

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA, NUEVO DISEÑO INSTITUCIONAL Y ESTADO CONSTITUCIONAL

Jaime CÁRDENAS*

SUMARIO: I. *El Estado fallido*. II. *Nociones sobre el Estado de derecho*. III. *El nuevo Poder Judicial*. IV. *El Ministerio Público*. V. *El tribunal constitucional*. VI. *Los órganos de control externo de la actividad económico-financiera del Estado*. VII. *Otros órganos de control constitucional autónomos*. VIII. *Control ciudadano*.

I. EL ESTADO FALLIDO

El debate nacional e internacional sobre si México es un Estado fallido nos obliga a preguntarnos muy seriamente si lo es o, al menos, cuestionarnos sobre su actual condición. Un Estado fallido es aquel en donde sus elementos básicos (población, territorio, gobierno, orden jurídico, soberanía) o no existen o se encuentran muy debilitados, tanto por razones endógenas o exógenas. Un Estado fallido es el que no tiene en exclusiva el monopolio de la fuerza legítima. Ejemplos de Estados fallidos pueden ser, entre otros, Somalia, Haití, Iraq, Paquistán, Timor Oriental, algunas repúblicas del Cáucaso y de la antigua Yugoslavia.

Nuestro Estado tiene debilidades en numerosos elementos básicos o fundamentales. Así, muchos miembros y grupos de su población no son conscientes de sus derechos fundamentales, principalmente de sus derechos políticos y de participación. A millones de mexicanos no les interesa la vida política del país. Según estadísticas, sólo uno de cada diez ciudadanos se preocupa por lo público. El mexicano no es un actor político que exija la satisfacción a cabalidad de sus derechos fundamentales (de

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; doctor en derecho por la UNAM y por la Universidad Complutense de Madrid, España.

libertad y de igualdad) ni que reclame participación en lo público ni la transparencia y rendición de cuentas de las instituciones. Sólo un segmento muy pequeño —uno de cada diez— está atento e interesado en participar para modificar las condiciones del *statu quo*. Es decir, en México carecemos de un número significativo de ciudadanos que determinen e incidan en la vida pública. Existen, eso sí, conglomerados adoctrinados por la basura que transmiten los medios de comunicación electrónica. Y el problema es que un país sin ciudadanos no cumple con el elemento básico de la población con el que debe contar todo Estado.

En cuanto al territorio nacional, éste no está totalmente sometido al imperio del orden jurídico nacional. Los narcotraficantes y el crimen organizado controlan una buena parte del territorio. Otra parte significativa del territorio nacional y, ahora más, después de la reforma petrolera que dividirá a buena parte del territorio nacional en bloques a favor de las petroleras internacionales, está bajo la influencia de las empresas transnacionales. La influencia de los Estados Unidos en la vigilancia y patrullaje de nuestros mares y espacio aéreo para salvaguardar su seguridad nacional es creciente, sobre todo a raíz de los anticonstitucionales acuerdos del ASPAN. Las empresas transnacionales explotan los recursos naturales del subsuelo, que son parte del territorio, en su beneficio; por tanto, porciones del territorio nacional, en esta época de fronteras flexibles, están fuera del imperio de nuestro orden jurídico, y muchas de las disputas entre los intereses foráneos y el nacional terminan en tribunales extranjeros, en donde, es obvio, se aplica el derecho de esos países.

Con el gobierno pasa algo similar. Éste no toma las decisiones económicas más importantes para sus habitantes a partir de los deseos y necesidades del pueblo mexicano, las consulta con Washington, con el FMI, el Banco Mundial, el Departamento del Tesoro o del Comercio de los Estados Unidos. Es un gobierno limitado por otro gobierno y otros intereses. No existe en México autodeterminación en la economía ni en la seguridad pública ni en la nacional. Tenemos un gobierno periférico y subordinado a los intereses exógenos. En el plano endógeno, son evidentes las dificultades del gobierno nacional para aplicar el derecho y garantizar la seguridad de su población. Las instituciones del país, todas ellas, están en crisis, carecen de legitimidad, se someten a los poderes fácticos, entre otros, de las televisoras, empresarios, ejército, Iglesias, sindicatos y partidos. Difícilmente se podría sostener que hayamos concluido el proceso de transición democrática. No contamos con un gobierno democrático ni

en su origen ni en su ejercicio, el que tenemos de facto es profundamente ineficaz e ineficiente; esto significa que no tenemos gobierno pleno.

El orden jurídico no es respetado. Enormes capas de la población no obedecen el derecho que producen los órganos del Estado; dirimen sus diferencias y conflictos por vías distintas a las jurídicas. Las instituciones policiacas de procuración y administración de justicia carecen del respeto y del reconocimiento de los ciudadanos. El orden jurídico se aprueba, pero no se cumple. Los niveles de impunidad y de corrupción son muy altos y están a la vista de todos. El subdesarrollo jurídico del país es palpable. No tenemos una cultura jurídica orientada a maximizar los derechos fundamentales y los procedimientos democráticos; por el contrario, nuestra cultura jurídica está diseñada para promover los privilegios de la elite política y económica del país. La Constitución no es normativa, es decir, la realidad social no coincide con el deber ser que ella postula.

La soberanía en términos externos e internos es una quimera. Externamente condicionan la vida nacional los intereses de otras potencias. Internamente, los poderes fácticos han domeñado y secuestrado al Estado y sus instituciones. No existen posibilidades para que los mexicanos autodeterminemos nuestro destino. Estamos a merced de presiones e intereses que escapan a nuestras necesidades, intereses y decisiones.

¿Cuál es, entonces, el diagnóstico? ¿Somos un Estado fallido o uno imperfecto? Por el camino en el que nos encontramos estamos más cerca del Estado fallido que de un Estado imperfecto, y la clase gobernante parece no darse cuenta ni importarle. Seguramente porque esperan que muy pronto seamos una colonia de jure y no de facto, como en los últimos años ha sido de los Estados Unidos.

II. NOCIONES SOBRE EL ESTADO DE DERECHO

Se dice que el Estado de derecho no designa ninguna realidad, sino un ideal: el ideal de las instituciones públicas sometidas a las leyes al igual que los gobernados. El Estado de derecho no ha existido nunca como obra ya dada, y tampoco, jamás, de una vez para siempre. Es una vara de medir ideal de las actuaciones de las instituciones públicas, de las personas que las rigen, respecto del acatamiento de las leyes, excluye que se pueda predicar descriptivamente de ninguno de los Estados exis-

tentes. Es un ideal regulativo según la expresión kantiana que debe guiar la orientación de las normas, instituciones, conductas, interpretaciones y argumentaciones de la autoridad.¹

Existen modelos diversos de Estado de derecho, dependiendo de la profundidad que se quiera dar al concepto; sin embargo, existen categorías básicas o iniciales que no se pueden perder de vista; entre ellas se destacan la limitación y control del poder, su origen en la soberanía popular, y su destino, los derechos fundamentales. De acuerdo con la amplitud y contenido de los elementos del Estado de derecho, éste será más o menos apto para promover derechos humanos y limitar al poder. Como desde hace tiempo se dijo, Estado de derecho no implica sólo que el Estado produzca y tenga leyes o normas,² pues un Estado dedicado a la producción normativa, sin límites al poder, sin base en la soberanía y sin derechos humanos, no es un Estado de derecho. La experiencia histórica del autoritarismo y del totalitarismo así lo demuestra. La pura legalidad no implica que haya Estado de derecho.

