues la experiencia del contexto jurídico español nos permite conocer el ámbito de aplicación que se tiene respecto a dicha institución específicamente en los delitos contra la administración pública. Por tanto, haremos un análisis de la instrumentalización de esta institución que ha sido la más común tratándose de delitos contra la administración pública.¹³

a.1) Ámbito de aplicación del indulto en España.

El derecho de gracia se encuentra contemplado a rango constitucional en el artículo 62 inciso i), el cual confiere al Rey la facultad de ejercerlo y la prohibición

¹² *Ob. Cit.*, pág. 913.

¹³ Tan sólo del 2000 al 2008 los delitos más indultados han sido los que refieren a delitos contra la administración pública, con 1.6% seguidos del delito de homicidio y sus formas con 1.5%. Dentro de los primeros destacan los delitos de malversación y fraude con 1,52% y los delitos de cohecho con un 0,24%, en Doval, Antonio, *et. al.*, “Las concesiones de indultos en España (2000-2008), *Revista Española de Investigación Criminológica*, España, núm. 9, 2011, págs. 16-19. Mientras que la media de indultos de 1996 a 2013, ha sido de 13 indultos por año y los delitos que se refiere destacan prevaricación, cohecho, malversación, fraudes ilegales y negociaciones y actividades prohibidas de los funcionarios. *Cfr.* Jareño, Ángeles (directora), *Corrupción Pública: cuestiones de política criminal*, t. 1: “Delitos de corrupción pública: indultos y condenas”, España, IUSTEL, 2014, págs. 48-49.

manifiesta de autorizar indultos generales, así como en los artículos 87.3, 102.3 de dicho ordenamiento jurídico y en la Ley de 18 de junio de 1870 la cual establece las reglas para el ejercicio de la gracia del indulto; siguiendo a Carracedo, la redacción vigente de la normativa es producto de las modificaciones contenidas “en el Real Decreto-Ley número 1526, del 6 de septiembre de 1927, la Ley 1/1988 de 14 de enero y la Disposición final primera de 1/2015 del 30 de marzo por el cual se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre del código penal”.¹⁴ De estas disposiciones normativas se infiere el indulto como acto discrecional y potestativo del Rey, materializado como acto de gobierno y a propuesta del Ministro de Justicia, cuya finalidad es no ejecutar una pena derivada de sentencia firme tras la remisión total o parcial de la misma y de sus accesorios.

El indulto ha sido clasificado en general y particular. El primero es entendido como “una plena reserva del poder político soberano para ejercitar, cuando conviniere, la extracción de presuntos o reales autores de infracciones a la potestad punitiva”¹⁵; este tipo de indultos no ha tenido mucha acogida por los doctrinarios, pues consideran que los mismos no tienen una explicación de derecho y “porque su utilización por el Poder no ha sido demasiado afortunada” aunado de la “inexistente legislación” sobre esta institución¹⁶. La Constitución de la II República española en su artículo 102 no reconoce dicha institución y la prohíbe al igual que la CPE vigente en su artículo 62 i).

Mientras que el indulto particular recae en una determinada persona y bajo unos determinados hechos, éste puede ser total o parcial (artículos 1 y 4 de LI) y respecto de cualquier delito (artículo 1 LI), el primero refiere a la remisión de todas las penas a la que se hubiese condenado y que aún no hubiese cumplido. Mientras que será parcial cuando se refiera a la remisión de alguna o algunas de las penas impuestas o la conmutación de la pena impuesta en otra menos grave, la cual puede dejar de tener efecto si el indultado deja de cumplir la pena resultante de la gracia.

Por tanto, el indulto es una causa de extinción de la responsabilidad penal y así se ha consagrado en el artículo 130.1.4° del CPe, ya que está referido a la renuncia de la pena más no de la persecución penal, desde una posición política criminal “con el indulto se pretende encontrar una solución a la falta de sentido de la pena frente a un caso específico, que pone de manifiesto que el derecho penal no podrá cumplir su función protectora de bienes jurídicos, ni servir para la capacidad de liberación personal del

¹⁴ *Ob. Cit.*, pp. 70-71.

¹⁵ Sobremonte, José Enrique, *Ob. Cit.*, nota 10, pág.142

¹⁶ Linde, Enrique, *Ob. Cit.*, nota 9, pág. 118

sujeto”¹⁷. Si no todo lo contrario, ya que el objetivo del indulto es precisamente suplir aquellas deficiencias del ordenamiento jurídico, cuando de su aplicación derive un error, una falla o un abuso; el mismo CPe establece en su artículo 4.1.3 que el juez o tribunal en el ejercicio de su jurisdicción puede acudir al Gobierno solicitando indulto, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que a su juicio no debiera serlo o bien, cuando la misma sea excesiva, atendido el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.

En este contexto se entiende que las finalidades asignadas al indulto deben adecuarse a un Estado de derecho, aunque la propia LI en su artículo 11 indica que la aplicación del indulto total solo responderá a razones de equidad, justicia o utilidad pública; mientras que para los indultos parciales el legislador parece no delimitar el ámbito de aplicación, ello hace posible su concesión de modo discrecional. Sin embargo, para Carracedo¹⁸ las funciones del indulto parecen ser sistematizadas en dos funciones, primarias y secundarias.

Considerando como funciones secundarias aquellas que obedecen a defectos del ordenamiento jurídico ya cuando su utilización se basa en la carencia de instituciones o bien, estas sean realizado ineficientemente. Mientras que las funciones primarias del indulto se basan en fines autónomos, es decir, el indulto se concede porque existen razones para concederlo de forma independiente de las instituciones o mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico.

A través de estas funciones del indulto, es posible entender si dicha institución resulta vigente y útil dentro del ordenamiento jurídico español a fin de analizar las concesiones que se han realizado en materia de delitos contra la administración pública.

a.1.1) Funciones asignadas al indulto:

La misma Carracedo, sistematiza ampliamente las funciones ya mencionadas a fin de proporcionar un panorama actual de la compatibilidad del indulto con el actual Estado de derecho y el derecho penal como se muestra a continuación: ¹⁹

¹⁷ Prado, Víctor, *Ob. Cit.*, pág. 920.

¹⁸ *Ob. Cit.*, pág. 168

¹⁹ *Ibidem.*, págs.169-248

i) Funciones secundarias:

Función del indulto como:	Compatibilidad con el ordenamiento jurídico
Solución a la pena de muerte	Desfasado, ya que en la mayoría de los Estados ha sido abolida y prohibida.
Corrector de errores legislativos	Desfavorable, dada la existencia de procedimientos <i>ad hoc</i> a dichas modificaciones legislativas. Además, que no puede usarse como mecanismo de retraso o emprendimiento de reformas legislativas.
Errores judiciales	Actualmente existen recursos penales cuya finalidad es subsanar un vicio procesal.
Solución al hacinamiento carcelario	Desfavorable, ya que los factores que lo producen siguen latentes, resulta entonces perjudicial para el sistema.

Ahora bien, como apunta la misma Carracedo existe la posibilidad de aplicar el indulto tratándose de cuestiones de proporcionalidad, por ejemplo, en dilaciones indebidas, causas de justificación o circunstancias de atenuación que no se encuentren previstas en la legislación, así como cuestiones de inconstitucionalidad o bien en la individualización de la condena en la fase de ejecución; sin embargo, para estas situaciones ya existen instituciones previstas en el ordenamiento jurídico que sustituyen al indulto como bien pueden ser la prescripción, la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad o las revisiones a la sentencia, entre otras.

Finalmente, la autora hace mención a razones humanitarias expresamente cuando sobrevengan causas de enfermedad cualificada o senectud avanzada, empero resulta obsoleto la aplicación del indulto ya que al igual que en los supuestos anteriores ya se prevén dentro de la legislación figuras jurídicas que ofrecen una solución a estos casos en concreto.

Hasta aquí podemos observar que la utilización del indulto dentro de las funciones secundarias es innecesario pues actualmente existen soluciones normativas previstas ya en derecho español, para hacer frente a estos conflictos atribuibles a los déficits de las instituciones jurídicas o dado el exceso en la pena atribuible al órgano jurisdiccional.

ii) Funciones primarias:

Si bien, la instrumentalización del indulto en las funciones secundarias deviene en desuso y no encuentra justificación ante su sustitución por otros instrumentos jurídicos previstos en derecho penal el mismo deviene desfasado y no resulta justificado, sin embargo, de la postura de Carracedo se destaca su instrumentalización en las funciones primarias, donde le atribuye al indulto un “fin en sí mismo”, por ejemplo su concesión por razones políticas distinguiendo entre “motivaciones militares, razones electorales y de cercanía y fines políticos en sentido estricto.”²⁰ En cuanto, el indulto como instrumento político al interior o exterior del país en sentido estricto, Carracedo²¹ señala que en política exterior el uso del indulto ha sido superado dada la adopción de tratados internacionales relativos a la flexibilización de medidas relativas al “traslado de personas condenadas o en ejecución de la condena en el extranjero”. En cuanto a fines de política interior se refiere, el indulto es un instrumento encaminado a “alcanzar la paz social y la concordia”, o bien, en escenarios donde no esté comprometida la estabilidad social y convivencia futura o no se pretenda su consecución.

Es precisamente este supuesto el que nos permitirá evidenciar si el indulto obedece a razones de justicia que su naturaleza intrínseca le confiere; ya que, el primero de los supuestos obedece a escenarios excepcionales aplicables a reos de delitos de rebelión o sedición; alzamientos y levantamientos típicos contra los poderes de Estado, por lo cual la estabilidad social y política no puede ser alcanzada por la aplicación de la justicia sino por vías extraordinarias en atención del interés común afectado. Por tanto, para Carracedo, la figura del perdón no es reemplazable por alguna otra o sustitutiva siendo la amnistía la comúnmente aplicable para alcanzar la paz social, la estabilidad y la concordia, aunque también puede ir acompañada de otras figuras como son la comisión para verdad y la reconciliación²². Finalmente, la autora concluye que la utilización excepcional del indulto para “alcanzar la paz social y la concordia” es la única razón que justifica su uso, puesto que en las funciones secundarias resulta obsoleto y “reconducible” a otras instituciones previstas en el derecho penal.

Ahora bien, desde estas finalidades primarias asignadas al indulto resulta plausible analizar si: a) los indultos concedidos en España por hechos de corrupción

²⁰ *Ibidem.*, pág.297

²¹ *Ibidem.*, págs. 311-333

²² *Ibidem.*, págs. 328-337

corresponden con el fin atribuido a la institución jurídica y si su aplicación permite corroborar su utilidad, eficacia y disuasión como herramienta político criminal y b) si en atención a esta función y evidencias obtenidas en el derecho español podría ser aplicable al contexto jurídico mexicano y cuáles serían las consecuencias políticas que se producirían.

b) Concesiones de indultos en materia de corrupción

Mucho hemos hablado respecto las finalidades de las instituciones del derecho de gracia y de su ámbito de aplicación dentro del derecho penal como causas de extinción de la responsabilidad penal. Si bien, el uso de dichas instituciones se encuentra condicionado al ordenamiento jurídico que las contempla y tratándose del derecho español la figura de la amnistía no deviene como mecanismo usualmente recurrible dada su modalidad extraordinaria en contraste con el indulto particular que, desde finales del siglo pasado, ha alcanzado un uso indiscriminado en su utilización, ya porque es una modalidad de extinción de la responsabilidad penal que puede solicitarse por cualquier persona y respecto a cualquier delito.

Su otorgamiento obedece si es total a los requisitos marcados en el artículo 11 de la LI, es decir, a razones de justicia, equidad o utilidad pública y en el caso de ser parcial el mismo quedara sujeto a criterios discrecionales ya que la ley no menciona las condiciones o supuestos bajo las cuales a de concederse. Si bien, los efectos producidos por el indulto no comprenden la devolución de la multa ya pagada, ni exime del pago del resto sí deja intacta la reparación civil respecto a la víctima. También la remisión de las penas principales ya sea de forma total o parcial conllevan siempre a las accesorias salvo mención expresa, a no ser que aquellas sean inseparables por su naturaleza y efectos. Si bien, ello no aplica tratándose de penas como la inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos y sujeción a la vigilancia de la autoridad salvo que de ellas se haga mención especial en la concesión del indulto.

Por tanto, el indulto es una institución extraordinaria bajo la cual se puede declarar extinguida una pena o su modificación impuesta por un juez o tribunal, deben de ser publicados en el Boletín Oficial del Estado mediante Real Decreto, en donde se contienen referencias de carácter personal como serian el nombre y sexo; de carácter procesal como son el órgano jurisdiccional del que procede la sentencia firme y los informes atendidos; otros de carácter penal sustantivo como son el título de la

imputación, delito o falta cometida, la pena impuesta, y concluyen con el alcance del indulto, la condición temporalmente impuesta y las correspondientes firmas del Rey y del Ministro de Justicia.²³

Resulta evidente que siendo un acto de Gobierno se encuentra dotado de un eminente carácter político y dada la ausencia de transparencia en el proceso y las circunstancias que motivan su concesión o denegación se debe tener en cuenta el contexto político en el que fue concedido. Por ejemplo de 1996 a 2018 se han concedido 227 indultos en materia de corrupción, 139 bajo el gobierno de Aznar del PP, 62 durante el mandato de Zapatero del PSOE y 16 con Mariano Rajoy igualmente del PP; la cifra se completa con los 10 indultos otorgados por Felipe Gonzalez en 1996 previo a que Aznar tomara el poder, aunque no todos gobernaron por el mismo periodo basándose en la media, Aznar concedía casi 18 indultos a corruptos por año; bajo su mandato el Ministro de Justicia Ángeles Acebes firmo en 2012, un total de 1.328 indultos en un solo Consejo de Ministros de los cuales 67 eran en materia de corrupción; seguidos de una media en el periodo de Zapatero ocho por año y de Rajoy 2.6.²⁴ En conclusión, se observa que el gobierno del PP concedió más indultos que el PSOE.

Dentro de estos indultos en corrupción sobresalen los siguientes delitos en porcentaje sobre las medidas de gracia de 2007 a 2015, prevaricación de funcionarios públicos con 2.53% y delito de malversación con 1.18%. Mientras que, en 2017, ha sido de 1.6% en el caso de la prevaricación y 1.4% tratándose de delitos de malversación. En 2018 de los 17 indultos registrados ninguno figura en materia de corrupción.²⁵ Ahora bien, respecto el porcentaje de indultos concedidos en relación con el número de condenas durante 2015 y 2017 han sido 12 de las 475 condenas un 2.53% por delitos de corrupción.

De estas cifras podemos observar que la influencia del gobierno en turno ha sido un elemento decisorio a la hora de conceder el indulto, si bien los delitos contra servidores públicos no son los que más se indultan respecto a la media establecida por el

²³ Doval, Antonio, *Ob. Cit.*, nota 13, pág. 4

²⁴ Belmonte, Eva, "227 indultos a condenados por corrupción desde 1996", *El indultometro*, España, 2018, <https://civio.es/el-indultometro/2018/03/24/indultos-por-corrupcion/>

²⁵ *Ídem*. Es de mencionar que respecto al año 2016 y de acuerdo con el indultometro no se realizaron indultos en malversación o prevaricación, pero si en desobediencia y falsificación de documentación oficial por servidor público, en todos los casos se establecía pena de prisión e inhabilitación para el ejercicio del derecho a sufragio pasivo y en uno de ellos, propiamente el de falsificación de documentos por servidor público la inhabilitación temporal de dos años respecto su cargo.

indultometro durante 2007 y 2015 sí es posible observar que frente a otra clase de delitos del fuero común tienen un porcentaje mayor.

b.1) Indultos más destacados desde 2001 a la actualidad.

Dentro de las concesiones de indultos más destacadas en los últimos tres periodos presidenciales, resalta en el 2000 aquellos indultos concedidos el primero de diciembre de ese año; el ex Ministro de Justicia, Ángel Acebes justifico el indulto masivo porque era fin de milenio y años de jubilar. Dentro de estos 1,328 indultos encontramos como beneficiados a Francisco Javier Gómez de Liaño y Botella, sentenciado el 15 de octubre de 1999 por delito de prevaricación continuada, con pena de multa de 18 meses a razón de 1.000 pesetas diarias e inhabilitación especial para empleo o cargo público de 15 años; la concesión del indulto se dio en los siguientes términos respecto la pena de inhabilitación especial con todas sus consecuencias, lo que suponía su reintegro a la Carrera Judicial pero la incapacidad para desempeñar cargo en Audiencia Nacional o en cualquier Juzgado de la misma durante los próximos 25 años desde la publicación del Real Decreto 2392/2000 a condición de no cometer delito doloso durante el tiempo normal de la condena.²⁶

Dentro de esos indultos concedidos se encontraban; además el diputado socialista Carlos Navarro, y dos responsables de la empresa Filesa, quienes vieron reducidas sus penas hasta la mitad incluyendo la inhabilitación especial para cargo público y derecho de sufragio activo y pasivo y multas impuestas que les fue quitada; se encontraban condenados por delito de falsedad de documento mercantil, delito de asociación ilícita, delito contra la Hacienda Pública e inhabilitación especial para cargo público.²⁷ En 2011, el expresidente cántabro Juan Hormaechea recibe su segundo indulto, condenado en 2002 por un delito de malversación de caudales públicos a pena de prisión de tres años e inhabilitación absoluta por un tiempo de seis años y un delito de prevaricación a la pena de inhabilitación especial para ejercer empleos o cargos públicos por un tiempo de siete

²⁶ Real Decreto 2392/2000, de 1 de diciembre, por el que se indulta a don Francisco Javier Gómez de Liaño y Botella, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, BOE-A-2000-23428.

