

HERRAMIENTAS PARA ENFRENTAR LA CORRUPCIÓN

Jaime CÁRDENAS*

SUMARIO: I. *Huir de la falacia de las soluciones únicas.* II. *Comenzar desde la reforma democrática.* III. *La construcción de un Estado de derecho.* IV. *La transparencia en los asuntos públicos.* V. *Controles independientes y fuertes.* VI. *El control de la sociedad civil.* VII. *Entender que es un fenómeno que debe verse en perspectiva global.* VIII. *La modernización administrativa y el servicio civil de carrera.* IX. *Órganos especializados de combate a la corrupción y coordinación entre ellos.* X. *Una nueva cultura jurídica.*

I. HUIR DE LA FALACIA DE LAS SOLUCIONES ÚNICAS

Como lo ha indicado Transparencia Internacional,¹ las soluciones contra la corrupción no pueden ser unívocas. Es verdad que algunos instrumentos pueden ser muy útiles como los referentes a la educación y la construcción de ciudadanía, pero no podría razonablemente señalarse que la corrupción se soluciona sólo con medidas preventivas, que basta introducir, por ejemplo, códigos de ética en las oficinas públicas y las empresas, o que se resuelve con más y mejores mecanismos de rendición de cuentas, o sólo con

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Transparencia Internacional, *Libro de consulta 2000*, t. I., pp. 75 y ss.

reformas legales que incrementarán penas y sanciones a corruptos, o con salarios más altos a los funcionarios o, mediante el servicio profesional de carrera, etcétera. El combate a la corrupción exige las medidas anteriores y, muchísimas más, que reformulen tanto el tipo de democracia como la manera en la que se concibe actualmente el Estado de derecho, uno más garantista, que se base en el respeto pleno a los derechos humanos, los de libertad y los de igualdad, con el propósito de que la sociedad sea más libre e igualitaria, pues en condiciones de marginación y pobreza es muy difícil que exista un clima propicio para enfrentar la corrupción.²

La lucha contra la corrupción entraña tomarse muy en serio el papel de los factores reales de poder: partidos, medios de comunicación electrónica, empresas nacionales y transnacionales, iglesias, ejército y, su incidencia en ella, pues la corrupción no puede entenderse sólo desde el análisis de los poderes públicos tradicionales, o desde una visión exclusiva del sector privado o del social; los factores reales de poder mediatizan el funcionamiento de las instituciones públicas. También las cruzadas contra la corrupción deben situarse dentro de los parámetros del mundo actual: global, multicultural, y pluriétnico como es nuestro caso, de otro modo, cualquier ejercicio de contextualización carece de relevancia, en tanto que la corrupción no es un fenómeno ahistórico sino que tiene condiciones y manifestaciones particulares dependiendo de las características de cada sociedad concreta y del tipo de régimen político que en la situación particular impere.

La corrupción es una hidra que exige respuestas múltiples y complejas. Es insuficiente, como se ha hecho en México, concentrar casi todos los esfuerzos institucionales en las prácticas y reglas electorales y, descuidar el resto de las instituciones y prácticas, aunque en materia electoral, el actual diseño favorece la corrupción como en el caso del financiamiento privado que vincula nocivamente al poder económico con el poder político y que

² Prieto Sanchís, Luis, “Constitucionalismo y garantismo”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 41-57.

permite que los empresarios después cobren sus dividendos e impidan que proyectos de leyes, como el de radio y televisión o, en materia de telecomunicaciones, no sean aprobados en el Congreso. Un Poder Judicial fuerte e independiente, por poner un ejemplo, de nada sirve, si no existe una reforma profunda al Ministerio Público, a las policías y a la legislación penal. En México, es imprescindible construir un sistema de integridad nacional contra la corrupción, que entre otras medidas, además de los cambios de diseño institucional necesarios, parte de las siguientes premisas: 1) la coordinación y vinculación entre todas las instituciones de investigación y resolución, federales y locales, que enfrentan la corrupción; 2) la de perfeccionar los mecanismos de combate a la corrupción política porque ésta tiende a convertirse en corrupción pública, una vez que los partidos y los intereses económicos que están detrás de ellos, integran los órganos de poder, para ello es necesario: incrementar las atribuciones de fiscalización de los órganos electorales, publicitar los procedimientos de fiscalización a partidos y agrupaciones políticas y no sólo los resultados de esa fiscalización, derogar el financiamiento privado, que la propaganda político y electoral se difunda en los tiempos gratuitos —tiempos fiscales y tiempos del Estado—, y perfeccionar las reglas y principios de equidad para la competencia política;³ 3) la de lograr en los órganos de *accountability* horizontal (tribunales, Ministerio Público, órganos de control externo, electorales, etcétera), mayores niveles de autonomía e independencia, así como de vigilancia ciudadana; 4) dirigir la lucha contra la corrupción no sólo a los poderes tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), sino a todo el aparato del Estado y a los factores reales de poder; 5) propiciar mayores niveles de participación y deliberación social en las decisiones públicas; 6) transparentar de manera radical —procedimientos y resultados— el aparato del Estado y la organización y funcionamiento de los factores reales de poder: partidos, sindicatos, organizaciones empresariales, medios

³ Shapiro, Ian, *The State of Democratic Theory*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2003.

de comunicación electrónica; 7) generar una cultura de la rendición de cuentas; 8) revisar el sistema de responsabilidades a los servidores públicos —políticas penales, administrativas, civiles, laborales, etcétera—; 9) modernizar la administración pública y consolidar el servicio civil de carrera, y 10) garantizar, fomentar y promover los derechos humanos, es decir, orientar toda la actividad del Estado a su promoción, desarrollo y respeto.

Como dice Federico Reyes Heroles,⁴ la corrupción está vinculada a un sinnúmero de factores. Por un lado, a la falta de libertades, no es casualidad que los países más corruptos son aquellos que restringen las libertades, pues en donde las libertades funcionan, la capacidad de denuncia de la sociedad es mayor y la corrupción tiende a disminuir; por otro, a la fortaleza institucional del Estado de derecho;⁵ la Encuesta Mundial de Valores y el Latinobarómetro indican que las instituciones (leyes, todo tipo de normas, aparatos burocráticos) cuando son eficaces y funcionan bien —se orientan por los derechos humanos, por ejemplo— combaten mejor a la corrupción. Además, la existencia de corrupción está relacionada con la falta de una conciencia de que representa un problema mayor, si como en el caso mexicano, se considera por el 25% de la población como algo “natural”, es obvio que habrá dificultades para enfrentarla. La corrupción se resuelve con transparencia y más transparencia, hacer sentir a los servidores públicos y ciudadanos que sus funciones, que tienen que ver con lo público o que inciden en lo público, serán observadas, fiscalizadas y, en su caso, si existen responsabilidades, condenadas; una sociedad que no vigila y fiscaliza, promueve la corrupción. Para luchar contra la corrupción es importante que los operadores jurídicos y los ciudadanos tengan adhesión a su sistema normativo, la tendrán sólo si consideran que éste tiene un origen democrático y está dirigido a salvaguardar derechos

⁴ Reyes Heroles, Federico, *Entre las bestias y los dioses. Del espíritu de las leyes y de los valores políticos*, México, Océano, 2004, pp. 77 y ss.

⁵ Fukuyama, Francis, *La construcción del Estado. Hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*, Barcelona, Ediciones B, 2004, pp. 41 y ss.

humanos. Igualmente es importante hacer ver y demostrar a la ciudadanía y a los servidores públicos, que la existencia de corrupción promueve el atraso de los países,⁶ la ausencia de inversiones e incrementa las desigualdades sociales.

II. COMENZAR DESDE LA REFORMA DEMOCRÁTICA

Dice Virgilio Zapatero que el sistema democrático⁷ no se puede organizar sino es a partir de cierta desconfianza hacia quienes detentan el poder político. La democracia funciona mejor si hay profesionales que hagan funcionar las alarmas, escrutando los actos de los gobernantes. Además de combatir la corrupción con premios y castigos, se necesita una infraestructura moral de la sociedad y de sus dirigentes, unas relaciones de lealtad que taponen en el plano individual los resquicios que dejan las instituciones y las leyes. Sin ese mínimo moral, difícilmente las instituciones funcionarían.⁸

La democracia representativa no está bien equipada para combatir la corrupción. Ésta se concibió a partir de la selección de unos pocos miembros de cada uno de los grupos en que se consideraba dividida la sociedad, el sistema representativo permitía la plena representación de esos sectores. El problema es que esa democracia ya no representa a muchos sectores sociales, debido a la complejidad y heterogeneidad de las sociedades contemporáneas. La democracia representativa no abarca a “toda” la sociedad. Además, el sistema representativo ha ido abriendo más y más la brecha entre representantes y representados; la desconexión es patente, de ahí la crisis de esta forma de democracia y la pertinencia del término usado por O’Donnell de “democra-

⁶ Reyes Heroles, Federico, *op. cit.*, nota 4, p. 86.

⁷ Zapatero, Virgilio (comp.), *La corrupción*, en prensa, 2005, p. 4.

⁸ Cortina, Adela, *Ética mínima*, Madrid, Tecnos, 1986, y Cortina, Adela, “Ética de la sociedad civil. ¿Una antídoto contra la corrupción?”, *Claves de razón práctica*, Madrid, 1994, núm. 45, pp. 24-31.

cia delegativa” para referirse a las democracias latinoamericanas que no cuentan con fuertes mecanismos de rendición de cuentas horizontales.⁹

Aunque la democracia representativa ideó un sistema de pesos y contrapesos para controlar el poder y la arbitrariedad, este mecanismo ha perdido su ímpetu; carece de profundidad deliberativa, se delibera, acaso en otra parte, como en los medios, existe complicidad entre los poderes, produce opacidad y, ha conducido a una guerra armada y perpetua entre las distintas ramas del poder, que en ocasiones conduce al congelamiento y a la parálisis institucional,¹⁰ si se supera la parálisis, los contenidos de la ley se negocian y contractualizan o, un poder fagocita a los demás y los subyuga, limitando su independencia. Los auténticos poderes no están en las instituciones tradicionales sino al margen de ellos, estos poderes (partidos, medios, intereses transnacionales y globalizadores) manipulan el funcionamiento de los poderes tradicionales, no actúan con transparencia, ni deliberan, reducen a las instituciones a su mínima expresión, éstas son una máscara o correa de transmisión de esos factores reales de poder. Las decisiones de los metapoderes están totalmente fuera del control ciudadano.

La influencia de los factores reales de poder ha obligado a construir nuevos órganos, los constitucionales autónomos, con el propósito de controlarlos. Sin embargo, esos nuevos órganos son colonizados y mediatizados, en muchas ocasiones, por los factores reales de poder, principalmente por los partidos políticos. Ante este panorama, la corrupción tiene un campo fértil. La democracia representativa no representa a muchos sectores; en ella, algunos obtienen ventajas y otros quedan permanentemente al margen, la rendición de cuentas no es efectiva —en ocasiones

⁹ O'Donnell, Guillermo, *Counterpoints. Selected Essays on Authoritarianism and Democratization*, Notre Dame Indiana, University of Notre Dame Press, 1999, pp. 159 y ss.

¹⁰ Linz, Juan, “The Perils of Presidentialism”, en Lijphart, Arend, *Parliamentary versus Presidential Government*, Oxford, Oxford University Press, 1992.

ni la vertical por la compra de votos, poder de manipulación de los medios, parcialidad de los órganos electorales—, el sistema de pesos y contrapesos no ha propiciado la rendición de cuentas horizontal por la colonización y mediatisación de poderes y órganos autónomos a cargo de factores reales de poder, la sociedad no cuenta con mecanismos poderosos para proteger sus derechos individuales, colectivos y difusos y no existen mecanismos procesales para acceder efectivamente a la justicia.

Las fallas del sistema representativo hacen que los ciudadanos no sean fieles al sistema normativo, éste carece de legitimidad. La corrupción es una respuesta, ciertamente inadecuada, pero inevitable, para sobrevivir y obtener ventajas, en un esquema en el que se confía poco en las instituciones. No se cree en ellas porque no funcionan. La corrupción es una de las respuestas a la incapacidad para construir una democracia de calidad.

El concepto democrático no puede reducirse sólo a elecciones, y el ciudadano no puede ser rehén en las etapas interelectorales. Hace falta poner el acento en diversos temas que la democracia representativa olvida: la participación ciudadana, la publicidad de los asuntos públicos, el reconocimiento de la deliberación, la rendición de cuentas horizontal y social, contrarrestar el poder de los factores reales del poder para que no se excluyan del campo del derecho, y democratizar internamente organizaciones como los partidos políticos.

En este contexto, la participación ciudadana¹¹ tiene muchas ventajas para compensar algunas insuficiencias de la democracia representativa, entre las que señalamos:

- 1) Incluye a sectores excluidos.
- 2) Involucra a los ciudadanos en los asuntos públicos, con lo que se legitima el sistema político y las decisiones que se adoptan en la sociedad.

¹¹ Santos, Boaventura de Sousa, *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 391 y ss.

3) Permite, como en Brasil y la India —los presupuestos participativos—, la redistribución de la riqueza mediante el señalamiento de las prioridades sociales en el gasto.

4) Es un mecanismo que vuelve a unir a gobernados con gobernantes.

5) Auxilia en el combate a la corrupción a través de mecanismos de control ciudadano, por ejemplo, la auditoría ciudadana permite dar seguimiento a los servidores públicos en la toma de decisiones para advertir si cumplen debidamente con sus cometidos.

6) Puede combinarse con la democracia representativa.

7) Son válvulas de escape frente al descontento popular.

8) Permiten que voces que no son normalmente tomadas en cuenta sean escuchadas.

9) Son mecanismos de participación alternativos a los partidos.

10) Limita el elitismo político, promueve la movilidad de las élites políticas, y alienta la transparencia en la deliberación de los asuntos públicos.

Respecto a los mecanismos de democracia participativa, se debe asumir que los ciudadanos deben tener la oportunidad de evaluar la responsabilidad del gobierno en términos de la satisfacción de sus necesidades y requerimientos, y sólo los ciudadanos son capaces de hacerlo porque saben más que los gobernantes acerca de sus necesidades. La participación es un correctivo a las deficiencias de la democracia representativa y es un instrumento poderoso para enfrentar la corrupción.

En cuanto a la publicidad de los actos de poder, lo primero que debe señalarse es que no es un dato marginal o secundario a la democracia. El ciudadano debe no sólo informarse para después decidir, sino informarse para vigilar al representante.¹² Como lo ha explicado Amartya Sen,¹³ los malos gobiernos necesitan el se-

¹² Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, p. 431.

¹³ Sen, Amartya, “¿Puede la democracia impedir las hambrunas?”, *Revista Etcétera*, México, núm. 3, febrero 1993.

creto para sobrevivir, pues permiten que se perpetúen la insuficiencia, el despilfarro y la corrupción, como en el caso de las hambrunas que existen en países sin prensa libre y publicidad y, nunca en aquéllos que mantienen abierta la información.

La publicidad exige un grado máximo de realización, es un “mandato de optimización”¹⁴ y esa instrucción se refiere no sólo a la publicación de las medidas legales, administrativas y judiciales adoptadas, sino al procedimiento que precedió el dictado de las medidas.¹⁵ En nuestro país hace falta una reforma legal que abra a la publicidad también los procedimientos para la determinación de resultados. Estas reformas deben comprender además, la autonomía plena del órgano que garantiza el acceso a la información —Instituto Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental— para que no permanezca dentro de la órbita del Ejecutivo, reducir el número de causales de la información reservada, incluir como sujetos obligados de la ley a partidos, organizaciones empresariales, sindicatos, iglesias, etcétera y, a todo el aparato del Estado; obligar a todos los órganos de composición colegiada del Estado y en todos los niveles de autoridad, a la plena publicidad; garantizar que cualquier procedimiento de fiscalización en donde estén involucrados recursos públicos sean públicos, y designar a los titulares del Instituto de Acceso a la Información Pública Gubernamental con participación ciudadana.