Hoy estamos viendo surgir en la teoría jurídica contemporánea un nuevo tipo o modelo de Estado de derecho. Menos interventor y más regulador. La crisis del Estado del bienestar ha orientado a un replanteamiento de todo el esquema. Nuevos factores ponen en riesgo la supervivencia del mismo Estado. Es evidente que la crisis de la soberanía por el impacto de la globalización obliga a repensar temas, como la necesidad de un constitucionalismo mundial;³ también la sociedad se fragmenta cada vez más, y es importante plantearla en términos multiculturales o pluriétnicos; minorías más activas exigen la garantía de sus derechos; los medios de comunicación electrónica intentan suplantar la esfera pública participativa y deliberativa que se pudo ir construyendo paulatinamente en las etapas previas, aunque nunca se haya logrado concluir esa tarea, la Constitución adquiere un rango normativo desconocido hasta entonces, y se entiende que el imperio es sobre todo de los derechos, más que de la

¹ Capella, Juan Ramón, “La Constitución tácita”, *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003, p. 39.

² Díaz, Elías, “Estado de derecho y legitimidad democrática”, en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, ITAM-Siglo XXI-UNAM, 2002, p. 64.

³ Vega, Pedro de, “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, México, Porrúa-UNAM, 2001, pp.165-219.

ley. Sin lugar a dudas, este tipo nuevo de Estado tiene un garante, no en el legislador del siglo XIX, o el administrador público de buena parte del XX, sino en el juez constitucional. En el nuevo Estado constitucional de derecho se replantea la noción de democracia basada exclusivamente en la noción de regla de las mayorías, y se insiste en el papel limitador y de control al poder que ejercer unos derechos fundamentales garantizados por el juez constitucional; muchas de las categorías jurídicas tradicionales se reformulan, tales como la legalidad, la división de poderes, el control de la constitucionalidad, la estatalidad y la coactividad del derecho. De la interpretación de las normas se pasa a la argumentación, y de aquí a la hermenéutica.⁴

Los elementos más básicos de todo Estado de derecho como institucionalización jurídica de la democracia han implicado: 1) principio de legalidad, que entraña la actuación del gobernante sometida a la ley; en nuestra época habría que agregar que sobre todo a la ley suprema, la Constitución; 2) la ley debe ser producto de la libre participación y representación de los integrantes del grupo social, o sea, por medio de la voluntad de todos; lo que exige correctivos muy fuertes a la democracia representativa para lograrlo; 3) la principal ley es la Constitución, la validez jurídica se determina desde la Constitución, por lo que los mecanismos de control constitucional deben funcionar efectivamente para lograr ese propósito; 4) división del poder, tanto vertical como horizontal, pues el Estado de derecho es incompatible con cualquier esquema de concentración de poder, por lo que la descentralización del poder y el federalismo deben ser llevados a sus últimas consecuencias; 5) control del poder y fiscalización del mismo, es decir, el Estado de derecho implica fuertes mecanismos de *accountability* vertical y horizontal. Respecto a estos últimos, es impensable un Estado de derecho sin mecanismos eficaces, como tribunales constitucionales, de legalidad, contencioso administrativo, ministerios públicos autónomos, órganos de control interno y externo de la actividad económico-financiera del Estado, además de instrumentos vigorosos de control social o ciudadano del poder, y 6) protección plena —con suficientes garantías— a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

En estos dos siglos, el Estado de derecho fue liberal primero, democrático después y, en este momento, sobre todo, social. Además, un Estado

⁴ Sastre Ariza, Santiago, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGraw-Hill, 1999.

de derecho debe agregar a su catálogo de derechos la protección de las minorías étnicas, sexuales, de los inmigrantes, debe tener relación con la paz y con el medio ambiente. El Estado de derecho “como institucionalización jurídica de la democracia” se identifica con la idea de unos derechos humanos fuertes, en donde ni las mayorías legislativas pueden decidir sobre los mismos para restringirlos o para impedir su desarrollo.⁵ Los derechos en el nuevo esquema de Estado constitucional vienen protegidos, blindados por un texto rígido, la Constitución, y gozan de garantías jurisdiccionales, que permiten declarar la invalidez de aquellas normas que los desnaturalicen. El proceso democrático puede decidir la mayor expansión de los derechos, pero nunca su restricción o limitación. Hoy en día es incompatible con un Estado constitucional democrático de derecho, la vulneración, por acción o por omisión de ese núcleo relativamente rígido de derechos básicos, de mínimos indisponibles para las mayorías legislativas en nombre de la protección de todos los ciudadanos.⁶

Al Estado de derecho se le suele agregar el elemento de la *accountability*. Guillermo O’Donnell señala que el Estado de derecho debe ser genuinamente democrático, asegurar los derechos políticos, las libertades civiles y los mecanismos de *accountability*,⁷ pues ello preserva la igualdad política, evita los abusos del poder estatal y privado. Según O’Donnell, sólo cuando el Estado afirma y promueve las dimensiones democráticas de derechos, la igualdad y la *accountability*, son los gobiernos sensibles a los intereses y demandas de la mayoría de la ciudadanía. Los mecanismos de *accountability* son, desde el punto de vista de O’Donnell, la piedra de toque, el elemento angular del Estado de derecho. Tanto los mecanismos de *accountability* vertical-electoral referentes a las elecciones competitivas, limpias y equitativas, como la *accountability* vertical-social que ejercen los ciudadanos para prevenir, compensar o castigar actos u omisiones presumiblemente ilegales de los funcionarios públicos,

⁵ En este sentido, la obra de Luigi Ferrajoli expresa muy bien la importancia que tiene un concepto fuerte de derechos humanos, tanto para el concepto de Estado constitucional de derecho como para el de democracia. Véase Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, México, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

⁶ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

⁷ O’Donnell, Guillermo, “América Latina. ¿Y el Estado de derecho?”, *Nexos*, México, núm. 325, enero de 2005, pp. 19-27.

y sobre todo, la *accountability* horizontal a cargo de instituciones autorizadas del Estado para vigilar, supervisar, prevenir, compensar y sancionar actos de funcionarios públicos. Para O'Donnell, la *accountability* horizontal es básica, es lo que le da al Estado de derecho efectividad, pues en el Estado de derecho no basta una legislación adecuada, sino también una red de instituciones estatales que convergen para asegurar la efectividad de un sistema legal.⁸ A la afirmación de O'Donnell yo agregaría la *accountability* social, que refuerza la trascendencia de la *accountability* horizontal institucional.

III. EL NUEVO PODER JUDICIAL

El poder clásico para la *accountability* horizontal siempre ha sido el Poder Judicial. Sin embargo, es en México y en muchos países como el nuestro, un poder débil política y socialmente, un poder no independiente, que no cumple su función de garantizar el acceso a la justicia y la protección judicial de miles de personas; un poder, además, ineficiente, en donde la resolución de conflictos espera años para obtener una respuesta judicial que no siempre es de calidad. El Poder Judicial debe prohijar un Estado de derecho basado y orientado a la protección de los derechos fundamentales. Para eso deben realizarse muchísimos ajustes en el diseño institucional y también en la cultura jurídica.

Los ajustes de diseño institucional son indispensables. Sin ellos no se puede tener a punto un Poder Judicial independiente, alerta socialmente y eficiente. Lo primero que se necesita es construir la confianza y la legitimidad social en el Poder Judicial, y esa tarea requiere un buen número de cambios. Empezaremos por el de acceso a la justicia. De lo que se trata, parece simple, pero no lo podemos concebir así, es dar a los ciudadanos la capacidad para llegar al sistema de justicia y reclamar derechos o exigir que se ejecute una obligación, y, también, de que el sistema dispense a los casos sometidos a su conocimiento un tratamiento igualitario.⁹ Lo primero no siempre es posible, porque no se cuenta realmente con un sistema de defensoría pública gratuito y de calidad, por las enormes des-

⁸ *Ibidem*, p. 23.