²⁷ Real Decreto 2700/2000, de 1 de diciembre, por el que se indulta a don Carlos Navarro Gómez, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, BOE-A-2000-23959; Real Decreto 2699/2000, de 1 de diciembre, por el que se indulta a don Luis Oliveró Capellades, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, BOE-A-2000-23958; Real Decreto 2442/2000, de 1 de diciembre, por el que se indulta a don Alberto Flores Valencia, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, BOE-A-2000-23478.

años por hechos cometidos entre 1988-1989 en los que se han considerado los informes del Tribunal Sentenciador y el Ministerio Fiscal, se le concedió el indulto respecto la pena de prisión dejando subsistente los demás pronunciamientos de la sentencia en 2011.²⁸ Este caso, resulta particular ya que el primer indulto se dejó sin efectos tras la reposición del procedimiento por estimarse que uno de los Magistrados había puesto en entredicho su imparcialidad, esto trajo como consecuencias la revocación del indulto respecto los seis años de prisión que le fue concedido en 1995, pues al haberse anulado la sentencia el indulto que recae sobre la pena deviene inexistente; además de que el recurso de amparo fue interpuesto por el mismo interesado ante el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, tras la segunda sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que después sería confirmada por el Tribunal Supremo se acordaba proponer al Gobierno la concesión del indulto por la pena privativa de libertad más no respecto las de inhabilitación de los delitos de malversación y prevaricación que suma 13 años, actualmente Hormaechea, aspira presentarse como candidato en las elecciones autonómicas de 2019 bajo las siglas de su antiguo partido Unión para el Progreso de Cantabria de serle posible.

En 2012, se otorgó el indulto por Real Decreto a Tomas Torres Arrabal²⁹, sentenciado en 2009 por tres delitos de prevaricación urbanística con pena de seis meses de prisión e inhabilitación especial para empleo de cargos públicos electivos durante diez años por cada delito, y por cuatro delitos de prevaricación y cinco delitos continuados de prevaricación urbanística, a la pena por cada delito de un año de prisión, e inhabilitación para empleo o cargos públicos electivos durante diez años, con el máximo de cumplimiento efectivo conforme lo establecido en el artículo 76 del CPE; el indulto consistió en la conmutación de las penas de prisión por otra única de dos años dejando subsistentes los demás pronunciamientos contenidos en la sentencia.

En 2017, se concedieron a principios de año 6 indultos³⁰ a funcionarios públicos del Ayuntamiento de Rota, se trata de un exconcejal y funcionarios que pagaron bajo el rubro de horas extras a un funcionario que el Consistorio debía haber adjudicado

²⁸ Real Decreto 82/2011, de 21 de enero, por el que se indulta a don Juan Hormaechea Cazón, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, BOE-A-2011-3125.

²⁹ Real Decreto 1024/2012, de 29 de junio, por el que se indulta a don Tomas Gómez Arrabal, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, BOE-A-2012-9635.

³⁰ Real Decreto 101/2017, 103/2017,104/2017, 106/2017, 109/2017 y 111/2017, todos de fecha 10 de febrero, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, <https://boe.es/boe/dias/2017/02/13/index.php?d=37&s=3>

mediante contrato. El exconcejal Ismael Puyana se vio beneficiado mediante la publicación del Real Decreto donde se concedía una conmutación de sus penas de la siguiente forma, de las penas de inhabilitación especial para cargo público de tres meses para el delito continuado de prevaricación y cuatro años por falsedad de documento oficial impuestas, por una pena única de seis meses de suspensión de empleo o cargo público, con lo cual puede volver a su empleo público; finalmente respecto las penas de prisión se observa una conmutación de dos años y seis meses de la pena de prisión impuesta por otra de seis meses de multa, que se compensará en cuotas diarias de tres euros, el inicio y forma de cumplimiento serán determinados por el Tribunal sentenciador. La misma suerte siguen para los funcionarios José Manuel Caballero quien era Director Técnico del Ayuntamiento, Francisco Arjona y Manuela Serrano.

Manuel García quien realizo las tareas encargas por el Ayuntamiento en su taller, paso de cinco años y nueve meses de inhabilitación a dos de suspensión. Y por último Miguel Fuentes quien era interventor y cuya condena era de dos años y siete meses de inhabilitación pasa a estar suspendido un mes. Dentro del Real Decreto se establece que para su concesión se han tomado como referencia los informes del Tribunal Fiscal y del Ministerio Fiscal, con lo cual atendiendo a las circunstancias del condenado y de acuerdo con lo que obra en el expediente previa deliberación del Consejo de Ministros y a solicitud del Ministro de Justicia se observa que concurren razones de equidad y de justicia.

Hasta aquí, de los Reales Decretos enunciados no se observa una fundamentación y motivación adecuada respecto de cuáles son esas razones de equidad y de justicia que aluden, sin mencionar que no en todos los indultos concedidos se hace alusión a la cita literal de estas razones. También se observa que de los indultos escogidos en diversos años, la conmutación de las penas implica una reducción de las mismas, lo cual hace que se reduzca desproporcionalmente la sanción y valoración impuesta por el Tribunal; ello no resulta plausible siendo el Tribunal sentenciador quien fija las condenas y sus cuantías entonces no debería someter sus decisiones judiciales a modificación por órganos de gobierno que no ejercen función jurisdiccional ya que pone en entredicho la certeza jurídicas del fallo, además que la valoración del informe es encomendado a un órgano diferente al Poder Judicial y pese que el CPe, establece la facultad del Tribunal a acudir al Gobierno a solicitar indulto cuando se observe que la aplicación de la ley resulta excesiva atendiendo al mal causado y las circunstancias del reo se observa que dicha atribución es inconstitucional con el principio de legalidad establecido en el artículo 9.3

de la CPE ya que evidentemente la función jurisdiccional se encuentra sometida al principio de legalidad, Ferrajoli es muy explícito cuando argumenta que las sentencias como verificaciones de una violación normativa, exigen una fundamentación en “argumentos cognitivos respecto de los hechos y reconocitivos respecto del derecho”, de cuya verdad “depende tanto su validez o legitimidad jurídica, como su justicia o legitimidad política”.³¹

Por tanto, sí se acude al indulto para modificar las condenas por considerarlas excesivas o injustas, estamos demostrando que son falsas sus motivaciones, en el entendido de que esa naturaleza cognitiva de la jurisdicción es la afirmación de la ley y el respeto a derechos fundamentales tutelados por esa jurisdicción, una razón más que fundamenta la independencia del Poder Judicial respecto a otros poderes públicos. Por tanto, no se puede absolver a un ciudadano o condenarlo, sólo porque la mayoría así lo exija o porque se recurra a la gracia, pues las funciones jurisdiccionales como función de garantía están sujetas únicamente al imperio de ley y no a voluntades políticas de turno.

Ahora bien, si ello no es suficiente ha quedado demostrado que el uso del indulto ha quedado rebasado por otras figuras del derecho penal, en tanto que al existir conflictos en la desproporción del hecho y la pena existen instituciones como la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, o bien, el régimen y beneficios penitenciarios, así como recursos y medios de impugnación.

Por ello, tratándose de delitos contra la administración pública el uso del indulto no resulta convincente ya que la fijación de penas atiende a lo previsto en los tipos penales y a la valoración de los hechos y pruebas presentados en el procedimiento respectivo, de ahí que el juez en uso de su facultad jurisdiccional ha establecido una pena principal y en su caso accesorias dada la gravedad del ilícito causado, resulta pues denigrante que dentro de las concesiones del indulto se aleguen razones de justicia y equidad cuando la remisión de las penas; por lo menos de los indultos aquí citados es desproporcional a la gravedad del daño causado, resultando violatoria en la mayoría de los casos a los principios de igualdad ante la ley, de legalidad y de división de poderes que subsisten en un estado de derecho como lo es en concreto el Estado español; además que no garantizan la prevención especial y general para este tipo de delitos, por tanto como mecanismo de política criminal deviene en detrimento del derecho y en perjuicio de la sociedad.

³¹ Ferrajoli, Luigi, “Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción”, *Reforma judicial: Revista Mexicana de justicia*, México, núm. 15-16, 2010, pág. 6.

Finalmente, la relación que subsiste entre indulto y corrupción pública adolece de dos enfoques; el primero de ellos sería la concesión del indulto como acto de corrupción y segundo respecto la persona indultada por delito de corrupción pública.³² La primera de ellas hace alusión a una simple estrategia política por los miembros del Gobierno ya por las características de los indultos como por su exceso y la segunda que no excluye la anterior, se refiere al delincuente de corrupción, en cualquiera de los casos y siguiendo estos enfoques anunciados el uso indiscriminado de esta institución representa un “abuso de poder” y deformación a la institución del indulto, cuya finalidad y concesión está determinada en razones de verdadera justicia, equidad o utilidad pública. Así como, ante escenarios transicionales que pretendan la consolidación de la paz social y la concordia, situaciones que evidentemente en delitos contra la administración pública no se satisfacen.

Ante este contexto resulta evidente que la concesión de indultos como los anteriormente citados demuestran que están encaminados a satisfacer a determinadas personas vinculadas con el poder político o con entidades de las cuales se puede esperar un determinado apoyo; así el uso del indulto constituye una manifestación expresa de abuso de poder que se encuentra vinculado con el fenómeno de la corrupción³³ y aún más dado el margen de discrecionalidad bajo el cual fueron concedidos. Por ello, la concesión del indulto debe ser un instrumento excepcional y al margen del derecho procesal penal y penitenciario, ya que el abuso de esta institución del derecho de gracia genera un mecanismo de corrupción dentro de la política gubernamental estatal.

Se considera por tanto que, el uso de indultos en España no se encuentra justificado ya que estas funciones secundarias que se le han atribuido al indulto han sido desfasadas por otros mecanismos jurídicos, sobre todo cuando los mismos refieren a cuestiones de proporcionalidad ya que no resulta idónea para alcanzar una disminución en la pena adecuada, más cuando el derecho penal ha previsto modificaciones a la sentencia por diversas figuras jurídicas. Por lo que se considera necesario realizar una reforma a la LI a fin de especificar un catálogo delimitado de delitos que deben ser excluidos del mismo, así como indicar que tratándose de delitos de corrupción pública las penas accesorias referidas a la inhabilitación para ejercer cargos o empleos públicos

³² Garrocho, Ana M. (coord.), *Corrupción y delito: Aspectos de derecho penal español y desde la perspectiva comparada, “Corrupción política del indulto e indultos por delitos de corrupción pública”*, España, Dykinson, 2016, pág. 26.

³³ *Ibidem.*, pág.27

quedaran inamovibles tras la determinación del Tribunal Sentenciador o Juzgado; así también la mención expresa de que los productos o frutos derivados del delito en hechos de corrupción pasarán a manos del Estado y en ninguno de los casos se procederá el indulto de las multas fijadas a los sujetos de corrupción.

También se considera oportuno derogar el artículo 20 de la LI y la modificación respectiva del apartado tercero del artículo 4 del CPe, mismos que hacen referencia a la facultad con que cuenta el Tribunal Sentenciador o el Juez para proponer la concesión del indulto, ya que pone en entredicho la legitimidad jurisdiccional de la que gozan como operadores del Poder Judicial y atenta contra la legalidad y garantía de los derechos fundamentales. Pues esta facultad quedaría únicamente a manos del Fiscal cuando previamente haya agotado los recursos previstos para tal efecto, pero se insiste que ya el propio ordenamiento jurídico español cuenta con un sistema de instituciones que subsanan este tipo de deficiencias o excesos que se lleguen a presentar.

Por último, hemos de cuestionarnos si el indulto puede cumplir fines preventivos y disuasorios, pues al ser una causa de extinción de la responsabilidad penal e incidir directamente en la pena se estaría entorpeciendo los fines para los cuales ha sido asignada, si ello no es así y bajo las limitantes contempladas en párrafos anteriores podría ser utilizable los parámetros hasta aquí establecidos para el caso mexicano, ya que como se ha sostenido, el llamado a la no persecución de funcionarios políticos antes del 2019 y los procesos sustanciados hasta esas fechas en materia de corrupción deben en primer lugar estar revestidos de legalidad y desahogarse conforme a derecho; ya sea mediante una amnistía o un indulto pero en cualquiera de los casos deben indicarse los supuestos de hechos que comprenden y las consecuencias jurídicas que implicarían.

Ello, en el entendido que tanto el indulto como la amnistía no se han mostrado favorables cuando son producto de una estrategia política mal empleada, porque reviste de corrupción una institución que fue creada con finalidades específicas y aplicable a casos extraordinarios.

II. La Relación del Indulto con las Teorías de la Pena

Para validar si la institución del indulto se encuentra justificada en el actual Estado de derecho, es necesario abordar su relación desde los fines de la pena porque al incidir directamente en ésta, hace que los fines para los que fue prevista teóricamente queden suspendidos o sin efecto; por ello analizaremos las funciones que prevé el indulto desde las teorías de la pena a fin de poder comprobar su posible utilidad como medida de política criminal, sabiendo que el indulto afecta no solo a la pena principal sino también a las accesorias pudiendo en su caso eliminarlas o conmutarlas por otras de menor cuantía; siempre que el órgano de gobierno se pronuncie al respecto.

Y así poder continuar con el análisis del indulto en casos de corrupción pública y si la misma se justifica al reducir o conmutar la pena aplicada por el Tribunal o Juzgado sentenciador, es necesario partir de las finalidades de la pena, pues es una consecuencia del delito cuya función es básicamente la “tutela jurídica o la protección de bienes”³⁴ jurídicos impuesta por el órgano jurisdiccional conforme a derecho, al culpable de un ilícito penal y de acuerdo con el artículo 32 del CPe, las penas pueden imponerse como principales o accesorias; son privativas de libertad o privativas de otros derechos y multa. Las penas han de ser impuestas bajo el principio de legalidad y por autoridad jurisdiccional competente del orden penal. La pena se distingue de otras medidas de seguridad o reacciones jurídicas imponibles por autoridad administrativa en que son ejecutadas tras la existencia de una sentencia firme.

Así, la institución del indulto como causa de extinción de la responsabilidad supone una renuncia a la pena impuesta ¿pero en que escenarios estaría permitido? Más aún sí la concesión de éste satisface las finalidades de la pena en términos de prevención general y particular, específicamente en delitos contra la administración pública.

De los casos indultados por corrupción pública citados en el presente trabajo se observa que respecto las penas impuestas fueron indultadas en su mayoría las privativas de libertad; las inhabilitaciones especiales o absolutas se vieron reducidas bondadosamente y en el mejor de los casos se dejaron sin efectos con la conmutación de pena única de suspensión de empleo o cargo públicos por algunos meses, lo cual implica la reincorporación al servicio público. En estos escenarios el empleo del indulto no tiene

³⁴ Abel, Miguel, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi* desde el Estado democrático, España, Dilex, 2006, pág.,22.

justificación ya que como se ha comprobado las funciones secundarias que se le atribuyen a esta institución han quedado superadas por otros instrumentos procesales del derecho penal y también resulta ajeno a los fines de las teorías de la pena puesto que en escenarios de normalidad, como lo es la reacción punitiva frente a hechos de corrupción pública es innecesaria y no satisface los fines prevención especial y general para los que ha sido establecida, ello de acuerdo con el artículo 25.2 de la CPE que establece la reinserción social y reeducación del condenado.

a) El indulto y las teorías absolutas de la pena

Estas teorías sostienen que delito no sólo es el presupuesto de la pena sino su fundamento, ya que la pena es un fin en sí mismo, se castiga *quia peccatum est* y sólo por ello.³⁵ La pena es así la justa retribución a la infracción cometida por el delincuente. En este sentido, “pareciera que no existe espacio alguno para el indulto porque, concretado el hecho delictivo, sería necesario su castigo, sin excepción”.³⁶ Sin embargo, para esta autora el indulto puede ser aplicado solamente en escenarios excepcionales, un caso equiparable al estado de necesidad, en el cual peligrará la propia subsistencia del Estado dado el gran número de implicados en la acción delictiva; situación que Carracedo identifica con los procesos transicionales. Mas no justifica el uso del indulto en escenarios de normalidad, es decir, acepta acudir a la figura del perdón (amnistía) para negar el hecho ocurrido a fin de que la pena se justifique como necesaria retribución. Y la segunda opción es negar el hecho a pesar de que la norma lo exprese atendiendo a un concepto de moral pública. O bien, tratándose de problemas en la proporcionalidad del castigo cuya situación ha quedado desfasada en la actualidad por otras medidas penales.³⁷

Al día de hoy las teorías absolutas de la pena no se han sostenido en los diferentes ordenamientos jurídicos tanto en derecho español como en el derecho penal mexicano, pues estos le han atribuido fines preventivos más allá de concebirla como un fin en sí mismo.