Una materia relevante para la publicidad política y el combate a la corrupción es la publicidad de la vida interna de los partidos. Los partidos no sólo deciden sobre candidaturas y dirigencias, sino sobre políticas públicas, estrategias legislativas, administrativas, judiciales, electorales, y por ello, sus decisiones y procedimientos deben abrirse. Sin la presencia de los partidos no se

¹⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

¹⁵ Garzón Valdés, Ernesto, “El principio de publicidad: problemas éticos y jurídicos”, *Revista Doxa*, Alicante, 1993, núm. 14, pp. 77-95, y Garzón Valdés, Ernesto, *Lo íntimo, lo privado y lo público*, México, IFAI, Cuadernos de transparencia, núm. 6, 2005.

puede explicar ningún sistema constitucional y político contemporáneo.

Los medios de comunicación deben hacer de la publicidad de los asuntos públicos su causa, pero para ello, deben previamente transformarse a partir de una Ley de Radio y Televisión adecuada a nuestro tiempo democrático. Es preciso que las concesiones y permisos para operar medios electrónicos no estén en manos del Ejecutivo, sino de un órgano autónomo del Estado que funcione con transparencia. También es fundamental limitar cualquier tendencia monopólica y de concentración en los medios mexicanos. Deben fomentarse las modalidades de participación social en los medios para que grupos sociales sin voz la tengan. La publicidad política y electoral tendrá que realizarse a través de los tiempos del Estado. Sin medidas como las anteriores, y por el gran poder que los medios tienen en las sociedades contemporáneas, será muy lento y difícil abrir la vida pública, las madejas de interés entre los políticos y los empresarios de los medios subsistirán, cubriendo de opacidad la vida institucional.

La deliberación de los asuntos públicos es un elemento fundamental en una democracia avanzada. La democracia deliberativa demanda que la autorización para ejercer el poder sea la consecuencia de una permanente discusión, mediante el establecimiento de un esquema de disposiciones que garanticen la responsabilidad y la rendición de cuentas ante los ciudadanos por parte de quienes ejercen el poder público, no sólo a través de elecciones, sino con procedimientos públicos de argumentación que disputen con la clase política las prerrogativas de la decisión política.¹⁶ La deliberación funciona si se dan una serie de condiciones que Habermas ha expuesto en la filosofía,¹⁷ y que Alexy, en el campo del derecho, ha desarrollado.¹⁸

¹⁶ Avritzer, Leonardo, “Teoría democrática, esfera pública y deliberación”, *Metapolítica*, México, vol. 4, abril-junio 2000, pp. 76-87.

¹⁷ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

¹⁸ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

Los partidarios de la democracia deliberativa son conscientes de que la regla de la mayoría no garantiza la imparcialidad. Una decisión apoyada por una mayoría y no por todos los involucrados en el conflicto puede ser parcial. La unanimidad tampoco es ideal, en buena medida por las necesidades reales de tomar una decisión en tiempo limitado: la unanimidad como regla exclusiva conduciría indefectiblemente al *status quo*. Nino defiende la deliberación por su carácter inclusivo, público, argumentativo, igualitario, porque coloca sobre la mesa razones, y no sólo intereses egoístas y, por su tendencia a la imparcialidad derivada de la colegiación de las decisiones en un proceso abierto, integrador, basado en la racionabilidad y en el mejor argumento.¹⁹ Otros se oponen a ella por su carácter ideal, utópico, y porque el consenso que puede resultar de la deliberación, limita la disidencia, por lo que prefieren el aliento a la competencia política para profundizar en la democracia.²⁰ La deliberación potencia la esfera pública y el ámbito social frente y respecto a los planos estatales o centrados en la clase política. La sociedad no se entiende como una entidad pasiva que espera señales de los políticos que compiten por su favor. Más bien, determina el comportamiento de los políticos, asume un rol activo, propositivo y no meramente reactivo. La democracia deliberativa intenta resolver el problema de la conexión entre el mundo de la esfera pública informal y social con el sistema político formal. El lugar de la deliberación está centrado en la esfera pública y piensa al proceso institucional como un proceso de constitución de instituciones para la deliberación pública.²¹

Uno de los aciertos de la democracia deliberativa está en el control ciudadano a lo estatal para que las instituciones no actúen de forma autoritaria. Se propone que los ciudadanos recuperen una actitud ofensiva frente a las instituciones. La democracia de-

¹⁹ Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 166-180.

²⁰ Shapiro, Ian, *op. cit.*, nota 3.

²¹ Avritzer, Leonardo, *op. cit.*, nota 16, p. 85.

liberativa pide que el sistema representativo sea modificado en las cuatro etapas clásicas del proceso: debate, mandato, control y actuación gubernamental, para incrementar la deliberación,²² la calidad de la democracia, y poder enfrentar mejor la corrupción al exponerla, cuestionarla y generar herramientas para solucionarla mediante la discusión pública de los asuntos.

Los controles institucionales-horizontales y sociales están vinculados a los correctivos participativos y deliberativos a la democracia representativa tradicional. Se trata, mediante el apoyo ciudadano, de darle más peso a las instituciones de control estatal y de generar un control social vigoroso y crítico frente a lo estatal. Los órganos de control, poderes tradicionales y órganos constitucionales autónomos son elementos clave en la lucha contra la corrupción. Los órganos de control del Estado fueron diseñados en buena medida para combatir la corrupción, por eso se requiere darles más autonomía, transparencia y democracia interna, y sobre todo más poderes de fiscalización.²³ A las instituciones de control social es preciso alentarlas a través de los mecanismos de democracia directa, establecer instituciones jurídicas de protección de intereses difusos y colectivos, garantizar las candidaturas independientes, contemplar la figura del *amicus curiae* en los procedimientos judiciales y administrativos. Además, la *accountability* social tiene también forma de expresarse a través de la movilización social, la resistencia y la desobediencia civil. Todas ellas, formas legítimas de reclamo y de lucha política, que tienen por propósito señalar injusticias en el sistema normativo o institucional por la vía pacífica para exigir el cambio de un estado de cosas. Otros mecanismos de *accountability* social implican el uso de las estrategias mediáticas, por eso, las organizaciones ciudadanas deben disponer de tiempo en los medios de comunicación electrónica a fin de defender posiciones ante la ciudadanía.

²² Porras Nadales, Antonio, *Representación y democracia avanzada*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, núm. 50, 1994.

²³ Cárdenas Gracia, Jaime, *Lecciones de los asuntos PEMEX y Amigos de Fox*, México, UNAM, 2004, pp. 133-179.

Igualmente, es necesario desarrollar el periodismo de investigación para sacar a la luz abusos y actos de corrupción.

Para que florezca la sociedad civil es necesario construir un Estado robusto y competente.²⁴ Por este motivo, el control horizontal institucional está vinculado al control ciudadano. Ambos van de la mano y son necesarios para prevenir, controlar y sancionar la corrupción. La sociedad debe presionar cambios en el Estado, y en la medida de lo posible, el Estado en la sociedad.

La revisión de la democracia representativa enfrenta nuevos retos como el de la globalización. Cualquier propuesta de combate a la corrupción es necesaria entenderla desde la globalización, nociones como interés general o interés común han sido afectadas por los intereses del mercado trasnacional. La dictadura de los mercados, la circulación de los capitales en provecho de los dictados del capitalismo especulativo parecen decírnos que el mercado gobierna y engloba todo.²⁵ Detrás de la globalización se afirma el poder creciente de las empresas financieras.

El desmantelamiento de las soberanías se ha hecho bajo la presión de estructuras tecnocráticas creadas por algunos gobiernos por encima de sus constituciones y sistemas normativos. Ante ello, es imprescindible preservar el Estado y sus instrumentos de control; el Estado será más poderoso y eficaz cuanto mejor sepa integrar la democracia ciudadana. También es necesario actuar mundialmente para reformar las instituciones internacionales a fin de abrir las y democratizarlas. Se debe reestructurar el sistema financiero internacional para transparentarlo y hacerlo más justo, proteger al trabajador, al medio ambiente y al cliente. Igualmente, se debe insistir en que no todo debe dejarse en manos de la mercantilización: la salud, la educación, la cultura, los recursos no renovables deben pertenecer al sector público, no al comercial. Fundamental en la lucha contra la corrupción es poner bajo control los paraísos fiscales y fijar impuestos respecto a los

²⁴ Fukuyama, Francis, *op. cit.*, nota 5, p. 20.

²⁵ Nair, Sami, "Mundialización, interés general y civilización", *Revista Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 124, julio-agosto 2002, pp. 12-18.

capitales especulativos. La mundialización tiene que orientarse a reducir la deuda del tercer mundo y crear nuevos fondos internacionales para el crédito de esos países.²⁶ Un punto toral reside en mundializar el constitucionalismo a fin que las relaciones económicas y otras, producto de la globalización, no queden al margen del derecho y del control ciudadano. La reversión de los procesos de globalización injustos y la limitación al poder de los medios de comunicación electrónica es tarea de ese constitucionalismo mundial. Las instituciones mundiales y nacionales requieren apertura, incorporación de los excluidos, publicidad de sus acciones y decisiones, así como deliberación y control ciudadano.

Un nuevo enfoque sobre la democracia consiste en poner énfasis en los factores reales de poder, principalmente en los partidos políticos. Resulta una contradicción que la democracia funcione con organizaciones antidemocráticas que cooptan el aparato del Estado y se lo reparten como botín. Se debe penetrar socialmente en la vida interna de los partidos para que éstos tengan vida realmente democrática y, en ese orden de ideas, hay que privarlos del monopolio representativo a través de figuras como las candidaturas independientes.

La crisis partidista, con corrupción añadida por financiamientos ilegales —pero no sólo por ello—, es una crisis de los sistemas representativos. Si los partidos se comportan como grupos burocratizados y oligárquicos que controlan el proceso democrático y el aparato del Estado, resulta absurdo no reconocer que la falta de democracia interna se traduce en un déficit de la democracia representativa.²⁷

Los partidos deben ser acompañados con nuevos movimientos sociales y con mecanismos jurídicos que garanticen los dere-

²⁶ Held, David, “¿Hay que regular la globalización? La reinvenCIÓN de la política”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, México, Porrúa-UNAM, 2001, p. 47.

²⁷ Blanco Valdés, Roberto, “Ley de bronce, partidos de hojalata (crisis de los partidos y legitimidad democrática en la frontera del fin de siglo)”, en Portas Nadales, Antonio, *El debate sobre la crisis de la representación política*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 197.

chos humanos de los militantes y simpatizantes, con regulación de organización y procedimientos democráticos, con respecto a la disidencia interna con vías de protección para ella y, con controles independientes y externos para que se acaten las exigencias anteriores.²⁸ No es fácil la modificación de las estructuras oligárquicas, pero con presión social se pueden ir logrando cambios de trascendencia. En México, es necesario derogar el financiamiento privado, cortar jurídicamente la vinculación entre partidos y medios electrónicos, incorporar más atribuciones de fiscalización al órgano electoral para construir una democracia avanzada y combatir la corrupción. No es un asunto menor, es uno de esos elementos estratégicos que permitirán combatir la corrupción ahora y en el futuro.

III. LA CONSTRUCCIÓN DE UN ESTADO DE DERECHO

El Estado de derecho ha evolucionado en los dos siglos anteriores. El del siglo XIX fue un Estado apoyado en la legalidad, basado en una sociedad homogénea, con voto censitario que excluía a las mujeres, con predominio del Legislativo sobre el Ejecutivo y el Judicial y, en algunos países con relativos instrumentos de *accountability* vertical y, con gran debilidad de la *accountability* horizontal institucional, salvo el caso de los Estados Unidos.

El Estado de derecho de gran parte del siglo XX fue el Estado de bienestar, apoyado en el protagonismo económico del aparato del Estado, que extendió los derechos políticos a los mayores de edad y a las mujeres, y con reconocimiento —aunque sin suficientes garantías— de los derechos económicos, sociales y culturales. Los mecanismos de *accountability* vertical han sido

²⁸ Castillo González, Leonel, *Los derechos de la militancia partidista y la jurisdicción*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2004, y Cárdenas Gracia, Jaime, *Crisis de legitimidad y democracia interna de los partidos políticos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

deficientes, porque aun en las democracias más avanzadas perviven prácticas de fraude electoral y, principalmente, porque la distancia entre representantes y representados es cada día más grande y, aunque ha habido alguna mejoría en los horizontales, éstos aún carecen de la fortaleza —autonomía— para combatir la corrupción. El Estado de bienestar operó en una sociedad compleja y heterogénea en donde ciertos factores reales de poder como los partidos, medios, empresas nacionales e internacionales colonizan a las instituciones y con ello, entran en crisis las características del positivismo jurídico tradicional: estatalismo, legalismo y la naturaleza coactiva del derecho.

El Estado de derecho de finales del siglo XX y principios del XXI se distingue de los anteriores por la crisis que vive la soberanía estatal, el desarrollo de la globalización, el papel de la multiculturalidad, las nuevas reivindicaciones sociales (de género, sexuales, ecológicas, etcétera), el papel de los medios y el de la información. Ante estas nuevas realidades, los mecanismos de *accountability*, verticales y horizontales, tal como fueron diseñados y formulados han perclitado por completo. Se requieren órganos de control al poder nacional y trasnacional más vigorosos, pero éstos aún no son concebidos o, si los son, no encuentran espacios de realización. El Estado de derecho, como institucionalización jurídica de la democracia, se identifica actualmente con la idea de derechos humanos fuertes, en donde ni las mayorías legislativas pueden decidir sobre los mismos para restringirlos o para impedir su desarrollo.²⁹ Guillermo O'Donnell señala que el Estado de derecho debe ser genuinamente democrático, debe asegurar los derechos políticos, las libertades civiles y los mecanismos de *accountability*.³⁰ Estos últimos son la piedra de toque, el elemento angular del Estado de derecho. En el Estado de derecho no basta una legislación adecuada, sino también una red de ins-

²⁹ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

³⁰ O'Donnell, Guillermo, “América Latina: ¿Y el Estado de derecho?”, *Nexos*, México, núm. 325, enero 2005, pp. 19-27.

tituciones estatales que aseguren la efectividad del sistema legal, además de una *accountability* social que refuerce la trascendencia de la *accountability* horizontal institucional.

Los órganos de control del Estado son fundamentales para el combate a la corrupción, siempre y cuando sean efectivos e independientes, se orienten hacia los intereses sociales y a la plena garantía de los derechos humanos. Desde el punto de vista del combate a la corrupción, el Estado de derecho debe verse desde las dimensiones de la *accountability* horizontal y social. No se trata de olvidar aspectos como el de la garantía a los derechos humanos o los mecanismos democráticos de origen y ejercicio del poder público, pues ahí también se encuentran explicaciones sobre las limitaciones al momento de enfrentar la lucha contra la corrupción. Sin embargo, los órganos de control del poder son determinantes en la minimización legítima de la corrupción.

El Poder Judicial en México sigue siendo un poder débil que no cumple su función de garantizar el acceso a la justicia y la protección judicial de miles de personas, un poder ineficiente en donde la resolución de conflictos espera años para obtener una respuesta judicial que no siempre es de calidad. El combate a la corrupción pasa en un importantísimo lugar por un Poder Judicial que prohíbe un Estado de derecho orientado a la protección de los derechos humanos.

Lo anterior es de difícil realización. El Poder Judicial federal es incapaz de enfrentar la realidad nacional con ojos y espíritu constitucionales. Proliferan los sobreseimientos en materia de amparo, los jueces son evaluados por su capacidad para dictar el mayor número de sentencias, las que desgraciadamente, en su mayor parte, no atienden el fondo del asunto; hace falta una cultura jurídica constitucional que obligue a los jueces a entrar al fondo del asunto y que no busque afanosamente una deficiencia formal para dejar de estudiar los temas torales de una controversia.³¹

³¹ Magaloni, Ana Laura y Negrete, Layda, *El Poder Judicial y su política de decidir sin resolver*, México, CIDE, núm. 1, diciembre 2001.

