

INTRODUCCIÓN

El poder es una situación en la cual un individuo puede obligar a otro a realizar una actividad aun en contra de su voluntad. El orden jurídico deposita el poder organizado del Estado en las diversas funciones públicas: ejecutiva, legislativa y judicial. El Estado requiere de individuos que le presten su voluntad para que se constituyan los llamados órganos del Estado. Son ellos quienes realizan los actos de autoridad en los que se materializa el poder público. Los individuos que ejercen poder pueden hacer mal uso de éste. Aquí aparece una de sus patologías: la corrupción. Ésta constituye uno de los problemas más grandes de nuestro siglo, puesto que ha penetrado profundamente en la sociedad, lo que genera grandes disfunciones.

Las atribuciones de los órganos de autoridad se ejercen a través de las funciones que desempeñan, encaminadas a la satisfacción de las necesidades colectivas, esas funciones se predicen de los órganos en los que se estructura el poder público. Los conceptos de función y poder son correlativos. Paralelamente, existen funciones accesorias como son las de control y evaluación de la actividad administrativa. Dado que la tentación del manejo indebido de los recursos públicos puede presentarse en la fase operativa de la administración, se han buscado herramientas para controlar la corrupción, algunas de ellas son: el derecho, la contabilidad, la auditoría y las técnicas o procedimientos administrativos.

En el ámbito de la administración pública el control constituye un poder que el orden jurídico asigna a órganos del Estado. Este instrumento puede ser utilizado apropiada o inapropiadamente por los entes que personifican al poder público, por lo que su ejercicio no está exento de problemas. Uno de los más comunes es el amplio margen de discrecionalidad con el que se conducen las autoridades encargadas de la función de control. Otro, es la carencia de una terminología clara que concilie los conceptos aplicables al tema, en particular los de auditoría, con los vocablos técnico jurídicos.

Errores léxicos y discrecionalidad son conductas reiteradas en la función de control, a pesar de los esfuerzos realizados en el país para unifi-

car los criterios de aplicación de las normas correspondientes. Contribuye al caos el hecho de que las funciones de control se encomienden a economistas, contadores públicos, abogados, administradores e ingenieros, puesto que esta diversidad introduce en la materia severos problemas de comprensión e interpretación, ya que cada profesionista incorpora a su tarea los conceptos propios de su ciencia, lo que provoca que la materia de control de la administración pública se transforme en una moderna babel, por el número de lenguajes especializados que se hablan en ella.

Esta situación se complica porque las diversas profesiones que actúan en la materia, si bien cuentan con conocimientos técnicos en auditoría, no se encuentran capacitadas para entender la trascendencia normativa de las conductas observadas, porque, en última instancia, la materia del control tiene que ver con la regularidad de actos de servidores públicos con normas técnicas, administrativas y, por supuesto, jurídicas.

Para agravar la cuestión, existen diversos órganos especializados en la fiscalización de las actividades administrativas, como son: las contralorías internas, contralorías generales, consejos de la judicatura y contadurías mayores, a los que se les encarga la vigilancia, evaluación, control e inspección de las operaciones que realizan los entes que conforman las funciones ejecutiva, legislativa y judicial. Esta diversidad de órganos encargados de una misma función, aunque sea en diferentes competencias, produce un exceso de regulación por la enorme carga normativa que imponen a los encargados de las funciones operativas de la administración pública.

Relacionado con lo anterior, esta rama del derecho la aplican la Federación, los estados y municipios en los ámbitos de sus respectivas competencias. Lo que incrementa el número de leyes que se deben atender, puesto que los controles interno y externo se sustentan en normas jurídicas programáticas, contables, financieras, fiscales y administrativas.

Para complicar la situación, los órganos de control no sólo realizan actividades formalmente administrativas, sino también funciones materialmente jurisdiccionales, porque determinan las transgresiones a las normas jurídicas y excitan la actuación de otros órganos competentes para aplicar sanciones o administrar justicia al individualizar las responsabilidades que se derivan de la inobservancia de las normas jurídicas e imponen las sanciones que en derecho proceden.