³⁵ Ayo, Manuel, *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias. Manual de determinación de las penas y de las demás consecuencias jurídico-penales del delito*, España, Aranzadi, 1997, pág.25

³⁶ Carracedo, Eva, *Ob. Cit.*, pág. 353.

³⁷ *Ibidem.*, págs. 355-360. *Cfr.*, en esta misma obra pág. 375.

b) El indulto y las teorías relativas de la pena

La pena es vista como un “fin para los fines sociales; el fundamento jurídico de la pena yace fuera de la pena, a saber, en el interés de la comunidad en castigar; miran no al pasado sino al futuro; se castiga para que no se peque *ut ne peccetur*”.³⁸ Se basan en la prevención general y especial como fines de la pena; donde la primera se materializa inhibiendo los impulsos criminales de indeterminados y potenciales autores que aún no han delinquido. Se habla entonces de prevención general positiva y negativa, según Abel, “la prevención general negativa tiene lugar mediante la intimidación” y la prevención general positiva se manifiesta a través de “la educación porque la reprobación y reproche que expresa, penetra en la conciencia ciudadana fortaleciendo una actitud de respeto hacia el derecho”.³⁹ Mientras que la prevención especial se caracteriza por la actuación sobre el criminal, desarrollándose mediante la ejecución de la pena y la educación que implica la resocialización del delincuente para su incorporación en sociedad y su aseguramiento o inocuización de la sociedad.

Desde esta óptica Carracedo señala que la aplicación del indulto desde el seno de las teorías preventivas generales negativa implica la erosión del fin de la pena que se constituyó como aquel mal necesario “para confirmar la amenaza” y “hacerla eficaz” (intimidación); su empleo entonces supondría el fracaso de ese efecto disuasivo y la generación de una sensación de impunidad que desembocaría en el peor de los casos en “venganza privada”. Sin embargo, desde el seno de estas teorías se puede especular bajo que supuestos puede otorgarse de tal forma que no afecta o genera detrimento en la disuasión de los fines asignados a la pena.⁴⁰ Carracedo en este punto parece ser muy explícita, pues solo justifica el uso del indulto cuando la falta de castigo no implica la comisión de futuros ilícitos; también cuando dicha conducta ya no debiera ser considerada delito; o bien cuando exista una asintonía entre “la justicia formal y la justicia material”. Este tipo de argumentos no parecen justificar del todo el uso del indulto desde una perspectiva preventivo general negativa, debido a su falta de efectos disuasorios mismos que pueden satisfacerse con otros mecanismos ordinarios ya previstos en derecho penal.

Ahora bien, la concesión de indultos bajo la dimensión de la prevención general positiva parece afectar los fines asignados a la pena que es precisamente la salvaguarda

³⁸ Ayo, Manuel., *Ob. Cit.*, pág.25

³⁹ Abel, Miguel, *Ob. Cit.*, págs. 32-33

⁴⁰ *Ob. Cit.*, págs.378-389.

de la vigencia de la norma, “así la concesión reiterada de indultos afecta la conciencia de la comunidad sobre el carácter irrevocable de las penas y genera un sentimiento de inseguridad e injusticia”⁴¹. Pero, al igual que en la prevención general negativa se admite el uso del indulto en escenarios excepcionales como solución única para conseguir la paz interna y reconstrucción estatal.

Tratándose de escenarios de normalidad, el uso del indulto cabría la posibilidad de utilizarlo “no como equivalente funcional de la pena, sino dentro de los obstáculos a la pena materiales”, sin embargo para Carracedo, el indulto en este caso podría servir para evitar un “proceso inoportuno”, o bien, para “corregir una decisión judicial errónea”, o para “efectuar el ajuste de una valoración legal de hecho” que ha cambiado y que aún no se realiza el cambio legislativo.⁴² Pero aún en estos escenarios de normalidad las razones que justificaban el uso del indulto han sido superadas por instituciones del derecho penal, como serían el sistema de recursos, reformas legales, etcétera.

La misma Carracedo sostiene que en las teorías de la prevención especial negativa, el indulto no tendría cabida, salvo ante el máximo grado de inocuidad del individuo el indulto puede constituirse como un fin neutralizador que con el fin de la pena se pretendía alcanzar, por ejemplo, tratándose de la pena de muerte o del destierro. Sin embargo, tal condicionamiento señala ha sido superado tras la suspensión de la ejecución de la pena o la libertad condicional. En cuanto la prevención especial positiva continúa analizando Carracedo, la utilización del indulto se pretende usar cuando la resocialización del sujeto ya se ha alcanzado por tanto el resto del cumplimiento de la condena resulta perjudicial para el sujeto. Concluyendo que solo en escenarios excepcionales se permite acudir a la figura del indulto, siempre que exista un “interés político general preponderante” que justifique la renuncia de la pena y que dado el contexto y la individualidad de este no se hace susceptible la aplicación de una amnistía por parte del legislativo, “limitando su empleo a determinados delitos políticos”.⁴³

Por tanto, como se ha visto, el uso del indulto aplicado en casos de delitos contra la administración de pública en derecho español se identifica en escenarios de normalidad que podrían ser satisfechos con diversos mecanismos ordinarios del sistema penal. Por tanto, si se trata de conseguir una rehabilitación del individuo tras el cumplimiento de una

⁴¹ *Ídem*.

⁴² *Ibidem.*, págs. 397-398

⁴³ *Ibidem.*, págs. 433-437

condena y conseguir su resocialización, el indulto carece de mecanismos para hacerlo. Además de que su aplicación contraviene como se ha sostenido la división de poderes, la independencia judicial y genera un menoscabo a la dignidad humana.

Ahora bien, resulta desfavorable la aplicación del indulto en hechos de corrupción pública; en el entendido de que la aplicación del indulto no supone un estadio excepcional que implique un interés político general preponderante que justifique la renuncia expresa de la pena en aras de proteger intereses comunes. Resulta entonces, que las concesiones de esta clase de indultos no satisfacen esos requisitos; más aún resulta ser una estrategia política generadora de un acto de corrupción, pues supone un ejercicio abusivo en su concesión.

En el entendido de que la CNUCC señala en su preámbulo que la corrupción ha dejado de ser un problema local para ser un fenómeno transnacional que afecta a todas las economías y sociedades; que socava las instituciones y la democracia de los Estados, la ética, la justicia y el imperio de ley. El combate a la corrupción debe ser una de las principales exigencias de la sociedad y una necesidad dentro de la política gubernamental a fin de fomentar acuerdos que fortalezcan el diseño de dispositivos eficaces en la prevención, disuasión y sanción frente la corrupción. Por tanto, el uso abusivo de las concesiones en materia de indultos en corrupción contraviene los compromisos asumidos por España en el seno de Naciones Unidas y da un mensaje de doble moral frente a terceros Estados, así como desconfianza hacia sus instituciones mismas que han sido usadas de manera desviada o abusiva en *pro* de intereses políticos y particulares.

Por tanto, el indulto como instrumento de política criminal deviene imperfecto, ya que el control y la concesión de estos resulta fundamental en el combate frente a la corrupción, pues que a los condenados por delitos asociados con corrupción salgan de prisión porque se les indulte la pena o se les indulte de forma parcial de tal forma que pueda suspenderse su ejecución puede considerarse como una burla al sistema,⁴⁴ además de que el artículo 4.3 del CPe indica, los presupuestos bajo los cuales opera el indulto, es decir, cuando de la rigurosa aplicación de la ley resulta penado un delito que no debiera o cuando la pena sea notablemente excesiva. En todo caso, “habría que fundamentar o motivar su concesión, porque el artículo 9 de la constitución proscribire la arbitrariedad y

⁴⁴ Valle, Margarita, “La prohibición de indultar a los corruptos: ¿medida con valor real o aparente?”, *Revista Internacional, Transparencia e Integridad*, España, núm. 5, septiembre-diciembre 2017, pág. 3

los indultos que se apartan de la opinión del tribunal sentenciador tienen la apariencia de actos arbitrarios”;⁴⁵ por tanto, si el Gobierno decide conceder el indulto debiera justificar si ha tomado los criterios del Tribunal y si no lo ha hecho porqué, asimismo debiera indicarse porque a su parecer a sobrevenido una ausencia de la necesidad preventivo general o especial a fin de evitar un menoscabo al principio de legalidad penal y de proporcionalidad de la pena.

Ahora bien, con las reformas efectuadas al CPe en materia de corrupción se hizo manifiesto la tolerancia cero a este fenómeno, en ese sentido deberían de realizarse las modificaciones legales pertinentes en la LI, así como en el CPe a fin de terminar con este mecanismo de condonación legal para corruptos, al menos así lo ha manifestado Transparencia Internacional España, en su informe de Medidas urgentes para prevenir y combatir la corrupción, en donde señala la prohibición de indultos por corrupción.⁴⁶ La prohibición en este sentido es un claro mensaje de tolerancia cero al fenómeno de corrupción, ya que los razonamientos exigidos por la ley en su artículo 11 no se satisfacen en estos hechos concretos, hablar de justicia, equidad o utilidad pública resulta ser contraproducente en la lucha contra la corrupción.

Más aún cuando se perdonan penas o se conmutan por otras inferiores, resulta pues, ser un menoscabo al principio de proporcionalidad de las penas ya que no se explican los razonamientos por la que el órgano de Gobierno considera que debe haber una ruptura entre el punto de equilibrio que se manifiesta entre el delito sancionado por la norma penal y la pena que se ha impuesto, en el entendido de que la proporcionalidad obliga al juez a realizar una ponderación entre la gravedad de la conducta delictiva, el bien jurídico afectado y la consecuencia jurídica que se le atribuye al mismo, “fija un *máximum* infranqueable a las necesidades de prevención especial”⁴⁷ de ahí que este principio demande necesariamente penas diferentes para cada uno de los delitos en función de la lesión o puesta en peligro del objeto de tutela y la dañosidad de la conducta delictiva.

⁴⁵ Souto, Abel, “El indulto: una propuesta para incluir en el código penal su regulación adaptada a principios constitucionales básicos y al estado democrático de derecho”, *Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, España, núm. 9, 2013, págs. 4-5

⁴⁶ Transparencia Internacional España, *Medidas urgentes para prevenir y combatir la corrupción*, https://transparencia.org.es/wpcontent/uploads/2017/01/medidas_urgentes_prevenir_combatir_corru_pcion.pdf

⁴⁷ Abel, Miguel, *Ob. Cit.*, pág. 77

En el caso concreto para delitos contra la administración pública donde la aplicación de las penas ha sido realizada por un órgano competente, especializado y creado para sancionar cualquier hecho delictivo previsto como tal por la ley penal, se entiende que estas han sido establecidas atendiendo a una sanción impuesta proporcional a la conducta delictiva cometida dado que pretende cumplir con las necesidades de prevención especial y general. Por tanto, al recaer el indulto en la condonación total o parcial de la pena, se tiene efectos perjudiciales para dichos fines preventivos pero además se deslegitima al poder judicial de la función garantía que posee, es decir, la afirmación de la ley y garantía de protección de los derechos fundamentales; de ahí que se evidencie la violación al principio de división de poderes pues “supone una vía para enmendar, en un caso particular, la aplicación de la ley penal mediante una sentencia firme, pero sin que se inste recurso alguno en el seno del Poder Judicial, o sin que se lleve a cabo un proceso legislativo de reforma, o simplemente su derogación”,⁴⁸ razones por la cual constituye una “intromisión ilegítima del poder Ejecutivo en el Poder Judicial” y carece de sentido cuando el mismo “se concede sin la debida motivación”.⁴⁹

Por ejemplo; si retomamos el caso de “horas extras en el Ayuntamiento de Rota” en 2017, donde fueron condenados 6 funcionarios públicos por prevaricación continuada, uno de los cuales era el Concejal de dicho Ayuntamiento Ismael Puyana Román quien fue condenado el 28 de mayo de 2015, como autor del delito de continuado prevaricación, con pena de cinco años y tres meses de inhabilitación especial para cargo público; y un delito de falsedad de documento oficial, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, cuatro años de inhabilitación especial para cargo público y multa de quince meses con una cuota diaria de seis euros por hechos cometidos en 2004 a 2010. Se observa, que la pena de prisión es menos grave (artículo 33.3.a CPe), así como la inhabilitación especial para cargo público y la multa para el delito de falsificación de documentos oficiales. Respecto el delito continuado de prevaricación se considera pena grave (artículo 33.2.d CPe) la inhabilitación especial para cargo público; el indulto se concedió el 10 de febrero de 2017 en los siguientes términos atendiendo a que concurren razones de justicia y equidad, sin que se haga alusión de cuales son dichas circunstancias y sus motivaciones se conmutan ambas penas de inhabilitación a cargo público, por una única pena de seis

⁴⁸ Santana, Dulce, “Desmontando el indulto (Especial referencia a los delitos de corrupción)”, *Revista española de Derecho constitucional*, España, núm. 108, 2016, pág. 57

⁴⁹ Nieva, Jordi, “Proceso Penal y delitos de corrupción”, *Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, núm. 2, 2013, págs. 18-19

meses de suspensión de empleo; lo que implica la capacidad del condenado para reintegrarse al servicio público al termino de dicha suspensión; así como la conmutación de dos años y seis meses de prisión por otra de seis meses de multa, ya que el reo llevaba compurgando dos años de prisión desde el 2015 a la fecha que fue otorgado el indulto, dejando subsistente la multa de quince meses en principio.

Como se observa las penas en principio eran razonables a los delitos cometidos, la solicitud de indulto en casos como este supone el desplazamiento de otras instituciones del orden penal que tienen como finalidad la reducción en la condena impuesta tras sentencia firme o la reducción del tiempo de internamiento; que son otorgadas observando lo previsto en el artículo 25.2 CPe, es decir, bajo la acreditación de una favorable evolución en el proceso de reinserción del penado más que a razones de justicia y equidad que en el caso concreto se desconocen.

Como si esto no bastase, el Pleno de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo⁵⁰, ha señalado que las razones previstas en el artículo 11 de la LI deben ser la única fundamentación para la otorgación del indulto, especificación a la que ha de llegarse con pleno conocimiento de los hechos y de las circunstancias, a fin de que el acto propio de su concesión no sea un acto discrecional y arbitrario, donde la arbitrariedad es la ausencia de racionalidad, en consecuencia los actos del Ejecutivo y de la Administración deben ser racionales. A fin de poder comprobar si la decisión discrecional de indultar guarda coherencia lógica con los hechos que constan en el expediente, más porque ha sido el propio legislador español el que ha limitado esa discrecionalidad a la hora de ejecutar el acto de gracia, estableciendo las razones a las que debe responder, mismas que deben obrar en el Acuerdo de concesión y que son deducidas entre otros de los “informes preceptivos, alegaciones, certificaciones, aportaciones sobre la vida y conducta del recluso a fin de guardar una coherencia lógica entre ellos”, evitando una discordancia entre la decisión elegida la cual está basada en las razones de equidad, justicia y utilidad con aquéllas que se encuentran plasmadas en el expediente y con ello evitar que se traspasen los límites de la racionalidad y se conviertan en una causa carente de justificación fáctica, razón por la cual debe ir respaldada y justificada por los datos

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), rec.13/2013, de 5 de noviembre de 2013, ponente: Rafael Fernández Valverde

objetivos sobre los cuales opera el indulto; circunstancias que en el caso de Ismael Puyana Román no se hacen constar en el Real Decreto que otorga el indulto.