El número de protestas sociales en México se incrementa debido a la inoperancia de las instituciones; la impunidad en materia penal es, por ejemplo, reveladora de lo que aquí se comenta. Se castiga menos del 1% de los delitos cometidos.³² El acceso al sistema de justicia se ve bloqueado porque muchos sectores sociales, sobre todo las minorías, no tienen vías procesales para reclamar y proteger derechos colectivos, sociales, difusos.³³ Nuevas instituciones procesales deben ser introducidas para garantizar los derechos, principalmente los económicos, sociales y culturales. Es tan aberrante el sistema jurídico en materia de combate a la corrupción que, por ejemplo, la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos no contiene recurso para que los ciudadanos que formularon la queja o denuncia, por conductas de un servidor público presumiblemente corrupto, puedan oponerse a las decisiones de las contralorías. Algunos tribunales administrativos de carácter contencioso atienden sólo aspectos formales en las decisiones que emiten y, declaran nulidades simples y llanas que impiden a las autoridades de control volver a plantear los asuntos, aunque se corrijan las deficiencias formales.

La independencia del Poder Judicial es precaria. Mario Melgar señala que importantísimas decisiones del Poder Judicial federal revelan su cercanía al Ejecutivo: en materia fiscal, uso de las fuerzas armadas, autonomía municipal, anatocismo, materia indígena, atribuciones de control de la Auditoría Superior de la Federación.³⁴ La independencia externa e interna, tanto del Poder Judicial federal como la de los locales, sigue siendo limitada. Si

³² Bergman, Marcelo (coord.), *Delincuencia, marginalidad y desempeño constitucional. Resultados de la encuesta de población en reclusión en tres estados de la República mexicana*, México, CIDE, 2003, p. 32.

³³ Gidi, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, México, UNAM, 2004.

³⁴ Melgar Adalid, Mario, “Hacia un auténtico Tribunal Constitucional”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 11, julio-diciembre 2004, pp. 133-155.

México quiere un Estado de derecho, debe construir un Poder Judicial independiente y con una nueva cultura jurídica que lo acerque a la sociedad.

Si analizamos ahora al Ministerio Público, la situación es todavía peor a la del Poder Judicial. Es una dependencia al Poder Ejecutivo sin autonomía, sin un servicio civil de carrera eficaz y con un pasado de corrupción a cuestas más que lastimoso. Se necesita aquí también un nuevo diseño que dé plena autonomía al Ministerio Público. Jorge Carpizo propone un modelo³⁵ que se podría trabajar para ahondar las condiciones de independencia de las instancias de procuración de justicia. Sin autonomía y profesionalización en el Ministerio Público y en la policía, cualquier sistema judicial, por más perfecto que sea, estaría incompleto y no será suficiente en la tarea de construcción del Estado de derecho.

México también requiere de un tribunal constitucional, aunque voces acreditadas³⁶ se opongan a ello. Un tribunal constitucional que sea el árbitro entre los poderes y órganos del Estado y que esté en favor de los ciudadanos, y que inclusive defienda a éstos de las arbitrariedades del Poder Judicial. El pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es un remedio de órgano de control constitucional, no conoce de muchos asuntos que son fundamentales para salvaguardar a la Constitución de las acechanzas del poder; la cultura jurídica de casi todos sus ministros está guiada por criterios muy vetustos que no conciben que su papel es darle a la Constitución plena fuerza normativa y, desde luego, no se ha encargado, ese pleno, a través de sus interpretaciones, de maximizar los derechos fundamentales de los ciudadanos conforme a principios como el *pro homine* y *pro libertatis*. Es necesario

³⁵ Carpizo, Jorge, “El ministerio fiscal como órgano constitucional autónomo”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 125, julio-septiembre 2004, pp. 39-78.

³⁶ Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, UNAM-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1998.

un tribunal constitucional, pues como dice Alejandro Nieto, un tribunal constitucional celoso y vigilante puede enderezar la actuación de todo el Estado³⁷ y, en las condiciones actuales, sería fundamental —siempre y cuando fuere independiente— para resolver la multiplicidad de conflictos que el sistema político, social y económico plantea.

Tampoco tenemos en México órganos de control externo de la actividad financiera del Estado a la altura de las circunstancias. Es preciso hacer de la Auditoría Superior de la Federación y de los órganos locales equivalentes, órganos constitucionales autónomos, con los elementos de independencia orgánica y funcional que poseen esos órganos en el derecho comparado más avanzado. Es necesario transparentar el control económico-financiero del Estado en todas sus fases y no solamente en materia de resultados; debe ampliarse el universo de lo fiscalizado; deben establecerse controles preventivos y concomitantes; deben incorporarse controles financieros de oportunidad y de eficacia dentro de las materias de competencia de los órganos de control externo; su autonomía orgánica, de gestión, financiera y jurídica debe ser fortalecida; debe ser reformada la Constitución para que el presupuesto, los ingresos, el patrimonio y el endeudamiento sean parte de los presupuestos generales del Estado; debe consagrarse en la Constitución que los presupuestos son ley y no actos administrativos; deben conformarse como órganos colegiados, y evitarse los mandarinatos y corporativismos al interior a través de un servicio civil de carrera. Las funciones de estos órganos debe orientarse hacia la reformulación de la administración pública: una eficiente y eficaz. Además, estos órganos deben tener contacto con la sociedad, informarla permanentemente de sus actividades, logros e insuficiencias.

Otros órganos de control deben ser establecidos o fortalecidos como órganos constitucionales autónomos (el electoral, las comisiones de derechos humanos, el Banco de México, el órgano

³⁷ Nieto, Alejandro, “Mecanismos jurídicos del control del poder”, *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003, p. 393.

para la transparencia y la información, para los medios de comunicación, etcétera). Mientras México no tenga poderes y órganos de control fuertes e independientes, nuestro Estado de derecho será inexistente o muy débil. Debe quedar claro que este tipo de órganos son clave en el combate a la corrupción en una época que los poderes tradicionales han sido colonizados, reducidos, controlados por los partidos políticos, los medios de comunicación y los grandes intereses económicos nacionales y trasnacionales. Hay un riesgo: el que también sean cooptados.

La sociedad civil organizada tiene una importante función: participar, deliberar, denunciar, vigilar y proponer. Todo lo que hacen los poderes tradicionales y los nuevos órganos constitucionales debe ser de su incumbencia e injerencia. El control social es el espíritu crítico de la realidad institucional. Si ese aliento crítico no existe, el Estado de derecho ha muerto.

IV. LA TRANSPARENCIA EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS

Sin duda, uno de los puntos clave en el combate a la corrupción es la transparencia de los asuntos públicos. Esto siempre se ha sabido. Los autócratas siempre han considerado al secreto como la base del gobierno. Norberto Bobbio,³⁸ de manera muy precisa, ha recordado a Tácito, Elías Canetti, Zinoviev, Bentham, Foucault, Orwell, y todos ellos, al igual que otros, han considerado que los secretos y la opacidad son elementos antidemocráticos del poder, elementos injustos, ilícitos, inmorales, que desvirtúan a las instituciones.

Carl Schmitt llegó a decir, en su crítica al parlamentarismo, que un parlamento tiene ese carácter en tanto existe la creencia de que su actividad propia está en publicidad.³⁹ El argumento de

³⁸ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 12, pp. 431-437.

³⁹ Schmitt, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 47-50.

Schmitt puede extenderse a cualquier institución del Estado. Si éstas quieren ser legítimas deben ser públicas.

La publicidad o transparencia tiene relación también con la seguridad jurídica, como en su momento lo advirtiera Kelsen,⁴⁰ y con la independencia de las autoridades. Una autoridad independiente se protege de la cooptación y de las presiones mediante la publicidad. Además, la publicidad tiene relación con el proceso político, pues las elecciones y votaciones cumplen la función que les corresponde sólo si el ciudadano está en condiciones de formarse un juicio sobre las cuestiones que hay que decidir. Sin publicidad no hay democracia, ni manera de controlar democráticamente al poder y exigirle cuentas. La publicidad es fundamental para justificar las reglas, las instituciones, las decisiones.

No puede combatirse seriamente la corrupción sin la publicidad más amplia en las instituciones, tanto para que el ciudadano esté informado como para que exija cuentas a la autoridad, optar entre diferentes propuestas políticas, garantizar la seguridad jurídica en las decisiones de autoridad y, permitirle a ésta actuar con independencia al evitar presiones indebidas al mostrarlas. Como dice Ernesto Garzón Valdés, la publicidad es una propiedad dispo-
sicional del Estado de derecho democrático que se pone de manifiesto cada vez que quienes gozan del derecho a la información hacen uso de este derecho.⁴¹

La transparencia y la publicidad de lo público deben ser maximizadas. Por eso, organizaciones no gubernamentales, como “Artículo 19”, han señalado que el criterio fundamental para una ley de acceso a la información pública debe ser la máxima revelación, que consiste en la presunción de que toda información en poder de los órganos públicos debe ser objeto de revelación y que esta presunción sólo puede obviarse en circunstancias excesivamente restringidas. Este criterio debiera estar previsto en la Constitu-

⁴⁰ Citado según Vanossi, Jorge R., “Enfoque jurídico de la corrupción en las Américas”, *Propuesta y Control*, Buenos Aires, núm. 23, 1992, pp. 2558-2572 y 2569.

⁴¹ Garzón Valdés, Ernesto, “El principio...”, *op. cit.*, nota 15, p. 81.

ción. Como bien se sabe, en el ejercicio del derecho a la información no es necesario demostrar ante la autoridad ningún interés específico en la información. El concepto de información, como la de los órganos o entidades públicas obligadas a proporcionar información, debe definirse en los términos más amplios posibles, sin que importen las designaciones formales. El deber de información corresponde a cualquier órgano, poder, instancia de autoridad o de particulares cuando ejercen funciones públicas, manejan recursos públicos o se han beneficiado de algún modo de recursos públicos. Los particulares deben proporcionar información si ésta es necesaria para que las autoridades en el ámbito de sus competencias ejerzan sus atribuciones. También debe existir una cultura de la apertura: toda ley de acceso a la información debe proteger a los ciudadanos que denuncien situaciones irregulares; se deben destinar recursos a la educación de la cultura de la apertura para la educación de la sociedad en materia de información disponible; se deben limitar en todo lo posible las excepciones a la información, y sancionar severamente a la autoridad que niegue información. Los criterios para limitar o reservar información deben estar relacionados con un objetivo legítimo taxativamente expreso en ley, que se amenace con perjuicio real-sustancial-cierto a ese objetivo legítimo y, el perjuicio a ese objetivo debe ser mayor que el interés público en divulgar la información. Nunca debe ser reservada información que tenga que ver con posibles actos de corrupción de autoridades, nunca debe reservarse información para proteger gobiernos o a sus funcionarios por situaciones embarazosas, o contra la revelación de un mal funcionamiento gubernamental. Nunca debe reservarse información bancaria, fiscal e industrial, propiedad intelectual, que impida el ejercicio de atribuciones constitucionales de órganos o poderes del Estado. Nunca debe reservarse información sobre cualquier violación a derechos humanos. Nunca debe reservarse información sobre el incumplimiento de obligaciones legales de servidores públicos, juzgamiento erróneo o violatorio de los derechos de gobernados, las conductas deshonestas o las graves deficiencias de administra-

ción en relación con un órgano público. Y nunca debería reservarse información en leyes diferentes a la de la materia.⁴²

Es obvio que debe de salvaguardarse el principio de legalidad y que, por lo mismo, la determinación de reserva de información debe ser competencia exclusiva del Poder Legislativo.⁴³ Los conceptos generales como secreto, reserva, riesgo para la nación, etcétera, deben definirse en la ley. Un aspecto fundamental en esta materia es que los órganos colegiados de cualquier poder u órgano funcionen y deliberen públicamente, a menos que el contenido de sus trabajos tenga que ver con información reservada en los términos expresos de la ley.

Es muy importante que se proteja a las personas contra toda sanción legal, administrativa o relacionada con el empleo por la divulgación de información sobre inconducta en la función del gobierno. En particular, debe sancionarse severamente cualquier represalia por divulgación de información que no sea reservada en los términos expresos y excepcionales de la ley.

Un tema que en esta materia suele descuidarse es la publicidad en los procedimientos. Según Aulis Aarnio, el mandato de accesibilidad se refiere no sólo a la publicación de las medidas legales, administrativas y judiciales, sino al acceso al procedimiento que precedió a la promulgación o dictado de estas medidas.⁴⁴ La experiencia que hemos tenido en algunos casos de corrupción como en el Pemexgate y Amigos de Fox ilustra lo que aquí se señala.⁴⁵ Sin procedimientos públicos es muy fácil pre-

⁴² Véase el Informe anual del relator especial para la Libertad de Expresión 1999, *El derecho del público a la información, principios relativos a la legislación sobre la libertad de información*, junio de 1999, Organización de Estados Americanos.

⁴³ El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en su párrafo segundo que el ejercicio del derecho de libertad de pensamiento y expresión debe estar expresamente fijado por ley. El artículo 30 de la citada convención, señala que las restricciones a los derechos solamente pueden estar determinados en ley.

⁴⁴ Aarnio, Aulis, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht, D. Reidel Publishing Company, 1987, p. 77.

⁴⁵ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 23, pp. 151-156.

sionar y cooptar a la autoridad, además, se favorece que asuntos fundamentales que transcurren durante el procedimiento y que pueden tener incidencia en el resultado queden sin conocerse ni dimensionarse debidamente. La publicidad en el procedimiento es, como dice Aarnio, una fuente del derecho. La publicidad en el procedimiento ilustra sobre motivos, razones, pruebas y variadas circunstancias que suelen ser decisivas en el resultado. Por ello, es grave que los procedimientos no se transparenten, sobre todo, cuando se trata de asuntos públicos, servidores públicos y recursos públicos que no tendrían porque ser reservados.

México, durante décadas, no tuvo regulación en materia de derecho a la información. En la reforma política de 1977 se modificó el artículo 60. de la Constitución para establecer el derecho a la información. Sin embargo, fue hasta el 11 de junio de 2002, que el *Diario Oficial de la Federación* publicó la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. Esta ley prevé el primer marco sobre el derecho a la información en nuestro país. Sin embargo, posee deficiencias notables para la transparencia. Entre éstas destacamos:

- 1) No es una ley para todos los poderes y órganos del Estado. Es una ley preponderantemente para la administración pública.
- 2) Remite, en el caso del resto de los poderes y órganos del Estado a reglamentos,⁴⁶ lo que viola el principio de reserva de ley de los artículos 13 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 3) El órgano encargado de garantizar el derecho de acceso a la información y transparencia forma parte de la administración pública.⁴⁷ No es un órgano constitucional autónomo y no goza de suficiente independencia para realizar su labor.

⁴⁶ El artículo 61 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental señala que en el caso de los poderes y órganos autónomos, éstos establecerán mediante reglamentos, las disposiciones sobre el acceso a la información.

⁴⁷ El artículo 33 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental así lo establece.

4) Es una ley que limita a los sujetos obligados. No son sujetos obligados los partidos, los sindicatos, las organizaciones empresariales, medios de comunicación, etcétera.

5) Contiene reservas a los procedimientos decisorios que son inaceptables en una democracia: expedientes judiciales, procedimientos administrativos en forma de juicio en tanto no hayan causado estado; procedimientos de responsabilidad de los servidores públicos, en tanto no se dicte la decisión definitiva, y la que contenga las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que forman parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva, la cual debería estar documentada.