Además, como actúan en los diversos momentos del control, crean situaciones jurídicas que vinculan a los servidores públicos sujetos al mar-

co de su competencia y, en algunos casos, a los particulares que contratan con la administración pública.

Aunado a lo anterior, no se puede soslayar el significado político que se ha imbuido a la actividad de control, puesto que algunos actores públicos utilizan los resultados de los órganos contralores para justificar su actividad o para descalificar al adversario.

Para efectos prácticos, el control se clasifica en interno y externo. Los órganos internos de control son unidades administrativas que en el ámbito de la administración activa se ocupan de las funciones de control, inspección, evaluación y vigilancia de las operaciones de las diversas dependencias y entidades que la conforman. Por su trascendencia adquiere particular importancia la función sancionatoria que ejercen como titulares de la potestad disciplinaria, puesto que los obliga a tutelar la legalidad, imparcialidad, honradez, lealtad y eficiencia en el desempeño del servicio público.

Por su parte, el control externo de la administración se encomienda a los Tribunales de Cuentas o Contadurías Mayores de Hacienda, órganos que tradicionalmente se encuadran en la función legislativa, con el propósito de cuidar la recaudación, el uso y destino de los recursos públicos. Esta clase de control se da cuando la administración activa ha concluido su ciclo normal de operación.

Por lo anterior cabe cuestionarse ¿existen conceptos comunes aplicables a la materia de control? En el supuesto de que existan ¿su delimitación léxica es adecuada para permitir una terminología común a la materia de control? ¿La diferencia entre las actividades administrativa y jurisdiccional de los órganos de control es importante para el mejor desempeño de las funciones encomendadas a las contralorías internas o a las contadurías mayores? ¿El marco conceptual de sus funciones es apropiado para su desempeño? ¿Si no es apropiado, se deben generar nuevas herramientas conceptuales que posibiliten una mejor actuación de los órganos de control? ¿La actividad materialmente jurisdiccional, implica la resolución de controversias, o sea, la fijación de datos en los que se dice el derecho en el caso concreto? Si es así ¿se debe establecer doctrinalmente una teoría del control de la administración?

Estas preguntas carecen de una respuesta sencilla, tan es así que aunque el tema se ha abordado desde el punto de vista económico, sociológico, psicológico y jurídico, todavía no encuentra solución, pues se soslaya la cuestión lingüística relacionada con el control.

La corrupción es importante en un estudio en materia de control, porque, en última instancia, sin ésta no existe aquél. La corrupción ha sido definida de diversas maneras,¹ de lo que se advierte su complejidad.

Los problemas relacionados con la corrupción, y, por ende, con el control, vienen desde la antigüedad. Aristóteles establece que el primero que señaló un jornal a los tribunales fue Pericles, para contrarrestar ante el pueblo la opulencia de Cimon, pues éste tenía riquezas de príncipe. Para él, más tarde se inició la costumbre de corromper, que enseñó el primer Anytos (acusador de Socrátes), quien, después de haber sido general en Pylos, fue llamado a juicio por haber abandonado su puesto, sin embargo, corrompió al tribunal para salir libre.² Tampoco podemos olvidar el soborno de Critón al carcelero de Sócrates, que se narra en el diálogo platónico “Critón o del deber”.

El experto del Banco Interamericano de Desarrollo, Paul Constance, señala que los sobornos, comisiones, contratos ficticios y otras maniobras se tornan indispensables para cerrar tratos con el gobierno. Estima que de los 250 mil millones de dólares que gastan los gobiernos latinoamericanos en adquisiciones, se podrían ahorrar 50 mil millones de dólares. En su investigación establece que se paga el triple del valor de los productos, los proveedores son familiares de funcionarios, se otorgan contratos a legisladores y, en el caso de las carreteras, descubrió un costo de 150 por ciento mayor que el cálculo original. Por lo que para este experto, si bien es importante efectuar auditorías más exhaustivas y controles, éstos no resolverán el problema, por lo que propone elevar el perfil político, la auditoría y la capacidad técnica de quienes están a cargo de los procesos de compra del sector público.³