A su vez la exposición de motivos de la ley de la materia refuerza lo manifestado con anterioridad, al someter la concesión del indulto al pleno conocimiento de los hechos y de sus circunstancias y después de un estudio de las consecuencias que ha de producir, bajo el aspecto de la justicia, de la equidad, o de la conveniencia social concederlo; el Real Decreto 109/2017 solo se indica que “atendiendo a las circunstancias del condenado y de acuerdo a la información que obra en el citado expediente, concurren razones de justicia y equidad”,⁵¹ se conmutan las penas citadas ya con anterioridad. Sin embargo, pese a esta fundamentación indicada se carece de una adecuada motivación que respalde y justifique los datos objetivos bajo los cuales es concedido a fin de que el acto discrecional no sea arbitrario y se encuentre debidamente justificado.

Del mencionado caso, se observa que el mismo acto de concesión no satisface, los objetivos de prevención general ya que no inhibe la comisión de hechos corruptos en la generalidad de la sociedad, tampoco genera respeto hacia el ordenamiento jurídico ni menos favorece a la confianza de la colectividad sobre aquel. De ahí que se confirme que la concesión de indultos genera un perjuicio en detrimento de la seguridad y justicia. Se considera además que las penas impuestas por el Tribunal sentenciador atendían a los principios de proporcionalidad de las penas y de legalidad en el entendido que dicho órgano jurisdiccional cuenta con la capacidad jurídica para realizar dichas actuaciones con base en los principios de independencia, imparcialidad y legalidad al que se encuentran sometidos. Razón por la cual el indulto no podría considerarse como corrector respecto a la individualización de las sanciones por considerarlas excesivas y en el caso de que el reo se encontrara bajo el supuesto de reinserción y reeducación supuestos en los cuales el condenado careciera de necesidad de prisión, la figura del indulto se encontraría innecesaria frente a la liberación condicional a través de la cual se conseguiría minimizar su reincidencia futura, amparando de esa forma los intereses de la sociedad.

Ahora bien, en el entendido de que la figura del indulto en materia de corrupción deviene de ineficiente y se configura como un abuso de poder al no encontrarse debidamente motivado en razones de utilidad, equidad y justicia; se considera necesario la supresión de éstos por no satisfacer a los intereses de la sociedad y por contravenir con

⁵¹ Real Decreto 109/2017, *Ob. Cit.*, nota 23.

los compromisos internacionales asumidos por el Estado español. En este caso, el indulto debe atender a circunstancias concretas y excepcionales que lo convaliden como un acto de gracia y que al ser una forma de extinción de responsabilidad penal y no siendo la única deberá regirse por los principios más básicos de cualquier ordenamiento jurídico, es decir por el principio de legalidad a pesar de que dicho acto sea discrecional ello no impide que el mismo sea coherente con aquel principio y con la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos, ya que ambos se encuentran inmersos en cualquier Estado de derecho.

c) Concesiones de indultos en el Estado Mexicano

A diferencia de lo sucedido en España, el uso de indultos no es tan recurrible en México, esta institución junto con la amnistía se encuentra prevista en el Título Quinto del Código Penal, específicamente en el Capítulo IV “Reconocimiento de inocencia e indulto”, artículos 94 a 98 de dicho ordenamiento. Su aplicación en materia de indultos queda condicionada a la existencia de una sanción en sentencia irrevocable, por lo cual se entiende que la misma ha causado estado y que ningún medio de impugnación procede contra ésta. Sin embargo, el indulto no puede concederse respecto la pena de inhabilitación para ejercer un empleo o cargo, ya que estas solo son extintas a través de la amnistía.

A su vez el artículo 97 establece un catálogo de delitos sobre los cuales no procederá el indulto estos son: traición a la Patria, espionaje, terrorismo, sabotaje, genocidio, delitos contra la salud, violación, delito intencional contra la vida y secuestro, desaparición forzada, tortura y trata de personas, ni de reincidente por delito intencional; en los demás casos se concederá el indulto cuando el sentenciado refleje un alto grado de reinserción y cuya liberación no represente un riesgo para la tranquilidad y seguridad públicas conforme al dictamen del órgano ejecutor de la sanción, podrá otorgársele el indulto por el Ejecutivo Federal (artículo 89 fracción XIV CPEUM), en el uso de sus facultades discrecionales , expresando las razones y fundamentos en los casos siguientes:

- i) delitos de carácter político
- ii) delitos ocurridos por motivaciones de carácter político y social
- iii) delitos del orden federal o común en el Distrito federal, cuando el sentenciado haya prestado servicio importante a la Nación

Se prevé además de manera excepcional que el Ejecutivo, el Pleno o alguna de las Cámaras del Congreso solicite la concesión del indulto, por cualquier delito del orden federal o común en el Distrito Federal, debiendo expresar igualmente sus razones y fundamentos cuando existan indicios consistentes en violaciones graves a derechos humanos por el sentenciado. El indulto en ningún caso extinguirá la obligación de reparar el daño causado. Finalmente el artículo 111 constitucional prevé que una vez que se haya procedido penalmente contra diputados y senadores del Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de Despacho, el Fiscal General de la República, así como el consejero Presidente y los consejeros electorales del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo y se haya pronunciado sentencia condenatoria y se trate de delito cometido durante su cargo no se concederá el indulto.

Bajo estos supuestos de hecho, el indulto procedería por hechos de corrupción para aquellos funcionarios públicos que no se encuentren en los supuestos con anterioridad mencionados, también ha de mencionarse que la gracia del indulto sería exclusivamente tratándose de penas privativas de la libertad, así como en multas ya que en el caso de las inhabilitaciones será improcedente; al igual que en el derecho español la concesión del indulto será un acto discrecional y únicamente habrá lugar a expresar razones y fundamentos cuando se incurra en lo previsto en las fracciones I a III del artículo 97, por lo que a *contrario sensu* tratándose de delitos contra la administración pública, no es necesario expresar las razones y fundamentos de su concesión, aunque la casuística indica que dichas razones y fundamentos se citan en el mismo acto que concede el indulto.

Sin embargo, es cierto que el legislador delimita dicha actuación discrecional a dos condicionantes; la primera que se observe un alto grado de reinserción social y segundo que tras su liberación no exista un riesgo para la tranquilidad y seguridad públicas; previo estudio del dictamen del órgano sentenciador. Entonces tratándose de delitos cometidos por servidores públicos, concretamente aquellos establecidos en el Título Decimo, artículos 212 a 224⁵²; deberá estarse a aquellas condicionantes y

⁵² Las reformas, adiciones, publicadas por Decreto DOF 18-07-2016, entrarán en vigor a partir del nombramiento que el Senado realice del Titular de la Fiscalía Especializada en materia de delitos relacionados con hechos de corrupción, de conformidad con lo que establece el artículo Primero Transitorio de dicho Decreto: 1) Reformas: 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

asegurarse que no exista un riesgo para la tranquilidad y seguridad públicas. En este sentido debemos cuestionarnos si la corrupción es o no un hecho que afecta la tranquilidad y seguridad públicas.

En el entendido que la seguridad pública es parte esencial del bienestar de una sociedad y que esta no se logra mediante acciones aisladas de la autoridad sino mediante la coordinación de todos los órganos de gobierno; el Estado procurará alcanzar los fines de la seguridad pública mediante la prevención, persecución y sanción de las infracciones, así como la reinserción del delincuente.⁵³ El artículo 2 de la LGSNSP, la reconoce como una función a cargo de la Federación, entidades federativas y municipios que tiene como fin salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos; comprende la prevención especial y general de los delitos, la sanción de las infracciones administrativas, así como la investigación y la persecución de los delitos y la reinserción social del sentenciado, en los términos que dicha ley establece. En el entendido, de que en una sociedad donde se carezca de orden y paz públicos, no puede existir un respeto a los derechos fundamentales, el “Estado tendrá que establecer las condiciones necesarias para que la sociedad y sus integrantes ejerzan sus libertades y derechos en un ambiente de tranquilidad, sin trasgredir las libertades y derechos lo que les permitirá desarrollar plenamente sus aptitudes y capacidades”.⁵⁴

Dentro de este contexto, consideramos que la motivación de los indultos por delitos de corrupción pública es necesaria pese a que no se exija razones y fundamentos por no encuadrar en los supuestos de hecho de las fracciones del artículo 97 CPF, esto porque la simple manifestación del dictamen emitido por el órgano ejecutor de la sanción

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; las fracciones VI, X, XIII, XVII, XX, XXIV, XXVIII y XXXII del artículo 225. 2) 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; un párrafo tercero al artículo 224.

⁵³ Conceptos Básicos de seguridad pública y policía en <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/19920/Capitulo1.pdf>

⁵⁴ Peñaloza, Pedro y Garza, Mario (coord.), “La seguridad pública en México” en Los desafíos de la seguridad pública en México, México, IJJUNAM-PGR, 2002, págs. 129-130

de que no representa un peligro para la tranquilidad y seguridad públicas, obliga a fundamentar y motivar que del análisis del material probatorio aportado por el órgano ejecutor penitenciario, se configura la realidad fáctica misma que garantiza la legalidad y oportunidad de dicha concesión, así como la congruencia y fines que lo justifican en el entendido de que la función de la seguridad pública se realiza en parte también por las instancias encargadas aplicar y ejecutar las penas,⁵⁵ y dado que dentro de los objetivos del sistema penitenciario se encuentran la reinserción del sentenciado a la sociedad y el procurar que el mismo no vuelva a delinquir, se hace necesario que dentro del acto administrativo por parte del Ejecutivo se haga constar los fundamentos y motivos que dan pie a la decisión elegida; a fin de que la facultad discrecional que se le otorga a dicho poder público no venga a ser un abuso de poder y un acto arbitrario.

Ahora bien, en atención de que a la fecha no se ha encontrado indulto en materia de corrupción pública, resulta conveniente analizar los indultos realizados en los últimos sexenios a fin de comprobar si los mismos cumplen con los requisitos legales establecidos. El primer caso es el indulto concedido a Alberto Patishtan durante el sexenio de Enrique Peña Nieto⁵⁶ en 2013, a quien se le encontró penalmente responsable por delitos de lesiones y homicidio calificado, robo calificado y daños, así como portación de arma de fuego de uso exclusivo del ejército, armada o fuerza aérea previstos en el CPF y Ley Federal de Armas de fuego y explosivos, se le impuso la pena de sesenta años de prisión y multa de 1745 días a razón de \$57,070 pesos, además de la suspensión de sus derechos civiles y políticos por el término que dure la pena de prisión impuesta, se le absuelve del pago de la reparación de daño pero se le niega los beneficios de la sustitución de la pena de prisión y de la condena condicional, así como el decomiso de los bienes objeto del delito. Contra esta sentencia se interpuso apelación por el sentenciado, así como por el Ministerio Público; dictándose sentencia en el Toca de Apelación 100/2002, donde se modifica dicha sentencia en cuanto a una multa de 625 días equivalente a \$20,437.50 pesos y disminuyéndose las jornadas de trabajo en favor de la comunidad a 625, respecto

⁵⁵ Artículo 3 LGSNSP

⁵⁶ Decreto Presidencial de 31 de octubre de 2013, Presidencia de la Republica, <https://es.scribd.com/doc/180756630/SKMBT-36313110121290>, este Decreto fue publicado tras las reformas en materia de Indulto aprobadas por el Congreso de la Unión, bajo la cual se establece la incorporación del artículo 97 bis que otorga la facultad al Ejecutivo o a petición de una de las dos Cámaras la solicitud de indulto, cuando existan violaciones graves en materia de derechos humanos.

a la pena de prisión y la negación de beneficios penitenciarios quedan en los mismos términos.

Contra esta sentencia se promueve juicio de amparo directo, mismo que le fue negado en 2003; en 2009 Alberto Patishtan Gómez promueve reconocimiento de inocencia mismo que se declaró infundado por el Tribunal Colegiado de Circuito en 2010 y finalmente en 2012 el condenado vuelve a promover reconocimiento de inocencia ante el mismo Tribunal Colegiado, el cual nuevamente lo declara infundado al considerar que no se presentaron pruebas supervenientes a la sentencia. Bajo estos presupuestos se procedió a considerar si se tenía competencia en términos del artículo 80 y 89 fracción XIV constitucionales y 97 bis del CPF para otorgar el indulto y si los presupuestos legales establecidos en dicho artículo quedaban satisfechos.

Dentro de los considerandos del Decreto se indican los presupuestos que han sido tomados en cuenta para otorgarlo, en la que sobresalen el agotamiento de los recursos de impugnación nacionales, la iniciativa de concesión por parte del Ejecutivo Federal, la existencia de un Dictamen clínico criminológico emitido por la Dirección General de Ejecución de Sanciones del Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Gobernación en donde se indica que no existe peligro para la tranquilidad y seguridad públicas, que se refiere a delitos del orden federal en términos de la legislación correspondiente y finalmente el carácter excepcional de la solicitud y la existencia de indicios de violaciones graves a derechos humanos motivos por los cuales se procede a explicar sus razones y fundamentos en el sentido de que con fundamento en el artículo 43 fracción I de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal se ordena a la Consejería del Ejecutivo Federal la emisión de un dictamen técnico jurídico en donde se analice si de las constancias que obran en autos se satisfacen los parámetros de excepcionalidad y si existen indicios claros de violaciones a derechos humanos; la resolución del dictamen fue favorable en este sentido, por lo cual se satisfacen los requisitos previstos en el artículo 97 bis del CPF. Por tanto, se concede el indulto y se procede a la extinción de la responsabilidad penal y la excarcelación inmediata de Alberto Patishtan el 31 de octubre de 2013.

Mientras que en sexenios pasados Felipe Calderón concedió dos indultos; uno de ellos a través del reconocimiento de inocencia en 2011 por el delito de violación a menores de edad y otro más por robo calificado; en ambos suponen violaciones al procedimiento y fueron otorgados bajo los preceptos legales ya citados. Durante el

mandato de Vicente Fox se concedieron 5 indultos entre ellos a dos militares; uno de ellos condenado a pena de muerte por el delito de homicidio e insubordinación al cual se le conmutó la pena por una privativa de la libertad de 20 años.⁵⁷

También se publicaron en el DOF, dos indultos a Leocadio Ascencio Amaya y Aurelio Guzmán Mateo durante este sexenio por el delito de privación ilegal de la libertad sancionado por el CPF, bajo las consideraciones de hecho siguientes: 1) Que la Secretaría de Seguridad Pública, por medio de sus órganos especializados, procedió a una revisión detallada y exhaustiva del expediente, pudo constatar que se trata de personas primo delincuentes y de bajo nivel socioeconómico; 2) Que el dictamen de referencia establece que las conductas observadas por los sentenciados reflejan un alto grado de readaptación social y que su liberación no representa un peligro para la tranquilidad y seguridad públicas; 3) Que el delito tuvo su origen en una motivación y convicción de carácter social y como medio de defensa de su medio de subsistencia y el de sus familias, por lo tanto las acciones realizadas no pretendían obtener un lucro o a manera de rescate ni menos el objetivo directo de dañar la integridad de las víctimas. Por tanto, el Ejecutivo Federal con fundamento en el artículo 97 fracción II del CPF, procedió a hacer uso de la facultad de indulto respecto de la sanción privativa de la libertad impuesta por la comisión del delito de privación ilegal de la libertad.⁵⁸

El último indulto concedido por el ex presidente Vicente Fox, también alude a la fracción II del artículo 97 del CPF, la narración de los considerandos es similar al anterior, en tanto que de la revisión del expediente se observa que se trata de una persona primo delinciente y de bajo nivel socio cultural; que la conducta delictiva tuvo su origen en un carácter eminentemente social y en defensa de los derechos de las comunidades indígenas a las cuales representa; considerando que el sentenciado refleja un alto grado de readaptación social y que su liberación no representa un grave peligro para la tranquilidad y seguridad públicas se concede el indulto por el delito de portación de arma de fuego de uso exclusivo del ejército, armada y fuerza área mexicana el 26 de marzo de 2001.⁵⁹

⁵⁷ Cabrera, Ángel, "Piden 309 reclusos indulto presidencial a Peña Nieto", *Vanguardia Mx*, México, 2015, <https://vanguardia.com.mx/piden309reclusosindultopresidencialapenanieto-2362932.html>

⁵⁸ Diario Oficial de la Federación, Acuerdo por el que se concede el indulto a Leocadio Ascencio Amaya y Aurelio Guzmán Mateo, México, 1 de febrero de 2002.

⁵⁹ Diario Oficial de la Federación, Acuerdo por el que se concede el indulto a Arturo Pérez Velázquez, México, 26 de marzo de 2001.

Hasta aquí, se ha observado el principio de legalidad, en correlación con los presupuestos del indulto que se establecen en el artículo 97 y 97 bis del CPF, así como la competencia del órgano encargado de ejercer dicha facultad; se observa además que existe una congruencia entre la realidad fáctica y los datos objetivos sobre los cuales opera, es decir, sobre los dictámenes clínicos criminológicos emitidos por el órgano de ejecución competente. Lo cual nos permite inferir que el uso de la facultad discrecional guarda coherencia lógica con los hechos que obran en el expediente, ya que dicha discrecionalidad ha sido delimitada por el propio legislador al fijar las razones y fundamentos bajo las cuales debe operar el acuerdo o decreto que concede el indulto.

