

MIS CRÍTICAS AL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN

Jaime CÁRDENAS GRACIA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La reforma constitucional en materia de transparencia.* III. *La Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.* IV. *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.* V. *La reforma constitucional anticorrupción.* VI. *La Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción.* VII. *Ley General de Responsabilidades Administrativas.* VIII. *La Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.* IX. *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.* X. *La Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación; artículo 49 de la Ley de Coordinación Fiscal, y el artículo 70 de la Ley General de Contabilidad Gubernamental.* XI. *Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República.* XII. *Conclusiones.* XIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Para nosotros, la democracia representativa tradicional es de baja intensidad, y muchas veces es inexistente en México. Esta “democracia” no está bien equipada para combatir la corrupción. El sistema representativo de nuestro país no representa a muchos sectores sociales, debido a las complicidades de la oligarquía —los poderes fácticos nacionales y trasnacionales— con la Presidencia de la República, y a la complejidad y heterogeneidad de la sociedad contemporánea. Además, la brecha entre representantes y representados es cada día más amplia, y se ahonda porque el ciudadano común no tiene armas ni mecanismos efectivos para exigir rendición de cuentas al gobernante, principalmente al presidente de la República, mediante instrumentos de democracia participativa o directa, como la revocación del

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

mandato, las acciones ciudadanas de inconstitucionalidad, los referéndums a las reformas más importantes, la consulta obligatoria de carácter previo para preguntar a la sociedad sobre los asuntos administrativos y obras más importantes. La democracia representativa mexicana es un sistema en donde se participa medianamente y se delibera poco. La opacidad y la ausencia de controles institucionales, políticos y sociales son sus características fundamentales. Lo más grave es que los auténticos poderes no están en las instituciones tradicionales, sino en poderes fuera de las instituciones —los fácticos—, que en complicidad con los formales socavan la credibilidad institucional. En efecto, los medios de comunicación electrónica, los intereses económicos nacionales y transnacionales “colonizan” las instituciones, se apropián de ellas con el respaldo de la Presidencia de la República, y las utilizan para propósitos que no siempre tienen correspondencia con las necesidades y reclamos ciudadanos.

La corrupción tiene campo fértil en estas circunstancias: instituciones colonizadas, medios que manipulan el derecho a la información, debilidad de mecanismos de rendición de cuentas, transparencia que no va a la médula del poder presidencial, inexistente deliberación sobre asuntos públicos, e imposibilidad para que la sociedad civil acceda a la justicia a través de acciones ciudadanas de inconstitucionalidad. Estas fallas hacen que los ciudadanos no sean fieles al sistema normativo y que se produzca anomia.¹ La corrupción es una respuesta inadecuada, pero respuesta al fin, para obtener ventajas, en un esquema en el que se confía poco en las instituciones, porque son las que primero promueven la corrupción, destacadamente las más importantes, como la Presidencia de la República.

De esta manera, estimamos que la democracia no puede reducirse sólo a elecciones, y que el sistema representativo requiere de profundos ajustes: ampliar la participación ciudadana, profundizar en la publicidad de los asuntos públicos, reconocer la importancia debida a la deliberación, in-

¹ Según Robert K. Merton, la anomia no implica falta de normas, ya que en toda sociedad, por rudimentaria que sea, existen un conjunto de pautas, usos y costumbres, normas jurídicas, más o menos sistematizados, más o menos integrados; un grado mínimo de quebrantamiento de las reglas de un sistema normativo no puede considerarse anomia; hay grados y clases de anomia. La simple es un estado de confusión de un grupo o sociedad sometido al antagonismo entre sistema de valores, que da por resultado cierto grado de inquietud y la sensación de separación del grupo; la anomia aguda es el deterioro en último extremo y la desintegración del sistema de valores, que da por resultado angustias pronunciadas; la anomia puede referirse más a algunos sectores que a otros de la población, y la conducta socialmente divergente o conducta desviada es la resultante de la anomia. Merton, Robert K., *Teoría y estructuras sociales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964, pp. 9-11.

crementar y hacer creíble la rendición de cuentas horizontal y social mediante fuertes y efectivos mecanismos de democracia directa y semidirecta, contrarrestar cualquier manifestación arbitraria del poder, principalmente del presidencial, para que éste no se excluya del derecho, y democratizar internamente a las grandes organizaciones privadas, que también son parte de la red de la corrupción.

Al analizar el Estado de derecho, encontramos que en el ámbito nacional es profundamente deficiente, por el desequilibrio de poderes a favor del presidente de la República, y porque se carece de controles institucionales horizontales y sociales eficaces para controlar ese poder. Combatir la corrupción en México entraña reformular todo el sistema institucional del país, comenzando por el poder presidencial, para someterlo a controles y vigilancia estricta, y al mismo tiempo despojarlo de poderes de nombramiento sobre las instituciones que fiscalizan o supervisan la corrupción. Así, insistimos en un tribunal constitucional, cuyos titulares sean electos por los ciudadanos, con capacidad para ejercer un control constitucional amplio, que permita a los ciudadanos las acciones ciudadanas de inconstitucionalidad con un interés simple, y no sólo como ahora, que la clase política tenga la exclusividad para plantearle asuntos, que favorezca además el desarrollo de una Constitución con fuerza normativa y que realice las tres funciones que de él esperaba Carlos Nino: controlador del proceso democrático, de protección de la autonomía individual y de continuidad de la práctica constitucional.²

También apostamos por una reforma al sistema judicial en sus tres cuestiones torales: acceso a la justicia en cualquier tipo de asunto o materia,³ independencia⁴ y eficiencia judicial.⁵ Sobre el Ministerio Público, reivindicamos su necesaria independencia a través de la elección popular de sus titulares, y que sus funciones vayan acompañadas por una profunda reforma a los cuerpos policiacos y a los centros penitenciarios del país.

Los órganos de control de la actividad económico-financiera del Estado, como la Auditoría Superior de la Federación y sus equivalentes locales,

² Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 657 y ss.

³ Sabemos que el artículo 61, fracción I, de la Ley de Amparo restringe la procedencia del juicio de amparo en contra de las reformas constitucionales, lo que constituye de suyo una vulneración al derecho humano de acceso a la justicia.

⁴ Los poderes judiciales del país carecen de independencia, porque los titulares máximos de esas instancias son producto del reparto de posiciones entre los partidos mayoritarios.

⁵ Los poderes judiciales podrían hacer más con menos si existiera respecto de ellos la figura de la auditoría o contraloría ciudadana, para darle seguimiento a sus procedimientos y decisiones.

deben ser reformados para darles autonomía constitucional, y que sus titulares sean electos por los ciudadanos, para que no caigan en la cooptación de la Presidencia o de las nomenclaturas de los partidos o, inclusive, de los órganos legislativos. Lo anterior es fundamental para transparentar su organización interna y su funcionamiento, y para fortalecer sus atribuciones de control, de fiscalización y de combate a la corrupción. En otros órganos, como los de protección de derechos humanos, el Banco Central, y algunos más, sus titulares deben también ser electos por los ciudadanos, y diseñados desde la autonomía, la transparencia y la apoliticidad.

Sin un control social efectivo, el combate a la corrupción no podrá ser efectivo. Por esa razón, reclamamos armas jurídicas para la sociedad, tales como mecanismos de democracia directa, la legitimación procesal en los asuntos de trascendencia pública, la protección de múltiples intereses difusos y colectivos, la existencia de la figura del *amicus curiae*, y la aceptación jurídica de instituciones como el derecho a la resistencia. Igualmente, estimamos que las diferentes formas de protesta social y de desobediencia civil deben ser valoradas por su contribución a la crítica, la transformación y el desarrollo social.