Además, existen muchas otras leyes federales y locales que establecen reservas a la información, lo que significa que el marco de confidencialidad, reservado y secreto es muy amplio en México. La remisión que hizo el artículo 61 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental también ha implicado reservas adicionales. Los poderes públicos y órganos constitucionales autónomos incorporaron reservas en sus reglamentos que no están justificadas. El colmo fue el Poder Judicial federal, que ha tenido en los últimos meses dos reglamentos en la materia. El primero tuvo que ser modificado por su carácter altamente restrictivo.

Lo anterior pone de manifiesto las deficiencias de nuestro marco jurídico que se supone debe garantizar el derecho a la información. Falta que se entienda en nuestro país que la mejor manera de combatir la corrupción en México se da a través de la publicidad y la transparencia. Creemos que puede haber una ecuación simple que establezca que a más transparencia menos corrupción. El derecho a la información no es un derecho humano más, es el derecho político por excelencia. Como en su momento dijo la Suprema Corte de los Estados Unidos —*New York Times vs. Sullivan*—, los temas que versan sobre asuntos de relevancia pública demandan una protección aún más amplia que

lo normal y, desde luego, cabe en ellos la exageración, el error, e incluso la denigración de los afectados, porque tales cosas son inevitables en un debate abierto.⁴⁸ La transparencia es el alma del sistema democrático; sólo quien no tiene “miedo a saber”, es capaz de ser ciudadano en una sociedad abierta. La verdad en una democracia no puede ser una verdad oficial, una verdad dictada desde el poder, sino algo que debe ser descubierto y aceptado por la razón. Las sociedades políticas de las democracias modernas deben ser sociedades deliberativas y decisorias. Debemos entender que el fundamento de una sociedad democrática es la concepción del individuo como protagonista en una convivencia política raciocinante. Las sociedades modernas son un foro abierto donde la información debe fluir. Una sociedad democrática es aquella que maximiza la información y protege que ésta se produzca sin coacción y en libertad.

La transparencia, en este mismo tenor, es determinante en la lucha contra la corrupción por las siguientes razones:

- 1) Sin ella es imposible exigir cuentas al gobernante, pues si los individuos y la sociedad no conocen, no pueden reclamar.
- 2) Cuando las instituciones actúan con opacidad, se promueve la realización de funciones, procedimientos y decisiones al margen del sistema jurídico.
- 3) El servidor público debe saberse vigilado para que actúe con imparcialidad y corrección.
- 4) La transparencia en los procedimientos garantiza la imparcialidad e independencia del servidor público, porque su único marco de actuación tendrá que ser el derecho y, no podrá ser ningún otro (presiones, influencias indebidas). Todo el proceso decisorio estará sujeto al escrutinio social y el público será capaz de dimensionar lo importante o no de cada etapa. El resultado suele estar condicionado por las características, modalidades, principios y reglas del procedimiento.

⁴⁸ Laporta, Francisco J., “El derecho a informar y sus enemigos”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 72, mayo 1997, pp. 14-19.

5) La publicidad y transparencia del resultado también es clave. Permite conocer si los motivos, argumentos y justificaciones de la autoridad son aceptables o no.

6) La transparencia evita que la autoridad adopte decisiones contrarias a los derechos e intereses ciudadanos.

7) La transparencia promueve la existencia de una sociedad mejor informada y de ciudadanos autónomos y responsables, interesados en la conducción de los asuntos públicos.

8) La publicidad genera las condiciones para la deliberación pública. La crítica y la réplica son consecuencia del carácter público de la autoridad, sus procedimientos y decisiones.

9) La cultura de la transparencia promueve la sociedad abierta.

10) La publicidad y transparencia es condición para la democracia y de su consolidación.

V. CONTROLES INDEPENDIENTES Y FUERTES

Los órganos que participan en el combate a la corrupción, como el Poder Judicial, el Ministerio Público, los tribunales constitucionales, órganos electorales, órganos para la protección de los derechos humanos, órganos de control externo de la actividad económica y financiera del Estado, etcétera, deben gozar de independencia tanto interna como externa, además de contar con las suficientes atribuciones para realizar sus fines.

Uno de los problemas con los poderes y órganos de control a la corrupción suele residir en un diseño defectuoso que no los dota de autonomía. Por eso, al menos, deben contar con las siguientes características:⁴⁹

1) Autonomía e independencia, no exclusivamente funcional, sino también financiera. Estos órganos y poderes exigen un presupuesto suficiente que no sea el producto de las convenciones políticas del momento en la Cámara de Diputados, sino de una

⁴⁹ Cárdenas Gracia, Jaime, *Una Constitución para la Democracia*, México, UNAM, 2000, pp. 250-252.

determinación constitucional que establezca las bases o el porcentaje que deba corresponderles. Esa es una de las mejores garantías de independencia.

2) Los titulares de estos poderes y órganos deben ser aprobados por mayorías muy amplias del Poder Legislativo para que ninguna fuerza política particular los controle. En la designación y control de su ejercicio debe participar la sociedad, ya sea realizando propuestas o vigilando el procedimiento de designación y el ejercicio, el procedimiento debe ser público. Los titulares deben contar con garantías como selección justa e imparcial, inamovilidad, remuneración suficiente, etcétera. Los titulares deben ser designados mediante mecanismos escalonados de nombramiento. El resto de los miembros del órgano deben formar parte del servicio civil de carrera. Las designaciones deben ir más allá de los períodos gubernativos —trienios y sexenios— para cubrir espacios temporales mucho más amplios, por ejemplo, 8 años, con posibilidad de reelección, pero en ese proceso, nuevamente debe participar la sociedad.

3) Apoliticidad. A los miembros de estos órganos y poderes les estará prohibido, bajo severas sanciones, ser militantes de partidos o miembros de cualquier grupo de interés, así como actuar bajo cualquier tipo de consigna.

4) Inmunidades. Los titulares de estos órganos y poderes pueden ser removidos por incurrir en responsabilidades. Sin embargo, es conveniente que este régimen esté debidamente normado en ley (órganos competentes, procedimientos y sanciones), para evitar que mediante estos mecanismos se les persiga políticamente. Es imperativo que cuenten con inmunidades similares a las de los parlamentarios.

5) Rendición de cuentas. Los órganos y poderes independientes deben informar periódicamente a los ciudadanos y al Congreso de sus actividades.

6) Transparencia. Los procedimientos, actos y decisiones de este tipo de órganos y, salvo casos comprensibles como la secrecía en las averiguaciones previas del Ministerio Público, deben

ser conocidos por cualquier ciudadano, y cualquiera deberá tener acceso a la información, incluyendo obviamente al resto de los órganos del Estado.

7) Intangibilidad. Deberán ser órganos permanentes, o por lo menos para cuya modificación, se podrá exigir un procedimiento de reforma constitucional más reforzado que el procedimiento de reforma constitucional ordinario.

Se trata de esta manera, con las características del diseño apuntadas, que sean órganos y poderes con suficiente autonomía política, financiera, jurídica y administrativa.⁵⁰ Además, sus atribuciones jurídicas para cumplir sus cometidos deben ser suficientes. Evitar que como en el caso del IFE, sus competencias estén limitadas para fiscalizar partidos y agrupaciones políticas; precampañas; superar los secretos legales: fiscales, bancarios, ministeriales, de la cuenta pública, etcétera; combatir la compra y coacción del voto, etcétera. Se trata de conformar órganos plenos, con poderes razonables para cumplir su misión y con transparencia para evitar mandarínatos y corruptelas a su interior.

La necesidad de órganos y poderes independientes no obedece a un capricho. Su necesidad viene determinada por las características con las que se desenvuelve la vida política de las democracias representativas. Hacen falta órganos que vigilen los excesos de los partidos y de los grupos de interés nacionales y trasnacionales. Casi nadie duda en el mundo contemporáneo, por lo que ve a los partidos, que ellos hacen la política a través de las instituciones: en el Poder Legislativo, en el Poder Ejecutivo, y a veces indebidamente en el Poder Judicial. Adoptan decisiones, aprueban, interpretan y aplican las leyes. ¿Quién los controla? Ese ha sido uno de los principales problemas de la democracia representativa a partir de la aparición de los partidos, que en algunos países como Italia ha llevado a extremos partidocráticos.

⁵⁰ García Roca, Javier, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, Tecnos, 1987, y Gómez Montoro, Ángel J., *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

La corrupción y el manejo indebido de los fondos públicos que los partidos realizan, seguramente haría que desde ultratumba Mosca, Pareto o Michels se sonrojaran al ver comprobadas muchas de sus tesis.

Gran parte de la crisis de la democracia es porque no ha habido, respecto a los partidos, poder capaz de controlarlos debidamente cuando se apoderan o abusan de las instituciones. Una buena dosis de control por parte de órganos técnicos con atribuciones muy definidas, con transparencia y responsabilidad, vendría muy bien a los sistemas democráticos y a los partidos. La autonomía e independencia de los poderes y órganos de combate a la corrupción son un instrumento de control de los intereses y grupos de presión contemporáneos: medios de comunicación, intereses económicos trasnacionales, narcotráfico, etcétera. Como se sabe, éstos son verdaderos poderes al margen de los poderes tradicionales, y cuyas acciones corruptas son cada vez más difíciles de detener y controlar. Modifican y transforman a los países de un día para otro e influyen en decisiones sobre el sistema financiero, monetario, el control de cambios y las economías nacionales en general.

Los órganos y poderes de control han sido criticados por su ausencia de legitimidad democrática. ¿Cómo lograr la legitimidad de estos órganos? Deben adoptar sus decisiones conforme a principios constitucional-democráticos y sus actos apegados a derecho, con participación social, abriendo sus procedimientos a las acciones populares, acciones de protección de intereses difusos y colectivos. Uno de los principios que justifican su legitimidad debe ser su transparencia al interior y la discusión pública que en ellos se genera. La principal vía de legitimidad democrática es la orientación de estos órganos hacia la protección plena a los derechos humanos, lo que implica respaldar los derechos de las minorías frente a las mayorías legislativas. En síntesis, la legitimidad democrática de estos poderes y órganos entraña entre ellos y la sociedad una nueva relación, lo que sólo puede lograrse si se

modifican criterios como los vetustos de legitimación procesal e interés jurídico, si estos órganos se orientan hacia la protección y atención, en serio, de la sociedad y, si actúan de forma participativa, pública y deliberativa⁵¹ de forma que se concreten como auténticos controles interelectorales.⁵²

Debe también advertirse que no basta un adecuado diseño de las instituciones, sino que es necesario tomar en cuenta el punto de vista de los operadores jurídicos.⁵³ En muchas ocasiones, no sólo el de los operadores jurídicos, sino el de los miembros de la sociedad. En efecto, una institución bien diseñada, orientada a un funcionamiento independiente y autónomo puede fracasar, si sus titulares y demás funcionarios no asumen el punto de vista interno de esa institución: las pautas, los valores, los principios que la guían. Cuando una autoridad asume ese punto de vista interno, ese compromiso con las normas que rigen la institución, el funcionamiento de la misma será consistente respecto a sus objetivos. Hace algún tiempo nos comentaba un funcionario electoral que aunque el Instituto Federal Electoral era la misma institución que en el período 1996-2003, que tenía las mismas reglas, sin embargo, su funcionamiento era precario, porque casi todos los actuales titulares de la misma pensaban que su papel era el de organizar elecciones y no el de promover el desarrollo democrático del país. Este ejemplo muestra la importancia de la adhesión a los principios y fines de una institución. La autoridad transforma su actividad reactiva a una proactiva, en defensa de los principios y valores de la institución, con un compromiso que se refleja en los procedimientos cotidianos. Este esquema, Ferrajoli lo ha comentado al referirse a las doctrinas heteropoyéticas, que son aquéllas según las cuales la legitimación política del derecho y del Estado proviene de fuera o desde abajo, es decir, de la socie-

⁵¹ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 17.

⁵² Rousseau, Dominique, *La justicia constitucional en Europa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 28 y 30.

⁵³ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, México, Editora Nacional, 1980, p. 110.

dad, entendida como suma heterogénea de personas, de fuerzas y de clases sociales, el derecho se entiende concebido como un artificio creado por el hombre y para el hombre, como su instrumento.⁵⁴ En ese entendido, los jueces y autoridades no sólo tienen una obligación formal frente al derecho sino una obligación moral y política, la obligación jurídica antes aun que la política, vale para el juez y la autoridad sólo en relación con las leyes válidas además de vigentes; es decir, únicamente respecto de los parámetros constitucionales conforme a los cuales se encuentra habilitado para valorarlas dentro de espacios igualmente inevitables de autonomía moral y de responsabilidad política.⁵⁵ Los parámetros constitucionales, que obviamente orientan la función del juez y de la autoridad, son la base jurídica, pero también el punto de vista interno de su compromiso más que formal con el ordenamiento.

Lo anterior significa que tanto el diseño autónomo de la institución como el compromiso jurídico y moral del servidor público son claves en el control y combate a la corrupción. No basta sólo uno de ellos, son necesarios los dos, para que exista la posibilidad de que la corrupción será enfrentada con armas e instrumentos más allá del formalismo jurídico de las normas e instituciones vigentes.

Además, siempre cabe un riesgo, el que los órganos de control sean manipulados por los controlados o, por factores reales de poder —partidos, empresas nacionales y transnacionales, medios de comunicación— que colonicen, mediaticen y partidocraticen esas instituciones. Nieto, refiriéndose a la Constitución Española de 1978, explica que ésta no se ha preocupado de garantizar —suponiendo que en su mano hubiera estado hacerlo— la operatividad real de los órganos de control, pues es claro que sin ésta de nada valen aquéllos, en tanto que no se ha encontrado

⁵⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1989, pp. 922 y 923.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 926.

una respuesta satisfactoria a la vieja pregunta de *quis custodiat custodes*.⁵⁶ La raíz del mal se encuentra, dice Nieto, en la deshonestidad constitucional de la clase política, pero desde el punto de vista técnico, el fracaso del sistema se debe a la circunstancia de que se ha colocado a los controladores en manos de los controlados, y es obvio que así no pueden funcionar las cosas, ya que a los controlados les resulta muy fácil imponer contramedidas que bloquee la actuación eficaz de los controladores.⁵⁷ Esto significa que el futuro de los órganos de control está en su independencia y autonomía en serio. Se deben por tanto, institucionalmente, reducir los riesgos de la partidocracia y de otros factores reales de poder en la integración y funcionamiento de estos órganos, incrementando su autonomía, las garantías de permanencia e inamovilidad para sus titulares, un salario que no pueda cambiarse o reducirse al antojo de los controladores, autonomía presupuestal y administrativa, además de incrementar jurídicamente y sustancialmente sus atribuciones de control.

Un repaso por los poderes y órganos de control en México nos ilustra su debilidad. Ninguno de ellos cuenta con autonomía presupuestal, los mecanismos de permanencia e inamovilidad son débiles, el peso de los partidos políticos en la designación de los titulares es más que notable, la sociedad no participa en la designación de los titulares de éstos órganos, su funcionamiento tiene importantes déficits de transparencia, el salario de los titulares está a merced de los controlados, sus atribuciones jurídicas de control no son poderosas. Por otra parte, los titulares de estos órganos se reclutan de la clase política o de su periferia, con lo que los compromisos constitucionales con los fines y valores de la función son endebles, el compromiso mayor suele ser con el partido o el político que los promovió a esas responsabilidades. Se precisa de una modificación sustancial a estos órganos para que cumplan las tareas que la sociedad espera de ellos.

⁵⁶ Nieto, Alejandro, *op. cit.*, nota 37, p. 385.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 400.