⁹ Ferrandino, Álvaro, "Acceso a la justicia", en Pásara, Luis (comp.), *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*, México, UNAM, 2004, pp. 377-408.

igualdades sociales existentes, por el desconocimiento social del sistema normativo y, en buena medida, porque el propio ordenamiento obstaculiza el acceso o lo hace nugatorio. En un ensayo que considero fundamental, dos investigadoras mexicanas del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) publicaron un ensayo con el título: “El Poder Judicial, y su política de decidir sin resolver”.¹⁰ En él daban cuenta de cómo el juicio históricamente más apreciado por los mexicanos, el juicio de amparo, ha perdido su finalidad de garantizar el respeto a la Constitución y los derechos humanos. Según la estadística del propio Poder Judicial, dos de cada tres asuntos se sobreseen, es decir, el Poder Judicial Federal no entra al fondo de los asuntos, evade la problemática social, con lo que los problemas subsisten, al igual que las violaciones a las garantías individuales. El Poder Judicial Federal es incapaz de enfrentar la realidad nacional con ojos y espíritu constitucionales. La proliferación de los sobreseimientos, además de las razones jurídicas que puedan esgrimirse, obedece sobre todo a que los jueces federales son evaluados por su capacidad para dictar el mayor número de sentencias y, por ello, por su falta de compromiso con una cultura jurídica constitucional, no atienden la sustancia del asunto, buscan afanosamente una deficiencia formal para dejar de estudiar el fondo. Analizar los elementos torales de cada demanda de amparo les implicaría entre diez y quince veces el tiempo que ocupan en una demanda de sobreseimiento. Se hace como que se decide, se hace como que se enfrentan los problemas de los ciudadanos, sin hacerlo efectivamente. Posteriormente, en informes oficiales dan cuenta de la solución de miles de asuntos que no quedaron para nada resueltos ni del lado de las autoridades ni del punto de vista de los ciudadanos. La función primaria del Poder Judicial, que es decir el derecho, queda en entredicho.

El acceso al sistema de justicia se ve también bloqueado porque muchos sectores sociales, sobre todo minorías que promueven derechos colectivos, sociales o difusos, no cuentan con instrumentos de tutela.¹¹ Los mecanismos constitucionales de protección están pensados desde una vi-

¹⁰ Magaloni, Ana Laura y Negrete, Layda, *El Poder Judicial y su política de decidir sin resolver*, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), documento de trabajo, diciembre de 2001.

¹¹ Morello, Augusto M., *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino. Legitimaciones, medidas cautelares, trámite y efectos del amparo colectivo*, La Plata, Librería Editora Platense, 1999.

sión individualista. Hacen falta instrumentos constitucionales y legales para la protección de intereses colectivos y difusos, tal como ocurre en algunos países latinoamericanos, como Brasil, acciones que garanticen derechos de consumidores, ecologistas, madres solteras, discapacitados, homosexuales, etcétera.¹²

Igualmente, deben reformularse los anquilosados criterios del interés jurídico en el derecho público para que la jurisdicción esté al servicio de los ciudadanos, y no sea un medio para denegar justicia. Entre otros mecanismos, debe permitirse la incorporación de sectores marginados, o minorías al proceso por medio de figuras, como el *amicus curiae*.¹³ Nuevas instituciones procesales deben ser introducidas para garantizar la tutela efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales. La tutela judicial y la protección judicial deben ser la norma orientadora en todas las decisiones del Poder Judicial.

La ampliación de los canales institucionales y jurídicos para acceder a la justicia es tema pendiente en nuestro país. El acceso a la justicia, como ya se advirtió, no sólo significa más canales, sino más educación jurídica en la sociedad y más apoyo institucional para brindar defensa legal de calidad. También el acceso a la justicia entraña tratamiento igualitario para los ciudadanos por parte de los tribunales. Esto es, que no exista una justicia para los ricos y otra para los pobres. En la realidad cotidiana así parece ser: ámbitos del derecho son aplicables en mayor medida a los pobres que a los ricos (me refiero al derecho penal). En materia de responsabilidades penales y administrativas de los servidores públicos, el derecho positivo está orientado a protegerlos; por ejemplo, la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos no contiene un recurso para el ciudadano que presentó la queja o denuncia por conductas de un servidor público presumiblemente corrupto.

El acceso a la justicia para garantizar, reclamar y exigir derechos debe ampliarse y reforzarse. El ciudadano debe tener a su alcance todos los instrumentos procesales disponibles para reclamar resoluciones o de-

¹² Ovalle Favela, José (coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, México, UNAM, 2004; 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.

¹³ Bazán, Víctor, "El *amicus curiae* en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 12, enero-junio de 2005, pp. 29-71.

cisiones que pretendan ocultar; por ejemplo, la corrupción y al mismo tiempo debe contar con vías accesibles para promover y garantizar sus derechos fundamentales.¹⁴

Tan importante como la apertura a la justicia es la independencia judicial. Algunos consideran que en la región latinoamericana se ha avanzado en materia de independencia externa en cuanto a las presiones que desde el Ejecutivo se ejercitan sobre los jueces. Sin embargo, considero que ése no es un tema resuelto. En México, sobre todo a nivel de jueces del fuero común, pero no sólo, los gobernadores siguen teniendo un peso más que decisivo sobre el funcionamiento judicial, tanto en los nombramientos como en sus actividades judiciales. Recientemente fue pública en México una reunión entre el presidente de la República, el procurador general, el secretario de Gobernación y otros funcionarios del Ejecutivo para acordar un curso de acción legal en torno al desafuero del ex jefe de Gobierno de la ciudad de México,¹⁵ lo que ejemplifica cómo importantes asuntos judiciales siguen pasando por el tamiz de la opinión del Ejecutivo. Algunos, como Mario Melgar, señalan que importantísimas decisiones del Poder Judicial: en materia fiscal, uso de las fuerzas armadas en épocas de paz, autonomía municipal, anatocismo, materia indígena, atribuciones de la Auditoría Superior de la Federación y otras materias, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dictado sus resoluciones atendiendo al punto de vista del Ejecutivo sobre los intereses de los ciudadanos.¹⁶ Algunos autores, como Popkin, señalan cuatro elementos clave para promover mayores niveles de independencia judicial, entre ellos: definición de un perfil del juez, fiscal o funcionario a ser seleccionado; apertura de la oportunidad de participación social en el proceso de selección; intervención en el proceso de más de una instancia, a fin de reducir el posible

¹⁴ El caso “Amigos de Fox” fue sobreseído por el Décimo Tribunal Colegiado del Primer Circuito aduciendo que los quejosos no tenían interés jurídico por no ser víctimas de posibles delitos electorales y de lavado de dinero. El argumento de interés jurídico es un instrumento que ha servido para promover la impunidad en asuntos de carácter público. El 25 de abril de 2005 se promovió ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una petición por las violaciones a los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Entre los argumentos se aduce la infracción del derecho acceso a la justicia.

¹⁵ López Obrador, Andrés Manuel, *Contra el desafuero. Mi defensa jurídica*, México, Grijalbo, 2005, pp.151-163.