Es frecuente —el ejemplo de la “Casa Blanca”— que en materia de fiscalización y responsabilidades las autoridades se autocontengan para proteger al presidente de la República, y utilicen el pretexto del “momento político”, las razones de Estado, y con argumentos formales de poca consistencia olviden que su papel es el de maximizar, en la mayor medida posible, sin violentar los derechos humanos, la rendición de cuentas. Además, se omite reconocer que existen derechos humanos al buen gobierno, a la rendición de cuentas y al uso debido de los recursos públicos.⁶

La corrupción es un cáncer que nos daña profundamente como sociedad. No merecemos ni en lo individual ni en lo colectivo seguir permitiendo que crezca. Todos somos corresponsables por no hacer lo suficiente. Sin embargo, los más responsables son los que tienen el mayor poder en la sociedad y en la vida política, y esos son en México, los presidentes de la República y los poderes fácticos que operan en el país en complicidad y en relación con ellos.

Para nosotros, la corrupción entraña la presencia de tres variables, que deben ser desmontadas: ejercicio del poder sin controles jurídicos adecuados por debilidad del sistema de división de poderes —la oposición en México no es oposición—; impunidad, porque los que vigilan la corrupción

⁶ Pahuamba Rosas, Baltazar, *El derecho humano a la rendición de cuentas objetiva y uso debido de los recursos públicos*, México, Espress, 2016.

dependen en sus nombramientos de los vigilados, y ausencia de mecanismos de participación ciudadana, para que la sociedad vigile y supervise permanentemente a sus autoridades, y para que en las principales decisiones la comunidad apruebe los asuntos de mayor trascendencia. El sistema nacional anticorrupción, desde mi punto de vista, no atiende adecuadamente ninguno de los tres factores.

II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE TRANSPARENCIA⁷

La reforma constitucional en materia de transparencia, acceso a la información pública y protección de datos fue el resultado de negociaciones en la opacidad, informales y de carácter previo, en donde algunos grupos parlamentarios no participaron, como el del PT, en el Senado. Los grupos parlamentarios del PRI-PVEM, PAN y PRD acordaron fundamentalmente la redacción hoy vigente. Es decir, la reforma careció de carácter representativo.

Se trata de una reforma que deja mucho qué desear en términos de autonomía del llamado órgano garante —el INAI—, porque los nombramientos de sus titulares dependen de las decisiones de las cúpulas de los partidos mayoritarios en el Senado. El INAI es un órgano partidocrático y no ciudadano. El método de designación de los comisionados debiera descansar en criterios basados en los méritos, o realizarse a través de una elección ciudadana, o, en su caso, sería aconsejable el empleo de ambos métodos para garantizar la plena independencia de la institución.

El mecanismo de designación de los comisionados del INAI implica un reparto de cuotas en los nombramientos a favor de los partidos mayoritarios. El INAI es un organismo que, aunque es cúspide en la estructura del Estado, carece de legitimidad democrática de origen, porque el nombramiento de sus titulares no descansa en la voluntad de los ciudadanos, sino en la de los grupos parlamentarios mayoritarios en el Senado.

El Ejecutivo puede objetar el procedimiento de designación de los comisionados del INAI. Ese poder de objeción reduce aún más la independencia de los comisionados, porque le da injerencia al Ejecutivo en sus nombramientos.

Además, las modificaciones constitucionales son cuestionables, por los siguientes motivos:

⁷ Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de febrero de 2014.

La reforma al artículo 6o. de la Constitución previó, como se produjo después, la existencia de una Ley General que regula la transparencia y la protección de datos, lo que quiere decir que la Federación tendrá prevalencia sobre los estados y la Ciudad de México, en la materia. El cambio constitucional se hizo en consonancia con la creciente tendencia en la vida nacional a vulnerar el sistema federal, a través del empleo de leyes generales, que no son aprobadas por las legislaturas locales, sino exclusivamente por las cámaras federales.

El órgano garante —el INAI— tiene competencia sobre los órganos de transparencia de los estados y de la Ciudad de México. Existe en la reforma, una invasión centralista a las competencias de las entidades federativas (artículo 6o. de la Constitución). Los órganos garantes de los estados y de la Ciudad de México quedan supeditados al órgano nacional, por dos razones: 1) porque el INAI podrá conocer de sus resoluciones, y 2) porque todos los órganos de transparencia de las entidades federativas están regulados por la ley general en donde el órgano central-nacional tiene preponderancia jurídica.

Igualmente, el cambio constitucional limita la supuesta autonomía del órgano garante —el INAI—, pues el consejero jurídico puede impugnar sus resoluciones cuando se trate de asuntos relacionados con la seguridad nacional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación vía un recurso especial de revisión.

En el artículo 6o. de la Constitución no se precisaron las funciones del Consejo Consultivo del INAI.

No se estableció que todos los poderes fácticos; por ejemplo, los mediáticos, pudieran ser sujetos obligados de la transparencia. Exclusivamente la reforma se ocupa de los partidos y sindicatos, pero no de los demás poderes reales que inciden, y de qué manera, en la vida nacional.

En México requerimos órganos auténticamente autónomos. El INAI no lo es, por las siguientes razones: 1) los órganos cúspide del Estado merecen que sus titulares cuenten con legitimidad democrática derivada de los ciudadanos para tener responsabilidad directa frente y ante ellos, y porque deben ser expresión de la soberanía popular; 2) la historia política y constitucional de México demuestra que los nombramientos de los denominados órganos autónomos se realizaban antes por el presidente hegemónico, y, ahora, por el acuerdo de las cúpulas de los partidos mayoritarios —en este caso en el Senado—; 3) el hecho anterior limita la independencia de sus titulares, porque suelen actuar y decidir como si fueran correas de transmisión de los intereses y voluntad de quien los designó; 4) esos órganos y poderes se han partidocratizado y se conducen en atención a ese hecho; 5) no hay pluralismo jurídico,

político o ideológico al interior de esos órganos, porque los titulares de los mismos representan y reproducen las concepciones jurídicas o políticas de las clases dominantes en el país; 6) por el método de designación existente, los titulares de esos órganos pierden independencia, porque con motivo de sus funciones no afectarán los intereses de quien los nombró; 7) son órganos elitistas que implican un desdoblamiento de la oligarquía nacional en ellos; 8) los titulares del INAI hasta la fecha no han generado vínculos con la ciudadanía ni se esfuerzan por rendirle cuentas a la sociedad, y 9) sus titulares resuelven de espaldas a la comunidad y, por lo mismo, no promueven las necesidades, los intereses ni los derechos de los ciudadanos, sino los intereses y privilegios de los dirigentes y beneficiarios del *statu quo*.⁸

¿Por qué no se escoge otro método de elección para los titulares del INAI? Por ejemplo: 1) que las diez universidades más importantes del país propongan a cinco expertos cada una, y que los titulares del organismo sean sorteados entre ellos, o 2) que sean electos por los ciudadanos sin que los interesados realicen campañas ni reciban financiamiento, pero con acceso a los tiempos de radio y televisión, para que los aspirantes expongan su plan de trabajo y posteriormente sean electos por los ciudadanos. La respuesta para la pregunta de por qué no se ensaya otro método de elección de este tipo de órganos es porque se termina el atractivo para los que firmaron el Pacto por México, que es el reparto de cargos y prebendas entre ellos, y no la democratización del país.

El sabor que dejó la aprobación de la reforma constitucional no es muy agradable, pues el INAI seguirá secuestrado por los partidos mayoritarios.

