CENTENARIO
1917 2017
CONSTITUCIÓN POLÍTICA
DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

· GRANDES TEMAS CONSTITUCIONALES ·

Derecho administrativo

Jorge Fernández Ruiz

SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN
SECRETARÍA DE CULTURA
INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS HISTÓRICOS DE LAS REVOLUCIONES DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS-UNAM

Derecho administrativo

Estudios constitucionales

CENTENARIO
1917 2017
CONSTITUCIÓN POLÍTICA
DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Comité para la Conmemoración del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Enrique Peña Nieto
Presidente de los Estados Unidos Mexicanos

Edmundo Javier Bolaños Aguilar
Presidente de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión

Pablo Escudero Morales
Presidente de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión

Luis María Aguilar Morales
Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal

Representantes

Poder Ejecutivo Federal

Miguel Ángel Osorio Chong
Secretario de Gobernación

Rafael Tovar y de Teresa
Secretario de Cultura

Poder Legislativo Federal

Daniel Ordoñez Hernández
Diputado Federal

Enrique Burgos García
Senador de la República

Poder Judicial de la Federación

José Ramón Cossío Díaz
Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Manuel Ernesto Saloma Vera
Magistrado Consejero de la Judicatura Federal

Patricia Galeana
Secretaria Técnica

Consejo asesor

Sonia Alcántara Magos
Héctor Fix-Zamudio
Sergio García Ramírez
Olga Hernández Espíndola
Ricardo Pozas Horcasitas
Rolando Cordera Campos
Rogelio Flores Pantoja
Javier Garciadiego
Sergio López Ayllón
Pedro Salazar Ugarte
Héctor Fix-Fierro
José Gamas Torruco
Juan Martín Granados Torres
Aurora Loyo Brambila
Gloria Villegas Moreno

BIBLIOTECA
CONSTITUCIONAL
INEHRM

SEGOB
SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN

Secretaría de Gobernación

Secretario de Gobernación
Miguel Ángel Osorio Chong

Subsecretario de Gobernación
René Juárez Cisneros

Subsecretario de Enlace Legislativo y Acuerdos Políticos
Felipe Solís Acero

Subsecretario de Población, Migración y Asuntos Religiosos
Humberto Roque Villanueva

Subsecretario de Derechos Humanos
Roberto Campa Cifrián

Subsecretario de Prevención y Participación Ciudadana
Alberto Begné Guerra

Subsecretario de Normatividad de Medios
Andrés Imre Chao Ebergenyi

Comisionado Nacional de Seguridad
Renato Sales Heredia

Oficial Mayor
Jorge Francisco Márquez Montes

CULTURA
SECRETARÍA DE CULTURA

Secretaría de Cultura

Secretario de Cultura
Rafael Tovar y de Teresa

INEHRM

Instituto Nacional de Estudios
Históricos de las Revoluciones de México

Directora General
Patricia Galeana

Consejo Técnico Consultivo

Fernando Castañeda Sabido
Luis Jáuregui
Álvaro Matute
Érika Pani
Ricardo Pozas Horcasitas
Salvador Rueda Smithers
Rubén Ruiz Guerra
Enrique Semo
Luis Barrón Córdova
Gloria Villegas Moreno

unam

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Director
Pedro Salazar Ugarte

Secretario Académico
Francisco Ibarra Palafox

Derecho administrativo

Jorge Fernández Ruiz

KGF3230
D48
2016

Fernández Ruiz, Jorge.
Derecho administrativo/Jorge Fernández Ruiz; Miguel Ángel Osorio Chong, presentación, Patricia Galeana, Pedro Salazar Ugarte, prólogo,
Diego Valadés, México: Secretaría de Gobernación, Secretaría de Cultura, INEHRM, unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016
332 páginas (Biblioteca Constitucional. Serie Grandes Temas Constitucionales)

ISBN: 978-607-9276-57-7 Biblioteca Constitucional (Obra completa)
ISBN: 978-607-8507-45-0, *Derecho administrativo*

1. Derecho administrativo-México. 2. Administración Pública-México. 3. Historia Constitucional-México. 4. Derecho constitucional I.t. II. ser.

Primera edición, Grandes Temas Constitucionales, 2016.

Producción:
Secretaría de Cultura
Instituto Nacional de Estudios Históricos
de las Revoluciones de México

D.R. © 2016 de la presente edición
D.R. © Instituto Nacional de Estudios Históricos
de las Revoluciones de México (INEHRM)
Francisco I. Madero 1, Colonia San Ángel, C.P. 01000,
Delegación Álvaro Obregón,
Ciudad de México.

D.R. © Secretaría de Gobernación
Abraham González 48, Colonia Juárez, C.P. 06699,
Delegación Cuauhtémoc,
Ciudad de México.

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n,
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, C.P. 04510, Ciudad de México.

Las características gráficas y tipográficas de esta edición son propiedad del Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México de la Secretaría de Cultura.

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, la fotocopia o la grabación, sin la previa autorización por escrito de la Secretaría de Cultura /Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México.