¹ Así, para Robert Klitgaard “existe corrupción cuando una persona, ilícitamente pone sus intereses personales por sobre los de las personas y los ideales que está comprometido a servir” (*Controlando la corrupción*, Buenos Aires, Sudamericana, 1994, p. 11). Joseph S. Nye la define como la “conducta que se aparta de los deberes formales de un cargo público en busca de beneficios pecuniarios o de posición (camarilla, personal, familiar, privada) que conciernen al interés privado; o que viola las normas coartan ciertos tipos de conductas tendientes al interés privado”. Para Roberto Blum es: “cualquier distracción o quebranto de los bienes públicos para beneficio personal de los funcionarios del gobierno”, también estima como corrupción el “aprovecharse del poder o la información para obtener beneficios indebidos”, *Lo que nos cuesta la corrupción*, p. 34.

² Cf. Aristóteles, *La Constitución de Atenas*, España, IEP, Sucs. de Rivadeneyra, 1948, pp. 113 y 115.

³ Castellanos, Antonio, “BID: gobiernos de AL gastan 50 mil mdd al año por corrupción en compras”, *La Jornada*, número 6329, 12 de abril de 2002, p. 28.

Incluso se considera la existencia de un óptimo de corrupción en una sociedad. Así, Robert Klitgaard, propone un esquema inserto en un eje de coordenadas x , y . Donde x representa el costo social marginal y la cantidad de corrupción. Las líneas curvas que se interceptan en el punto q representan: una el costo de la corrupción y la otra el costo de eliminar la corrupción. El punto q corresponde a la combinación del menor costo de las actividades corruptas y el esfuerzo para reducirlas o erradicarlas. El punto q indica para el caso concreto el óptimo de corrupción.⁴

Sin embargo, las formas de corrupción se refinan. Los casos relacionados con las quiebras de la empresa de energía transnacional *Enron*, la consultora contable *Andersen* y *WorldCom*, que ya se consideran como el *Watergate* de los empresarios estadounidenses.⁵ Aunado al reconocimiento de manipulación de sus contabilidades que realizan empresas como *Xerox* y *Walt Disney*; y la sospecha que pesa sobre las prácticas contables de las empresas *IBM*, *General Electric*, *American On Line*; a las que se suman las empresas *Lucen*; *K-Mart*, *Qwest*, *Adelphi Comunication* y *Tyco*, entre otros, acreditan la deficiencia de los controles, en particular los de naturaleza contable, y la ineficiencia de organismos como la *Security Exchange Comission* (SEC) de los Estados Unidos.

México no está exento del problema. El jurista Clemente Valdés S., señala que la ley, empezando por la Constitución, está estructurada para permitir que los altos funcionarios, autorizados por quien sea el presidente, y sin tener obligación de rendir cuentas a nadie que no sea él, dispongan de nuestro dinero y lo usen como quieran. Esto, sostiene, tiene como objetivo fundamental el mantenimiento del dominio sobre el pueblo usando todos los recursos que en teoría pertenecen a él, pero que en la práctica son del grupo que esté en el gobierno y de sus aliados.⁶ Así, en el año 2000 se estimaba que la corrupción equivalía al 9.5% del producto interno bruto, lo que constituye la fabulosa cifra de \$48,500 millones de dólares al año.⁷

En México, temas como el denominado *toallagate*, el de los recursos erogados en las campañas electorales para la presidencia de la República o *amigogate* y el *pemexgate* han adquirido relevancia. Las instituciones

⁴ Cfr. Klitgaard, Robert, *op. cit.*, nota 1 p. 41.

⁵ La *Jornada* del 28 de junio de 2002, sección economía, nota de Jim Carson y David Brooks, p. 22.

⁶ Cfr. Valdés S. Clemente, *La Constitución como instrumento de dominio*, 2a. ed., México, Ediciones Coyoacán, 2000, p. 13.

⁷ Blum, Roberto, “Lo que nos cuesta la corrupción, México pregunta”, *Revista Contenido*, México, Ed. Contenido, agosto de 2000, p. 32.

son acusadas de parcialidad y manejo faccioso de sus funciones en beneficio de los grupos políticos.