III. LA LEY GENERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA⁹

Tiempo atrás, Thomas Jefferson afirmó que si tuviera que elegir entre un gobierno sin periódicos o periódicos sin un gobierno, no dudaría un instante en preferir esto último (Carta al coronel Edward Carrington, del 16

⁸ Alterio, Ana Micaela, “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, núm 8, enero-diciembre de 2014, pp. 227-306; De Cabo Martín, Carlos, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Madrid, Trotta, 2014; Gargarella, Roberto, “Acerca de Barry Friedman y el «constitucionalismo popular mediado»”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, año 6, núm. 1, 2005; Kramer, Larry D., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, traducción de Paola Bergallo, Madrid, Marcial Pons, 2011; Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

⁹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de mayo de 2015.

de enero de 1787). ¿Por qué?, porque la libertad de expresión y el derecho a la información tienen un valor preferente a otros derechos y libertades. Son el fundamento de otros derechos y libertades. Son, como dice una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el balón de oxígeno de la democracia (*Sullivan vs. New York Times*). Por eso, la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos prohíbe que los derechos a la libertad de expresión y a la información sean regulados mediante ley. Una ley que regule el derecho al derecho a la información en los Estados Unidos sería impensable y contraria a la primera enmienda de la Constitución de ese país.¹⁰

En México, no sólo se aprobó la ley general para regular la transparencia, sino que quedó muy distante y lejos de los principios que se contienen en los tratados suscritos por México.

Todos los principios de las declaraciones y tratados que hemos firmado exigen un derecho a la información amplísimo, y la ley general restringe el principio de “máxima publicidad”. Por ejemplo, en los artículos 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU sólo se establecen dos límites al derecho a la información: 1) el respeto a los derechos y la reputación de los demás, y 2) la protección de la seguridad nacional. En cambio, el artículo 113 de la ley general contiene más de diez causales de información reservada, algunas de ellas incompatibles con la democracia.

Otro ejemplo: el Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos de 1999 indica que las excepciones y limitaciones al derecho a la información deben ser escasas y estrictas “que demuestren perjuicio” y el “interés público”, y, que en ocasiones, aunque la información sea reservada y aunque sea privada, si ésta revela un alto nivel de corrupción dentro del gobierno debe hacerse pública.¹¹

En todas esas normas está presente el principio de “máxima publicidad” contemplado en el artículo 6o. de nuestra Constitución, que exige elaborar leyes siempre de manera progresiva para optimizar el principio. Sin embargo, la ley general escamotea el principio de máxima publicidad.

¹⁰ Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 431 y ss.; Faúndez Ledesma, Héctor, *Los límites de la libertad de expresión*, México, UNAM, 2004, pp. 289 y ss.

¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión 1999*, Washington, OEA, pp. 2-65.

Las razones de por qué se escamotea en la ley general, que regula el derecho a la información, el principio de máxima publicidad, son las siguientes:¹²

- 1) Los titulares de los órganos garantes, como ya lo dijimos respecto a la reforma constitucional en la materia, incluyendo al INAI, son designados respondiendo al esquema de reparto de cuotas entre los partidos mayoritarios. Ello no garantiza su independencia ni su imparcialidad. Los órganos garantes están partidocratizados. Esos titulares son secuestrados por la voluntad de los partidos hegemónicos y del Ejecutivo. Son una oligarquía institucionalizada.
- 2) Desgraciadamente, no son sujetos obligados los poderes fácticos que reciben una concesión, permiso, autorización, licencia o contrato del Estado. El poder mediático y las petroleras también debieran ser, en todos los casos, sujetos obligados, por el simple hecho de recibir la concesión, licencia, permiso, autorización o contrato para realizar alguna función de trascendencia pública en alguna área estratégica o prioritaria. La reforma constitucional y la ley señalaron como sujetos obligados a poderes fácticos débiles, como los partidos y sindicatos, y no a los poderosos, como las televisoras y/o las transnacionales.¹³
- 3) El criterio para definir si algo es público o privado para efectos de la transparencia y acceso a la información pública no debiera ser solamente el ejercicio de los recursos públicos, sino también la función o tarea que realizan los sujetos privados —su nivel de incidencia en la vida económica o política—. Si los sujetos o entes privados realizan una tarea que tiene consecuencias públicas, sociales, o sus fines afectan a la economía, esas funciones también deben ser públicas.

¹² ¿Qué es “máxima publicidad”? El artículo 8o., fracción VI, de la ley general la define mal y retóricamente. Máxima publicidad implica, desde nuestro punto de vista, la garantía plena del derecho a saber; es decir, que todas las personas del Estado conozcan de manera pública y comprensible de manera oportuna y completa de todos los asuntos públicos y de los privados de incidencia pública, con las mínimas excepciones. Éstas deben estar plenamente justificadas, ser precisas y acreditarse en todos los casos la prueba del daño. Las excepciones no deben enunciarse de manera vaga como lo hace el artículo 113 de la Ley.

¹³ Hardt, Michael y Negri, Antonio, *Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 2000; Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar-Siglo del Hombre Editores, 1999; López Calera, Nicolás *et al.*, *Sobre el uso alternativo del derecho*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1975.

- 4) La posibilidad prevista en la ley —artículos 189 y siguientes— para que el consejero jurídico del gobierno federal interponga el recurso de revisión en materia de seguridad nacional concede al Ejecutivo un instrumento muy poderoso para anular los efectos de la ley en asuntos de trascendencia. La transparencia y el acceso a la información serán, tal vez, posibles, en asuntos de poca envergadura, pero en los fundamentales para el destino de la nación dudamos que lo sean.
- 5) En materia de violaciones graves a derechos humanos o delitos de lesa humanidad, la ley no es precisa ni contundente (artículo 5), y no indica que nunca ni por ningún motivo las autoridades podrán clasificar por esos motivos la información como reservada. Desde el inicio de una averiguación previa, de una queja ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos, o del inicio de cualquier procedimiento, la información debiera ser pública en esos supuestos. La ambigüedad e indefinición de la norma permitirá que las autoridades sigan, como hasta ahora, escamoteando la transparencia en esta materia.
- 6) En materia de transparencia energética —artículo 83—, la norma es retórica al no prever el supuesto de conflicto normativo con las leyes secundarias en materia energética. Es decir, no queda claro en caso de antinomia si prevalecerá la ley general de transparencia o las leyes y reglamentos de las leyes en materia de energía. Nosotros pensamos que prevalecerán las disposiciones energéticas sobre las de esta ley, lo que significa que no habrá transparencia en materia energética.
- 7) Son excesivas y ambiguas las causales de reserva de información —artículo 113—, y son mayores a las que estuvieron en vigor antes de la vigencia de la ley general. Además, deben tenerse en cuenta las causas de reserva y de confidencialidad contempladas en leyes especiales, en materia energética, fiscal, financiera, electoral, entre otras.
- 8) Es absurdo que las opiniones, recomendaciones o puntos de vista expresados en un procedimiento deliberativo no concluido —artículo 113, fracción VIII— se consideren información reservada. Lo anterior es totalmente contrario al principio kantiano, que señala que los actos de autoridad que no son públicos son injustos, así como opuestos a los principios de filosofía moral, por ejemplo, expresados por Aulis Aarnio, en el sentido de que en una demo-

cracia debe ser público, tanto el procedimiento, durante el mismo procedimiento como el resultado de la decisión. El poder y la corrupción anidan en procedimientos deliberativos que no son públicos.¹⁴