¹⁶ Melgar, Mario, “La urgencia de un tribunal constitucional”, *Reforma*, suplemento *Enfoque*, 23 de enero de 2005.

margen de arbitrariedad, y transparencia de todo el proceso.¹⁷ En Argentina se discuten, en este momento, procedimientos más transparentes y con amplia participación social en la designación de los ministros de la Suprema Corte. En México, en los medios de comunicación impresa y de manera discreta, es decir, no con abundancia, se critica el nepotismo al interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en donde casi todos los ministros han colocado a parientes cercanos en cargos claves, principalmente administrativos en el Poder Judicial.¹⁸

La independencia judicial también atañe al propio Poder Judicial (la independencia interna). Es cada vez más común que los consejeros de la judicatura evalúen a los miembros del Poder Judicial bajo criterios cuantitativos y que descuiden los cualitativos. En ocasiones se otorga peso negativo a decisiones revocadas por tribunales de alzada, sin considerar la posibilidad de que en ellas se manifiestan criterios originales e innovadores. De este modo se inhibe la renovación jurisprudencial y se perpetúa la validez de los viejos modos de entender la ley y la tarea administrativa de justicia.

Un elemento fundamental de la independencia judicial, como lo recuerda Linn Hammergren, es la rendición de cuentas.¹⁹ Las altas instancias del Poder Judicial deben ser sometidas a un escrutinio y control, tanto institucional como ciudadano, aun mayor que otros poderes y órganos estatales, sobre todo porque no tienen legitimidad democrática directa. Ello exige más transparencia, más deliberación y más democracia interna, más que en otros poderes, en todos los niveles del Poder Judicial. La *accountability* social debe, en especial, hacerse presente mediante figuras como la auditoría ciudadana y también los horizontales institucionales relacionados con la supervisión de los órganos de fiscalización externa y el manejo escrupuloso de los recursos al interior del Poder Judicial.

La independencia presupuestal es un tema debatible, pero clave para que el Poder Judicial Federal y los locales no estén sujetos a las coyunturas políticas transitorias y humores de los legisladores. La intención

¹⁷ Popkin, Margaret, “Fortalecer la independencia judicial”, en Pásara, Luis (comp.), *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 409-445.

¹⁸ Cárdenas, Jaime, “Información pública: el nepotismo en la Corte”, *El Financiero*, México, 1o. de febrero de 2005, p. 30.

¹⁹ Hammergren, Linn, “La experiencia peruana en reforma judicial: tres décadas de grandes cambios con pocas mejoras”, en Pásara, Luis (comp.), *En busca de una justicia distinta...*, *cit.*, pp. 289-333.

de una propuesta de estas características es que el Poder Judicial en su conjunto goce de medios propios y pertinentes para realizar su función, sin que órgano alguno pueda impedirlo, negarlo o condicionarlo. Por ello sería muy conveniente que en la Constitución se fijara un porcentaje del presupuesto general para el Poder Judicial, que impida al Ejecutivo y al Legislativo manipular el presupuesto judicial por razones ajenas y en ocasiones perversas que buscan limitar su autonomía.

Todo Poder Judicial debe brindar a los jueces un estatuto personal de protección a su labor, principalmente de su independencia. A estos derechos o privilegios judiciales se les ha denominado garantías judiciales, y los principales son: selección justa e imparcial, inamovilidad, remuneración suficiente y no reducción de las percepciones durante el encargo, la existencia de la carrera judicial, inmunidades y el derecho a procedimientos imparciales, orales y públicos en caso de la pretensión de imposición de sanciones.

Tan importante como la independencia en el Poder Judicial es la eficiencia del mismo.²⁰ La preocupación por la eficiencia implica ver la tarea de administrar justicia como política pública, organizar los tribunales no para que hagan “más de lo mismo”, sino a partir de necesidades reales y capacidades disponibles. Esto tiene relación con la estructura y el reparto del poder dentro de la organización judicial; son cambios en la administración y gestión de los tribunales a fin de que, entre otras cosas, se presten los servicios judiciales de manera pronta y expedita, con una vinculación mayor con la sociedad, con más transparencia y control por parte de los ciudadanos.²¹

Otro asunto relacionado es el de la gratuidad; ésta debe ser promovida para que todas las personas puedan presentar sus conflictos ante los tribunales; sin embargo, y dado que los Estados no están en condiciones de poder solventar todos los costos asociados en la formulación de un caso ante los tribunales, la gratuidad en los hechos se puede convertir en un subsidio a favor de quienes más tienen.

Los asuntos anteriores nos hacen ver que los temas de justicia deben permitir afrontar el acceso y la impartición de la justicia en forma racional y transparente, decisiones respecto a qué casos ingresan o no al sistema

²⁰ Fix-Fierro, Héctor, *Courts, Justice and Efficiency. A Socio-Legal Study of Economic Rationality in Adjudication*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2003.

²¹ Vargas Viancos, Juan Enrique, “Eficiencia en la justicia”, en Pásara, Luis (comp.), *En busca de una justicia distinta...*, cit., pp. 455-512.

y acerca de quién debe soportar los costos de los mismos, lo que exige construir una escala de preferencias sociales frente al bien justicia, para poder privilegiar unas sobre otras al momento de emplear los recursos limitados que hay para ello. Los problemas de eficiencia aluden a la necesidad de aumento de cobertura de los servicios judiciales, a la expeditéz en la impartición de justicia, a técnicas de gestión modernas e introducción de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como la mediación, la conciliación y el arbitraje, entre otros.

IV. EL MINISTERIO PÚBLICO

En México el Ministerio Público federal y los ministerios públicos locales han estado ligados al Poder Ejecutivo. Se trata de un órgano de procuración de justicia dependiente, instrumentalizado hacia objetivos políticos, no profesional y con severos problemas de corrupción interna y hacia la sociedad. Esta situación se ha intentado remediar desde hace muchos años desde la academia.²² En el sexenio del presidente Fox se elevó una iniciativa de reforma al Congreso de la Unión, a fin de darle “autonomía” a esta institución. La autonomía que se propone es precaria, porque la propuesta del fiscal general de la República se haría a cargo del presidente de la República y con ratificación del Senado. El nombrado duraría en el cargo cinco años, y podría ser ratificado por otros más. La remoción del procurador general tendría que darse por juicio político o declaración de procedencia. Llama la atención en esta propuesta la posición relevante del Ejecutivo, la ausencia de participación de la sociedad civil en las propuestas, y que el Senado también, sin participación, sin un procedimiento abierto, público y deliberativo, lo ratifique. Además de que la policía, la agencia federal de investigaciones, sigue subordinada al Ejecutivo vía la Secretaría de Seguridad Pública, y no al Ministerio Público.

Jorge Carpizo, a la luz de la iniciativa del Ejecutivo Federal y por su experiencia en este ámbito, al haber sido procurador general de la República, hace una serie de propuestas.²³

²² Fix-Zamudio, Héctor, *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*, México, UNAM, 2002, pp. 178-181.

²³ Carpizo, Jorge, “El ministerio fiscal como órgano constitucional autónomo”, *Revisita de Estudios Políticos*, núm. 125, julio-septiembre de 2004, pp. 39-78.

1. La creación de un órgano constitucional autónomo.
2. El nombramiento de los procuradores.
3. La creación de los Consejos del Ministerio Público y los de la policía. Las garantías de autonomía técnica a los agentes de estas organizaciones.
4. La autonomía presupuestal.
5. La autonomía interna de los fiscales.
6. El juez de control especializado en averiguación previa.