VI. EL CONTROL DE LA SOCIEDAD CIVIL

La sociedad civil después de 1989 es otra, no puede entenderse actualmente sin aludir a la globalización, no se limita a las fronteras del Estado territorial. No obstante, sus elementos básicos permanecen, es una idea política que expresa un fenómeno real que ha estado ligado a la idea de reducir la violencia en las relaciones sociales, al uso público de la razón como manera de gestionar los asuntos humanos, en lugar de la sumisión basada en el temor y la inseguridad, o la ideología y la superstición. Ese núcleo básico se ha desarrollado y puede entenderse a partir de cinco acepciones:⁵⁸ 1) sociedad civil como sociedad de derecho y comunidad política, un orden pacífico basado en el consentimiento implícito o explícito de los individuos, una zona de civilidad, esto es, una situación en la que se ha minimizado la violencia como manera de organizar las relaciones sociales; aquí la sociedad civil no se diferencia del Estado, sino de las sociedades no civiles —el estado de naturaleza o imperios absolutistas— y de la guerra. Con la globalización, una de las principales objeciones de esta acepción sería la ausencia de un Estado mundial, sin embargo, puede argüirse que la conjunción de la ley humanitaria y de derechos humanos, el establecimiento de un tribunal penal internacional y la expansión de la paz internacional apuntan a un marco de gobierno global emergente; 2) sociedad civil como centro de la vida pública, entre el Estado y la familia. Es una idea que nace con el desarrollo del capitalismo en el siglo XIX. Los mercados, las clases sociales, la ley civil y las organizaciones para el bienestar forman parte de la sociedad civil. A escala global, esta sociedad civil podría ser equiparada a la globalización desde abajo; 3) sociedad civil desde una perspectiva activista es la noción que surge de los movimientos de oposición en Europa central en los años setenta y ochenta del siglo XX. Es una de-

⁵⁸ Kaldor, Mary, “Cinco acepciones de la sociedad civil global”, *Revista Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 149, enero-febrero 2005, pp. 30-35.

finición que presupone un Estado o sociedad de derecho, pero insiste no sólo en las limitaciones al poder estatal, sino en una redistribución del poder. Es una radicalización de la democracia y se apuesta por la participación y la autonomía. En esta acepción, la sociedad civil se refiere a la ciudadanía activa, a la organización que crece fuera de los círculos políticos formales, así como el espacio ampliado en el que los ciudadanos individuales pueden influir en las condiciones en que viven, tanto directamente, mediante la autoorganización como ejerciendo presión política. A nivel global, esta acepción reclama un ámbito público global donde pueda tener lugar la comunicación no instrumental, con organizaciones transnacionales que aboguen por los derechos humanos, movimientos sociales conformados por manifestantes sociales conformados por manifestantes, tales como en Seattle, Praga, Génova, Cancún, etcétera, movimientos mundiales por el ecologismo, la cultura de la legalidad y otras; 4) la acepción neoliberal de sociedad civil se asocia, en cambio, con una política de *laissez-faire*, una especie de mercado de la política, en donde la sociedad civil surge de la vida asociativa —un tercer sector sin ánimo de lucro y de voluntariado— que no sólo limita el poder del Estado, sino que proporciona un sustituto a muchas de sus funciones. Los críticos de esta acepción han dicho que el término es reaccionario y alude a una manera de eludir las responsabilidades de los Estados en relación con el bienestar o la seguridad. A nivel global, son organizaciones que facilitan la globalización, se “ocupan” de las víctimas, de las estrategias de liberalización y de la globalización económica, y 5) la versión posmoderna de la sociedad civil entiende que ésta es un ámbito de pluralismo y contestación, una fuente de incivilidad como de civilidad. Los posmodernos sostienen que las preocupaciones públicas —derechos humanos, organización del poder, fines del Estado— son sólo un componente de la sociedad civil. Se subraya así la importancia de las identidades nacionales, religiosas, y otras, que existen a nivel nacional y global. Su finalidad princi-

pal es el cuestionamiento y la contestación, el que podría incluso ser violento.⁵⁹

Las cinco acepciones anteriores nos dan la idea de pluralidad de sociedades civiles que funcionan en los ámbitos nacionales y trasnacionales. En la mayor parte de las acepciones encontramos elementos destacables. De la primera, la ilustrada del siglo XVIII, la importancia de la seguridad y la eliminación de la violencia; de la segunda o sociedad civil burguesa, la autonomía económica de la empresa y de otras organizaciones sociales; de la tercera, la activista, la crítica a la organización del poder, nacional y mundial, su insistencia en la participación, deliberación, y en la necesidad de reformular el Estado de derecho y la democracia representativa; de la cuarta o neoliberal, aunque es más cuestionable, su capacidad de compensación por lo que el Estado y la organización mundial no se hace, debiéndolo hacer; y de la quinta o posmoderna, su orientación hacia las diversas y plurales identidades del mundo multicultural, aunque pueden existir en ella, elementos violentos o de fundamentalismo, que en sus extremos podrían poner en duda la misma noción de la sociedad civil.

A todas luces, la versión activista, desde un punto de vista normativo, es la más adecuada. Su objetivo es la emancipación política, y una de sus armas fundamentales es el combate a la corrupción. La acepción de la sociedad civil de los activistas reclama mayor poder a los individuos y extender la democracia. Los activistas tienen muy claro que la globalización no es un concepto neutro, puede ofrecer posibilidades de emancipación, pero en la práctica implica una desigualdad e inseguridad crecientes y nuevas formas de violencia y corrupción. La globalización, en términos normativos, consiste en una globalización civilizadora o democratizadora, esto es, el proceso mediante el que los grupos, movimientos e individuos pueden reclamar una sociedad de derecho global, justicia global y una atribución de poder global.

⁵⁹ Pérez Díaz, Víctor, *La primacía de la sociedad civil*, Madrid, Alianza Editorial, 1993.

La versión de cualquier sociedad global debe basarse en el convencimiento de que un intercambio de opiniones libre, un diálogo crítico racional, favorece la opción civilizadora. Sin embargo, para muchos, la consecución de una sociedad civil global es improbable, porque en muchas partes del mundo la prosperidad y el orden se valoran por encima de la libertad. A esta crítica debe contestarse que la sociedad civil es un proceso, un horizonte, una convicción de que la libertad individual es una condición para la emancipación política y económica. Sin esa emancipación, crítica, propuesta, organización, difícilmente las condiciones de vida podrían cambiar. El único camino de los pobres, si estamos hablando de no violencia, es la democratización de sus sociedades e instituciones.⁶⁰

De esta manera, la sociedad civil, tanto nacional como global, es una herramienta para combatir la corrupción. La sociedad civil puede hacer lo que los políticos no desean, extender la democratización, la participación, la deliberación, la publicidad de poder, etcétera. Para esto necesita armas, vías jurídicas de participación como los mecanismos de democracia directa y semidirecta. Vías institucionales para reclamar, tales como las acciones populares de inconstitucionalidad, las acciones colectivas y los mecanismos procesales para proteger los intereses difusos. También requiere de instrumentos procesales para acceder a la justicia y, que ésta, no le sea denegada con argumentos decimonónicos, tales como el interés jurídico. Necesita leyes de transparencia y acceso a la información que abran efectivamente la información pública, tanto de los poderes y órganos del Estado, como de los factores reales de poder, tanto sobre procedimientos como de resultados y, con el mínimo posible de reservas. Reclama tener voz gratuita en los medios de comunicación en asuntos de interés colectivo o general, incidir en los debates a través de su voz, tanto con vías jurídicas como el *amicus curiae*, como a través de otras formas de expresión en la deliberación pública. Exige participar en la de-

⁶⁰ Pérez Díaz, Víctor, "La sociedad civil como posibilidad", *Revista Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 50, marzo 1995, pp. 16-29.

signación de altos funcionarios del Estado, en el Poder Judicial, así como en los órganos constitucionales autónomos y, no sólo, en la conformación del Poder Legislativo y Ejecutivo.

La sociedad civil es ese espacio de control ciudadano que aún puede romper con las lacras de la democracia delegativa descrita por O'Donnell. Los que tienen los mecanismos de control horizontal no lo emplean o lo emplean insuficientemente, porque suelen estar supeditados a la manipulación de la partidocracia, de los medios de comunicación electrónica, de los factores económicos nacionales y/o trasnacionales, de las iglesias, el ejército, etcétera. Cuando los mecanismos de control horizontal fracasan, el ciudadano sólo tiene dos caminos: el del control vertical que se da de vez en cuando —al momento de las elecciones— que no tiene la capacidad de representar adecuadamente ni de asumir cabalmente los reclamos ciudadanos (ni aún admitiendo la reelección) y, el control ciudadano fuera de los procesos electorales, que tiene entre sus ventajas: su permanencia, la pluralidad en función de los grupos que se expresan, su capacidad crítica y propositiva y, también, cuando existen las vías para hacerlo, sobre todo jurídicas e institucionales, la capacidad de incidir efectivamente en las políticas públicas, muchas de las cuales tienen por finalidad enfrentar la corrupción.

El combate serio a la corrupción necesita contar con vías e instrumentos para que la sociedad civil —en el sentido de activismo— haga su trabajo. De ahí que la reformulación de la democracia representativa sea necesaria. No podemos seguir pensando en una democracia basada sólo en elecciones periódicas —aun con reelección y con órganos electorales autónomos que garanticen la limpieza, la autenticidad y la periodicidad de las elecciones—, sino en una democracia que abra las compuertas participativas y deliberativas de la sociedad, para que ésta tenga la voz y el peso político que hasta ahora no ha tenido. Igualmente, el Estado de derecho debe ser concebido bajo otros parámetros, no sólo, lo que es fundamental, en la protección plena de los derechos de libertad y de igualdad, sino en los mecanismos

de control al poder comentados en el epígrafe anterior, para que, por un lado existan órganos autónomos que faciliten el control horizontal institucional y, por otro, para que la propia sociedad civil sea reforzada con mecanismos jurídicos a fin de que por sí misma efectúe ese control.⁶¹

VII. ENTENDER QUE ES UN FENÓMENO QUE DEBE VERSE EN PERSPECTIVA GLOBAL

La corrupción no se puede combatir únicamente con herramientas estatales o nacionales. La delincuencia organizada, el blanqueo de dinero y la criminalidad financiera, demuestran que el enfoque en contra de la corrupción debe ser trasnacional. Para darnos idea de la importancia del crimen organizado, basta decir que Jeffrey Robinson cifra su cuantía entre 200 000 y 500 000 millones de dólares al año. El GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional) estima que solamente el producto anual del narcotráfico superó en 1994 los 300 000 millones de dólares. Seterling sostiene que los beneficios globales de los narcodólares se sitúa en torno a los 500 000 millones de dólares. La Conferencia de la ONU sobre la Economía Criminal Global, celebrada en Nápoles en noviembre de 1994, señaló que el monto del capital de origen ilegal, objeto de blanqueo, ascendería a 750 000 millones de dólares anuales. Las actividades ilícitas que abarcan la venta de armas, de materiales nucleares, de residuos químicos y radioactivos, la pedofilia, el tráfico de órganos humanos, el contrabando de tabaco, la falsificación ilegal y el juego ilegal, entre otros, ge-

⁶¹ Existe un trabajo muy importante que insiste en la vinculación entre el control ciudadano y ciertos órganos del Estado. Se insiste, en el ensayo, en el rol del Estado para fortalecer a la sociedad civil, y en el papel que ésta tiene para transformar al Estado y exigirle cuentas a través de mecanismos como el presupuesto participativo, las auditorías ciudadanas, los monitoreos a determinadas instancias del Estado, etcétera. Ver Ackerman, John M., "Social Accountability in the Public Sector. A Conceptual Discussion", *Participation and Civic Engagement*, Washington, World Bank, Social Development Paper no. 82, marzo de 2005.

neran beneficios por un billón de dólares anuales.⁶² La economía del crimen mundial y de la corrupción trasnacional representa la tercera actividad económica en importancia en el mundo, después de los intercambios financieros y la industria del petróleo. La corrupción y el financiamiento de actividades ilegales se han convertido en uno de los pilares de la economía mundial, provocando la crisis jurídica del orden mundial.

La economía mundial ilegal y la corrupción, se aprovechan de la fragilidad y las divergencias entre las legislaciones nacionales y se sirven de la complacencia de los paraísos fiscales. El control de la corrupción, pensado a escala nacional, se ve totalmente superado por la internacionalización de la vida económica, tanto la legal como la ilegal. En el nuevo desorden internacional, una vez desaparecidos los dos bloques de poderes que conformaban el equilibrio y regulaban el uso internacional de la violencia, han surgido “espacios grises”, ajenos a cualquier control y a merced del crimen organizado. Ante la inmensidad de los recursos que maneja el crimen organizado, su capacidad para introducirse en la política nacional es proporcional a su tamaño económico, puede no sólo corromper a las economías nacionales sino desestabilizar a los Estados nacionales, sobre todo a aquéllos que no tienen la fortaleza institucional para resistir estos embates.

La necesidad de enfrentar al crimen organizado y a la corrupción trasnacional ha generado muy diversas iniciativas. Sin ser exhaustivos, sino solamente enunciativos, mencionamos a las siguientes en el ámbito de la Organización de Naciones Unidas: 1) el Código Penal Internacional elaborado entre 1976 y 1979 en el ámbito de la Asociación Internacional de Derecho Penal, y cuyo artículo XVIII contempla la tipificación de la corrupción del funcionario extranjero; 2) la resolución de 1975 adoptada por la ONU, que condena las prácticas corruptas en las transacciones comerciales; 3) el Acuerdo de Naciones Unidas de 1979 sobre los

⁶² González, Joaquín, *Corrupción y justicia democrática. Introducción a una teoría de la función judicial en las sociedades en cambio*, Madrid, Clamores, 2000, pp. 40 y 41.

pagos ilícitos; 4) el VIII Congreso de la ONU sobre la Prevención del Crimen y el Tratamiento del Delincuente, celebrada en La Habana del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, con el título “Criminalidad y abuso de poder: delitos y delincuentes fuera del alcance de la ley”, uno de cuyos frutos fue la resolución número 7 sobre la corrupción, en la que se destacó su gravedad y universalidad; 5) la Comisión de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas adoptó la resolución 1992/50, sobre enriquecimiento fraudulento de los responsables del Estado en detrimento del interés público, factores que son responsables de ello y agentes que, en todos los países, están implicados en este enriquecimiento; 6) la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó el 15 de noviembre de 1996 la “Declaración contra la corrupción en las transacciones comerciales”; 7) el 26 de enero de 1997, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó mediante resolución de 26 de enero de 1997, el Código Internacional de Conducta de los Agentes de la Función Pública, y 8) la reciente Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción que contiene medidas preventivas, de control, de sanción y de asistencia.

En el espacio interamericano merece interés el Convenio Interamericano contra la Corrupción del 29 de marzo de 1996, firmado por 23 Estados americanos, aunque abierto a otros países ajenos a la Organización. Este convenio define en su artículo VI los elementos de la corrupción activa y pasiva. Los Estados miembros del convenio se comprometen a regular las dos formas de corrupción mencionadas, a prestarse asistencia mutua en la investigación y persecución de los comportamientos corruptos y a prohibir que el secreto bancario sea motivo para rechazar la asistencia. Es un tratado internacional importante, que sin embargo, enfrenta la corrupción sólo con las armas del derecho penal y, no desde la complejidad que representa como fenómeno, tal como aquí se estudia, y de las diversas y plurales estrategias de solución.

La Organización Mundial del Comercio, por su parte, adoptó en 1994 un Acuerdo sobre los Mercados Públicos, concluido

sobre la base de los acuerdos del GATT. El acuerdo vincula a diversos países y tiene por propósito promover la transparencia y marginar la corrupción. Desde 1996, la Conferencia Ministerial de Singapur ha propuesto el inicio de negociaciones para la adopción de un nuevo acuerdo.

Paralelamente a las Naciones Unidas y a la OEA, la Cámara de Comercio Internacional elaboró en 1977 el Informe sobre las exacciones y la corrupción en las transacciones comerciales, por el que se invitó a los Estados, a las asociaciones gubernamentales y al mundo de los negocios en general a adoptar medidas eficaces frente a la corrupción. El 26 de marzo de 1996 se procedió a la revisión de las Reglas de conducta de 1977. Al propio tiempo, se propugnó una acción de gran envergadura tanto en el plano nacional como en el de las organizaciones supraestatales, para frenar la corrupción en el comercio mundial. Las medidas que se propusieron fueron: el establecimiento de códigos de conducta en las empresas, la autodisciplina profesional y diversas medidas de prevención de prácticas ilícitas.