- 9) La prueba del daño requeriría ser más exigente para los sujetos obligados que la que se encuentra prevista en el artículo 104 de la Ley. El daño para no difundir la información debiera comprobarse empíricamente por los sujetos obligados y no darse por sentado a través de una especulación.
- 10) La ley general no protege a los servidores públicos que divulgan información en contra de sus superiores o de sus pares.
- 11) La ley no estableció la obligación para que las declaraciones patrimoniales, de interés o las declaraciones fiscales de los funcionarios sean públicas.
- 12) La información jurisdiccional tiene un tratamiento de excepción previsto en el artículo 194 y siguientes de la ley, pues tres ministros de la SCJN definen la transparencia en el ámbito jurisdiccional, lo que significa, al menos en esta materia, que el INAI no es la máxima autoridad en materia de transparencia y acceso a la información.
- 13) La Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental responde a un esquema antifederalista, por dos razones: *a)* en la aprobación de la ley no participan los Congresos locales como debiera ser preceptivo en la Constitución, porque no se trata de una ley general, y *b)* el INAI tiene atribuciones sobre las asuntos de los que conocen los órganos garantes de las entidades federativas, ya sea a través del recurso de inconformidad o por medio de la atracción de los recursos de revisión que debieran conocer los órganos garantes de las entidades federativas.
- 14) En materia de sanciones, artículo 206 y siguientes, no se le conceden a los órganos garantes todas las atribuciones para sancionar. La ejecución de las sanciones corresponderá a otras autoridades (artículo 207).
- 15) La redacción del párrafo segundo del artículo 7o. de la Ley es contrario a lo resuelto por la SCJN en la resolución sobre la contra-

¹⁴ Aarnio, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho*, México, Fontamara, 1995.

dicción de tesis 293/2011, en virtud de que el Estado mexicano también está obligado por las sentencias y resoluciones de los organismos supranacionales de derechos humanos, aunque éste no haya sido parte en el asunto concreto. La ley ignora los criterios jurisdiccionales de la SCJN y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de bloque y parámetro de constitucionalidad.

- 16) Se hace nugatoria en el artículo 20 de la ley la obligación de generar información, y se flexibiliza el deber de documentar todo acto que derive del ejercicio de facultades.
- 17) En el artículo 101 no se determinan con certeza los plazos para la clasificación de información relacionada con infraestructura y estabilidad financiera.
- 18) Se reducen las obligaciones de transparencia en materia de deuda pública y en las intervenciones de las autoridades en telecomunicaciones.

IV. LA LEY FEDERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA¹⁵

La Ley Federal repite las deficiencias de la Ley General, y añade algunas más, entre las que encuentro las siguientes:

- 1) En materia de seguridad nacional y pública, se propone un tratamiento de excepción, que no se rige por la Ley Federal, sino por la Ley General de Transparencia y los protocolos de seguridad y resguardo (artículo 64).
- 2) En materia de sanciones (artículo 186 y siguientes), no se le conceden al INAI todas las atribuciones para sancionar, sólo en el caso de sujetos obligados que no cuenten con la calidad de servidor público (artículo 193).
- 3) El artículo 12 de la Ley Federal incurre en el grave error de considerar que sólo la información documentada que derive de competencias legales es pública, cuando la finalidad de la ley debiera ser que cualquier información de trascendencia pública que tenga

¹⁵ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de mayo de 2016.

que ver con las autoridades o con poderes fácticos es pública, independientemente que se documente o no.

- 4) En materia de transparencia energética —artículos 68 y 73 de la Ley—, la información que específicamente debe ser pública no es la más relevante. Por ejemplo, no es pública la que tiene que ver con las personas físicas que son titulares o controlan las empresas energéticas privadas. Tampoco es pública la información derivada de los procedimientos de consulta a los pueblos originarios ni las evaluaciones de impacto social de los proyectos de infraestructura.
- 5) La Ley no sanciona: *a)* la comercialización de información confidencial y reservada; *b)* ni la reincidencia en la no publicación de la información.
- 6) El recurso de revisión en materia de seguridad nacional que puede presentar el consejero jurídico del gobierno federal no está regulado.
- 7) No se norma el voto particular del comisionado que disiente ni se establece el procedimiento para emitirlo.
- 8) Los partidos y sindicatos tienen obligación de dar información, pero no de la trascendente. Por ejemplo, en el caso de los partidos, no se consideran públicas las actas de las reuniones de sus órganos internos. Y en el caso de los sindicatos, no se estima público el ejercicio del gasto público que reciben y realizan los sindicatos.
- 9) El destino de los recursos que reciben los grupos parlamentarios de las cámaras del Congreso no está precisado como información pública.
- 10) El plazo de dieciocho meses que estableció el artículo tercero transitorio de la ley para que los sujetos obligados ajusten su normatividad en la materia es excesivo. En los hechos, esta ley se estará aplicando hasta el próximo sexenio.
- 11) Las causales de improcedencia y sobreseimiento del recurso de revisión son contrarios al artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los recursos deben ser sencillos y rápidos.
- 12) El artículo 21 de la Ley es contrario al artículo 1o. de la Constitución. En la interpretación, las autoridades deben tomar en cuenta el bloque y el parámetro de constitucionalidad.

- 13) En general, las obligaciones específicas de transparencia de autoridades y de personas están limitadas. Lo importante en cada poder y autoridad no se busca transparentar.
- 14) La ley contribuye a la simulación, y no será un instrumento efectivo para combatir la corrupción.

V. LA REFORMA CONSTITUCIONAL ANTICORRUPCIÓN¹⁶

La reforma constitucional que establece el Sistema Nacional Anticorrupción es deficiente, entre otros motivos, por los siguientes:

- 1) Dejó inmune al poder presidencial. La reforma constitucional anticorrupción no modificó el artículo 108 de la Constitución. El presidente, el eje del poder formal, sigue casi impune durante el ejercicio de su mandato, salvo los casos conocidos de traición a la patria y delitos graves del orden común.
- 2) No se contempló la pena y/o sanción de extinción de dominio por delitos y faltas graves relacionados con la corrupción —artículo 22 de la Constitución—. Sólo procede la extinción de dominio por delitos de enriquecimiento ilícito.
- 3) Los órganos internos de control para los órganos constitucionales autónomos que prevé la reforma serán controlados por los partidos mayoritarios, porque ellos tendrán el poder político para imponerlos en la Cámara de Diputados —artículos 28 y 74 de la Constitución—.
- 4) Los órganos internos de las dependencias federales son designados por el secretario de la Función Pública.
- 5) El diseño del Tribunal Federal de Justicia Administrativa —artículo 73, fracción, XXIX-H de la Constitución— no augura independencia ni imparcialidad. Estarán detrás de él, el titular del Ejecutivo y las cúpulas de los partidos mayoritarios que designarán a los magistrados.
- 6) Las auditorías al desempeño sólo dan lugar a recomendaciones, y no a responsabilidades —artículo 74, fracción VI, de la Constitución—.

¹⁶ Fue publicada el 27 de mayo de 2015 en el *Diario Oficial de la Federación*.

- 7) La Auditoría Superior de la Federación seguirá dependiendo constitucionalmente de la Cámara de Diputados; es decir, de los partidos mayoritarios. La reforma constitucional anticorrupción no propuso su autonomía constitucional ni la elección ciudadana mediante el sufragio de su titular, y sus competencias, aunque se incrementan, no son las esperadas para enfrentar la corrupción propiciada desde el poder presidencial, y desde la influencia indebida de los poderes fácticos —artículos 74 y 79 de la Constitución—.
- 8) El Poder Judicial tiene un tratamiento especial respecto a los actos u omisiones de corrupción en su ámbito —artículo 109 de la Constitución—.
- 9) El Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción, además de ser una estructura que no da cabida a entidades federativas y municipios, estará influido por la presencia del Ejecutivo a través de la participación de la secretaría del Ejecutivo responsable del control interno —artículo 113 de la Constitución—.
- 10) El Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción sólo producirá recomendaciones que no son vinculantes —artículo 113 de la Constitución—.
- 11) El plazo máximo de prescripción en la materia de responsabilidades es de siete años, y nuestro cuestionamiento pregunta ¿por qué no son imprescriptibles? —artículo 114 de la Constitución—.
- 12) El Sistema Nacional Anticorrupción es antifederalista. No participan las entidades federativas y municipios en su Comité Coordinador —artículo 113 de la Constitución—.
- 13) El desarrollo de la reforma constitucional se realiza a través de leyes generales, en donde no participarán las legislaturas de los estados.