La primera de las propuestas implicaría la conformación del Ministerio Público como órgano constitucional autónomo,²⁴ señalamiento al que muchos nos hemos adherido. Este órgano tendría las siguientes características: previsto en la Constitución, no dependería de los poderes tradicionales, gozaría de autonomía técnica y funcional, responsabilidades de sus titulares, ajenos a consideraciones políticas y partidistas, garantías judiciales a los miembros del Ministerio Público (estabilidad, remuneración suficiente, inamovilidad, carrera ministerial etcétera). Carpizo dice que configurar a las procuradurías como órganos constitucionales autónomos es un paso adelante para luchar contra la corrupción, la parcialidad, los abusos de poder y las influencias políticas en la procuración de justicia.²⁵

En cuanto al nombramiento del procurador, Carpizo propone que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Pleno del Consejo del Ministerio Público propongan dos candidatos cada uno. La comisión respectiva del Senado examinaría las propuestas y presentaría a la consideración del Senado la designación de uno de los cuatro candidatos. El Senado o la Comisión Permanente del Congreso designaría al procurador general de la República por una mayoría calificada de 2/3 partes de los senadores presentes. Desde luego que esta propuesta es superior a la del presidente Fox, porque elimina al Ejecutivo en la designación y, además, la existencia de una mayoría de 2/3 partes de senadores en la ratificación abunda en la independencia e imparcialidad del procurador. No obstante, desde nuestro punto de vista, queda fuera la sociedad civil en la designación. Por otra parte, también es importante precisar el término del

²⁴ Existe una amplia bibliografía sobre la necesaria autonomía e independencia del Ministerio Público. Para un enfoque comparado véase Díez-Picazo, Luis María, *El poder de acusar. Ministerio fiscal y constitucionalismo*, Barcelona, Ariel Derecho, 2000, pp. 171 y ss.

²⁵ Carpizo, Jorge, “El ministerio fiscal como órgano constitucional autónomo”, *cit.*, p. 68.

mandato del procurador para no hacerlo rehén de las coyunturas políticas, principalmente las sexenales; por eso el periodo de designación debe estar totalmente desvinculado del Ejecutivo y del mandato de cualquiera de las cámaras legislativas, de preferencia debe haber un periodo de larga duración con todas las garantías de permanencia y de protección contra las acechanzas políticas (juicio político, declaración de procedencia, remuneración suficiente, etcétera).

Carpizo incorpora, con razón, los consejos del Ministerio Público y los de la policía a su propuesta. Nos parece atinado que un Consejo se encargue de la administración de la procuraduría y de la policía, que atiendan la carrera ministerial y policial, la profesionalización de peritos, los concursos de acceso (públicos y abiertos), las responsabilidades de los miembros del ministerio público y de la policía. De la propuesta de Carpizo rescato la necesidad de que el consejero sea para el Ministerio Público y para la policía, que no se trate de dos consejos. El éxito y la legitimidad del Consejo dependerá de su autonomía frente a los poderes formales e informales.

Sobre la autonomía presupuestal, Carpizo propone una autonomía no basada en la Constitución, sino basada en un tratamiento similar a lo que actualmente ocurre en órganos, como el Instituto Federal Electoral. Esto es, el Consejo del Ministerio Público elaboraría el anteproyecto de presupuesto, escuchando los criterios del procurador general y, posteriormente, una vez aprobado, se envía directamente a la Secretaría de Hacienda, que sólo puede integrarlo al proyecto de presupuesto federal, pero sin que dicha Secretaría haga modificación alguna.²⁶ Esta propuesta no resuelve, desde nuestro punto de vista, como ocurre en el Poder Judicial, la instrumentalización política que la Cámara de Diputados puede hacer a la autonomía del Ministerio Público, como igualmente ha sucedido en el Instituto Federal Electoral, en donde, por razones de revancha y coyuntura, el presupuesto de esa institución suele disminuirse por el Poder Legislativo.

También Carpizo propone un juez de control especializado en la averiguación previa, como ahora existe en el nivel federal. Este juez, como sucede en los casos de Italia y Alemania, no intervendrá en el proceso penal. Las ventajas de un juez especializado se encuentran en que contaría con mayor información para determinar lo procedente respecto a las

²⁶ *Ibidem*, p. 75.

solicitudes del fiscal que restrinjan libertades, sus decisiones serían más rápidas, el respeto a los derechos humanos se beneficiaría de un control de legalidad probablemente más profundo, y se auspiciaría un incremento en las funciones de control a cargo del juez especializado.²⁷

Creemos que la propuesta general de Carpizo para darle autonomía al Ministerio Público es el camino que debemos seguir en México. Sin autonomía y profesionalización en esta función y en la policía, el sistema judicial, por más perfecto que sea, estará incompleto y no sería suficiente en la tarea de construcción de Estado de derecho. Es una tarea imposterable si queremos tener un sistema jurídico y judicial distinto.

V. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En México hace falta un tribunal constitucional y más mecanismos de control constitucional, además de perfeccionar los actuales en aras de aproximarlos a los ciudadanos. Hay un debate en nuestro país, en el que importantes juristas²⁸ insisten en considerar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación como un tribunal constitucional de carácter material, y argumentan que la Corte mexicana ha ido ampliando sus competencias constitucionales por medio de las reformas de 1987, 1994 y 1999, en las que, ciertamente, se intentó rescatar su papel como el órgano de control constitucional, se incorporaron las acciones de inconstitucionalidad, se perfeccionó su intervención en las controversias constitucionales, y se limitó su participación —salvo casos excepcionales— en cuestiones de legalidad a través del llamado amparo de casación. No podemos, sin embargo, estar de acuerdo con este punto de vista, pues como bien lo ha señalado Louis Favoreu,²⁹ los tribunales constitucionales son creados para conocer de conflictos constitucionales, pero están situados fuera del aparato jurisdiccional ordinario, son órganos constitucionales autónomos en la terminología de García Pelayo.³⁰ El tema no es ocioso ni puede ser

²⁷ *Ibidem*, pp. 76 y 77.

²⁸ Fix-Zamudio, Héctor, “Tribunales constitucionales”, *Diccionario jurídico mexicano*, México, 2000; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004.

²⁹ Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, trad. de Vicente Villacampa, Barcelona, Ariel, 1994.

³⁰ García Pelayo, Manuel, “El *status* del tribunal constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 1981.

considerado como un aspecto formal del debate. El que el tribunal constitucional sea autónomo de los tres poderes tradicionales es una cuestión toral, clave, en el papel del Tribunal. ¿Por qué? Entre otras razones por su orientación jurídico-constitucional.

Los argumentos que tenemos para no sumarnos a la opinión de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación es un tribunal constitucional son los siguientes: 1) un tribunal constitucional no conoce cuestiones de pura legalidad como lo hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación; 2) un tribunal constitucional se orienta a proteger y garantizar derechos humanos respecto de la totalidad de los actos de los poderes establecidos, incluyendo al Poder Judicial, en la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sus decisiones últimas sobre legalidad no pueden ser revisadas desde la constitucionalidad por otro órgano del Estado; 3) un tribunal constitucional posee un sinnúmero de atribuciones para conocer de toda la constitucionalidad, de todo el bloque de constitucionalidad, acciones y recursos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no conoce: control previo de constitucionalidad (tratados, leyes, reglamentos), acciones de inconstitucionalidad por omisión, cuestión de constitucionalidad, acción popular o ciudadana de inconstitucional, etcétera; 4) las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no pueden imponer al legislador determinadas funciones; por ejemplo, plazos o condiciones para legislar como algunos tribunales constitucionales europeos lo hacen;³¹ 5) los tribunales constitucionales tienen por propósito la constitucionalización del derecho, darle a la Constitución plena fuerza normativa, y hasta el momento la Suprema Corte de Justicia de la Nación no lo ha hecho; 6) en algunos casos, los tribunales constitucionales conocen y deciden sobre la inconstitucionalidad de reformas constitucionales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reulado, pues había admitido que por razones de procedimiento una reforma constitucional podría ser anticonstitucional,³² y en la actualidad sostiene que una revisión de una reforma constitucional es imposible; 7) los tribunales constitucionales modifican el sentido y el alcance de la democracia: “la ley deja de en-

³¹ Rousseau, Dominique, *La justicia constitucional en Europa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 73.