La OCDE ha elaborado distintas iniciativas anticorrupción. Una de las más importantes es el Convenio sobre la Lucha contra la Corrupción de los Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales, abierto a la firma en París el 17 de diciembre de 1977, y que entró en vigor el 15 de febrero de 1999. Su trascendencia está en consagrar el principio de la responsabilidad de las personas jurídicas, y prevé la posibilidad, por parte de los Estados, en que aquélla se reconozca, además de señalar sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias, como la confiscación y otras consecuencias de naturaleza administrativa y civil. El Convenio otorga a la corrupción la consideración de delito principal a los efectos del blanqueo de dinero procedente de ella e incorpora dos disposiciones de gran importancia. Por un lado, el compromiso de las partes de conceder a cualquiera de ellas el más eficaz y pronto auxilio judicial a los fines de las investigaciones penales seguidas con motivo de las infracciones previstas en el Convenio; la parte requerida deberá entregar esa

información sin dilación, y no podrá oponer a la cooperación el secreto bancario. Por otro, establece la extradición de los agentes extranjeros sometidos a procesos por corrupción y la de los propios nacionales, salvo que sean castigados en su propio país.

En el ámbito europeo, el Consejo de Europa adoptó el 27 de enero de 1999, un Convenio de Derecho Penal sobre corrupción. En el texto de ese acuerdo se define la corrupción pasiva y activa, establece la obligación de criminalizar tanto a una como a otra, así como el tráfico de influencias, incluyendo los comportamientos de funcionarios públicos, miembros de organizaciones, parlamentos o tribunales internacionales. Los Estados miembros se comprometen a tipificar la corrupción en el sector privado, el blanqueo de dinero proveniente de ella, la falsificación de la documentación contable relacionada con dicha actividad y la participación en tales actos ilícitos. Se establecen disposiciones sobre competencia para investigar y enjuiciar los hechos, de modo que se evite la impunidad. La responsabilidad de las personas jurídicas está prevista. El secreto bancario no puede ser obstáculo para la asistencia judicial. Es un convenio que promueve diversos mecanismos de cooperación entre los países miembros.

Durante 1999 se creó en el espacio europeo la Oficina Europea de Lucha Antifraude,⁶³ que está orgánicamente inserta en la Comisión Europea y que conoce de actos de corrupción de los diversos órganos comunitarios. Es una oficina dotada de independencia para el ejercicio de sus funciones de investigación. Entre sus atribuciones están: la incoación y el trámite de las investigaciones, supervisa los informes resultantes de estas últimas, a las que incorpora recomendaciones sobre las medidas a adoptar, y ordena su transmisión a las autoridades competentes, en el caso de las investigaciones externas, o a la institución, órgano u organismo interesado, en las internas. Dictamina sobre el levantamiento de la inmunidad de jurisdicción de directivos, funcionarios o agentes. Garantiza la confidencialidad de las investigaciones y la protección de los datos. Ordena la transmisión

⁶³ *Ibidem*, pp. 81 y ss.

de la información obtenida en las investigaciones externas a las autoridades competentes. Hace lo propio respecto a las autoridades judiciales en lo atinente a las internas, a los fines del ejercicio de la acción penal.

En cuanto a organizaciones no gubernamentales que han hecho de la lucha contra la corrupción su objetivo fundamental, destaca Transparencia Internacional.⁶⁴ Constituye la mayor red anticorrupción en el mundo. Entre sus objetivos inmediatos están: luchar contra la corrupción a través de actuaciones nacionales e internacionales, alentar a los gobiernos a promulgar leyes y a adoptar políticas y programas, reforzar el apoyo de los ciudadanos, mejorar la transparencia pública en los mercados públicos y exhortar a los actores de las transacciones internacionales a la mayor integridad posible. México cuenta con un capítulo de esta organización y, él mismo ha realizado, entre otras acciones, diversos estudios para medir tanto los niveles de transparencia en México como los costos sociales y económicos que produce la corrupción.

Aunque sobre todo en la década de los noventa del siglo anterior, tomaron vigor las iniciativas internacionales para combatir la corrupción, lo cierto es que todas ellas son muy deficientes porque suelen no presentar una panoplia amplia de medidas para enfrentarla, se detienen principalmente en el derecho penal, pero es bien sabido, que la debilidad del derecho internacional y de las instituciones internacionales, dificultan el cumplimiento coactivo de los tratados. Por otra parte, la existencia de los paraísos fiscales obstaculiza el control que pueden proveer los tratados. Existe además una visión economicista en los tratados y en las resoluciones internacionales; se enfocan a los intercambios comerciales corruptos, pero no a las causas institucionales y políticas que

⁶⁴ Transparency International, *Global corruption report 2005. Special Focus: Corruption in Construction and Post-conflict Reconstruction*, Londres, Pluto Press, 2005; Transparency International, *Informe Global de la Corrupción 2004. Tema especial: corrupción política*, Buenos Aires, Prometeo libros, 2004.

generan la corrupción económica y comercial. Se suele insistir mucho en los códigos de ética que, aunque son una herramienta preventiva sobre la que en principio no cabe objeción, no tienen carácter coactivo. Jorge Malem, por ejemplo, hace a los códigos de ética las siguientes críticas: es difícil que quien elabora un código de ética se inflaja un autocastigo, los códigos de ética no contienen sanciones y si las contienen no son severas; cuando las condiciones de competencia son estructuralmente injustas, la autorregulación no funciona, y los códigos de ética funcionan más como un símbolo para salvar la imagen de las empresas que como un auténtico correctivo anticorrupción.⁶⁵

No obstante, el paso está dado, y podremos esperar en los próximos años convenios internacionales más exigentes que contengan medidas preventivas, de control y de sanción, y sobre todo, que sean capaces de superar la vertiente economicista que hoy priva. Se necesitan herramientas que endurezcan las sanciones por prácticas corruptas y que atiendan tanto a los aspectos culturales como a los legales y políticos que la propician. Leoluca Orlando ha propuesto en este sentido tres medidas: intercambio de información, datos, conocimiento y recursos entre los cuerpos de policía, de investigación de los delitos, jueces y órganos de fiscalización de los diferentes países; que se considere la membresía a cualquier organización del crimen internacional como delito, y que se insista en la confiscación de bienes y de activos a las personas físicas y morales que participan en hechos de corrupción.⁶⁶ Lo importante es que el sistema jurídico internacional se perfeccione y se puedan tomar medidas efectivas en orden de penalizar exhaustivamente las conductas corruptas, que cualquier jurisdicción pueda juzgar casos de corrupción, que se prohíba la desgravación fiscal derivada de prácticas corruptas, que se perfeccionen en su independencia y atribuciones los ór-

⁶⁵ Malem Seña, Jorge, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2002, pp. 208 y ss.

⁶⁶ Orlando, Leoluca, *Hacia una cultura de la legalidad. La experiencia siciliana*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2004, pp. 202 y 203.

ganos de control de combate a la corrupción, que se eliminen los paraísos fiscales, se perfeccione la cooperación y la asistencia internacional en la materia, y se profundice en los sistemas de transparencia de los sistemas de licitación y de contratación pública y en todas las transacciones mercantiles, que se establezca la anulación de actos jurídicos en donde haya existido corrupción, y que estas prácticas sean susceptibles de todo tipo de responsabilidades: civiles, penales, administrativas y políticas.⁶⁷ Además, se requieren instancias internacionales especializadas en el combate a la corrupción, con atribuciones y autonomía suficientes para supervisar, vigilar y castigar los actos de corrupción.

VIII. LA MODERNIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y EL SERVICIO CIVIL DE CARRERA

En países como México se percibe la corrupción, sobre todo, en los tres niveles de la administración pública. Casi no hay ciudadano que al realizar un trámite burocrático no haya pagado un soborno o sufrido una extorsión de parte de un servidor público. Las causas de esas prácticas residen en un sinnúmero de factores: la deficiente organización de la administración pública, la falta de profesionalismo de los servidores públicos, el desconocimiento por parte del ciudadano de sus derechos y de las características del trámite que va a realizar, la ausencia de transparencia en la administración pública, los bajos salarios de los servidores públicos, las deficiencias legales o reglamentarias que favorecen comportamientos de gran discrecionalidad en las decisiones, la debilidad de los mecanismos de control y de supervisión a la administración, la sobreregulación, etcétera. Desde 1982 se han impulsado en los diversos sexenios políticas públicas para modernizar la administración pública y reducir la corrupción, pero

⁶⁷ Malem Seña, Jorge, *op. cit.*, nota 65, p. 177 y ss. Ackerman, Susan Rose, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Madrid, Siglo Veintiuno, 2001, pp. 243 y ss.

ninguna de éstas ha tenido la profundidad suficiente. Administrativamente el país, como en otros campos, sigue la ruta del gradualismo.

El actual gobierno de Fox ha insistido en seis estrategias para modernizar la administración:

1) alcanzar un gobierno eficiente; es decir, que haga más con menos; que proporcione mejores servicios con menos recursos; 2) garantizar un gobierno de calidad total; es decir, que mantenga un firme y permanente compromiso con la calidad de los servicios que ofrece a la ciudadanía; 3) desarrollar un gobierno profesional; en otras palabras, un gobierno capaz de atraer y retener a las mejores mujeres y a los mejores hombres, así como de capacitarlos y evaluarlos permanentemente, para que cumplan de manera siempre oportuna y eficaz a la ciudadanía; 4) consolidar un gobierno digital. Aprovechar al máximo las tecnologías de la información y las telecomunicaciones, no sólo para reducir la corrupción y transparentar la función pública, sino también para hacerla más eficiente y proporcionar servicios de mayor calidad; 5) contar con un gobierno con mejora regulatoria, más ágil y flexible. Es decir, un gobierno que elimine el exceso de trámites, sin abandonar sus responsabilidades, y 6) la principal característica de la gestión es lograr un gobierno honesto y transparente. Sólo procediendo con honestidad se puede derrotar a la corrupción, desterrar la pretensión y el favoritismo en la toma de decisiones, y lograr que la ciudadanía confie de nuevo en sus autoridades, como siempre debió haber sido.⁶⁸

Aunque el actual gobierno ha insistido en desarrollar los seis puntos de esa agenda, en ninguno de ellos ha tenido el éxito esperado, en buena medida porque plantea reformular la administración sin tomar y vincular debidamente este tema —la moderniza-

⁶⁸ Muñoz Gutiérrez, Ramón, “Experiencia mexicana en la construcción de un Servicio Profesional de Carrera”, *Servicio Profesional de Carrera*, México, vol. II, núm. 3, primer semestre de 2005, pp. 9-19. Mesta Delgado, Jesús, “Ley del Servicio Profesional de Carrera en México”, *Servicio Profesional de Carrera*, México, vol. I, núm. 1, primer semestre de 2004, pp. 13-26.

ción de la administración— con otros fundamentales que pasan por la revisión de la democracia representativa y la construcción del Estado de derecho. Se ha desconectado la modernización administrativa de lo que en México llamamos reforma del Estado y, por supuesto, las medidas parciales adoptadas en el campo de la administración no han podido avanzar debidamente. Se trata de una visión parcial que no tiene por objetivo trastocar el *status quo*, y de eso es de lo que se trata, cuando se emprenden reformas de este tipo. En algún sentido, la agenda “estratégica” del presidente Fox, en los hechos, se ha visto negada: no se ha logrado un gobierno más eficiente, ni de calidad total, en los diferentes niveles de la burocracia se han colocado a miembros del Partido Acción Nacional, repitiendo el esquema del botín de la época del PRI, la digitalización del gobierno brilla por su ausencia en muchísimas dependencias del gobierno, la desregulación no ha sido completa, y las leyes de transparencia, aunque en parte han abierto parte de la información pública, no han ido a la médula de las decisiones y del poder. Las razones del fracaso se deben a la parcialidad del diagnóstico: la administración pública no se mejora sólo con recetas para la administración pública, hay que ver y tomar en cuenta todo el entramado institucional.

Uno de los puntos de la agenda de Fox fue lograr la aprobación de una ley del “servicio civil de carrera”, lo que por fin obtuvo, aunque no se trata de una ley de servicio civil de carrera como se entiende en la administración pública comparada y en el derecho comparado,⁶⁹ sino de una Ley del Servicio Profesional de Carrera que entró en vigor en octubre de 2003.⁷⁰ Según la ley, su principal objetivo es establecer un sistema que se rija por los principios de mérito e igualdad de oportunidades, así como de legalidad,

⁶⁹ Sánchez Morón, Miguel, *Derecho de la Función Pública*, Madrid, Tecnos, 1996; Jalvo, Belén Marina, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Valladolid, Lex Nova, 2001; Johnson, Ronald N. y Libecap, Gary D., *The Federal Civil Service System and the Problem of Bureaucracy. The Economics and Politics of Institutional Change*, Chicago, The University of Chicago Press, 1994.

⁷⁰ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de abril de 2003.

eficiencia, objetividad y transparencia; cuente con mecanismos y procesos transparentes y descentralizados de operación para el reclutamiento, selección, formación, desarrollo, evaluación y separación de los servidores públicos, y se oriente al servicio de la sociedad, es decir que responda a sus necesidades. La ley prevé el desarrollo de siete subsistemas que son: 1) planeación de recursos humanos para administrar los recursos humanos de manera ágil, conocer cuantitativa y cualitativamente las necesidades de recursos humanos en la administración pública federal, y generar la información suficiente para el adecuado desempeño de los subsistemas de reclutamiento, selección, formación, desarrollo profesional, evaluación por competencias y resultados, así como reubicación y separación; 2) el subsistema de ingreso que según la ley operará bajo el principio de mérito e igualdad de oportunidades mediante procedimientos objetivos y transparentes, por tres vías: ingreso al sistema de personas que actualmente ocupan cargos en la administración pública federal, ingreso al sistema de candidatos externos e ingreso al sistema para los niveles de enlace; 3) el subsistema de capacitación y certificación de capacidades de gobierno, gerenciales y técnicas; 4) el subsistema de desarrollo profesional para generar la carrera administrativa; 5) la evaluación del desempeño de los servidores públicos; 6) el subsistema de separación que señala las causas y procedimientos para la remoción de los servidores públicos, y 7) el subsistema de control. Esta ley, debe ser completada con normas reglamentarias y administrativas para que pueda operar debidamente.