VI. LA LEY GENERAL DEL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN

El Sistema Nacional Anticorrupción implica la creación de múltiples órganos e instancias, cuyos titulares serán designados por el presidente de la República, la mayoría calificada del Senado o la mayoría calificada de los diputados. No hay auténtica separación e independencia entre los vigilantes y vigilados,

porque los últimos designan a los vigilantes. Serán instancias partidocratizadas y poco confiables.¹⁷

Las leyes anticorrupción del sistema, aunque tienen alguna referencia a las empresas nacionales y extranjeras que obtienen concesiones, contratos, autorizaciones y permisos del gobierno, no establecen suficientes obligaciones para ellas. Por ejemplo, sólo los servidores públicos están obligados a la publicidad, aunque muy limitada, de sus declaraciones patrimoniales, de intereses y fiscales. Las empresas no están obligadas a publicitar el cumplimiento de sus obligaciones fiscales, laborales, medioambientales y en materia de salud. Sus directivos y accionistas no tendrán obligaciones similares a los servidores públicos obligados a la transparencia de sus declaraciones.

Los delitos y faltas de corrupción son prescriptibles. No son imprescriptibles, lo que constituiría un elemento inhibidor muy poderoso en el combate a la corrupción.

Los titulares de los órganos e instancias encargados de la anticorrupción no son electos por los ciudadanos ni sesionan en general en público. Son instancias burocráticas.

El Sistema Nacional Anticorrupción no entiende que las claves del combate a la corrupción tienen que ver con: *a) el control al poder político, económico, mediático y social; b) la lucha en contra de la impunidad a través de autoridades independientes de los que van a ser vigilados, y c) con fuertes mecanismos de democracia participativa.*

El Sistema Nacional Anticorrupción no se preocupa por la democracia participativa como instrumento fundamental de combate a la corrupción. No se prevén en las leyes secundarias la revocación de los mandatos de los servidores electos; las consultas obligatorias y vinculantes para las principales decisiones administrativas del país que se adopten en los tres niveles de

¹⁷ Los titulares de las instancias anticorrupción —los vigilantes— son nombrados por los supuestos vigilados. *a)* Los magistrados del Tribunal Federal de Justicia Administrativa serán nombrados a propuesta del presidente por mayoría de 2/3 partes del Senado; *b)* los consejeros de la Judicatura son designados dos por el Senado, uno por el presidente, y cuatro son integrantes del Poder Judicial Federal; *c)* el titular de la Auditoría Superior de la Federación es designado por mayoría calificada de 2/3 partes de los presentes en la Cámara de Diputados; *d)* el titular de la Fiscalía Anticorrupción será designado por 2/3 partes del Senado, y puede ser removido por el procurador general de la República; *e)* el presidente del INAI es designado por mayoría de 2/3 partes del Senado; *f)* el titular de la Secretaría de la Función Pública es designado y removido libremente por el presidente de la República y ratificado por una mayoría de senadores; *g)* el presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa será propuesto por el presidente, y designado por la mayoría de 2/3 en el Senado, y *h)* los ciudadanos que también serán designados indirectamente por el Senado de la República a través de una comisión de selección definida previamente por la cámara alta.

gobierno; los referéndums para aprobar reformas constitucionales, tratados y leyes, y las acciones populares de inconstitucionalidad.

El Sistema Nacional Anticorrupción tampoco se interesa por la austeridad. Por ejemplo, jamás se propone que los altos servidores públicos perciban la mitad de las prestaciones que ahora reciben, y que no gocen de ningún tipo de privilegio: seguros de gastos médicos privados o seguros de separación individualizada. Tampoco se prohíbe la contratación de aeronaves privadas, la contratación excesiva de viajes al extranjero, los servicios abundantes de asesoría y de viáticos, así como el apoyo especial de servicios telefónicos e informáticos.

El Sistema Nacional Anticorrupción no establece como delito la traición al mandato popular, que consiste en prometer políticas públicas durante las campañas electorales que después no se satisfacen.

El Sistema Nacional Anticorrupción no prohíbe que los contratistas, concesionarios, permisionarios, personas físicas que reciban privilegios fiscales, accionistas y/o directivos de empresas con vínculos con las instancias públicas tengan prohibido donar indefinidamente recursos en efectivo o en especie a las precampañas y campañas. Los contratistas, concesionarios, permisionarios y personas que perciban privilegios fiscales, que donen a las precampañas y campañas, además de las sanciones penales, administrativas, electorales y civiles que correspondan, debieran estar impedidos a participar en las licitaciones, contratos u obras públicas de los diversos niveles de los poderes públicos e instancias de autoridad.

Las empresas productivas del Estado y los fideicomisos públicos y figuras análogas, sin excepción, se deberían regir por las mismas disposiciones que norman a las instituciones públicas en el Sistema Nacional Anticorrupción, y esto no ocurre así en la legislación secundaria del Sistema.

El Sistema Nacional Anticorrupción no deroga las asociaciones público-privadas ni prohíbe la privatización ni la emisión de bonos educativos y de infraestructura energética. La privatización de los bienes y servicios públicos es una de las fuentes fundamentales de la corrupción, como reconocen los organismos internacionales que la combaten.

El Sistema Nacional Anticorrupción no establece como sanción a servidores públicos y a empresas, la extinción de dominio por delitos y faltas graves de corrupción.

El Sistema Nacional Anticorrupción no determina que el Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción produzca resoluciones vinculantes y obligatorias para las autoridades —sólo permite recomendaciones—.

Además de lo anterior, la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción presenta estas deficiencias concretas:

- 1) El Comité Coordinador no sesiona en público —artículo 10 de la Ley—.
- 2) Aunque el presidente de ese Comité es un ciudadano, la mayoría son funcionarios públicos —artículo 10 de la Ley—.
- 3) Los integrantes del Comité de Participación Ciudadana, que serán pagados con cargo al erario, no se consideran servidores públicos, en violación al artículo 108 de la Constitución.
- 4) El Comité de Participación Ciudadana no sesiona en público —artículo 17 de la Ley—.
- 5) El poder, por el número de competencias, en el Sistema Nacional Anticorrupción reside en la Secretaría Técnica —artículo 35 de la Ley—, que es la oficina que tiene todo el control del Sistema.
- 6) En el Sistema Nacional de Fiscalización no participan los ciudadanos —artículo 37 de la Ley—.
- 7) Y como hemos señalado, el Comité Coordinador sólo emite recomendaciones, no decisiones vinculantes y obligatorias —artículo 57 de la Ley—.

VII. LEY GENERAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS¹⁸

De todas las leyes del Sistema Nacional Anticorrupción, ésta es la que tuvo mayor visibilidad, por los siguientes motivos: la formulación de una iniciativa legislativa ciudadana conocida popularmente como la “ley 3 de 3”; la posterior impugnación política de los empresarios a que sus declaraciones tres de tres se hicieran públicas; al veto presidencial proponiendo observaciones para que los empresarios no tuvieran obligación alguna, y a la posterior enmienda de diez artículos relacionados con las frustradas y pretendidas obligaciones

¹⁸ El presidente de la República vetó parcialmente el 23 de junio de 2016, el ordenamiento aprobado en el periodo extraordinario por el Congreso de la Unión en junio de 2016 —del 13 al 17 de ese mes—, e hizo observaciones a los artículos 3o., fracción VIII; 4o., fracción III; 27, tercer párrafo; 30, 32, 33, 37, 46, 73 y 81, de la Ley General de Responsabilidades Administrativas. Argumentó a favor de los empresarios, que la difusión de sus tres de tres implicaría violentar los derechos humanos a la privacidad y a la protección de datos personales.

para que los empresarios difundieran públicamente sus declaraciones patrimoniales y de intereses.¹⁹

Respecto a las declaraciones tres de tres, se realizó un escándalo pirotécnico por el PRI, el PVEM, el PAN y el PRD en torno a la obligación de la publicidad de las tres declaraciones para los funcionarios públicos, que ha quedado y quedará en nada. ¿Por qué? Por la negativa de los altos servidores públicos a transparentar su patrimonio, sus intereses y el cumplimiento de sus obligaciones fiscales, y porque el Sistema Nacional Anticorrupción está controlado; es decir, porque está cooptado por el presidente, por la mayoría del Senado o por los diputados —las cúpulas de los partidos mayoritarios—. Esto es, no existen garantías de una revisión exhaustiva, imparcial, justa, de esas declaraciones. La verificación de las declaraciones según la ley se basará en la aleatoriedad de las revisiones a esas declaraciones, sin que la Ley General de Responsabilidades Administrativas establezca criterios para determinar la aleatoriedad.