³² Amparo en revisión 2996/96. Quejoso: Manuel Camacho Solís. Ministro ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretarios: María Guadalupe Saucedo Zavala y Antonio González García, 3 de febrero de 1997. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo contra el procedimiento de reformas a la Constitución*, México, 1997.

contrar su sentido en la voluntad de los elegidos y pasa a encontrarla en la Constitución tal y como la interpretan e imponen los jueces constitucionales; los ciudadanos ya no quedan desamparados, sino que encuentran en el recurso a las Tribunales Constitucionales el instrumento que les permite controlar, entre dos elecciones, el trabajo legislativo de sus representantes”,³³ es obvio que la Suprema Corte de Justicia de la Nación hasta el momento no significa nada de eso, y 8) los tribunales constitucionales potencian, maximizan los derechos fundamentales, conforme a los principios *pro homine* y *pro libertatis*, y nuestra Corte no lo ha hecho.

Desde luego que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ni el Poder Judicial Federal en su conjunto satisfacen en su integridad las anteriores condiciones. En síntesis, como dice Gustavo Zagrebelsky, en el sistema de los tribunales constitucionales, el legislador tiene un juez específico que vigila sus decisiones, a diferencia de los sistemas judiciales no hay materias vedadas —*justiciability doctrines* o *political questions*— todas las materias están sujetas al conocimiento de dichos tribunales.³⁴

VI. LOS ÓRGANOS DE CONTROL EXTERNO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICO-FINANCIERA DEL ESTADO

Estos órganos, como el Poder Judicial, los tribunales constitucionales, el Ministro Público y otros,³⁵ deben ser auténticos órganos autónomos e independientes de los tres poderes tradicionales. En nuestro país, y a pesar de la reforma constitucional de 1999, que pretendió dotar a la Auditoría Superior de la Federación de otra naturaleza y más competencias, lo cierto es que no es un órgano constitucional autónomo como el Instituto Federal Electoral, el Banco de México o la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Como señala el artículo 79 de la Constitución, es un órgano de la Cámara de Diputados y cuenta con autonomía técnica y de

³³ Rousseau, Dominique, *La justicia constitucional en Europa*, cit., pp. 106 y 107.

³⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 64-68.

³⁵ En otro trabajo se propusieron los siguientes órganos constitucionales autónomos: tribunal constitucional, órgano electoral, *ombudsman*, tribunal de cuentas, el banco central, el Ministerio Público, el Consejo General del Poder Judicial de la Federación, el órgano para los medios de comunicación electrónica, el órgano de información y el órgano para el federalismo. Cárdenas Gracia, Jaime, *Una Constitución para la democracia*, México, UNAM, 1996, p. 255.

gestión en el ejercicio de sus atribuciones y para decidir sobre su organización interna, funcionamiento y resoluciones. La norma constitucional no la dota de mayor autonomía a pesar de sus importantes atribuciones.

Además, la labor de la Auditoría Superior de la Federación ha estado constreñida por las presiones políticas. En un reciente estudio sobre ella se dice que:

Resulta inadmisibles que un organismo dotado con facultades para investigar los actos u omisiones que impliquen alguna irregularidad o conducta ilícita en el ingreso, egreso, manejo, custodia y aplicación de fondos y recursos federales; efectuar visitas domiciliarias, únicamente para exigir la exhibición de libros, papeles o archivos indispensables para la realización de sus investigaciones; determinar los daños y perjuicios que afecten a la hacienda pública federal o al patrimonio de los entes públicos federales; fincar directamente a los responsables las indemnizaciones y sanciones pecuniarias correspondientes; promover ante las autoridades competentes el fincamiento de otras responsabilidades; promover las acciones de responsabilidad a que se refiere el Título Cuarto de esta Constitución; así como presentar las denuncias y querrelas penales, en cuyos procedimientos tendrá la intervención que señale la ley; se limite a sí misma realizando requerimientos de información complementarios para que de su análisis esté en posibilidad de pronunciarse sobre su procedencia, como es el caso de las observaciones recomendaciones que el 15 de agosto de 2003 están pendientes de solventación cuyo monto es por 24,011.6 millones de pesos y que representan el 7.1% del monto total de 39,456.2 millones de pesos.³⁶

El mismo autor señala que resulta preocupante que las pocas acciones implementadas por la entidad de fiscalización superior de la Federación sean sujetas de impugnación ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como es el caso de la controversia constitucional presentada en abril de 2003 por el Ejecutivo Federal en contra de la Auditoría Superior de la Federación, derivada de que el órgano técnico ordenó a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público descontarle a Banamex, Bancomer, Banorte, Bital y Banco del Atlántico créditos que se integraron irregularmente en la deuda reconocida por el Instituto de Protección al Ahorro Bancario (IPAB). Se impugnaron oficios de marzo de 2003 emitidos por

³⁶ Solares Mendiola, Manuel, *La Auditoría Superior de la Federación: antecedentes y perspectiva jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 230.

la Auditoría Superior, que había identificado créditos que de acuerdo con los contratos de deuda establecidos no debieron ser incluidos; la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció en el sentido de dejar sin efecto dicha orden.³⁷ En fecha más reciente, el 23 de junio de 2005, la Suprema Corte de Justicia de la Nación invalidó las órdenes dictadas en 2003 por la Auditoría Superior de la Federación para descontar los pagarés del Fobaproa, en poder de cuatro bancos. Los argumentos de la Suprema Corte fueron en el sentido de que se invadían las atribuciones del Ejecutivo y que el auditor superior no puede dictar órdenes concretas y específicas a los órganos fiscalizados.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha respaldado las atribuciones de la Auditoría Superior de la Federación. El actual auditor superior de la Federación ha sido perseguido legalmente, con la finalidad, tal vez, de que se frenen las investigaciones en torno al caso de Fobaproa y las irregularidades en la administración del presidente Fox.

Muchos de los órganos de fiscalización externa del país tienen menos atribuciones que el órgano de control externo federal, y son en muchas ocasiones apéndices de los órganos legislativos, vía las comisiones de vigilancia, de esos cuerpos del Estado. De esta manera los órganos de control externo quedan sujetos a los vaivenes de la política y de la correlación de fuerzas entre los partidos, al grado que ni la autonomía técnica se suele respetar, tal como sucedió con una decisión de febrero de 2005 en la Comisión de Vigilancia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, que rechazó más de la mitad de la realización de un importante número de auditorías programadas por la Contaduría Mayor de Hacienda de ese órgano legislativo.

Los cambios en esta materia que podríamos considerar necesarios comprenden un sinnúmero de elementos:

- 1) Hacer de la Auditoría Superior de la Federación un órgano constitucional autónomo con todos los elementos de independencia orgánica y funcional que poseen esos órganos.

- 2) Transparentar el control económico financiero del Estado en todas sus fases y no solamente en materia de resultados.

- 3) Ampliar el universo de lo fiscalizado. Los órganos de fiscalización externa no deben tener limitaciones para revisar cuentas públicas anteriores cuando sobre aspectos de las mismas no se hayan pronunciado.

³⁷ *Ibidem*, p. 231.

4) Establecer controles preventivos y concomitantes, inexistentes en nuestro derecho.