Si bien, el indulto opera en la praxis mexicana en aquellos casos, en los cuales ya no existe recurso de impugnación procedente y bajo el presupuesto de que la sentencia es cosa juzgada. En relación con hechos de corrupción, si se quiere hacer uso de este indulto de gracia deberá atenderse a las consideraciones que reflejan un alto grado de reinserción social, que de acuerdo a la SCJN deberán referirse al buen comportamiento, a su dedicación al trabajo o simplemente por cuestiones humanitarias y sociales, sin embargo en estos casos subsistirá la responsabilidad penal en la comisión del delito.⁶⁰ En este sentido se debe aclarar si es posible conceder indultos bajo estos supuestos, es decir, en atención a razones humanitarias y sociales, recordemos que la única razón bajo la cual se ha justificado el uso del indulto ha sido en atención a escenarios transicionales es decir como un instrumento de vida política pues aquí el objetivo del indulto es ser un mero instrumento para alcanzar la paz social y la concordia, es decir, se estima innecesaria la ejecución de la pena en aras de salvaguardar intereses comunes. O bien, ante la existencia de un interés político general preponderante que lo justifique. Además, que el indulto solo procederá en cuanto a las penas privativas de la libertad mas no en el caso de las

⁶⁰ SCJN, Novena Época, Registro 185877, Tomo XVI, septiembre de 2002, I.13o.T.8 L. Debemos indicar que este criterio es de 2002 previo a las reformas del CPF en materia de Indulto, sin embargo, llama la atención que dicho criterio de la Corte haga alusión al otorgamiento de indultos por razones humanitarias y sociales, en este sentido en 2016 en el Estado de México se concedieron indultos necesarios hoy en día reconocimiento de inocencia, *Cfr.* SCJN, Décima Época, Registro 2002881, Tomo I, Libro XVII, Febrero de 2013, 1a. XXXIV/2013 (10a.) e indultos de gracia dentro de los cuales se hace manifiesto estas razones humanitarias y sociales, pues se otorgan a enfermos terminales, a personas de más de 70 años que han cumplido la quinta parte de su condena, a mujeres cuya pena privativa de la libertad no sea mayor a 15 años e indígenas que hayan sufrido violaciones graves a sus derechos. Véase. Ley de Indulto del Estado de México, 18 de abril de 2016, <http://www.secretariadeasuntosparlamentarios.gob.mx/mainstream/Actividad/legislacion/leyes/pdf/030.pdf>

inhabilitaciones para ejercer cargo o empleo público las cuales deberán de ser fijadas en atención a la conducta delictiva cometida.

Ante este panorama, es pues la vida pública mexicana asequible a la figura del indulto, si la respuesta es afirmativa cuales serían las condiciones bajo las cuales se emitirá dicha facultad discrecional, y cuales las condicionantes para evitar que el mismo no sea un acto de corrupción en el ejercicio de la facultad discrecional que se le otorga al Ejecutivo Federal. Y finalmente, si el uso del indulto en estos contextos transicionales cumplirá con los fines preventivos especiales que se le concede a la pena impuesta, desde esta óptica planteada.

III. El Indulto y la Corrupción: Una Combinación Ineficiente

Como hemos visto, la figura del indulto solo es justificable cuando los mecanismos previstos dentro de un ordenamiento jurídico no cumplen su función o bien han resultado desfasados. También cuando por razones de política interior, siempre tenga como finalidad alcanzar la paz social y la concordia. De acuerdo con ello, tratándose de hechos de corrupción la vinculación que se tendría que observar sería si la aplicabilidad de este mecanismo de gracia se encuentra satisfecho dentro del contexto social mexicano, porque si bien, no hay dentro de la normativa jurídica mexicana objeción alguna para aplicar el derecho de gracia, el mismo debería estar vinculado con la función primaria que le es asignado. Sin embargo, la existencia de un escenario de excepción en México se tendría que hacer notorio y evidente para que haya legalidad en las medidas de gracia implementadas y las mismas se encuentren justificadas, o bien, subsista un interés político general preponderante que justifique la renuncia de la pena y que dado el contexto político y social en el que se desarrolla no se podría hacer uso de una amnistía; el uso del indulto en este último caso, se ha referido como “el triunfo a la política a costa del Derecho”.⁶¹

Bien, el contexto social y político mexicano no asegura la existencia de un estado de excepción ya que el fin primordial de este es la subsistencia del Estado y de sus instituciones y no los derechos de las personas.⁶² Y de acuerdo al Índice de Estado de Derecho 2017-2018 de *World Justice Project*, México se ubica en la posición 92 de 113 países, con una puntuación de 0.45 de una escala de 0 a 1, donde 1 significa mayor adhesión al Estado de derecho, si bien esto indica que los derechos fundamentales y los límites al poder gubernamental se debilitaron en este período, ello no manifiesta la inexistencia del Estado sino su debilidad y falta de liderazgo político para mejorar el desempeño gubernamental, orden y seguridad nacional.

En cuanto, la existencia de un interés político general preponderante que justifique la renuncia de la pena a fin de proteger intereses comunes, debe manifestarse que la prevalencia de este interés político afecta otros en aras del interés general, pero no se trata

⁶¹ Von Litz, Franz, “*Tratado de derecho Penal*”, 20ª. Edición., trad. de Luis Jiménez de Asúa, Madrid, Hijos de Reus Editores, 1917, pág. 398.

⁶² El contenido de esta excepción se encuentra regulado en el artículo 29 de la Constitución mexicana donde propiamente se establece los lineamientos para estar ante un Estado de excepción; de donde sobresalen la suspensión de ciertos derechos y garantías para hacer frente a la situación de invasión o perturbación grave a la paz pública.

de una afectación por fines o intereses particulares sino con miras de satisfacer a la generalidad, pues la aplicación del derecho de gracia en estos casos resulta ser más beneficiosa que la aplicación de la pena correspondiente ya que probadamente produciría más perjuicios para el Estado que ventajas y “dada la individualidad de la situación”, no se hace posible la utilización de una amnistía.⁶³ Tratándose de delitos contra la administración pública la existencia del *ius punendi* resulta ser un interés preponderante pues de acuerdo con la resolución 1/18 en materia de corrupción y derechos humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶⁴, se afirma que el fenómeno de la corrupción está ligado al ejercicio y disfrute de derechos humanos en su integridad, por tanto la implementación de cualquier política pública que pretenda combatir la corrupción deberá enfocarse principalmente bajo los principios que rigen los derechos humanos, la no discriminación y la igualdad, la rendición de cuentas, la participación y el respeto al Estado de derecho. A fin de que, el combate a la corrupción se realice con respeto a los derechos humanos, al debido proceso y garantías judiciales.

De ahí que, la aplicación del derecho de gracia no satisface la inocuización de riesgos inminentes para el Estado al no ejecutarse las penas para delitos de corrupción pública. Más bien, genera un riesgo muy grave para la permanencia de este, pues fomenta o perpetúa la impunidad y compromete la capacidad del gobierno para asumir su responsabilidad. Pues como se ha visto con anterioridad dentro del ordenamiento jurídico español, el derecho de gracia no se ha encontrado justificado ni siquiera en este último caso, por tanto, la aplicación del indulto viene a configurarse como un acto más de corrupción, donde está presente el abuso de poder; el quebrantamiento de los principios de un Estado social y de derecho; así como la latente afectación a derechos humanos. Lo mismo sucede en el contexto jurídico mexicano que si bien no se ha hecho uso del derecho de gracia actualmente en delitos contra la administración pública, la presunta aplicación de este en estos casos particulares presupone los mismos efectos que aquellos dilucidados para el caso español y aun peor las consecuencias políticas y sociales se exacerban, dada las particularidades que rodean el fenómeno de la corrupción en México.

⁶³ Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal y el Estado de derecho*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pág. 32.

⁶⁴ Resolución 1/18, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Corrupción y Derechos humanos*, 2 de marzo de 2018, págs. 2-3.

a) ¿Regeneración de la vida pública en México?

AMLO, el Jefe de Estado que llegó a la presidencia tres sexenios después con amplia mayoría de votos, misma que le garantizó legitimidad y cuyas promesas de campaña para acabar con la corrupción no han tenido una realidad efectiva y resultan cuestionables dado el pacto de impunidad por el cual declaró ante en el Congreso de la Unión que no perseguiría actos corruptos de gobiernos anteriores; así como el recorte presupuestal a instituciones públicas que conforman el SNA; aunado de la presencia de licitaciones directas; los continuos discursos sobre acabar con la corrupción sin acciones concretas son circunstancias que no parecen solucionar ni comenzar una regeneración verdadera y radical de la vida pública, como afirmo en su toma de protesta el pasado primero de diciembre.

En el entendido de que cualquier acto que emane del poder público debe ajustarse a los principios previstos en un Estado de derecho y no ser arbitrarios sino encontrarse justificados en aquéllos. La presumible regeneración de la vida pública mexicana que pretende la nueva administración debe fundamentarse y ser coherente con los compromisos internacionales suscritos por el Estado mexicano en materia de corrupción como son CNUCC, la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención de la OCDE para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales; además que en política interior deben asumirse acciones concretas y líneas de trabajo solidas que permitan fortalecer y crear mecanismos institucionales y sociales que eviten y sancionen de forma ejemplar todo hecho corrupto.

En este sentido, la indulgencia y el perdón que ha referido anteriormente el Ejecutivo Federal no es más que un acto de gracia, y tal como se ha evidenciado en el contexto del derecho español es discutible dada las consecuencias sociales que presenta, así como políticas; en cualquiera de los casos debe entenderse que las consecuencias de dicha acción gubernamental no atienden a los fines que la doctrina le ha atribuido a dichas instituciones. Es más, la sola declaración de no persecución a funcionarios por actos de corrupción en gobiernos anteriores genera ya un acto de impunidad en sí mismo, pues hace manifiesto la negativa de iniciar cualquier acción penal a altos funcionarios de gobierno y más aún la exhortación a desahogar en absoluta libertad los asuntos de corrupción por las autoridades de persecución penal pone en entredicho la investigación

de los delitos y el propio ejercicio del *ius punendi* ante la autoridad judicial. La cual ya es cuestionable pues han sido presentadas 912 denuncias penales por parte de la ASF entre 2000 y 2018 ante la hoy Fiscalía General de la República, de las cuales solo se ha obtenido una sentencia de todas las denuncias presentadas y sólo 13 consignaciones en 2015 por enriquecimiento ilícito que representan un máximo histórico.⁶⁵ Mientras que en la Cuenta Pública 2017 se estimó un daño al erario público por 15 mil 656 millones de pesos, así como 30 denuncias penales relacionadas en materia de contratación por un monto aproximado de 5 mil millones de pesos,⁶⁶ lo que denota ineficiencia y debilidad en las instituciones de procuración de justicia.

Además de hacer cuestionables el desempeño de procuración de justicia, estas cifras, no afianzan para nada la confianza en las instituciones por parte de la sociedad civil; pues de acuerdo con la ENCIG 2017⁶⁷ solo el 29.0% de la población mantiene confianza en la institución del Ministerio Público, muy por debajo de la Policía con un 30.2 % y 31.7% de Jueces y Magistrados como actores que mayor confianza les brindan. A pesar de ello el gobierno de México parece no tener contemplado una estrategia política integral contra la corrupción, sino que presume de estar dividida en dos sectores de aplicación gran corrupción y pequeña corrupción. La primera de ellas es la que hace alusión el Ejecutivo Federal, y que presupone perjuicios y/o daños a la Administración Pública, pues son muchos los escándalos por corrupción que se destaparon durante el sexenio de Enrique Peña Nieto, actos de corrupción que se deberán investigar y judicializar durante el mandato de AMLO, por citar algunos:

1) Odebrecht en México. - Los sobornos por la empresa Odebrecht dejaron ver sus efectos en el país desde mediados de 2011 transferencias bancarias a bancos mexicanos cuyos destinatarios eran empresas fantasmas en Veracruz y desde 2012 se hicieron movimientos bancarios por 3 millones 150 mil dólares a una empresa Latin American Asia Capital Holding una empresa de gaveta creada en las Islas Vírgenes ligada a Emilio Lozoya Austin ex director de Pemex, este mismo funcionario ha sido ligado a otras dos empresas cuyas transferencias globales son aproximadamente 5 mil,

⁶⁵ México Evalúa, *Infografía datos para debatir anticorrupción*, 23 de abril de 2018, <https://www.mexicoevalua.org/2018/04/23/datos-debatir-anticorrupcion/>

⁶⁶ Jiménez, Horacio, "Detecta ASF irregularidades por 15 mmdp en cuenta pública 2017", *El Universal*, 31 de octubre de 2018, <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/politica/detecta-asf-irregularidades-por-15-mmdp-en-cuenta-publica-2017>

⁶⁷ Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental (ENCIG), INEGI, México, 2017, http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/EstSegPub/encig2018_03.pdf

951 millones,406 dólares.⁶⁸ De las investigaciones hechas y publicadas por MCCI se observa que existe evidencia para acreditar sobornos a directivos de PEMEX, datos que pueden comprobarse con el acta de reunión del Consejo de Administración de PEMEX, en donde se aprueban las condiciones del contrato respecto a una licitación pública que beneficia a la empresa brasileña.

Por otro lado, también subsisten sobornos a funcionarios públicos en la construcción de una empresa en Michoacán que le fue asignada a Odebrecht por el gobierno de Lázaro Cárdenas y cuyo costo se duplicó durante la gestión de Leonel Godoy miembros en aquel entonces del PRD. De acuerdo con la pesquisa sobresale el nombre de Víctor Guerra Reyes quien durante los gobiernos de los anteriormente mencionados fue el responsable de la construcción de la presa en Michoacán, se desconoce la suma de dinero que la empresa pagó en sobornos por la obra en aquella entidad federativa, pues la documentación obtenida hasta el momento es parcial, sin embargo, las transferencias documentadas por MCCI se estima que en 2008 y 2010 suman 433 mil dólares. Si bien en ninguno de los documentos perfilan los nombres de los gobernadores de aquel entonces, actualmente, Cárdenas se figura como jefe asesor de AMLO y Godoy como delegado del partido de MORENA en el estado de Baja California.

2) La estafa maestra. – De acuerdo con las investigaciones de MCCI, el Gobierno Federal a través de 11 dependencias desvió recursos públicos, por aproximadamente 7 mil 670 millones de pesos mismos que fueron entregados a 186 empresas de las cuales 128 no debían recibirlos ya que no cuentan con personalidad jurídica, ni infraestructura para los servicios que fueron contratadas o simplemente no existen. Se han identificado a tres de las principales dependencias responsables la Secretaría de Desarrollo Social con su titular Rosario Robles; Emilio Lozoya al frente de PEMEX; BANOBRAS con Alfredo del Mazo⁶⁹. El móvil de acuerdo con los reportes del MCCI consistió en entregar recursos

⁶⁸ Mexicanos Contra la Corrupción e Impunidad, *Oculto Odebrecht red en diez países*, 15 de diciembre de 2017, <https://contralacorrupcion.mx/odebrecht-red/>; cfr. La documentación y cronología de los sobornos y el contrato de PEMEX en <https://contralacorrupcion.mx/sobornosodebrecht/>. Respecto a los presuntos sobornos por la empresa en Michoacán puede consultarse el artículo correspondiente en <https://contralacorrupcion.mx/andorra-sobornos-odebrecht>

⁶⁹ La información completa sobre este escándalo de corrupción fue publicado e investigado por periodistas en donde constan los nombres de todas las dependencias y titulares, así como los recursos que fueron entregados a empresas fantasmas mismos que se corroboran con la revisión de las Cuentas Públicas 2013 y 2014 realizadas por la ASF., cfr. Mexicanos Contra la Corrupción e Impunidad, El gobierno contrata empresas fantasma y desvía más de 3.4 millones de pesos <https://contralacorrupcion.mx/web/estafamaestra/estafa-maestra-gobierno-contrata-empresas-fantasma.html> y <https://contralacorrupcion.mx/web/estafamaestra/>

a ocho universidades públicas y éstas después lo otorgaban a ciertas empresas. Se estima que solo por triangular recursos, las universidades cobraron mil millones únicamente de comisión, aunque no se haya prestado algún servicio. Después de las investigaciones y los informes de fiscalización de la ASF, se estimó un daño a la Hacienda Pública de 3 mil 433 millones de pesos a empresas fantasmas, manifestando un evidente esquema de corrupción, donde también los titulares de las dependencias son responsables pese a no haber firmado los convenios bajo los cuales se desviaron los recursos públicos.