¿Qué significa lo anterior? Que habrá una verificación discrecional, y hasta política, de las supervisiones. A los funcionarios inaceptables o poco importantes para el sistema les tocará esa revisión aleatoria, que posteriormente dará lugar a procedimientos de investigación, de sustanciación, y de resolución, en donde el desahogo de los procedimientos llegará jurídicamente al Tribunal Federal de Justicia Administrativa, que en última instancia depende del presidente de la República y de la élite del poder en México; es decir, de los partidos mayoritarios.

Por eso era imperioso que el Sistema Nacional Anticorrupción determinara investigar los actos de corrupción del presidente de la República y de los ex presidentes; por ejemplo, en el ámbito de la operación y de los procedimientos de privatización, desincorporación y liberalización de empresas del sector público, y en el área de las grandes compras gubernamentales y concesiones, así como en el incremento de las fortunas personales y familiares de los presidentes por órganos realmente independientes y electos por los ciudadanos; lo que, desde luego, la ley no prevé.

De sobra son conocidos los casos específicos de corrupción de los últimos sexenios:

En el sexenio de Carlos Salinas de Gortari merece profundizarse en las múltiples privatizaciones y desincorporaciones de empresas públicas que favorecieron a algunos cuantos potentados, que hoy aparecen entre los hombres más ricos de México y del mundo.

¹⁹ La ley fue publicada el 18 de julio de 2016 en el *Diario Oficial de la Federación*.

En el caso de Ernesto Zedillo Pone de León, es pertinente recordar las decisiones que fundaron la aprobación del Fobaproa, y que implicaron privilegios para la oligarquía nacional, en donde las deudas privadas se transformaron en deudas públicas con la complicidad del Poder Legislativo.

Sobre el sexenio de Vicente Fox se pueden mencionar la manera ilegal a través de la cual llegó a la presidencia, empleando un esquema de financiamiento paralelo, conocido como “Amigos de Fox”; los escándalos de Oceanografía; el tráfico de influencias protagonizados por los hijos de su cónyuge, y los contratos de servicios múltiples para explotar hidrocarburos, los que fueron otorgados en contra de lo que disponía en ese tiempo la Constitución.

Las irregularidades del gobierno de Felipe Calderón están a la vista: la manera ilegítima que lo llevó a la Presidencia de la República; la corrupción en la CFE; la extinción constitucional de Luz y Fuerza del Centro; el otorgamiento de concesiones mineras para favorecer a algunos grupos económicos; la guerra contra las drogas sin justificación constitucional, y el aumento del gasto en materia militar y en seguridad pública en detrimento del gasto social, entre otros muchísimos actos y omisiones que deben ser investigados.

En el sexenio de Peña Nieto tenemos, entre otros actos susceptibles de análisis desde perspectivas de corrupción, los siguientes: la privatización de la industria energética y la aprobación de las reformas estructurales en contra del pueblo de México; las relaciones de corrupción del presidente y de algunos de sus secretarios con grupos empresariales, como Higa y OHL, que han implicado beneficios a esas empresas y a la familia del presidente, derivados de numerosos y onerosos contratos generados en licitaciones simuladas; la desaparición de los 43 normalistas de Ayotzinapa, y escándalos como el de la llamada “Casa Blanca”, entre diversas irregularidades, que incluyen la manera ilícita —mediante la compra de votos y el apoyo de Televisa— de su arribo a la Presidencia de la República.

Por su parte, la Ley General de Responsabilidades Administrativas presenta deficiencias concretas:

- El artículo 5o. de la ley excluye como servidores públicos sujetos de la ley a los consejeros independientes de las empresas productivas del Estado y a otros funcionarios equivalentes. Esos servidores públicos están autorizados a violar la ley de responsabilidades impunemente.
- No son plenamente públicas las declaraciones patrimoniales, de interés y fiscales.

- Los particulares —personas físicas y morales— no tienen obligación de hacer públicas sus declaraciones patrimoniales, de interés o fiscales. En el caso de las empresas, de sus accionistas y directivos, que contratan o reciben concesiones, permisos o autorizaciones del Estado, deberían también hacer públicas estas tres declaraciones, más otras dos: declarar que cumplen sus obligaciones laborales y con sus obligaciones respecto a las leyes relacionadas con el medio ambiente y la salud.
- La verificación e investigación de las declaratorias será aleatoria, pero la ley no fija los criterios para definir esa aleatoriedad —artículo 30 de la Ley—.
- La clasificación de faltas no graves y graves que hace la ley no precisa el método que permite la distinción. El legislador está actuando arbitrariamente.
- El plazo de caducidad de la instancia es muy corto: seis meses. Con seis meses de no actuación procesal caduca la instancia —artículo 74 de la Ley—.
- Las faltas no son imprescriptibles. Las graves prescriben a los siete años.
- Los inversionistas extranjeros no son susceptibles de responsabilidades administrativas; sólo lo son los organismos y servidores públicos extranjeros —artículo 70 de la Ley—, omisión que consideramos totalmente neoliberal.
- La Ley de Responsabilidades permite válvulas de escape para decidir no iniciar procedimientos de responsabilidad administrativa —cuando el asunto motivo de la denuncia sea opinable jurídicamente, y cuando la falta sea subsanada— (artículo 101 de la Ley).
- La Ley no prevé la extinción de dominio por faltas graves en materia de corrupción.
- La Ley no concede de manera expresa a las autoridades aplicadoras sustanciadoras y resolutorias, competencias para obtener pruebas de oficio.
- El estándar probatorio es muy alto, “más allá de toda duda razonable”, con lo que muchos hechos quedarán en la impunidad.
- Los particulares sólo son sujetos de la Ley por faltas graves, pero no por faltas no graves.
- Los códigos de conducta que prevé la ley pueden implicar violación a los principios de legalidad y de reserva de ley. Sólo por ley pueden determinarse faltas y sanciones.

- Los denunciantes no tienen reconocida en todos los casos —en medios de impugnación— legitimación procesal activa; sólo en la apelación.
- No existe la obligación de comprender e interpretar la Ley desde la Constitución y las convenciones internacionales. Prevalecen en ella los criterios de la vieja cultura positivista.