5) Consolidar los controles financieros, de oportunidad y de eficacia, dentro de las materias de competencia de los órganos de control externo.

6) Fortalecer la autonomía orgánica, de gestión, financiera y jurídica de los órganos de control externo. La autonomía orgánica significa no sujeción a ninguno de los tres poderes clásicos. La autonomía de gestión consiste en las facultades suficientes para decidir sus programas de auditoría, e inclusive aceptar o declinar propuestas de auditoría mandadas por el órgano legislativo. La autonomía presupuestaria supone el manejo de ingresos y egresos de manera independiente para evitar la coacción política, y la autonomía jurídica para que el órgano se autorregule, incluyendo la expedición de su reglamento interior.³⁸

7) Reformar la Constitución para que los egresos, los ingresos, el patrimonio y el endeudamiento sean parte de los presupuestos generales del Estado.

8) Establecer en la Constitución que los presupuestos son ley y no actos administrativos, y que, por lo tanto, deben ser aprobados por ambas cámaras. Obviamente, los presupuestos deben también contener lo que el Estado deja de recaudar por subvenciones, bonificaciones, subsidios, lo que conoce como *tax expenditures* (gastos fiscales). Los *tax expenditures* o gastos fiscales deben ser igualmente fiscalizados por los órganos de control externo.³⁹

9) Conformar 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.

10) Evitar la constitución de mandarinatos y corporativismos al interior de los órganos de control externo a través de un servicio civil de carrera con transparencia en todas las decisiones que sobre él se adopten.

11) Los órganos de control externo deben rendir cuentas a la sociedad de manera clara, oportuna y transparente sobre los recursos públicos que manejan, y ser sujetos de fiscalización.

³⁸ Mijangos Borja, María de la Luz, "El órgano de fiscalización superior", en García Colorado, Gabriel y Palomino Ortega, Francisco (coords.), *El órgano superior de fiscalización y sus repercusiones institucionales*, México, Instituto de Investigaciones Legislativas, Cámara de Diputados, 2000, pp. 59 y ss.

³⁹ Mijangos Borja, María de la Luz, *Gastos fiscales y reconversión industrial*, tesis doctoral, Madrid, Universidad Complutense, 1989.

VII. OTROS ÓRGANOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL AUTÓNOMOS

Aunque el Poder Judicial, el Ministerio Público, el tribunal constitucional y los órganos de control externo de carácter económico financiero juegan un papel importante en la construcción del Estado de derecho, otros órganos autónomos de los tres poderes tradicionales deben fortalecerse y concebirse.

Uno de esos órganos clave para vigilar y fiscalizar la actividad política, principalmente la de los partidos, es el órgano electoral. En México, el Instituto Federal Electoral ha jugado un papel relevante, pero no suficiente. En materia de corrupción política enfrentó los casos Pemex y Amigos de Fox;⁴⁰ procedimientos e investigaciones que pusieron al descubierto su débil autonomía y la necesidad de reformar el marco legal, pero también la exigencia de una interpretación y aplicación de las normas orientada a la fiscalización efectiva. No sólo el Instituto Federal Electoral debe tener más competencias de fiscalización, sino que es necesario, entre otras medidas, pugnar por lo siguiente: la derogación del financiamiento privado, que ha sido la causa de los mayores escándalos de corrupción de los últimos años —Amigos de Fox y videoescándalos en el PRD—; la prohibición de cualquier precampaña que ha sido la fuente de la inequidad electoral; la prohibición de usar cualquier tipo de recurso público para promocionar en medios las obras de los gobiernos o la imagen de los servidores públicos; la prohibición de cualquier secreto legal que impida la fiscalización política; la penalización de la compra y coacción del voto, y el fomento a la educación cívica, entre otras medidas necesarias.

La reforma al marco jurídico de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos implicaría hacer de su actual Consejo Consultivo un órgano de dirección con competencias suficientes, y al presidente del Consejo, un ejecutor de las decisiones adoptadas por el Consejo. La idea implica transformar institucionalmente su carácter preponderantemente unipersonal por un órgano de naturaleza colectiva, deliberante y pública. Además, sería necesario incrementar la actual permanencia de cinco años por una más prolongada, tal vez de ocho años, con posibilidad de reelección y bajo un esquema de renovación escalonada de los miembros del

⁴⁰ Cárdenas Gracia, Jaime, *Lecciones de los asuntos Pemex y Amigos de Fox*, México, UNAM, 2004.

Consejo. Asimismo, será necesario modificar las obligaciones de información al Congreso y a la ciudadanía para hacerlas más frecuentes que las actuales. En general, toda la estructura y funcionamiento del órgano debe ser reformada con un triple propósito: 1) consolidar su autonomía; 2) ampliar sus competencias, y 3) acercarlo a la sociedad y extraerlo del exclusivo ámbito de los partidos y de los poderes formales y tradicionales del Estado.

El Banco de México también está necesitado de reformas. El Banco central mexicano experimentó durante 1993 importantes modificaciones hacia su autonomía, que la crisis de finales de 1994 y principios de 1995, así como su comportamiento posterior han demostrado ser insuficientes. Los párrafos sexto y séptimo del artículo 28 de la Constitución lo regulan. Las principales deficiencias de la autonomía del Banco de México podríamos resumirlas en lo siguiente:

1) La designación de los cinco miembros de la Junta de Gobierno del Banco de México se hace sólo con aprobación —mayoría simple y no mayoría calificada— del Senado, sin tomar en consideración el respaldo de la Cámara de Diputados, de los estados ni, desde luego, de la ciudadanía.

2) El injerencismo del Ejecutivo, pues de acuerdo con el artículo 38 de la Ley del Banco de México, el presidente de la República nombra de entre los cinco miembros de la Junta de Gobierno al gobernador del Banco.

3) El Banco tiene limitadas atribuciones en materia de control de cambios. El artículo 21 de la Ley del Banco de México dispone que el Banco de México deberá actuar en materia cambiaria de acuerdo con las directrices que determine una Comisión de Cambios, que estará integrada por el secretario y el subsecretario de Hacienda y Crédito Público, y otro subsecretario, así como con el gobernador y dos subgobernadores. Las resoluciones de la Comisión se adoptan por mayoría de votos, y es necesario el voto favorable de uno de los representantes de la Secretaría para tomar cualquier decisión; además, el gobernador de Banco, conforme al último párrafo del artículo 43 de la ley, puede ser removido por no cumplir con los acuerdos de la Comisión de Cambios. Lo anterior quiere decir que la política cambiaria en realidad no está en manos del Banco, y ésta es, junto con la monetaria, la función más importante de todo banco central. La Secretaría de Hacienda, es decir, el Ejecutivo, está por encima del Banco de México.

4) La autonomía financiera del Banco y hasta las remuneraciones de sus titulares dependen de la Secretaría de Hacienda y no de la Cámara

de Diputados. El artículo 49 de la Ley establece que la remuneración del gobernador del Banco y de los subgobernadores las determina un comité integrado por el presidente de la Comisión Nacional Bancaria y por dos personas nombradas por el secretario de Hacienda y Crédito Público.

5) El control financiero del Banco corre en buena medida a cargo del secretario de Hacienda, pues el auditor externo del Banco se designa por las autoridades hacendarias, según lo dispone el artículo 50 de la Ley del Banco de México.

6) El estatuto de los titulares del Banco no garantiza plenamente su independencia. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público interviene en demasía en esta materia.

7) Es más importante la relación institucional entre el Ejecutivo y los titulares del Banco que con los legisladores y la sociedad.