Sin embargo, a pesar de los informes de auditoría presentados por la ASF y las acciones promovidas ante cada una de las instituciones para aclarar y solventar las determinaciones fiscales, muchas de ellas aún siguen abiertas y no han sido solventadas por las instituciones o universidades públicas, por tanto, siguen sin sanción. Tampoco se tiene conocimiento de posibles denuncias de hechos, lo que sí es evidente es que varios de los titulares de las dependencias que estuvieron a cargo de dichas instituciones y tenían la obligación de supervisar el manejo de recursos públicos cuentan en la actualidad con un alto cargo público, entre ellos destaca Alfredo del Mazo actual Gobernador del Estado de México; Rosario Robles actual titular de la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano y Emilio Zebadúa actual Oficial Mayor en dicha dependencia, Enrique Martines y Martínez Embajador de México en Cuba, Gerardo Ruiz Esparza titular de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, Ildefonso Guajardo Titular de la Secretaría de Economía, entre muchos más.

3) Empresas Fantasmas en la cuarta transformación. – El nuevo gobierno ha iniciado ya con la otorgación de cinco contratos por 16.7 millones de pesos a empresas fantasmas⁷⁰. Ello ha sido posible, gracias a la forma de contratación directa, sin licitación pública de por medio, y a la mala reglamentación en materia de contratación pública ya que cuenta con vacíos legales y altos márgenes de discrecionalidad.

Como hemos visto de forma breve, los actos de corrupción de la administración pasada cuentan con nombre y apellidos ya identificados, determinaciones numerarias identificadas y móviles de operación descifrados; lo que sigue es judicializar las investigaciones, existe suficiente material probatorio para acreditar diversos delitos contra la administración pública misma que ha sido presentada ante las autoridades

⁷⁰ Para ver la nota completa se recomienda leer, Mexicanos Contra la Corrupción, *Empresas fantasmas en la 4T: Empresas del pasado, contratos del presente*, 29 de abril de 2019, <http://contralacorruptcion.mx/desarmarlacorruptcion/empresasfantasma4t/>

judiciales correspondientes; tan solo el MCCI ha presentado poco más de 60 denuncias penales y/o administrativas en contra de servidores públicos pertenecientes a la Administración Pública Federal y empresas privadas por el presunto desvío de más de 6 mil 650 millones de pesos, mismas que fueron presentadas ante la Unidad Especializada de delitos cometidos por servidores públicos y contra la administración de la justicia de la Procuraduría General de la República, así como a diversos OIC de la Secretaría de la Función Pública, todas ellas basadas en documentación derivada de las diversas investigaciones e informes publicados por la ASF.

No obstante, a pesar de ello AMLO manifestó en diversas entrevistas que pondría punto final a la época en que un gobierno perseguía a exfuncionarios por supuestos actos de corrupción ya que el hacerlo crearía condiciones de discusión en el país que él considera no adecuadas.⁷¹ Lo cual supone una manifestación más de impunidad de aquel que en reiteradas ocasiones ha manifestado acabar con la corrupción, y quién ha reconocido que la corrupción le cuesta al país “500 mil millones de pesos al año”. A pesar de sus declaraciones la única forma viable de regenerar la vida pública del país es haciéndolo dentro del margen legal establecido para ello; ya que los únicos beneficiados de esta postura del Ejecutivo son los altos funcionarios quienes estuvieron al frente de instituciones públicas o continúan al frente de ellas en esta nueva administración de gobierno.

Por ello, la utilización de derecho de gracia en estos actos de corrupción es una estrategia política que implica un abuso de poder por parte del Ejecutivo Federal y una manifestación de otro acto corrupto dado el margen de discrecionalidad y arbitrariedad con el que ha sido instrumentalizado. Más aún supone un acto de impunidad sí el mismo no se materializa de alguna forma; dejando en absoluta libertad de tiempo y forma la investigación de los diversos actos de corrupción sean investigados por autoridades judiciales, ya que frente a este fenómeno tenemos aquella pequeña corrupción que se deja ver en los hogares mexicanos⁷² y que también supone perjuicios a la economía mexicana,

⁷¹ La amnistía que propuso AMLO a funcionarios corruptos asegura impunidad: MCCI, 20 de noviembre de 2018, <https://www.proceso.com.mx/560480/la-amnistia-que-propuso-amlo-a-funcionarios-corruptos-asegura-la-impunidad-mcci>

⁷² Situamos en este contexto aquella corrupción que se desenvuelve dentro de la burocracia, en el entendido que supone prestación de servicios, arreglos para evadir o desviarse de la aplicación de normas. Mientras que en la gran corrupción encontramos aquella corrupción política que suele instrumentalizarse mediante conexiones entre empresas y políticos, o bien a través de licencias o decisiones judiciales. De acuerdo con esto, la ENCIG 2017, estimo que el costo total de la corrupción en actividades relacionadas exclusivamente con hogares mexicanos y no de aquellas que permiten el desarrollo de las unidades

a la cultura de legalidad y una afectación a los derechos humanos. Pero que al contrario de aquella esta sí supone un ejercicio del *ius punendi* y una manifiesta violación al principio de igualdad ante la ley.

Por tanto, la corrupción, siguiendo a Casar, es uno de los factores del quebrantamiento institucional e incremento en la percepción de la impunidad sus costos no sólo se traducen en impactos económicos y financieros sino también una creciente y marcada desconfianza en las instituciones del país generando con ello una crisis de representación y descontento con la democracia. El ciudadano no siente que sus intereses estén representados por el gobierno y tampoco cree que la impartición de justicia le sea útil.⁷³

De acuerdo con MCCI de la información recabada a la PGR, de 2010 a 2016 la unidad especializada en materia de corrupción consigno averiguaciones previas contra 389 servidores públicos por diversos delitos de los cuales solo 18 concluyeron en una sentencia condenatoria y de estas siete fueron dictadas por delitos como soborno, ejercicio indebido de servicio público, abuso de autoridad y extorsión. Mientras que entre 2000 y 2013, se contaba con 63 gobernadores en México, la prensa de investigación reporto 71 casos por corrupción por parte de 41 gobernadores. De estos solo 16 fueron investigados y solo cinco gobernadores fueron procesados y encontrados culpables.⁷⁴ No resulta sorprendente entonces porque México ocupó el cuarto lugar en el Índice Global de Impunidad con 69.21 puntos en 2017 y un IPC de 28 puntos de acuerdo con Transparencia Internacional en 2018. Pero si evidencia porque los mexicanos se muestran suspicaces ante el sistema de impartición de justicia y no recurre a ellos, tan solo en 2017 la cifra negra asciende a 93.2% de los delitos cometidos en los cuales no hubo denuncia.

económicas del país o de servidor público a servidor ascendió a 7 mil 218 millones de pesos, lo que equivale a 2 mil 273 pesos promedio por persona afectada. Donde el mayor contacto con actos de corrupción fue con autoridades de seguridad pública con un 59.5% de los casos, seguidos por trámites relacionados con uso de suelo, demolición, construcción, tramites en el Registro Público de la Propiedad con un 30.7%. Finalmente se estima que la prevalencia de la corrupción paso de 12, 590 víctimas por cada 100 mil habitantes en 2015 a 14,635 en 2017. Ver., Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental nota 61.

⁷³ Casar, María, *México: Anatomía de la corrupción*, 2ª. edición, México, MCCI, 2016, págs. 66-69. De acuerdo con Consulta Mitofsky en 2014, el 30% de la población indico que los políticos y gobernantes deberían combatir la corrupción, y el 21% señalo que se debería de aplicar la ley a todos por igual y tan solo un 9% señalo ser transparente, mientras que 5% indico que deberían rendir cuentas.

⁷⁴ *Ibidem.*, pág.67

Por ello, la insistencia de revestir de legalidad las actuaciones del Ejecutivo tratándose del perdón al que ha aludido, ello debe ser imprescindible si se quiere realmente avanzar en el combate contra la corrupción e incrementar la confianza en las instituciones y poderes públicos. Sobre todo, porque la estrategia gubernamental debería sugerir efectividad al momento de su implementación pues de nada sirve el llamado a la no persecución de actos corruptos de administraciones pasadas, si el mismo no sirve para fortalecer las capacidades del Estado mexicano en el combate a la corrupción e impunidad ello con el fin de regenerar de forma verdadera y radical la vida pública de México.

b) La aplicación del derecho de gracia en delitos de corrupción pública

Dentro del ordenamiento jurídico mexicano es plausible la aplicación de las instituciones de gracia en hechos de corrupción pública puesto que no existe una prohibición legal tacita que indique lo contrario. Sin embargo, tratándose de la instrumentalización de la amnistía o el indulto los requisitos de procedibilidad varían dependiendo de las causas que lo originen, de acuerdo con ello y tratándose exclusivamente de delitos contra la administración pública los requisitos serían los siguientes:

1) Amnistía: Partiendo del presupuesto de que la iniciativa de no perseguir funcionarios o exfuncionarios de actos corruptos de gobiernos pasados ha sido del Ejecutivo Federal, y que los requisitos para que se otorgue una amnistía supone la aprobación del Legislativo se considera que difícilmente se materialice está en los términos aquí planteados. Pues la misma supondría el descontento para diversos actores políticos y un mensaje negativo a la sociedad mexicana dada las consecuencias jurídicas que dicha institución acarrea.

2) Indulto: La aplicación de esta institución dentro del derecho mexicano debe circunscribirse únicamente a la concesión de indultos particulares, ya que la concesión de un indulto general no se encuentra contemplado dentro de dicho ordenamiento, salvo que se trate de indultos necesarios y atiendan a razones humanitarias y sociales, o bien, se encuentren relacionadas con violaciones graves al procedimiento de tal forma que trasciendan al sentido del fallo y resulte adecuado la concesión masiva a sujetos que se satisfagan aquellos supuestos en la forma y tiempo indicados por el decreto.

Sin embargo, para sentenciados por delitos de corrupción pública y de la interpretación de los preceptos normativos, así como el impacto y consecuencias que el mismo ocasiona en la sociedad civil, resulta conveniente el otorgamiento de indultos particulares; ello porque se está en aptitud de valorar el perjuicio o daño ocasionado a la Hacienda Pública Federal; así como las razones y motivaciones para su concesión lo cual permite afianzar la legalidad y oportunidad de su otorgamiento, satisfaciendo con ello el requisito establecido por ley respecto a que no representa un riesgo para la tranquilidad y seguridad públicas, sin embargo esta intencionalidad del legislador va más allá tratándose de delitos cometidos por servidores públicos ya que como se ha analizado la corrupción afecta derechos humanos en su integridad y ello obliga al Estado a tutelar la vigencia de los mismos y evitar cualquier forma de arbitrariedad que lleve una afectación de éstos. Es pues, esta afectación la que obliga al Ejecutivo federal a expresar sus razones y fundamentos, aunque no exista una remisión expresa a hacerlo, además de que la concesión del indulto supone una afectación a la seguridad y tranquilidad públicas.

Más aún, deberá realizarse tratándose tanto de la gran corrupción como de la pequeña corrupción; pues un acto corrupto por parte del funcionario público puede potencialmente violar las obligaciones que generan los derechos humanos atendiendo el contexto y el derecho de que se trate. A saber, en México la relación más clara de esta percepción se manifiesta en los derechos económicos y sociales, especialmente relacionados con el derecho a la salud, donde “a mayor corrupción, más violaciones al derecho a la salud (menor acceso a la salud, mayor mortalidad infantil). A mayor corrupción, menos acceso a la seguridad social o menor calidad de la vivienda.”⁷⁵ En este sentido, el Estado tiene la obligación con base en derecho internacional de velar y proteger las obligaciones que emanan de aplicación de derechos humanos que en *stricto sensu* son proteger y prevenir de intromisiones frente a terceros.

Así pues, el primer requisito de procedibilidad tratándose de delitos cometidos por servidores públicos que recurran al indulto deberá ser forzosamente la existencia de una sentencia ejecutoriada; que el individuo no ha desempeñado su empleo o cargo público en los supuestos contemplados por el artículo 111 constitucional, ya que en cualquiera de los casos no procederá indulto pues como titulares de cargos públicos deben rendir

⁷⁵ Vázquez, Luis Daniel, “Derechos humanos y corrupción en México: una radiografía”, *Impacto de la corrupción en derechos humanos*, México, Instituto de estudios constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, pág. 164

cuentas sobre sus decisiones y actos ya que a ellos se les ha encomendado el adecuado manejo de recursos y decisiones públicas a favor de la comunidad.

Sin embargo, esta prohibición normativa beneficia políticamente aquellos individuos que han cometido actos corruptos y que en la mayoría de los casos difícilmente se probara su responsabilidad debido a la falta de pruebas que acreditan su participación directa, salvo que existan delaciones que favorezcan su participación e imputación en los grandes desfalcos al erario público de lo contrario quedara restringida a oficiales mayores, consejeros o mandos medios bajo el supuesto de que del material probatorio se acredite su responsabilidad. Por ello, resulta conveniente una reforma legal donde se destaque bajo que supuestos tratándose del manejo de recursos públicos deberán firmar los titulares de las instituciones públicas a fin de asegurar el debido cumplimiento del uso y ejercicio de recursos públicos que les fueron encomendados; ya que la acreditación de cualquier hecho corrupto presupone intencionalidad.

Ahora bien, respecto a los demás funcionarios la aplicación del indulto resulta posible una vez que hayan agotado los recursos de impugnación ordinarios; por lo que las consecuencias jurídicas en materia del indulto serán las siguientes:

1) Se precisa que el indulto deberá recaer exclusivamente en las penas privativas de libertad; dejando subsistentes las inhabilitaciones para ejercer cargo o empleo público fijados por el órgano jurisdiccional en su totalidad.

2) Resulta conveniente que se hagan efectivas las multas establecidas en la sentencia condenatoria o bien que sobre la misma se efectuó una remisión proporcional al delito.

3) Si durante la celebración del proceso no se acreditó la legalidad sobre ciertos activos, o su existencia deriva de la comisión del delito o respecto de aquellos supuestos contemplados en la fracción II del artículo 22 constitucional; tras la concesión del indulto que implica el perdón de las consecuencias jurídicas de la acción penal y que nada dice el Código de la materia sobre los bienes decomisados resulta conveniente que los mismos no le sean devueltos si sobre ellos se existe extinción de dominio expresa en la sentencia, más aún porque los mismos han sido objeto, instrumento o producto del delito o incluso pudieron ser utilizados por un tercero para la comisión del delito. Sin embargo, por disposición constitucional la extinción de dominio solo recae para supuestos de enriquecimiento ilícito de servidores públicos, por lo cual resulta necesario que su

aplicación se haga extensiva a todos los delitos por corrupción pública a fin de que los mismos pasen a manos del Estado.

Evidentemente sería absurdo que la extinción de dominio sobre activos que no acrediten su legal procedencia sea restituidos al reo, ya que, al ser un procedimiento jurisdiccional distinto al penal, debería entenderse que los efectos del decreto que concede el indulto solo hacen referencia a los datos contenidos a la sentencia jurisdiccional en materia penal, más no sobre aquellas resoluciones que se sigan por cualquier vía civil o administrativa. En cualesquiera de los casos, resulta indispensable que la recuperación de activos se materialice en delitos contra la administración pública pues resulta ser una herramienta indicada para desincentivar la corrupción, ya que es de “enorme eficacia para privar a los corruptos de sus ganancias de origen delictivo”;⁷⁶ donde estas ganancias vienen a ser en la mayoría de los casos el beneficio económico indebido obtenido por la comisión del delito. De ahí la utilidad político criminal de esta figura frente aquellos delitos cuyo principal objetivo es el lucro, pues la finalidad del mismo es que el delito no resulte provechoso.⁷⁷

4) La concesión del indulto tratándose de delitos cometidos por servidores públicos solo podrá ser concedido en una sola ocasión y salvo que existan evidentes violaciones al debido proceso de tal forma que las mismas trascienden al sentido del fallo. Ello para evitar que se use perversamente esta figura a fin de evadir la acción de la justicia y fortalecer así la prevención general positiva.

Ahora bien, respecto las condicionantes para ser sujeto de la concesión del indulto, el legislador delimita la actuación discrecional por parte del Ejecutivo Federal no solo a la inexistencia de un riesgo para la tranquilidad y seguridad públicas, sino también a un alto grado de reinserción social en este último de los supuestos deberemos entender que es solo un requisito más para la procedibilidad del indulto pues resulta ser un dato objetivo sobre el cual opera el indulto y constituye la realidad fáctica que garantiza la legalidad y oportunidad de su otorgamiento.