VIII. LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Las críticas a esta Ley consisten en lo siguiente:

- 1) Es un tribunal capturado por el Ejecutivo y los partidos mayoritarios del Senado —artículo 43 de la Ley—. No habrá independencia ni credibilidad en un tribunal de esta naturaleza. Para ilustrar lo anterior, el periódico *Reforma* ha indicado los lazos políticos y de dependencia de muchos de los magistrados del futuro Tribunal Federal de Justicia Administrativa. En el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, que será la base del futuro Tribunal Federal de Justicia Administrativa, encargado de las conductas graves de corrupción, sus integrantes responden a los intereses del presidente de la República y de los dirigentes de los partidos mayoritarios. Verbigracia, los magistrados Carlos Chaurand Arzate y Zulema Mosri tienen vínculos con Manlio Fabio Beltrones del PRI; los magistrados Julián Olivas y Guillermo Valls responden a Peña Nieto, y Víctor Orduña y Rafael Estrada Sámano, al expresidente Felipe Calderón Hinojosa.²⁰
- 2) El Tribunal no cuenta con un órgano independiente que se encargue de fiscalizar su funcionamiento administrativo ni la disciplina administrativa de sus titulares ni sus responsabilidades administrativas. No hay autoridad autónoma que supervise al órgano jurisdiccional encargado de imponer las sanciones por responsabilidades administrativas graves. Esa tarea recae en la Junta de Gobierno y Administración, que se integra por el presidente del Tribunal y algunos de sus magistrados —artículo 21 de la Ley—. Es decir, el vigilante es juez y parte.

²⁰ *Reforma*, México, 9 de mayo de 2016.

- 3) Existe un órgano interno de control en el Tribunal que no es independiente, y que estará subordinado a la Junta de Gobierno y Administración, y que desde luego no conoce de las faltas administrativas de los magistrados del Tribunal, sino del resto del personal.

En síntesis, la instancia competente para el conocimiento de las faltas administrativas más graves de los servidores públicos del país es candil de la calle y oscuridad de su casa, porque sus magistrados son fiscalizados por ellos mismos. No existe un órgano interno de control independiente de los magistrados, y mucho menos una suerte de Consejo de la Judicatura que conozca de sus faltas.

IX. LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL

Al inicio de este sexenio, el gobierno vigente buscó desaparecer a la Secretaría de la Función Pública; después, la ha ido reviviendo como consecuencia de los escándalos de corrupción del presidente de la República y su familia. Los acontecimientos vinculados a “La Casa Blanca”, al Grupo HIGA y a OHL, serán más que meros incidentes que nos recordarán a todos los mexicanos la precariedad y corrupción en el sexenio de Peña Nieto.

En el caso del secretario de la Función Pública, la ley dice que su nombramiento será sometido por el presidente de la República al Senado, para que éste, por mayoría de los presentes, lo ratifique.

Es evidente que este procedimiento no garantiza la independencia del titular de la Secretaría de la Función Pública, porque este funcionario le deberá el cargo al presidente y al partido mayoritario que lo ratifique. El supuesto vigilante deberá su función y nombramiento a los vigilados que lo nombrarán.

Lo anterior no es menor, si tomamos en cuenta que el artículo 37 de la Ley le concede poderes inmensos al secretario de la Función Pública. Entre esas facultades está la de nombrar y remover a todos los contralores de la administración pública federal, tanto centralizada como descentralizada, incluyendo a la Fiscalía General de la República y a los de las empresas productivas del Estado. Además, el titular de esa Secretaría tendrá competencias para verificar, de manera aleatoria, las declaraciones patrimoniales y de intereses de los servidores públicos de la administración pública federal, amén de iniciar investigaciones y procedimientos y presentar denuncias, entre otras.

Por otra parte, la Ley indica, en contra del principio de reserva de ley —último párrafo del artículo 50—, es decir, en contra del artículo 90 de la Constitución, que las secretarías de Hacienda y de la Función Pública emitirán los criterios para la clasificación de las entidades paraestatales, tanto las que cumplan funciones institucionales como las que realicen objetivos comerciales. Lo anterior, evidentemente, es una delegación de las competencias del Poder Legislativo al Ejecutivo, lo que no me sorprende, dado el presidencialismo acusado que caracteriza a este sexenio, aunque, desde luego, ello sea violatorio de la Constitución, específicamente de las facultades del Congreso.

X. LA LEY DE FISCALIZACIÓN Y RENDICIÓN DE CUENTAS DE LA FEDERACIÓN; ARTÍCULO 49 DE LA LEY DE COORDINACIÓN FISCAL, Y EL ARTÍCULO 70 DE LA LEY GENERAL DE CONTABILIDAD GUBERNAMENTAL

La Auditoría Superior de la Federación seguirá dependiendo constitucionalmente de la Cámara de Diputados; es decir, de los partidos mayoritarios. No se propuso, ni en la carta magna ni en estas disposiciones secundarias, que esa institución cuente con autonomía constitucional. Una autonomía constitucional que ya no la hiciera dependiente de la Cámara de los Diputados ni de los partidos mayoritarios, que en esa Cámara designan a su titular. Una autonomía constitucional que permitiera que su titular fuera electo por los ciudadanos a partir de los méritos y el perfil de los aspirantes.

Sus competencias deberían incrementarse para poder consignar directamente ante los jueces penales competentes, sin pasar por la Fiscalía de Combate a la Corrupción, las probables responsabilidades penales de los presuntos infractores.

La Auditoría Superior de la Federación es una instancia capturada, incapaz para enfrentar la corrupción propiciada desde el poder presidencial y desde la influencia indebida de los poderes fácticos.

También cuestionamos que las auditorías al desempeño sólo den lugar a recomendaciones y no a responsabilidades.

En las reformas constitucionales y legales que subordinaron con propósitos centralistas las competencias de endeudamiento de estados y municipios a la Federación, ya encontrábamos el incremento de atribuciones a favor de la Auditoría Superior de la Federación:²¹

²¹ La reforma constitucional se publicó el 26 de mayo de 2015 en el *Diario Oficial de la Federación*; las reformas secundarias, el 27 de abril de 2016.

- a) Esa reforma de control de la deuda de entidades federativas y municipios es antifederalista, porque se incrementaron las atribuciones del Congreso de la Unión y de la Auditoría Superior de la Federación, en detrimento de los congresos locales y de las entidades de fiscalización de los estados.
- b) Los cambios fueron para establecer las bases de endeudamiento de estados, la Ciudad de México y de los municipios. La modificación señaló modalidades, límites y condiciones para el endeudamiento local y municipal, los que son definidos, no en el marco de la Constitución o de la ley, sino por convenios administrativos entre las entidades federativas y la Secretaría de Hacienda, según las circunstancias de cada caso.
- c) Los estados, desde esa reforma, no pueden disponer con soberanía de sus recursos propios, porque esas disposiciones les indican en qué deben gastar, fundamentalmente en cubrir las deudas, y posteriormente en atender los programas prioritarios y sociales.
- d) La legislación de disciplina financiera de las entidades federativas y municipios privilegia el pago a los acreedores financieros sobre las necesidades sociales de las poblaciones de las entidades y municipios.
- e) En esa reforma se determinó que la Auditoría Superior de la Federación podrá fiscalizar recursos de las entidades federativas y municipios cuando los recursos provengan de empréstitos que cuenten con la garantía de la Federación, lo que constituye una invasión a las competencias de las auditorías superiores de las entidades federativas, sin que esta reflexión implique una defensa de éstas, pues esas instituciones se encuentran controladas y cooptadas por los gobernadores de los estados.

En la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas encontramos, además de lo mencionado, las siguientes deficiencias:

- 1) La Auditoría Superior de la Federación, al carecer de autonomía constitucional, es una instancia que depende de la Cámara de Diputados, y que está sujeta a su vigilancia y escrutinio.
- 2) La Auditoría Superior de la Federación no tiene facultades para consignar responsabilidades penales directamente ante los jueces, sino que tiene que pasar por la Fiscalía en Combate a la Corrupción.
- 3) Para fiscalizar, el criterio sigue siendo —indebidamente— seguir la pista de los recursos públicos, y no —también— la relación de

los particulares con el Estado. Todos los que reciben concesiones, contratos, permisos o autorizaciones debieran ser fiscalizados en todos los casos, y no sólo respecto a faltas y cuestiones específicas por la Auditoría Superior de la Federación, tal como las instituciones públicas.