8) El gobernador del Banco no se concibe como un coordinador jerárquico de los trabajos de los miembros de la Junta, sino como un superior de ellos, y para demostrarlo basta analizar la duración en su cargo, la discriminación en el salario, y principalmente sus atribuciones.⁴¹

9) La principal crítica al Banco de México radica en su lejanía con la sociedad. Pocas instituciones tienen tan escaso contacto social. Sus titulares hacen consistir esa desvinculación en la naturaleza del banco central y su carácter técnico.

El órgano para la transparencia en México ha sido resultado de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2002. Dicho órgano, denominado Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), carece de autonomía constitucional, al estar bajo la órbita del Ejecutivo; sus decisiones quedan fatalmente condicionadas por los intereses de ese poder, por más que la ley señale que para efectos de sus resoluciones no estará subordinado a autoridad alguna. Además, la ley presenta muchísimas deficiencias, entre éstas, las siguientes:

1. Los procedimientos son materia reservada (artículo 14, fracciones IV, V, VI).

2. Los partidos y otros factores reales de poder, como los sindicatos y las organizaciones empresariales, no son sujetos obligados (artículo 11).

⁴¹ Para el análisis comparado de la legislación sobre los bancos centrales véase documentación preparada por la Secretaría General del Congreso de los Diputados, Madrid, Dirección de Estudios y Documentación, documentación 110, 2 vols., marzo de 1993.

3. No es una ley para todo el poder público, sólo para el Ejecutivo. Remite al resto de los poderes públicos y órganos autónomos, a reglamentos que violan el principio de reserva de ley, según lo determina el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En algunos casos, los poderes públicos y órganos constitucionales autónomos han previsto más reservas a la información que las de la ley.

Nuevos órganos constitucionales autónomos deberían incorporarse al derecho mexicano. Uno de ellos sería el órgano técnico para el federalismo, el que podría auxiliar al Senado y a las atribuciones concurrentes. Este organismo podría estar integrado por miembros de todos los estados, sin que tenga voto de calidad ni esté dirigido por miembros del Poder Ejecutivo, sino por una dirección colegiada de miembros que representen a los estados, no en función del territorio de éstos, sino en razón de su diferente grado de desarrollo socioeconómico. El organismo podría administrar recursos federales, el equivalente a lo que hoy son los fondos, específicamente el fondo de participaciones, manejar la información fiscal y derivada de las atribuciones concurrentes, realizar estudios, elaborar proyectos legales en la materia, tener el derecho de iniciativa legal, y en primera instancia, ser el árbitro de los conflictos sobre atribuciones concurrentes, debiendo establecerse para ello distintos mecanismos de negociación y arbitraje, con la intención de que sólo los muy espinosos lleguen al tribunal constitucional.⁴²

De la misma manera, es preciso un órgano constitucional autónomo para los medios de comunicación. Un órgano que sea autónomo y se encargue de la autorización de concesiones y permisos, del derecho de réplica y aclaración, responsabilidades de los informadores, de los códigos de ética para los medios, de la función social y democrática de los medios, de los medios de carácter social, etcétera. La razón de todas estas añejas reivindicaciones está en el uso abusivo que tradicionalmente el Ejecutivo realizó en los medios, y que ahora efectúan los propios medios aliados con nuevos intereses de la clase política mayoritaria y clientelares.

Específicamente en materia de corrupción, algunos países han ideado agencias u órganos anticorrupción que bien podrían tener la naturaleza de autonomía constitucional. Uno de los casos internacionales más conocidos es la Comisión Independiente contra la Corrupción de Hong Kong.⁴³

⁴² Cárdenas Gracia, Jaime, *Una Constitución para la democracia*, cit., México, p. 273.

⁴³ Transparencia Internacional, Libro de consulta 2000 de t. I, pp. 161-171.

Esta Comisión tiene por propósito no sólo recibir e investigar —mas no juzgar— acusaciones de corrupción, sino también llevar a cabo campañas de conscientización pública y para hacer auditorías de las administraciones de departamentos y oficinas gubernamentales.

VIII. CONTROL CIUDADANO

Los controles verticales y horizontales de carácter institucional no bastan, es necesario contar con una sociedad civil activa y medios de comunicación autónomos.⁴⁴ La sociedad civil debe contar con instrumentos jurídicos para ejercer la supervisión y vigilancia a las autoridades. Estas armas consisten, aunque no sólo, en instrumentos de democracia semidirecta, como el referéndum, la revocación del mandato y la iniciativa legislativa popular. En su diseño y ejecución estas vías no deben ser administradas por alguno de los poderes tradicionales, sino por órganos constitucionales autónomos, como las autoridades electorales y bajo la propia supervisión ciudadana. A los mecanismos de democracia semidirecta deben agregarse otros, tal como la posibilidad de que sectores sociales puedan proponer ante las cámaras del Congreso, comisiones especiales, ya sea de investigación o de otro género. En la planeación, programación e implementación de políticas y programas públicos debe considerarse legalmente la intervención de la sociedad en cada una de las etapas del procedimiento. En el ámbito del Poder Judicial, se debe prever la acción ciudadana o popular de inconstitucionalidad, la protección de intereses difusos o colectivos, la derogación del concepto “interés jurídico” en los litigios de naturaleza pública o que no atañan a intereses privados, la incorporación de la figura del *amicus curiae* y, desde luego, la participación de los ciudadanos en los procesos de designación de las titularidades judiciales y de órganos autónomos más importantes. Las medidas anteriores en los tres poderes y en los órganos constitucionales autónomos deben venir acompañadas por normas de acceso a la información y transparencia más amplias que las actuales; sobre todo, la necesaria transparencia en los procedimientos administrativos, legislativos, judiciales y en los de los órganos autónomos.

La sociedad civil debe contar con otros medios de control, tales como las auditorías ciudadanas, los *ombudsman* sociales, las diferentes vías de

⁴⁴ Pérez Díaz, Víctor, *La esfera pública y la sociedad civil*, Madrid, Taurus, 1997, pp. 11 y ss.

movilización social, y con la garantía de que se respetarán formas de protesta social, como la resistencia, la desobediencia civil y la objeción de conciencia.⁴⁵ De lo que se trata es que la sociedad civil siempre cuente con armas, de preferencia jurídicas, para supervisar, vigilar y controlar a las instituciones y a sus responsables. La idea es que la sociedad civil promueva condiciones más participativas y deliberativas en el mundo institucional y social. Se pretende generar un debate sobre cuestiones, tales como los mandatos imperativos, que pueden favorecer políticas deliberativas y obligar a la comunidad a llegar a un acuerdo sobre lo que se va a exigir a sus mandatarios; de insistir en la representación por grupos, dado que puede ser una forma de resolver problemas sociales o económicos que parecen irresolubles; obligar a los medios de comunicación a ocuparse de cuestiones de interés público y de hacerlo confrontando varios puntos de vista; subsidiando expresiones o voces no escuchadas por ser minoritarias, y poniendo a su alcance de forma gratuita a los medios de comunicación electrónica para ventilar sus puntos de vista; consultar a los sectores afectados antes de la aprobación de políticas públicas o leyes; descentralizando decisiones, etcétera.⁴⁶ En este sentido, las políticas de género o respecto a minorías deben tener prioridad para generar más condiciones participativas y deliberativas en los diferentes mundos de vida.

⁴⁵ Falcón y Tella, María José, *La desobediencia civil*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000; Ugartemendia Eceizabarrena, Juan Ignacio, *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático*, Madrid- Barcelona, Marcial Pons, 1999.

⁴⁶ Gargarella, Roberto y Ovejero, Félix, “Democracia representativa y virtud cívica”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 105, septiembre de 2000, pp. 69-75.