La confusión de lo público con lo privado afecta el marco institucional; así, los casos de renombrados senadores y litigantes rebasan la capacidad de reacción de la sociedad y muestran el anquilosamiento de los órganos de control, puesto que esos hombres *públicos-privados* al parecer ganan litigios en los tribunales bajo la sospecha de tráfico de influencias, obtienen pingües beneficios con recursos del erario nacional; y, cuando se hacen públicos sus manejos, se apoyan en el manido argumento de la legalidad, amparada por una deficiente u obscura legislación, para obtener impunidad.

Tampoco podemos soslayar el escándalo que se derivó de la revisión de la cuenta pública del año 2001, ya que según la Auditoría Superior de la Federación, las anomalías detectadas en el Poder Ejecutivo alcanzó la astronómica suma de 339 mil 451 millones de pesos, cantidad 11 veces superior a los 29 mil 975 millones que arrojaron las auditorías practicadas al último año del gobierno de Ernesto Zedillo. Anomalías como las detectadas a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y a la entonces Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, dejan mal parado al sistema de control gubernamental. Es paradigmático que esas dependencias no se hayan puesto de acuerdo ni para autoevaluarse. En el propio Programa Nacional para la Transparencia y el Combate a la Corrupción se detectaron fallas; no se distingue entre las causas de la corrupción y sus efectos, las “áreas críticas” no fueron seleccionadas con criterios homogéneos, no se revisaron áreas con altas probabilidades de corrupción, como: el Sistema de Bienes Asegurados y Banrural, la Comisión para la Transparencia y el Combate a la Corrupción no sesionó en los plazos establecidos en el Acuerdo que le dio origen, hasta en la otrora eficiente Secretaría de Defensa Nacional se encontraron deficiencias.⁸

Ante las irregularidades detectadas, causa extrañeza que la fracción parlamentaria del Partido Acción Nacional, en el ayer campeones de la democracia y la transparencia, maniobre para evitar que la Comisión de Presupuesto de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión dictamine la cuenta pública del primer año de gobierno de Vicente Fox.⁹ Y que defiendan a los bancos para eludir que se reintegren al erario 44 mil

⁸ Cfr. Jáquez, Antonio, “Una administración bajo sospecha”, *Revista Proceso*, número 1382, del 27 de abril de 2003, pp. 8 y ss.

⁹ Véase Román Ortiz, Martín, “Busca el PAN evitar dictamen de la cuenta pública 2001”, *El Financiero*, 25 de abril de 2003, p. 50.

INTRODUCCIÓN

XXIII

millones de pesos de cartera irregular detectada por la ASF en el Fondo Bancario de Protección al Ahorro.¹⁰ Al grado que desde el Ejecutivo se promuevan controversias constitucionales en contra de la ESF. Tal es el estado de descomposición, que por primera vez en la historia del país la Cámara de Diputados no dictaminó la cuenta pública de 2001, ya que la mesa directiva de ese órgano la archivó.¹¹

Además, observamos campañas, en los medios de comunicación pagadas con recursos públicos, que tienen como propósito central promover la imagen presidencial. Aquí es prudente recordar que ésta es otra forma de corrupción, que pretendió erradicar el sistema de responsabilidades administrativas; así, la renovación moral de la sociedad en 1982 se encaminó a: “Erradicar como forma de corrupción, el abuso en la disposición de fondos públicos utilizados para la promoción política personal de los funcionarios. No se vale lograr prestigio con cargo a los fondos públicos. Esto se logra con trabajo y no con publicidad cuyo costo recae sobre el pueblo de México”.¹²

Nos enfrentamos al problema de la corrupción y a la aparente ineeficiencia del control. Delimitado de esta manera nuestro problema, el presente trabajo se enfoca en la herramienta que permite establecer límites a la corrupción: el control jurídico en sus vertientes interna y externa.

Por lo anterior, partiremos de la siguiente hipótesis de trabajo: Si la actividad de los órganos de control es la fiscalización de la administración pública y, además, aplican el derecho al caso concreto para dirimir una controversia, cuando imponen sanciones a los servidores públicos que vulneren el marco ético aplicable en el servicio público, o determinan las transgresiones al orden jurídico para que se impongan las sanciones que procedan, entonces realizan actos administrativos y materialmente jurisdiccionales. Por otra parte, si la actividad de control requiere de categorías conceptuales apropiadas y éstas son inadecuadas, entonces se deben establecer categorías léxico-jurídicas que permitan al Estado realizar mejor su función de fiscalización, delimitando los vocablos jurí-

¹⁰ Garduño, Roberto *et. al.*, “Resolución de la Corte abre vía para disminuir certeza vencida del Fobaproa”, *La Jornada*, núm. 6707, sección política, 30 de abril de 2003, p. 10.