⁷⁶ Blanco, Isidoro, “El decomiso de las ganancias de la corrupción”, *Revista electrónica de derecho penal AIDP-GB*, Brasil, año 1, numero 1, junio de 2013, pág. 114.

⁷⁷ Queralt, Joan y Santana, Dulce M. (direct.), “El decomiso de ganancias en los delitos de corrupción: naturaleza y garantías”, *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pág. 342.

Los sujetos legitimados para solicitar el indulto por actos de corrupción serán propiamente los condenados por el delito, o bien, a petición de alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, o del Ejecutivo Federal, desde que haya causado estado la sentencia. Finalmente, la concesión del indulto deberá publicarse por Decreto del Ejecutivo en el Diario Oficial de la Federación, indicando las razones y fundamentos de su concesión; sobre que penas se ha otorgado la competencia del órgano que lo concede; el agotamiento de los recursos nacionales; el dictamen previo del órgano ejecutor de la sentencia; la excepcionalidad de la medida; la extinción de la responsabilidad penal y excarcelación.

Estas serían las consecuencias jurídicas del indulto y los requisitos de procedibilidad dentro del margen de legalidad para aquellos sentenciados por delitos de corrupción, bajo este contexto no resulta un acto abusivo de las facultades del Ejecutivo, sin embargo, el llamado a la no persecución a funcionarios corruptos de administraciones pasadas se coloca en otro escenario ya que los mismos aún no han sido sometidos a un proceso jurisdiccional y por ende no han sido sentenciados y encontrados culpables por la comisión de un delito en perjuicio de la Administración Pública. Si bien, dada las investigaciones de la ASF se han identificado más fácilmente a los responsables por el mal uso de recursos públicos, el papel de la PGR actualmente FGR ha sido lamentable para la correcta impartición de justicia, por ello, el uso del indulto no resulta satisfactorio dado los intereses políticos que se encuentran en juego, bajo el contexto planteado por AMLO.

De las declaraciones del Ejecutivo Federal se evidencia un acto arbitrario e impunidad que satisface a la minoría de aquellos que han obtenido algún beneficio indebido durante el ejercicio o desempeño de sus cargos públicos y que se han visto satisfechos tras el no ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía. Por tanto, esta actuación del Ejecutivo supone una actuación abusiva en el ejercicio de funciones, misma que configura un acto corrupto pues se trata de un acto tendiente a favorecer determinadas personas vinculadas con el poder político de las cuales podría esperarse ciertas ventajas o apoyo; ello se confirma con las declaraciones vertidas por AMLO; “no habría juzgados ni cárceles suficientes, y lo más delicado meteríamos al país en una dinámica de fractura, conflicto y confrontación. [...] estamos ante un asunto político y como tal debemos

enfrentarlo”.⁷⁸ Esta estrategia política constituye entonces una manifestación clara de arbitrariedad, es decir, una clara ausencia de racionalidad bajo la cual, deben revestir los actos que emanen de cualquier poder público.

En este sentido, la prohibición de la arbitrariedad queda prevista en los artículos 14 y 16 constitucionales de los cuales se extrae el derecho a la seguridad jurídica y por ende la confianza legítima a evitar cualquier acto arbitrario de la autoridad o poder público, en el sentido de que el mismo debe estar fundado y motivado y ser acorde a la legalidad. Sin embargo, la actuación del Ejecutivo en este sentido no cumple con estos requisitos con miras a prohibir la arbitrariedad sino que hace manifiesto una decisión que vulnera el *ius punendi*, el principio de igualdad ante la ley, el principio de legalidad, el principio de instancia de parte; traduciéndose simplemente en un decisión carente de una justificación fáctica pues la misma no viene respaldada sobre datos objetivos bajo la cual debiera operar generando desigualdad, injusticia e impunidad.

En este supuesto, donde se tiene pleno convencimiento de los costos que provoca la corrupción dentro de la economía, la convivencia social y el funcionamiento de la política; la prevención, investigación, persecución y sanción de estos delitos requiere de un verdadero compromiso y voluntad política, así como la implementación de una política gubernamental integral que permita generar condiciones y resultados sostenibles a largo plazo. Sin embargo, la alternativa ofrecida por la actual administración no cumple con el diseño y proceso especializado para efectuar un combate eficiente en materia de corrupción. Es pues, una estrategia política donde se sobrepone la razón de Estado sobre el derecho, la permanencia en el poder por encima de la legalidad y buen gobierno.

Si bien, el artículo 5.2 de la CNUCC, establece que “cada Estado parte procurara establecer y fomentar prácticas eficaces encaminadas a prevenir la corrupción” deberá ser analizado si esta acción gubernamental resulta eficaz para el combate y prevención de la corrupción pese que sean contrarios a los principios garantistas que limitan el *ius punendi* del Estado. De hecho, la expansión de las nuevas formas de criminalidad y con ellas del propio derecho penal, obligan a adoptar nuevos perfiles criminológicos; medidas de carácter penal tendientes a combatir y prevenir las nuevas formas de delinquir entre ellas la corrupción, por ello, la política criminal frente a comportamientos que son socialmente indeseables, no puede limitarse a la elaboración y aplicación tipos penales pues se observa

⁷⁸ Redacción Animal Político, *Ob. Cit.*, nota 3.

que la corrupción no solo afecta el funcionamiento de la Administración Pública sino “la posible existencia de una lesión o puesta en peligro a otros bienes jurídicos que debe tenerse en cuenta a la hora de configurar tipos penales y de establecer el contenido y la entidad de la respuesta”⁷⁹ sobre esta forma de criminalidad.

La implementación de tipos penales para el combate y prevención de la corrupción en el contexto hasta aquí señalado no es aceptable por la prevalencia de la razón política sobre la normativa establecida; además como ha quedado constatado en párrafos anteriores el perdón en los términos declarados por el Presidente AMLO se aleja de todo marco de legalidad y no genera mecanismos de prevención, disuasión y sanción respecto a los actos de corrupción. Por tanto, entender si la utilización de esta acción gubernamental resulta eficaz a pesar de la vulneración de ciertas garantías penales que se establecen dentro del ordenamiento jurídico en el sentido de que aquellos “mecanismos de que dispone el derecho penal habrá que optar por aquel, que, siendo eficaz, se muestre más eficiente, esto es, por el que tenga menos costos sociales”,⁸⁰ bajo la perspectiva del principio de necesidad, subsidiaridad y proporcionalidad bajo una óptica utilitarista.

En este sentido el uso del perdón en los términos declarados por el Ejecutivo no constituye una respuesta eficaz, ni menos eficiente en relación con los costes sociales que se producen al no ejercer ninguna acción penal en contra de los sujetos vinculados a un acto de corrupción, ya que ni si quiera existirá investigación de los mismos, por lo cual la aplicación del perdón en este contexto no es más que un acto de impunidad y de corrupción en sí mismo. Ya que, para otorgarse los sujetos deberían estar individualizados y sancionados a fin de concederles el indulto y si de lo que se trata es una amnistía entonces la facultad expresa, es del legislativo quien fija las bases y condiciones no en un decreto, sino en una ley.

Por tanto, no existe ningún beneficio en materia de prevención, disuasión y penalización de la corrupción. Mucho menos desde una óptica de prevención general y/o especial; ya que la propia medida no tiene algún fin en sí mismo que converja con aquellos, de ahí que dicha acción gubernamental no resulte idónea para la consecución de

⁷⁹ Berdugo, Ignacio, “Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Brasil, número 81, 2009, págs. 25-27.

⁸⁰ Silva, Jesús María, “Eficiencia y derecho penal”, *Anuario de Filosofía del derecho*, pág.110, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46495.pdf>

los fines asignados desde el derecho penal, ni con los compromisos internacionales suscritos por el Estado mexicano.

c) Soluciones alternas en la aplicación del derecho de gracia

Hacer frente a la corrupción resulta un reto en términos de política criminal y la solución no solo puede limitarse desde un plano netamente penal, ello porque la corrupción es un fenómeno sistémico que requiere un tratamiento desde varias líneas de acción; así el derecho penal se constituye en una herramienta más de combate frente a la corrupción. Esta situación conduce a que sea analizado bajo la nueva expansión del derecho penal y a través de los mecanismos más eficientes para combatirla tanto a nivel nacional como transnacional.

La corrupción plantea varios conflictos para el tradicional derecho penal, uno de ellos es en términos de eficiencia y eficacia para la disuasión del delito tanto en términos de prevención general como de prevención especial; se trata de sujetos con cierta posición social quienes actúan por la obtención de un beneficio particular o para un tercero quien se aparta del interés general y que siempre lleva implícito una desviación de poder. En este sentido el derecho penal para lograr eficiencia social debe atender desde la óptica de los destinatarios de las normas; es decir, si la comisión de un acto corrupto genera beneficios para el funcionario corrupto, se tratará entonces de crear supuestos normativos ya sustantivos o adjetivos que generen costes adicionales a fin de que superen los beneficios obtenidos al momento de ejecutar el delito y de que el delincuente lo sepa (prevención general).

De hecho, las nuevas formas de criminalidad responden ya ha diversos criterios de oportunidad que terminan siendo más eficaces que garantías, pero que sin duda coadyuban a la obtención de nuevas causas penales y desmantelización de grupos de poder, un ejemplo de ello es el caso Lava Jato y Odebrecht en Brasil. Bajo, el supuesto de que las diversas formas de corrupción requieren de sujetos que actúan bajo su *rational choice*, es decir, bajo un comportamiento racional se espera que los mismos calculen los costes y beneficios de su ilícito penal. Si ello es así entonces una oportunidad para disminuir la perpetración de hechos corruptos se dará desde la perspectiva indemnizatoria o de recuperación de activos. Ello resulta probable ya que el sujeto que comete el hecho

corrupto, lo hace porque le resulta rentable, y no porque su conducta represente una patología o bien, porque la norma no cumpla con su función motivadora.

Por ello, la reinserción no juega un aspecto central en el individuo, sino que deberá atenderse a formas de prevención especial negativa, así la inocuización del individuo en estos casos resulta más beneficiosa para la sociedad, que su internamiento en un centro penitenciario, ya que el delincuente corrupto se abstiene de la comisión de ilícitos que representen una consecuencia mayor al valor esperado del beneficio esperado.

En este sentido, la aplicación del indulto o de la amnistía en actos corruptos obedece a otros fines ajenos a la eficiencia y oportunidad sin miras a establecer consecuencias mayores al beneficio esperado pues no se configura la necesidad y los supuestos de hecho que los motivan. Como se ha visto durante la presente investigación en la mayoría de los supuestos en donde se aplicó el derecho de gracia se materializa un acto corrupto dada la arbitrariedad y el uso excesivo de su concesión. El reconsiderar por tanto la aplicación del derecho de gracia en supuestos de corrupción conduce a desnaturalizar las instituciones que lo conforman y crear lineamientos o criterios que conduzcan a una aplicación restringida y efectiva de los mismos.

Por tanto, tratar de concebir la aplicación del derecho de gracia y que ello no implique un acto corrupto al momento de su concesión, supone que los mismos respondan a una perspectiva de coste-beneficio un principio que hace posible la aplicación de los principios de proporcionalidad, subsidiariedad y legalidad desde una perspectiva utilitarista, en el entendido de que para un corrupto supone mayor coste no poder disfrutar del producto obtenido por el acto de corrupción.

De acuerdo con ello, el único supuesto donde aplicaría el uso del derecho de gracia sin que medie una estricta legalidad se justifica cuando el interés general es mayor que la persecución penal. En este sentido, la aplicación de la gracia será ajena a los fines que doctrinariamente se le han previsto y que han sido ya analizados; sin embargo, dado los costes mediáticos, sociales y políticos que representa el no iniciar una acción penal en contra de un funcionario corrupto también supone un perjuicio al interés general, resulta por tanto necesario acudir a medios alternativos al proceso penal que permitan garantizar seguridad y legalidad.

En este sentido, la expedición de lineamientos que establezcan las bases sobre los cuales operaran ciertos beneficios en materia de persecución e investigación de actos

corruptos supone un criterio de oportunidad para aquellos individuos que prefieran llegar a un acuerdo con la Fiscalía a un proceso penal por los costes que estos le suponen. Por tanto, dichos lineamientos fijaran sus bases bajo dos supuestos: a) acuerdos reparatorios; y b) procedimiento penal abreviado que satisfaga la prevención general y especial en atención al caso concreto. Los lineamientos serán expedidos por el FGR y se pronunciarán respecto a las sanciones de inhabilitación e indemnización proporcional del beneficio obtenido y en relación con la pena de prisión establecida si la tuviere.

a) Acuerdos reparatorios: Celebrados entre el imputado y el Fiscal, tendrán por objetivo la extinción de la acción penal cuando ambas partes converjan la reparación de daño causado a través de una indemnización a beneficio del Estado, así como el decomiso de aquellos bienes producto del delito o que hayan sido instrumentos de esta previa declaración judicial y por cuerda separada al acuerdo reparatorio. Dichos acuerdos procederán desde la presentación de la denuncia o querrela hasta antes de la apertura a juicio oral y cualquiera de las partes podrá instar a la celebración de los mismos, la revisión de las medidas quedará también a la aceptación y valoración del órgano jurisdiccional pudiendo hacer modificaciones conforme a derecho.

b) Procedimiento penal abreviado: Se regirá bajo los presupuestos que el CNPP establece en su artículo 201; a solicitud del Fiscal y con aceptación del imputado en los hechos, implica la renuncia al juicio oral. Procederá desde el auto de vinculación a proceso hasta antes de la audiencia a juicio oral. Dentro de dicho procedimiento el Fiscal podrá solicitar la remisión de la prisión dejando subsistentes las penas de inhabilitación de cargo público, así como, indemnización a favor del Estado proporcional al beneficio obtenido.

Con la aplicación de medios alternos y la no aplicación de la pena privativa de libertad se pretende que el individuo repare el daño ocasionado a la Hacienda Pública Federal o la Administración Pública, y sea separado de la función pública por un tiempo a fin de que se inhiba de la comisión de futuros delitos; así como la recuperación de activos en beneficio del Estado y se satisfaga con ello la prevención general y especial en hechos de corrupción.

d) ¿Y si hablamos de amnistías fiscales?

Para finalizar el presente estudio es necesario analizar si resulta adecuado el uso de amnistías fiscales tratándose de corrupción pues dada la complejidad que supone la investigación y detección de los responsables de un acto corrupto y que la persecución de este tipo de delitos supone una diversificación de respuestas paralelas al *ius punendi*; una de ellas versa sobre la captación de recursos por parte del Estado, ya que la corrupción supone el ingreso de activos o bienes ilícitos. Por tanto, el uso de amnistías fiscales supone regularizar la tenencia de bienes que no fueron enterados de conformidad con la ley tributaria.

Sin embargo, su aplicación supone diversas violaciones a derechos fundamentales además que otorga una apariencia de legalidad a aquellos bienes que son producto de un ilícito, generando efectos adversos tanto en el contexto político como social. Por ejemplo, dentro de los derechos fundamentales violados encontramos el de igualdad, el de contribuir al gasto público, y en general los derechos sociales y económicos a los que cada individuo tiene derecho.

El uso de una amnistía fiscal supone una atribución exclusiva del legislativo quien tiene la facultad para expedir leyes en materia de recaudación, y supone la licitud de posibles conductas delictivas, así como la identificación de individuos. Pero también la investigación de posibles ilícitos penales que sin dicha medida no podrían ser identificables. Por ello, resulta importante que los criterios legales establecidos para la concesión de dichas amnistías fiscales supongan estándares estrictos de aplicación respecto a los bienes declarados, de forma cuantitativa y cualitativa; así como la garantía de independencia y no afectación a procesos penales respecto a las investigaciones que devengan paralelas al otorgamiento de la medida tributaria. Finalmente, la amnistía fiscal debe atender a medidas de temporalidad y no reincidencia puesto que tampoco supondrá el amparo para infractores del fisco.

Por último, el uso de una amnistía fiscal en nada garantiza la prevención de actos corruptos ni su disuasión, es una medida netamente simbólica que atiende a intereses diversos afectando el interés general y en detrimento de los derechos humanos, por tanto, la aplicación de este tipo de medidas debe ser repensadas en términos de efectividad, eficiencia y oportunidad sin menoscabar de manera exorbitante las garantías consagradas a nivel constitucional.