La ley posee muchísimas deficiencias, aquí enumeramos algunas: 1) es una norma que sólo establece el servicio profesional para la administración pública centralizada, y deja a la administración pública descentralizada sujeta a disposiciones propias, que no son de naturaleza legal, lo que transgrede el principio de reserva de ley previsto en el artículo 123 apartado B, fracciones XIII y XIV de la Constitución; 2) es una ley que pasa por alto que las normas que contiene son de carácter laboral, no lo hace porque reconocerlo expresamente hubiese obligado a una refor-

ma constitucional al artículo 123, apartado B, fracción XIII de la ley fundamental. Es claro que se trata de evadir que las normas son de derecho laboral burocrático, pues el artículo 2o. de la Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal señala que es un “mecanismo” para garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública. La diferencia entre ser un sistema de administración de personal y constituir normas de derecho público, ya sean administrativas o laborales, determina la manera de instaurar el servicio profesional de carrera en una institución. El primer problema es cómo abordar la regulación de todos los subsistemas que componen el servicio profesional de carrera: planeación de recursos humanos, ingreso, desarrollo profesional, capacitación y certificación de capacidades, evaluación del desempeño, separación, control y evaluación. ¿Es necesaria una ley para cada nivel de gobierno, para cada poder y para cada órgano constitucional autónomo? ¿qué puede estar en un reglamento, qué en un manual? ¿cómo armonizar todos los subsistemas con las normas laborales? ¿cuál es la jerarquía entre las normas laborales y la Ley del Servicio Profesional de Carrera en la administración pública federal? 3) la ley no atiende a plenitud las diferentes categorías de funcionarios al servicio del Estado. Es decir, es una ley que no resuelve un tratamiento coherente y de relación entre los servidores públicos de libre designación, los de carrera que pretende regular, y los de base. Se ocupa sólo de los servidores públicos de carrera, pero no regula a los trabajadores de libre designación y a los sindicalizados de base, que están condenados, sobre todo los últimos, al subdesarrollo administrativo, porque no forman parte de los diferentes esquemas de desarrollo profesional y de capacitación, que se supone tendrán los servidores públicos de carrera; 4) es una ley que no se orienta por una concepción sistémica. Para demostrarlo basta analizar la pretensión de definir los perfiles y los requerimientos del cargo en un catálogo, lo que generará dificultades al momento de estratificar y diferenciar cada rango y nivel administrativo, además de armonizarlos entre ellos; 5) la

ley no da una respuesta adecuada al hecho de que contamos con una administración pública establecida, organizada y funcionando. ¿Qué hacer con ella? ¿cómo compaginar el servicio profesional de carrera con lo existente? El régimen transitorio de la ley es insuficiente para transformar la visión patrimonialista que del Estado tienen muchos servidores públicos; 6) la evaluación a los servidores públicos que establece la ley también presenta problemas, pues deja a normas reglamentarias y administrativas la definición de los indicadores de evaluación, la fuerza normativa que esos indicadores tienen, los imperativos de su cumplimiento, además de que el recurso de revocación que establece la ley, en el artículo 78, no puede esgrimirse para controvertir las reglas y sistemas de la evaluación, y 7) sobre la separación de los servidores públicos, la ley deja sobre la mesa un buen número de preguntas sin respuesta, sobre todo respecto de aquéllos que actualmente están en la administración y no han adquirido el estatus de ser de carrera. El artículo tercero transitorio pretende resolverlo con evaluaciones y cursos, pero no se señalan, por ejemplo, las consecuencias jurídicas que se podrían derivar de supuestos como no haber participado en las evaluaciones o en los cursos.

De las críticas vertidas a la Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal, llegamos a la conclusión de que se trata de un esfuerzo parcial, incompleto, que no comprende siquiera a la totalidad de la administración pública federal, mucho menos a la función pública en general. La debilidad en el profesionalismo de los servidores públicos se presenta en todos los poderes, órganos del Estado y, desde luego, en los diferentes niveles de gobierno y no existe una respuesta integral. Se requiere de un fundamento constitucional, que actualmente no se tiene, para realizar un ejercicio como el aprobado por el Congreso de la Unión, pues las bases constitucionales de la ley en vigor son bastante endebles. Uno de sus principales problemas es que no logra enfrentar con seriedad los derechos laborales de los trabajadores al servicio del Estado. Igualmente, parece que una de sus consecuencias será incrementar de manera desmedida

el número de los funcionarios de libre designación, los que constituyen la tecnocracia; sobre esta negativa y posible consecuencia de la ley no hay respuesta alguna. En cuanto a los trabajadores de base o sindicalizados, además de que no estarán sujetos en la misma medida que los de carrera, a la capacitación, desarrollo profesional y evaluación, lo que es gravísimo en términos de modernización administrativa, se deja un espacio abierto para el clientelismo y la corrupción política y la sindical.

Possiblemente los lectores de estas páginas opinen que se es demasiado duro con esta ley, pues es la primera en su género en México, crítica que en parte es correcta, pues durante doscientos años de vida independiente nuestro país no había logrado normar con suficiencia, aunque sea parcial, algo parecido a un servicio civil de carrera. En algunos países desarrollados como Inglaterra o Alemania, el servicio civil de carrera es centenario.⁷¹ El dato histórico es revelador de la manera en que se ha organizado la administración pública en México, un sistema basado en clientelas y en botines políticos; una administración en general, poco capacitada y profesionalizada, en donde en su ingreso y ascenso prevalecen apoyos políticos que nada tienen que ver con el mérito y la igualdad de oportunidades entre los mexicanos, y que es tierra fértil, dados estos presupuestos para la corrupción. El reto que era y es enorme, exigía una ley mucho más ambiciosa e integral. La respuesta fue tímida y, no podemos decir que esté a la altura de las circunstancias que la realidad demandaba.

Sigue pendiente una reforma administrativa que hace ya algunos años reivindicaba uno de los teóricos nacionales en la materia.⁷² Entre sus propuestas estaban: 1) el establecimiento de un servicio público de carrera que promueva cuerpos de funciona-

⁷¹ Sánchez Morón, Miguel, *op. cit.*, nota 69, pp. 17-38.

⁷² AgUILAR, Luis F., “¿Qué recomendaría para eliminar el burocratismo y la ineficiencia que caracterizan, en algunos casos, a las dependencias públicas?”, Argüelles, Antonio y Gómez Mandujano, José Antonio, *Hacia la modernización administrativa: Una propuesta de la sociedad*, México, Porrúa, 1995, pp. 80 y 81.

rios profesionales, motivados por un fuerte sentido de misión pública. El servicio deberá contar con una normatividad clara que regule el ingreso y ascenso de los funcionarios con base en el mérito, y 2) la introducción de sistemas y estructuras de gestión innovadores y más productivos, tales como: esquemas de incentivos que pongan énfasis en el sentido del logro y realización, tanto individual como de equipo, así como de creatividad y cierta independencia de trabajadores y funcionarios; descentralización interna de funciones, un esquema de funcionamiento basado más en misiones y resultados que en controles, así como formas de organización menos jerárquicas y rígidas;⁷³ una mayor simplificación de trámites administrativos que promueva normas claras y sencillas, formularios accesibles y fáciles de llenar, trato amable y cordial al usuario, mecanismos de pago ágiles, reducción en los tiempos de respuesta y establecimiento de canales para la recepción de inconformidades, y la existencia de sistemas de auditoría interna y externa que tengan una conducción administrativa flexible y basada en el logro de metas. Desde luego, que algunas de estas medidas se han instrumentado, pero su incorporación suele ser incompleta o deficiente, nunca integral, en el sentido de reformular la totalidad de la administración y la función pública en México.

Para una reforma integral en la función pública debe también pensarse el tipo de administración que se requiere en función del tipo de Estado de derecho del que se parta. No es lo mismo plantear una reforma a la función pública con los parámetros de un Estado de bienestar que con los parámetros de un Estado garantista.⁷⁴ Sobre todo, es fundamental en términos de corrupción, combatir la que se ha enquistado en la alta burocracia y tecnocracia del país, por los impactos de mediatisación de los factores reales de poder en ella. Para ello, se debe insistir en normas

⁷³ Wilson, James Q., *Bureaucracy. What Government Agencies do and why they do it*, USA, BasicBooks, 1989.

⁷⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

que impidan los conflictos de intereses, que establezcan estrictas incompatibilidades,⁷⁵ para que los servidores públicos no puedan tener acciones o participación profesional como asesores o litigantes de particulares en lo individual o en empresas privadas, para que éstos no sean dirigentes u ocupen posiciones relevantes en los partidos políticos, medios de comunicación electrónica, sindicatos, organizaciones empresariales, ejército e iglesias, durante su desempeño de servidores públicos y algunos años con posterioridad. Además, las declaraciones patrimoniales deben ser necesariamente públicas, y cubrir a los miembros familiares más próximos al servidor público. También se requiere de declaraciones públicas de intereses, las que deben presentarse al inicio de la función y periódicamente, que den cuenta del entramado de relaciones personales y familiares, referidas al ámbito profesional, político, financiero, económico y familiar de un servidor público.

Respecto a las medidas de control, el cambio de nombre de la Secretaría de la Controlaría y Desarrollo Administrativo por Secretaría de la Función Pública ha implicado, desgraciadamente, no sólo un cambio de designación, sino una reducción en el control y fiscalización internos en la administración pública. La Ley Federal de Responsabilidades Administrativas sigue manteniendo un esquema que no favorece el debido control de los servidores públicos por los ciudadanos: no concede a éstos recursos para oponerse a las determinaciones de las contralorías, la ley de responsabilidades no comprende a la totalidad de la función pública, los procedimientos de responsabilidades no son públicos, se mantienen en la opacidad y, poco importa que se trate de asuntos públicos, sobre servidores públicos que manejan recursos públicos. En materia de responsabilidades penales, los códigos penales

⁷⁵ Existe un anteproyecto de dictamen del Senado de la República en ese sentido. Véase el Anteproyecto de dictamen por el que se reforman diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos y Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

contienen ambigüedades en los tipos, son poco garantistas, lo que favorece la impunidad de los servidores públicos: hace falta incrementar las sanciones para que todos los delitos relacionados con la función pública sean considerados graves, y esto debe darse en el marco de una reforma que determine la autonomía del Ministerio Público, la profesionalización de las policías y la plena independencia del Poder Judicial. En cuanto al resarcimiento, pocas veces se obtiene por faltas de servidores públicos. Recientemente se aprobó la Ley Federal de Responsabilidades Patrimoniales del Estado para que los ciudadanos puedan exigir responsabilidades patrimoniales del Estado, lo que tememos será un incentivo para que éstas se cubran con recursos públicos y no con el patrimonio de los servidores públicos implicados, pues bastará que éstos pongan a nombre de sus familiares sus bienes y patrimonio para que el Estado no pueda hacer exigible el derecho de repetir.⁷⁶ Seguramente esa ley será una fuente de corrupción que la sociedad y otras instancias gubernamentales deberán estar monitoreando. La lección, siempre es, que no se puede realizar un cambio institucional, sin pensar en el resto de las instituciones y normas afectadas para que no existan consecuencias indeseables.⁷⁷

⁷⁶ La Ley Federal de Responsabilidades Patrimoniales del Estado se publicó en el *Diario Oficial* el 31 de diciembre de 2004 y entró en vigor el primero de enero de 2005. Previamente, en 2002, se reformó el artículo 113 de la Constitución al que se le añadió un párrafo segundo, que dispone: “La responsabilidad del Estado por los daños, que con motivo de su actividad administrativa irregular, cause a los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes”. Igualmente se modificó la denominación del título IV de la Constitución, que ahora lleva la de “De las responsabilidades de los servidores públicos y patrimonial del Estado”. La norma constitucional entró en vigor el primero de enero de 2004. Véase Castro Estrada, Álvaro, *Nueva Garantía Constitucional. La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 2002.

⁷⁷ Nino decía que el sistema institucional era como un mecanismo de relojería, un todo integrado, en donde si se modificaba o alteraba a una de las piezas, todo el entramado podía ser afectado. Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 503.

Muchos actos de corrupción se inician con la decisión de un funcionario público de contratar una obra o servicio que no es prioritaria para un país, debido a que le significará un beneficio personal, en la forma de una importante “comisión”. Por ello, es necesario repensar todo el sistema de adquisiciones públicas para transparentarlo de manera más efectiva; dar un seguimiento patrimonial estricto a los funcionarios y sus familiares encargados de las adquisiciones públicas;⁷⁸ revisar continuamente el padrón de proveedores de bienes y servicios para evitar que se registren en ese padrón empresas fantasma o sin capacidad efectiva de dar los servicios o proveer los bienes; lograr la verificación de los órganos de control de todo el proceso de licitación, no sólo *a posteriori* sino concomitantemente; incluir siempre la más amplia participación social en los procesos de adquisiciones para promover las auditorías ciudadanas, los testigos sociales, etcétera; establecer procedimientos de exclusión y sanción a las empresas licitadoras que hayan incumplido con los contratos públicos o hayan estado envueltas en esquemas de corrupción; establecer una base de datos sobre precios para identificar los sobreprecios en los bienes y servicios requeridos; incorporar mecanismos que eviten la manipulación de las especificaciones para favorecer a ciertos proveedores; obligar a que las dependencias públicas con gran anticipación —al inicio del año— informen públicamente su plan de contrataciones; sancionar duramente la violación a la confidencialidad de las ofertas de los proveedores; prohibir que en las bases de licitación se determinen precondiciones indebidas; eliminar del padrón de proveedores, a los que se hayan coludido para fijar los precios de licitación o para cualquier otro propósito; prohibir cualquier tipo de estándares técnicos discriminatorios; sancionar cualquier violación a las normas de calidad, estándares

⁷⁸ La Ley de Adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público del 4 de enero de 2000, recientemente reformada el siete de julio de 2005 contiene algunas de estas sugerencias. En el nuevo artículo 50 de la ley se establece que está prohibido que se contrate con familiares o socios de los funcionarios públicos.

sobre cantidades u otros estándares; prohibir la subfacturación, etcétera. Igualmente, debe establecerse un sistema que permita la cooperación e intercambio de información entre las diferentes administraciones públicas, poderes, órganos del Estado y niveles de gobierno que tengan a su cargo las adquisiciones de bienes y servicios, tanto por finalidades de control como de comportamiento comercial de esas empresas o particulares.

IX. ÓRGANOS ESPECIALIZADOS DE COMBATE A LA CORRUPCIÓN Y COORDINACIÓN ENTRE ELLOS

En años recientes los gobiernos han intentado mejorar los esfuerzos por detectar casos de corrupción mediante la creación de agencias o comisiones independientes contra la corrupción. Uno de esos modelos es el de la Comisión Independiente contra la Corrupción de Hong Kong.⁷⁹ Esta Comisión sirve no sólo para recibir e investigar, mas no juzgar, acusaciones de corrupción, sino también para llevar a cabo campañas de concientización ciudadana y para hacer auditorías de las administraciones de departamentos y oficinas gubernamentales desde la perspectiva del combate a la corrupción. El modelo Hong Kong ha resultado eficaz y ello se debe no sólo a la calidad o la determinación de sus empleados y al excelente marco legal que ha facilitado su trabajo, sino también porque tanto el concepto de la prevención como el del procesamiento legal de las investigaciones y auditorías han sido competencia de la Comisión. La prevención no ha sido sólo el último renglón, una ocurrencia repentina de la ley, sino que ha sido junto con la educación y concientización de la población, una actividad central del modelo. Esto ha permitido que la Comisión desarrolle un conjunto de estrategias coherentes y coordinadas. Muchos otros países como Zambia han tratado de copiar el modelo de Hong Kong y han fracasado. Las razones de por qué fracasan los órganos de esta naturaleza, los podemos encontrar en

⁷⁹ Transparencia Internacional, *op. cit.*, nota 1, pp. 161 y ss.

los siguientes motivos: una voluntad política débil en donde los intereses creados abruman a la dirección; la falta de recursos para cumplir con las tareas encomendadas; la ausencia de autonomía por la injerencia del gobierno, de los grupos parlamentarios o de los factores reales de poder como los partidos; temor a las consecuencias de la labor que se realiza, esto es autocontención; expectativas poco realistas, pues la lucha contra la corrupción es una tarea a largo plazo; no fomentar las capacidades preventivas del órgano; leyes inadecuadas; incapacidad para involucrar a la comunidad; rendición de cuentas insuficientes frente a la sociedad y a otros órganos del Estado; falta de credibilidad de la institución, etcétera.