¹¹ Becerril, Andrea, “La Cámara de Diputados archivó la cuenta pública de 2001 sin dictamen”, *La Jornada*, núm. 6709, sección política, 3 de mayo de 2003, p. 9.

¹² Secretaría de la Contraloría General de la Federación, *La renovación moral de la sociedad, 1982-1988*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 12.

dicos aplicables a la materia para una futura teoría del control de la administración pública.

Para lograr este objetivo, en el capítulo primero se enunciaran algunos antecedentes históricos en materia de control en el país; se establecerá un concepto de derecho que sirva de marco referencial; nos ocuparemos de la palabra función; de la voz control y sus clasificaciones, en especial nos detendremos en los conceptos de control interno o autocontrol y externo, preventivo, correctivo y represivo. En el capítulo segundo se abordará el estudio del control interno, ejemplo del autocontrol que la administración realiza de su actividad; la estructura de la administración pública; una referencia al marco normativo del control y de las relaciones entre la administración pública y los gobernados. En el capítulo tercero se estudiaran a las funciones administrativa y jurisdiccional de los órganos internos de control y la delimitación de las cuestiones que involucra la potestad disciplinaria. El capítulo cuarto contiene el análisis del control externo de la administración pública, con ese fin estudiaremos a la ESF y a la CMHALDF; además, de la trascendencia del control externo de la administración pública. En el capítulo quinto, un ejercicio de derecho comparado, estudiando las legislaciones de Canadá, España, Francia y de algunos países de América Latina. En el capítulo sexto, una serie de apuntes para una teoría del control administrativo, delimitando algunos conceptos que se utilizan cotidianamente en el marco de la actividad de control e incorporando aquellos que, por su importancia, deberían ser usados en la práctica cotidiana de los órganos encargados del control de la administración pública. Debemos destacar que la idea que inspira este trabajo consiste en aportar una serie de elementos para una mejor comprensión de la materia de control de la administración pública, por lo que no pretendemos agotar los temas propuestos.

Entendemos que la administración pública cambia día a día, de hecho, uno de los límites del presente trabajo es la dinámica del proceso legislativo, que parece que sólo enfrenta los problemas de la administración pública expidiendo nuevas leyes; además, sabemos que el derecho administrativo en México se ha ocupado de estudiar la materia del control, sin embargo los enfoques han sido aislados y encaminados hacia la cuestión administrativa de la materia, menospreciando al derecho o, en el mejor de los casos, subordinando el derecho a la contabilidad o a la política. Esto ha provocado desarticulación en el tema, lo que lleva a un actuar

INTRODUCCIÓN

XXV

discrecional de la autoridad, e incorpora a la actividad administrativa corrupción e impunidad. Porque en la discrecionalidad encuentran todos los autoritarismos un campo fértil para prohijar el huevo de la serpiente: la corrupción. Y la corrupción permite que la justicia se prostituya, puesto que la pone al servicio del mejor postor.

En el siglo XXI los controles se encuentran en crisis, debido a su obscura regulación y al uso político que se hace de éstos, por lo que México requiere institucionalizar sus controles administrativos juridificándolos. El cuerno de la abundancia ya se acabó, o cuidamos nuestros recursos públicos o un día la crisis a la que nos enfrentaremos será de tal magnitud que, sin exagerar, podría poner en riesgo el futuro de la nación. Aunque es demasiado pronto para evaluar, nos enfrentamos al posible fracaso del “gobierno del cambio”. El desprecio por el derecho es la impronta del gobierno de los gerentes. En este sentido los juristas debemos volver nuestros ojos al derecho y en materia de control a los controles regulados en la ley para fortalecerlos. A esta tarea pensamos dedicar el presente trabajo.