- 4) No existe un porcentaje obligatorio para licitar públicamente —por ejemplo, 90% de las compras gubernamentales—.
- 5) La fiscalización durante el ejercicio fiscal o para ejercicios del pasado se da en escasísimos supuestos —artículos 59, 60 y 61 de la Ley—.
- 6) En la investigación de responsabilidades penales, la Auditoría Superior de la Federación es coadyuvante, pero no es parte —artículo 67, fracción IV, de la Ley—.
- 7) La Auditoría Superior de la Federación, de manera antifederalista, avasallará con las competencias de las auditorías superiores de los estados y fiscalizará todas las participaciones federales que ejercen los estados; la deuda de entidades y municipios que cuenten con la garantía del gobierno federal, y el cumplimiento de la Ley de Disciplina Financiera de Entidades Federativas y Municipios. Además, la Auditoría Superior de la Federación fiscalizará los recursos previstos para el pago de servicios personales previstos en el Fondo de Aportaciones para la Nómina Educativa y el Gasto Operativo, y en general, las aportaciones de los fondos que establece el artículo 49 de la Ley de Coordinación Fiscal.
- 8) La Auditoría Superior de la Federación tiene competencias muy limitadas para fiscalizar a las empresas productivas del Estado —Pemex y CFE—, las que cuentan con sistemas propios y *ad hoc* para fiscalizar su actuación.
- 9) Todo lo anterior demuestra que la Auditoría Superior de la Federación carece del diseño para ser el órgano anticorrupción más importante del país.

XI. LEY ORGÁNICA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

El 14 de diciembre de 2018 se publicó esta Ley. La declaratoria de autonomía constitucional de la Fiscalía General es del 20 de diciembre de ese año. En el

caso de la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción, su titular es designado por el titular de la Fiscalía General de la República, y el Senado, por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes, podrá objetar la designación o la remoción que el fiscal haga en un plazo máximo de veinte días hábiles. La Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción tiene a su cargo la investigación, prevención y persecución de los delitos contenidos en el título décimo del libro segundo del Código Penal Federal. El titular de la Fiscalía participa en el Comité Coordinador del Sistema Nacional de Combate a la Corrupción, y debe presentar un informe anual ante el Senado de la República sobre sus actividades y resultados. El fiscal anticorrupción puede ser destituido por revelar el desarrollo de sus investigaciones. Existe una contradicción institucional entre el intento por combatir la corrupción y en la actuación secreta de las autoridades que llevan a cabo esa tarea. No creemos que se trate de un adecuado diseño institucional para enfrentar la corrupción, y su titular estará sometido a una espada de Damocles permanente para que permanezca callado y no informe a la sociedad sobre los niveles de corrupción existentes en el país.

Respecto a las reformas al Código Penal Federal y a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en Materia de Combate a la Corrupción, advertimos lo siguiente: se establecen tipos penales y sanciones para los servidores públicos, pero no fundamental y principalmente para los particulares y las empresas. Es decir, nuevamente tenemos la asimetría en el trato, pues hay delitos en esta Ley para los servidores públicos, pero no en la proporción debida para los empresarios, que son la otra parte de la corrupción, además de que el Sistema Nacional Anticorrupción está capturado por el propio gobierno.

XII. CONCLUSIONES

Estimamos que las reformas en estudio no satisfacen los objetivos anticorrupción. Los poderes más importantes del país —el presidencial y los fácticos nacionales y trasnacionales— están en gran parte fuera del sistema nacional anticorrupción. Los fiscalizadores dependerán de los vigilados —los más importantes, según el marco de la Constitución—, porque a ellos deberán su nombramiento, lo que entraña que la impunidad de los altos servidores públicos y de los grandes empresarios nacionales y trasnacionales continuará. La intervención de la sociedad es reducida a mínimos en el sistema nacional anticorrupción; jamás las reformas anticorrupción han buscado fortalecer los

mecanismos de democracia participativa y deliberativa como tanto hemos insistido. El mejor antídoto anticorrupción es una sociedad civil vigorosa, exigente, y con armas jurídicas, para supervisar, orientar y definir las principales funciones y decisiones públicas.²²

Por tanto, consideramos que la gran y cara estructura burocrática surgida de la arquitectura del sistema nacional anticorrupción tiene una finalidad distinta, que no es la de combatir la corrupción: es un cambio para producir alguna legitimidad interna, pero sobre todo externa. El gobierno mexicano va a “vender” su reforma en el exterior como la concreción más importante que ha hecho el Estado mexicano en la materia. Mucho me temo que la poca legitimidad que propicien las reformas en poco tiempo quedará pronto debilitada y en cuanto las disposiciones comiencen a aplicarse. En este sentido, para nosotros, cualquier reforma anticorrupción pasa por la reformulación completa del Estado, y la transformación del supuesto sistema democrático nacional, por uno que aúne el carácter representativo rediseñado con una democracia participativa y deliberativa más radical.²³

XIII. BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho*, México, Fontamara, 1995.
- ALTERIO, Ana Micaela, “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, núm 8, enero-diciembre de 2014.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003.

²² Santos, Boaventura de Sousa, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, México, Guatemala y Buenos Aires, Universidad de los Andes, Sigo del Hombre Editores y Siglo Veintiuno Editores, 2010; Shapiro, Ian, *El estado de la teoría democrática*, Barcelona, Bellaterra, 2005; Viciana Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, Corte Constitucional, 2010; Villabella, Carlos, *Nuevo constitucionalismo latinoamericano. ¿Un nuevo paradigma?*, México, Grupo Editorial Mariel, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Universidad de Guanajuato, Juan Pablos Editor, 2014.

²³ Cárdenas, Jaime y Mijangos, María de la Luz, *Estado de derecho y corrupción*, México, Porrúa, 2005.

- CÁRDENAS, Jaime y MIJANGOS, María de la Luz, *Estado de derecho y corrupción*, México, Porrúa, 2005.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión 1999*, Washington, OEA.
- DE CABO MARTÍN, Carlos, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Madrid, Trotta, 2014.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *Los límites de la libertad de expresión*, México, UNAM, 2004.
- FINCHELSTEIN, Federico, “Returning Populism to History”, *Constellations. An International Journal of Critical and Democracy Theory*, New York, vol. 21, núm. 4, 2014.
- GARGARELLA, Roberto, “Acerca de Barry Friedman y el «constitucionalismo popular mediado»”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, año 6, núm. 1, 2005.
- GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1998.
- GUASTINI, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- HARDT, Michael y NEGRI, Antonio, *Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.
- KENNEDY, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Editiones Uniandes-Instituto Pensar-Siglo del Hombre Editores, 1999.
- KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, trad. de Paola Bergallo, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- LA CLAU, Ernesto, *La razón populista*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2005.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás et al., *Sobre el uso alternativo del derecho*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1975.
- MERTON, Robert K., *Teoría y estructuras sociales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964.
- NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- PAHUAMBA ROSAS, Baltazar, *El derecho humano a la rendición de cuentas objetiva y uso debido de los recursos públicos*, México, Espress, 2016.

- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, México, Guatemala y Buenos Aires, Universidad de los Andes-Sigo del Hombre Editores-Siglo Veintiuno Editores, 2010.
- SHAPIRO, Ian, *El estado de la teoría democrática*, Barcelona, Bellaterra, 2005.
- TUSHNET, Mark, *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.
- VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, Corte Constitucional, 2010.
- VILLABELLA, Carlos, *Nuevo constitucionalismo latinoamericano. ¿Un nuevo paradigma?*, México, Grupo Editorial Mariel-Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, A.C.-Universidad de Guanajuato-Juan Pablos Editor, 2014.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2008.