Los órganos especializados contra la corrupción deben ser plenamente autónomos, pues si falta este elemento, fácilmente pueden corromperse. Es muy fácil que estos órganos se utilicen políticamente en contra de contendientes políticos. Cualquier órgano especializado contra la corrupción debe evitar esa posibilidad, aunque ello no significa que no investigue la grande y la pequeña corrupción, pero bajo parámetros no políticos. Transparencia Internacional sostiene que todo órgano o “agencia” contra la corrupción debe contar con los siguientes elementos: apoyo político real en los niveles más altos del gobierno, recursos adecuados para poder cumplir su misión, independencia política y operacional para investigar hasta los niveles más altos del gobierno, poderes adecuados para tener acceso a documentación y para interrogar a los testigos, leyes “accesibles para el usuario”, y una dirección considerada de la mayor integridad y honestidad.⁸⁰

Es muy importante que la estructura y el funcionamiento de estos órganos sean consecuentes con los derechos humanos, que estos órganos actúen conforme a derecho y que sus decisiones puedan ser controvertidas ante los tribunales. La designación de sus titulares es una cuestión clave, la designación debe darse por amplias mayorías —calificadas— del Congreso para que no se

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 163 y ss.

dependa de ninguna fuerza política en lo particular y con procedimientos que den participación a la sociedad civil y que éstos sean totalmente transparentes. El funcionamiento del órgano debe ser transparente en el ejercicio de todas sus atribuciones, incluyendo procedimientos y resultados. Los titulares de estos órganos deben gozar de inmunidades y garantías de permanencia. En general, se trata de órganos que deben contar con los elementos de un órgano constitucional autónomo tal como se han descrito en este libro y en otros ensayos.⁸¹ La participación de la sociedad civil en los trabajos del órgano, en su monitoreo o de auditoría ciudadana, en la crítica, en la presentación de propuestas, debe darse en la mayor medida posible. Los órganos de combate a la corrupción deben estar prestos para recibir quejas y denuncias ciudadanas, así como para iniciar investigaciones de oficio. No sólo deben contar con poderes coactivos sino poderes de recomendación al resto de los poderes públicos para que éstos modifiquen diseños legales o administrativos, al igual que prácticas de actuación. Un órgano de combate a la corrupción debe ir acompañado de atribuciones que impidan que los secretos legales: bancarios, fiscales, ministeriales, etcétera, impidan su labor, o que las autoridades y particulares se nieguen a colaborar en sus competencias.

En el ámbito internacional se han creado instituciones de combate a la corrupción, es el caso de la Oficina Europea de Lucha Antifraude, y en algunos países europeos como en España existe una Fiscalía Especial Anticorrupción que forma parte del Ministerio Fiscal de ese país.⁸² En México no existe un órgano de estas características, pensamos que mediante reformas constitucionales y legales, la Auditoría Superior de la Federación, y en los estados, las auditorías estatales o contadurías mayores de hacienda, podrían transformarse en órganos especializados orientados en contra la corrupción y junto con otros, como las autoridades electorales, el Ministerio Público, los tribunales, las comisiones de

⁸¹ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 49, pp. 250-252.

⁸² González, Joaquín, *op. cit.*, nota 62, pp. 81 y ss.

derechos humanos, las contralorías internas de la administración pública, podría existir un esquema más o menos integral de lucha contra la corrupción. Para ello, sería necesario instrumentar cambios como los siguientes: 1) hacer de la Auditoría Superior de la Federación un órgano constitucional autónomo con todos sus elementos de independencia constitucional y política, lo que entrañaría el fin del tutelaje del poder legislativo —Cámara de Diputados— en este tipo de órganos; 2) ampliar sus atribuciones constitucionales y legales para que tenga plenos poderes de investigación en el control económico-financiero del Estado en todas sus fases y no sólo en materia de resultados; 3) dotarlos de mayores competencias en materia de educación cívica en contra de la corrupción; 4) extender el universo de lo fiscalizado y dar participación efectiva a la sociedad civil en la presentación de quejas, propuestas, críticas, etcétera; 5) darles competencias para establecer controles preventivos y concomitantes; 6) prever su autonomía presupuestal y financiera; 7) reformar la Constitución para que los egresos, los ingresos, el patrimonio y el endeudamiento sean parte de los presupuestos generales del Estado; 8) conformarlos como órganos colegiados, y cuidar que en la designación de los titulares participe la sociedad civil, que no se trate de un reparto del botín político entre partidos y grupos parlamentarios; 9) evitar la constitución de mandarínatos y corporativismos al interior de estos órganos a través de un servicio civil de carrera y por medio de la transparencia en todos los procedimientos y decisiones que se adopten, y 10) establecer mecanismos de rendición de cuentas a la sociedad sobre las tareas encomendadas y a otros órganos del Estado.

Además de un órgano de estas características u otras adicionales, que oriente su actuación al combate en contra de la corrupción, se requiere de la cooperación entre los órganos que intervienen de manera directa o indirecta en la lucha contra la corrupción, pues en México no existe un sistema nacional de lucha contra la corrupción, no hay vinculación ni coordinación institucional entre los órganos de investigación de conductas de co-

rrupción y los que resuelven responsabilidades penales, fiscales, administrativas, etcétera. Lo que se agrava cuando se traslanan los ámbitos locales con los federales. Esta falta de vinculación es aún más notoria cuando se trata de la corrupción política, en donde no siempre existe coordinación entre los órganos electorales, los de fiscalización y los ministeriales. Además, los órganos de investigación y resolución, como ya hemos comentado en estas páginas, no tienen un diseño institucional adecuado que los ayude a combatir frontalmente la corrupción y, mientras las formas de corrupción se modernizan, sofistican y globalizan, los órganos de investigación y de resolución de responsabilidades, siguen métodos tradicionales que dejan grandes zonas de impunidad. Los órganos de fiscalización en México están sujetos a la partidocracia, no son autónomos ni independientes. Todo lo anterior exige un sistema nacional de combate a la corrupción, que no se tiene, el que debe englobar los tres niveles de gobierno, los poderes y órganos del Estado, a la sociedad civil, y que ese esfuerzo debería estar coordinado por un órgano específico, que bien podría ser la Auditoría Superior de la Federación, transformada en órgano efectivo de combate a la corrupción.

El derecho internacional público posee de sobra ejemplos de como realizar esa cooperación y asistencia entre las instituciones que combaten la corrupción. La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción propone muy diversos mecanismos de cooperación y asistencia, al igual que la Convención Interamericana contra la corrupción.⁸³ Se trata de cooperación y asistencia no sólo en materia de información, sino en materia judicial y administrativa, respecto a información bancaria, para la extradición de personas, traslado de personas condenadas a cumplir una pena y asistencia judicial recíproca para recibir testimonios o tomar declaraciones a personas, presentar documentos judiciales, efectuar inspecciones e incautaciones y embargos preventivos, examinar objetos y lugares, proporcionar elementos de prueba

⁸³ González Llaca, Edmundo, *Corrupción. Patología colectiva*, México, Instituto Nacional de Administración Pública, 2005, pp. 183-251.

y evaluaciones de peritos, entregar información de sociedades mercantiles y bancarias, identificar o localizar el producto del delito, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios, favorecer la comparecencia voluntaria de personas, embargar bienes, recuperar activos, etcétera. Además, y muy importante, la cooperación debe entrañar la definición de un marco que determine las políticas públicas y las principales orientaciones del Estado para el combate a la corrupción, así como las propuestas de reforma legal y administrativa.

X. UNA NUEVA CULTURA JURÍDICA⁸⁴

En el combate a la corrupción es muy importante el cambio en la apreciación del fenómeno, tanto política como jurídicamente. Políticamente se debe reconocer que se trata de un gran problema nacional y que requiere de medidas integrales para enfrentarlo, pues en este ámbito suele admitirse con debilidad este hecho y, las medidas que se emprenden carecen de consistencia o de una visión de conjunto. La lucha contra la corrupción en México no se ha desarrollado linealmente y con el mismo ímpetu. Por ejemplo, en el sexenio de Miguel de la Madrid se tomaron medidas importantes, pero poco a poco, ese ímpetu inicial fue decayendo al grado que los siguientes sexenios pasó a ser un tema secundario de la agenda política. Existe en el contexto político la apelación a excusas de “Estado”, no es el “momento político”, se dice y, cada vez que se usa ese argumento, la lucha contra la corrupción se retrotrae y se debilita.

Dentro del ámbito político se debe exigir una educación en el combate a la corrupción, una educación que dé cuenta de los aspectos técnicos de esa lucha, pero que también genere la concientización necesaria para que los niños y los ciudadanos en

⁸⁴ Sobre la cultura jurídica ver: Tarello, Giovanni, *Cultura jurídica y política del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995; Häberle, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, traducción e introducción de Emilio Mikunda, Madrid, Tecnos, 2000.

general adviertan que se trata de un fenómeno gravísimo que no sólo tiene consecuencias económicas, políticas y sociales que afectan el desarrollo de un país, sino que determinan el propio desarrollo personal y el compromiso que el ciudadano tiene hacia el Estado y hacia su ordenamiento. Eso que algunos teóricos⁸⁵ llaman el punto de vista interno, que no es otra cosa, que la aceptación reflexiva de las normas y las instituciones, porque los ciudadanos suponen que son valiosas, justas, correctas, morales, etcétera.⁸⁶ Cuando se llega a este punto en el desarrollo moral del ciudadano, la sociedad se transforma y las personas entienden que cooperar con el sistema normativo y con las instituciones es útil para todos. En ese momento la batalla contra la corrupción estará del lado de los que pretenden eliminarla. Es verdad que siempre habrá sectores y personas que cuestionen fuertemente el ordenamiento jurídico y el entramado de instituciones existentes con fuertes razones morales, otros que no lo respeten porque se encuentran en el ámbito del hampa o del crimen, y habrá otros que sean indiferentes o que no quieran adoptar un compromiso sólido con el ordenamiento. Sin embargo, cuando se tiene a una gran mayoría de la población del lado de las normas y de los fines y valores que estas promueven, la lucha contra la corrupción se estará ganando.

Los sectores que deben adoptar en primer lugar ese compromiso fuerte hacia el ordenamiento son las autoridades y los jueces. Ellos son los primeros que deben tener una actitud propositiva y proactiva frente a él. Sin embargo, ese no es un tema fácil en México, porque la cultura jurídica dominante propugna por funcionarios y jueces, en el mejor de los casos, neutros hacia el ordenamiento y las instituciones. La mayoría de las veces los funcionarios y jueces son pasivos y reactivos frente a las normas, no intentan esforzarse en que éstas tengan un cumplimiento no

⁸⁵ Hart, H. L. A., *op. cit.*, nota 53, p. 110.

⁸⁶ Nino, Carlos Santiago, *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Buenos Aires, Emecé, 1992. La anomia consiste en la inobservancia de normas jurídicas, morales y sociales.

sólo literal o gramatical sino orientado hacia los fines que el propio ordenamiento señala. Por ejemplo, es frecuente en materia de fiscalización que las autoridades auditadoras se autocontengan, utilicen el pretexto del “momento político”, y con argumentos formales de poca consistencia olviden que su papel es el de maximizar en mayor medida la rendición de cuentas. Esa actitud de las autoridades produce un efecto en cascada colosal que desincentiva institucional y socialmente el cumplimiento de los fines normativos.

Estamos convencidos que el derecho es un fenómeno complejo, compuesto de elementos diversos, y expresión de una cultura y de una práctica social. Las tendencias argumentativas que hoy existen en el derecho,⁸⁷ son expresión discursiva de la tolerancia democrática, del desarrollo de la cultura jurídica y de la civildad del pueblo. Esa nueva argumentación sobre el derecho es tarea de los legisladores, de los dogmáticos, de las partes en los procesos y, en términos generales, de la multitud de intérpretes jurídicos. Parte del problema reside en la visión del derecho que tenemos. El derecho de nuestro tiempo está muy alejado de aquellas concepciones normativistas o de las que lo definen como un producto exclusivo del legislador. El derecho, en términos simples, implica, por un lado, una estructura normativa en donde encontramos distintas clases de reglas, de principios y directrices, y por otro, está constituido por procedimientos, muchos de los cuales son discursivos y argumentativos. Esta segunda parte es dinámica, es la manifestación de la cultura jurídica y permite calibrar el derecho que se tiene en una sociedad. No es que se devalúe la parte normativa del derecho, sino que se entiende que hasta esa faceta viene previamente definida por una cierta concepción del derecho —la del legislador— y que al entrar en contacto con la realidad, los asuntos y casos, adquiere significados que son el resultado de la labor argumentativa de las autoridades y de los ciudadanos.

⁸⁷ Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2005.

La atribución o determinación de sentidos que se hace con las normas y con el contexto a partir de las precomprensiones del intérprete es lo que define al derecho. Hace algunos años, por el influjo del positivismo tradicional, el derecho se veía desde la óptica del legislador, hoy en día se atiende preponderantemente al papel de la autoridad y del juez, que son los que terminan definiendo el sentido de las normas. Este cambio de acento implica un cambio en la cultura jurídica. En México esta transformación es incipiente, se sigue viendo el derecho desde el papel del legislador y de las normas, no se entiende que las autoridades y los jueces, dentro de los significados posibles de las normas, las que están orientadas a fines, asignan significados. En el derecho contemporáneo lo más importante consiste en justificar las decisiones, pues no da lo mismo una justificación que otra, y en ese discurso jurídico, se tiene la obligación de razonar las decisiones en términos de derecho vigente vinculando el juicio particular de la autoridad al sentido de justicia del ordenamiento.

El Estado de derecho no equivale al imperio de una ley vista literalmente, es entender que sobre la ley está el derecho y que éste, como producto social y cultural, no es sólo un conjunto de reglas a las que se les añade una sanción, sino un compuesto integrado por reglas, pero también principios y valores, y que esos elementos entran en función mediante discursos argumentativos. El derecho es la puesta en escena y el entendimiento de ese entramado normativo en un contexto social y a través de la comprensión y precomprensión de los intérpretes. El derecho es argumentación, pero no cualquier argumentación, sino una que se base en razones que tengan plena justificación en términos de la maximización de los derechos humanos, la democracia, o la rendición de cuentas.

La modificación en los paradigmas del derecho, entenderlo más como argumentación que como simple norma, exige de la autoridad un compromiso mayor con los fines del ordenamiento. La norma no se lee asépticamente para decirlo de una manera, la

norma se lee, se entiende, se interpreta, desde el contexto y desde los fines del ordenamiento. Esa circunstancia obliga a un cambio en el modelo del funcionario público, y en general, de la autoridad. No puede haber autoridades neutrales en el Estado constitucional de derecho, puede haber autoridades imparciales que utilizan criterios similares de solución ante casos semejantes, pero nunca autoridades mecánicas que siguen pautas de actuación sin tomar en cuenta la finalidad de la institución y los valores normativos que orientan las competencias jurídicas particulares. Por eso, las autoridades de combate a la corrupción están obligadas a optar por los fines de las normas de la materia: rendición de cuentas, reducción de la discrecionalidad, del monopolio decisorio, amplia transparencia, deliberación decisoria, abrir los espacios para la participación y deliberación de la sociedad en la materia, independencia política, consolidación de la autonomía de los órganos de control, máxima fiscalización, etcétera.

Sin este cambio en la cultura jurídica, se podrían tener las mejores instituciones de combate a la corrupción, con la mayor autonomía e independencia política, con recursos económicos y atribuciones adecuadas, pero si no existe la convicción de que la tarea encomendada está en función de principios y fines del ordenamiento, y que éstos determinan el sentido de las tareas, de la interpretación, de los cometidos, entonces esa lucha será incompleta, estará coja. El éxito depende de buenas instituciones, pero también de funcionarios que sepan que lo que tienen entre manos implica algo más que el cumplimiento de atribuciones legales y reglamentarias, que están realizando una tarea de transformación social y política extraordinaria, la de contar con una sociedad y un aparato del Estado con los menores índices de corrupción posibles, que están contribuyendo a un desarrollo social e institucional óptimo, en términos de transparencia, de rendición de cuentas, y que están en esos cargos para cumplir una función de profunda y enorme trascendencia en bien de su país, o en palabras de John Rawls:

...quien asume un cargo público está obligado con respecto a sus conciudadanos cuya confianza ha buscado y con quienes coopera en la gestión de una sociedad democrática. De manera similar, asumimos obligaciones cuando nos casamos y cuando aceptamos posiciones en la justicia, en la administración o alguna otra autoridad. Adquirimos obligaciones a través de promesas y acuerdos tácitos y cuando participamos en un juego, es decir, la obligación de jugar de acuerdo con las reglas y ser un buen deportista.⁸⁸

⁸⁸ Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1972, p. 113.