Ahora bien, la solución ofrecida por la nueva administración de gobierno no satisface ni los objetivos de prevención general y especial, tampoco atiende a criterios objetivos de política criminal y evade de manera flagrante los compromisos asumidos por el Estado mexicano a nivel internacional. Las declaraciones por el Ejecutivo Federal de no persecución y perdón a funcionarios por actos corruptos en administraciones pasadas, responden a razones políticas de Estado, sin duda el análisis del poder *vs* derecho, rebasa el objetivo del presente trabajo, sin embargo como se mostró a lo largo de la presente investigación aunque las instituciones del derecho de gracia se justifiquen por razones de Estado, en ninguno de los casos en los cuales resulta favorable la aplicación de estas medidas de gracia convergen en el escenario actual mexicano y tampoco lo hacen dentro del ordenamiento jurídico español. Por tanto, en cualquiera de los contextos sociales analizados se vislumbra una actuación abusiva en el ejercicio de sus funciones de aquellos que detentan el poder y con miras a satisfacer intereses particulares en detrimento de estas instituciones que han sido establecidas con fines de estabilización política o bien en atención a razones humanitarias y sociales.

Si, la idea del Ejecutivo Federal AMLO es regenerar la vida pública de México, debería hacerlo desde una política gubernamental integral en términos de eficacia, eficiencia y oportunidad, ajustándose a los principios que emanan de la Carta Magna y que sirven para consolidar un verdadero Estado de derecho; con ello debe entenderse que el derecho penal es sólo una herramienta para luchar contra la corrupción en sus diversas manifestaciones; y que el no uso del *ius punendi*, supone impunidad y afectación a las instituciones públicas en términos de confianza ciudadana, y transparencia gubernamental a la par de una afectación a los derechos humanos civiles, económicos, sociales, culturales y un debilitamiento a la gobernabilidad y Estado de derecho.

Enfatizando los efectos negativos de la corrupción y el perjuicio que supone una estrategia política como la ya mencionada; las posibles soluciones para disminuir, disuadir y prevenirla radica específicamente en el fortalecimiento de las instituciones que forman parte del SNA en términos de independencia y presupuesto; concientización y participación de la sociedad civil en el entendido que no son necesarias penas privativas de libertad exorbitantes sino restricciones para ejercer cargo o empleo públicos de forma temporal o permanente dada la gravedad del daño causado al erario federal; la recaudación de bienes a manera de indemnización a favor del Estado por el perjuicio o

daño causados a la Administración Pública; y el establecimiento de multas proporcionales al producto del beneficio obtenido en la comisión del injusto penal.

Así como el fortalecimiento de medios alternos de solución de controversias que se enfoquen en la reparación del daño causado a favor del Estado, y que desemboquen en una justicia negociada donde figuren la suspensión e inhabilitación temporal o absoluta del cargo o empleos públicos, multas proporcionales al beneficio obtenido y en razón a la cuantía de la pena privativa de la libertad y el decomiso de bienes producto o instrumento del ilícito penal. Por tanto, la lucha contra la corrupción debe ser una prioridad en la agenda gubernamental en esta nueva administración e implica una oportunidad para promover acciones concretas a fin de generar un cambio sobre la percepción de la efectividad en acciones gubernamentales. Y para ello, es necesario compromisos sólidos y resultados; más allá de acciones contra funcionarios de administraciones pasadas es crear mecanismos institucionales y sociales que eviten y sancionen ejemplarmente la corrupción.

CONCLUSIÓN

PRIMERA: El inicio de una nueva administración de gobierno en México, marca la pauta para generar acciones concretas en contra de la corrupción, no sólo por el reconocimiento político y social de la gravedad que tiene actualmente este problema en el país, sino también porque permite la consolidación de compromisos y líneas de trabajo más sólidos que generen herramientas institucionales y sociales que sancionen ejemplarmente la corrupción.

SEGUNDA: La no persecución contra funcionarios de administraciones anteriores y el perdón declarado por el Ejecutivo Federal son acciones de gobierno que no responden al principio de legalidad y de no arbitrariedad del poder público; si bien las instituciones previstas para tal acción de gobierno se encuentran contenidas en el derecho de gracia, la aplicación del indulto y la amnistía no garantizan beneficios civiles, culturales y sociales en materia anticorrupción, ya que no son congruentes con las funciones primarias asignadas a aquéllas y resulta incompatible con los fines preventivos establecidos por el derecho penal.

TERCERA: El contexto político y jurídico español han hecho plausible la aplicación del indulto en delitos de corrupción demostrando la incompatibilidad con los fines de la pena y con las funciones primarias asignadas a esta instituto, ya que la concesión masiva, recurrente, discrecional y arbitraria de los mismos responden a intereses políticos amparados bajo una legislación y normativa penal que vulnera principios constitucionales como son igualdad ante la ley, legalidad, división de poderes y pone en entredicho la legitimidad jurisdiccional y certeza jurídicas ya que los indultos concedidos en nada corresponden con las razones de equidad, justicia y utilidad pública previstas en la Ley 1/1988 de 14 de enero.

CUARTA: La instrumentalización del indulto en el derecho español adolece de dos perspectivas como abuso de poder en cuanto a su uso desmedido y como estrategia política para beneficios particulares por los diferentes miembros de Gobierno, convirtiéndolo en una expresión más de acto corrupto. Por tanto, resulta conveniente, reformas a diversos preceptos de la ley de la materia y del CPe a fin de que su aplicación responda a escenarios excepcionales y al margen del derecho procesal penal y

penitenciario; a fin de evitar una doble moral del Estado español en sus compromisos internacionales contra la corrupción.

QUINTA: Dentro del marco jurídico mexicano se hace posible también el uso del derecho de gracia en delitos cometidos por servidores públicos con las restricciones previstas en la normativa aplicable. Hasta la fecha no existe indulto en materia de corrupción, sin embargo, la *praxis* en otros delitos demuestra la necesaria fundamentación y motivación en su concesión como medida excepcional en cuanto no sea contrario a la tranquilidad y seguridad públicas. En el entendido de la dañosidad social de la corrupción resulta necesario que estas razones y fundamentos sean expresados en la concesión del Decreto para evitar prácticas abusivas y arbitrarias en el momento de su otorgamiento.

SEXTA: El uso del indulto en ambos ordenamientos jurídicos resulta ser un triunfo de la política sobre el derecho y en el contexto mexicano particularmente no se justifica la existencia de un interés político preponderante que permita la renuncia de la pena, sino que genera riesgos graves para la permanencia del Estado al perpetuar la impunidad e incapacidad gubernamental para asumir su responsabilidad en la lucha contra la corrupción.

SEPTIMA: La corrupción como fenómeno criminal obliga al derecho a crear nuevas formas de prevención y sanción ante la puesta en peligro de bienes jurídicos que presenta. Sin embargo, “el perdón” en los actuales términos del Presidente AMLO no los generan, por tanto, es una acción de gobierno ineficiente que beneficia a un sector de la población en detrimento de la igualdad ante la ley y seguridad jurídica; que en nada cumple con los criterios de prevención general y especial.

OCTAVA: Si la acción gubernamental no es idónea desde los fines asignados por el derecho penal, una posible solución sería en atención a criterios de oportunidad y eficiencia penal; en concreto con salidas alternas al procedimiento penal desde una perspectiva indemnizatoria y/o recuperación de bienes a favor del Estado, así como la inhabilitación absoluta, temporal o suspensión del cargo público en atención al daño o perjuicio causado.

NOVENA: Las declaraciones hechas por AMLO no garantizan la regeneración de vida pública de México a la que él hace alusión, resulta ser una estrategia política que manifiesta impunidad y arbitrariedad en el ejercicio de sus funciones pues no reviste de legalidad y seguridad jurídica, pero sí compromete la confianza de las instituciones y

genera descontento con la democracia ya que el ciudadano no ve representados sus intereses en dicha acción de gobierno.

DECIMA: La aplicación de amnistías fiscales como criterio de oportunidad también es contraria a derecho y vulnera derechos humanos pues su aplicación legitima riqueza ilícita; aunque hace posible la investigación de nuevos ilícitos que sin su concesión no habrían sido susceptibles de investigación y persecución penal. Por ello, la aplicación de las mismas debe reducirse a casos concretos y a estándares estrictos de aplicación de forma cuantitativa y cualitativa a fin de garantizar independencia entre las acciones administrativas como penales.

FUENTES CONSULTADAS

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- Abel**, Miguel, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*, España, Dilex, 2006.
- Ayo**, Manuel, *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias. Manual de determinación de las penas y de las demás consecuencias jurídico-penales del delito*, España, Aranzadi, 1997.
- Bacigalupo**, Enrique, *Derecho Penal y el Estado de derecho*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005
- Carracedo**, Eva, *Pena e indulto: una aproximación holística*, España, Aranzadi, 2018.
- Casar**, María, *México: Anatomía de la corrupción*, 2ª. edición, México, MCCI, 2016
- Ferrajoli**, Luigi, “Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción”, *Reforma judicial: Revista Mexicana de justicia*, México, núm. 15-16, 2010.
- Garrocho**, Ana M. (coord.), *Corrupción y delito: Aspectos de derecho penal español y desde la perspectiva comparada, “Corrupción política del indulto e indultos por delitos de corrupción pública”*, España, Dykinson, 2016.
- Jareño**, Ángeles (directora), *Corrupción Pública: cuestiones de política criminal*, t. 1: “Delitos de corrupción pública: indultos y condenas”, España, IUSTEL, 2014.
- Linde**, Enrique, *Amnistía e indulto en España*, España, Tucur Ediciones, 1976.
- Peñaloza**, Pedro y Garza, Mario (coord.), “La seguridad pública en México” en *Los desafíos de la seguridad pública en México*, México, IJUNAM- PGR, 2002.
- Queralt**, Joan y Santana, Dulce M. (direct.), “El decomiso de ganancias en los delitos de corrupción: naturaleza y garantías”, *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- Sobremonte**, José Enrique, *Indultos y amnistía*, España, Universidad de Valencia, 1980.

- Vásquez**, Luis Daniel, “Derechos humanos y corrupción en México: una radiografía”, Impacto de la corrupción en derechos humanos, México, Instituto de estudios constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.
- Von Litz**, Franz, “Tratado de derecho Penal”, 20ª. Edición., trad. de Luis Jiménez de Asúa, Madrid, Hijos de Reus Editores, 1917.

HEMEROGRAFIA CONSULTADA

- Berdugo**, Ignacio, “Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas”, Revista Brasileira de Ciências Criminas, Brasil, número 81, 2009.
- Blanco**, Isidoro, “El decomiso de las ganancias de la corrupción”, Revista electrónica de direito penal AIDP-GB, Brasil, año 1, numero 1, junio de 2013.
- Doval**, Antonio, et. al., “Las concesiones de indultos en España (2000-2008), Revista Española de Investigación Criminológica, España, núm. 9, 2011.
- Jiménez**, Horacio, “Detecta ASF irregularidades por 15 mmdp en cuenta pública 2017”, El Universal, 31 de octubre de 2018, <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/politica/detecta-asf-irregularidades-por-15-mmdp-en-cuenta-publica-2017>
- Nieva**, Jordi, “Proceso Penal y delitos de corrupción”, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, núm. 2, 2013.
- Prado**, Víctor, “Causales de extinción de la acción penal y de la ejecución de la pena”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Perú, núm. 53, 2000.
- Revista Proceso**, La amnistía que propuso AMLO a funcionarios corruptos asegura impunidad: MCCI, 20 de noviembre de 2018, <https://www.proceso.com.mx/560480/la-amnistia-que-propuso-amlo-a-funcionarios-corruptos-asegura-la-impunidad-mcci>
- Santana**, Dulce, “Desmontando el indulto (Especial referencia a los delitos de corrupción), Revista española de Derecho constitucional, España, núm. 108, 2016.
- Silva**, Jesús María, “Eficiencia y derecho penal”, Anuario de Filosofía del derecho, pág.110, <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/46495.pdf>

Souto, Abel, “El indulto: una propuesta para incluir en el código penal su regulación adaptada a principios constitucionales básicos y al estado democrático de derecho”, *Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, España, núm. 9, 2013.

Valle, Margarita, “La prohibición de indultar a los corruptos: ¿medida con valor real o aparente?”, *Revista Internacional, Transparencia e Integridad*, España, núm. 5, septiembre-diciembre 2017.

PAGINAS WEB CONSULTADAS

Belmonte, Eva, “227 indultos a condenados por corrupción desde 1996”, *El indultometro*, España, 2018, <https://civio.es/el-indultometro/2018/03/24/indultos-por-corrupcion/>

Cabrera, Ángel, “Piden 309 reclusos indulto presidencial a Peña Nieto”, *Vanguardia* Mx, México, 2015, <https://vanguardia.com.mx/piden309reclusosindultopresidencialapenanieto-2362932.html>

Conceptos Básicos de seguridad pública y policía en <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/19920/Capitulo1.pdf>

Informe 2018, *Latinobarómetro*, Chile, 2018, <http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp>

Mexicanos Contra la Corrupción e Impunidad, Oculito Odebrecht red en diez países, 15 de diciembre de 2017, <https://contralacorrupcion.mx/odebrecht-red/>

-El gobierno contrata empresas fantasmas y desvía más de 3.4 millones de pesos, <https://contralacorrupcion.mx/web/estafamaestra/estafamaestra-gobierno-contrata-empresas-fantasma.html>

-La estafa maestra, graduados en desaparecer dinero público, <https://contralacorrupcion.mx/web/estafamaestra/>

México Evalúa, Infografía datos para debatir anticorrupción, 23 de abril de 2018, <https://www.mexicoevalua.org/2018/04/23/datos-debatir-anticorrupcion/>

Redacción de Animal Político, “Discurso íntegro de Andrés Manuel López Obrador al rendir protesta como presidente”, *Animal Político*, México,

1° de diciembre, 2018, en
<https://www.animalpolitico.com/2018/12/discurso-integro-amlo-protesta-presidente/>

Transparencia Internacional España, Medidas urgentes para prevenir y combatir la corrupción,
https://transparencia.org.es/wpcontent/uploads/2017/01/medidas_urgentes_prevenir_combatir_corrupcion.pdf

Eldiario.es, El Tribunal Constitucional anula la amnistía fiscal del gobierno de Mariano Rajoy, 8 de junio de 2017, en https://www.eldiario.es/economia/TC-declara-inconstitucional-amnistia-fiscal_0_652335588.html

Ley de Indulto del Estado de México, 18 de abril de 2016,
<http://www.secretariadeasuntosparlamentarios.gob.mx/mainstream/Actividad/legislacion/leyes/pdf/030.pdf>

20 minutos, ¿Qué es la amnistía fiscal?, 8 de junio 2017, en <https://www.20minutos.es/noticia/3059653/0/que-es-amnistia-fiscal/>

RESOLUCIONES JUDICIALES, REALES DECRETOS, DECRETOS Y ACUERDOS

Decreto Presidencial de 31 de octubre de 2013, Presidencia de la Republica,
<https://es.scribd.com/doc/180756630/SKMBT-36313110121290>

Diario Oficial de la Federación, Acuerdo por el que se concede el indulto a Arturo Pérez Velázquez, México, 26 de marzo de 2001.

Diario Oficial de la Federación, Acuerdo por el que se concede el indulto a Leocadio Ascencio Amaya y Aurelio Guzmán Mateo, México, 1 de febrero de 2002.

Real Decreto 2392/2000, de 1 de diciembre, por el que se indulta a don Francisco Javier Gómez de Liaño y Botella, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, BOE-A-2000-23428.

Real Decreto 2700/2000, de 1 de diciembre, por el que se indulta a don Carlos Navarro Gómez, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, BOE-A-2000-23959.

Real Decreto 2699/2000, de 1 de diciembre, por el que se indulta a don Luis Oliveró Capellades, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, BOE-A-2000- 23958.

Real Decreto 2442/2000, de 1 de diciembre, por el que se indulta a don Alberto Flores Valencia, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, BOE-A-2000-23478.

Real Decreto 82/2011, de 21 de enero, por el que se indulta a don Juan Hormaechea Cazón, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, BOE-A-2011-3125.

Real Decreto 1024/2012, de 29 de junio, por el que se indulta a don Tomas Gómez Arrabal, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, BOE-A-2012-9635.

Real Decreto 101/2017, 103/2017,104/2017, 106/2017, 110/2017 y 111/2017 todos de fecha 10 de febrero, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, <https://boe.es/boe/dias/2017/02/13/index.php?d=37&s=3>.

Resolución 1/18, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corrupción y Derechos humanos, 2 de marzo de 2018.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), rec.13/2013, de 5 de noviembre de 2013, ponente: Rafael Fernández Valverde

TESIS AISLADAS Y JURISPRUDENCIA

SCJN, Décima Época, Registro 2002881, Tomo I, Libro XVII, Febrero de 2013, 1a. XXXIV/2013

SCJN, Novena Época, Registro 185877, Tomo XVI, Septiembre de 2002, I.13o.T.8L

ENCUESTAS E INDICADORES CONSULTADOS

Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental (ENCIG), INEGI, México, 2017, http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/EstSegPub/encig2018_03.pdf