ISBN: 978-607-9276-57-7, Biblioteca Constitucional (Obra completa)
ISBN: 978-607-8507-45-0, *Derecho administrativo*

Impreso y hecho en México

CULTURA
SECRETARÍA DE CULTURA
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Contenido

Presentación 9
Miguel Ángel Osorio Chong
Secretaría de Gobernación

Prefacio 11
Pedro Salazar Ugarte
Instituto de Investigaciones Jurídicas - unam

La Constitución y sus grandes temas 15
Diego Valadés
Instituto de Investigaciones Jurídicas-unam

Grandes temas constitucionales 35
Patricia Galeana
Instituto Nacional de Estudios Históricos
de las Revoluciones de México

Introducción 41

Capítulo primero
Cuestiones preliminares del derecho administrativo . . 49

Capítulo segundo
La administración pública 89

Capítulo tercero
Acto y procedimiento administrativo 129

Capítulo cuarto
El contrato administrativo 161

Capítulo quinto
La patrimonio del Estado 199

Capítulo sexto
El servicio público 215

Capítulo séptimo
El control de la administración pública 263

Capítulo octavo
El empleo público 303

Fuentes consultadas 323

Presentación

Una constitución es reflejo de su contexto histórico e instrumento indispensable para encauzar y transformar el destino de una nación. Dadas sus cualidades fundantes, que dan forma y estructura a un país, la Constitución es piedra de toque para construir instituciones y normar la existencia de un gobierno representativo.

La historia moderna vio nacer las primeras constituciones formales en el mundo, como la de Estados Unidos en 1787, la de Francia en 1791 y la de Cádiz de 1812. Dichos ordenamientos establecieron Estados liberales que buscaban inaugurar una era de convivencia democrática y protección a los derechos inalienables de las personas.

Como correlato de ese horizonte liberal e inspirados por los ideales de la Ilustración, los constituyentes de Apatzingán incorporaron el principio de división de poderes y el de soberanía nacional a la Carta de 1814. Siguiendo ese mismo espíritu y una vez consumada la Independencia de México, la Constitución de 1824 estableció el pacto federal, otro pilar fundamental para el Estado mexicano, como base de la unidad y la integración del territorio nacional, sus regiones y comunidades.

Los marcos normativos posteriores también buscaron ampliar derechos y garantías para dar respuesta a los retos de su tiempo y de la sociedad mexicana en aquel entonces. Su legado definió el rumbo de México y llega hasta el presente. Los postulados de la Constitución

de 1857, por ejemplo, han tenido vigencia hasta nuestros días, pues con la incorporación de las Leyes de Reforma en 1873 establecieron el Estado laico y secularizaron a la sociedad, avances perdurables en el México del siglo XXI.

La Constitución de 1917, cuyo Centenario hoy celebramos, fue producto de la Revolución Mexicana. Los derechos sociales en ella incorporados en diversos artículos han logrado que la República cuente el día de hoy con instituciones sólidas, que promueven una convivencia más equitativa y un acceso efectivo a la educación, la salud, la vivienda digna y las oportunidades laborales. Su estructura refrendó al federalismo como sustento de nación y a la democracia como forma de vida, y no sólo como régimen de gobierno.

De esta manera, las y los mexicanos trabajamos por un presente y un futuro en el que tengan plena vigencia las convicciones que hacen de nuestro texto constitucional el más fiel testimonio, y la mejor herramienta para seguir ampliando los horizontes de libertad, igualdad y justicia social que nuestra nación anhela y merece.

Miguel Ángel Osorio Chong
Secretaría de Gobernación

Prefacio

Existen diferentes maneras de celebrar un momento histórico. Una de ellas es la de utilizarlo como oportunidad para reflexionar sobre sus causas, características y efectos. Si ese momento histórico está materializado en un pacto constitucional la ocasión se potencia porque las vicisitudes del momento están destinadas a normar las circunstancias del futuro y a influir en otros contextos históricos, políticos y normativos.

Eso ha sucedido con la Constitución mexicana de 1917 que es un momento, un documento y una norma. En esas tres dimensiones recordamos su primer centenario de vigencia y lo honramos con esta serie de publicaciones académicas editadas por la Secretaría de Gobernación, el Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México (INEHRM) y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Tres instituciones públicas que unen sus esfuerzos para ofrecer a los lectores una valiosa y original colección de publicaciones conmemorativas en la que se reúnen las plumas de importantes estudiosos e intelectuales interesados en la historia, la política y el derecho.

En estas obras se celebra a la Constitución de 1917 como un momento histórico con antecedentes y particularidades irrepetibles que marcaron la historia de México y del mundo en el siglo XX. La Constitución emerge como el producto de su tiempo y como punto de quiebre que divide la inestabilidad decimonónica de la promesa de modernidad

institucionalizada. Leer sobre los antecedentes del Congreso Constituyente, sobre su contexto y sus debates es útil para conocer al México de aquellos años, pero también para entender lo que los protagonistas del momento deseaban para el país que estaban constitucionalizando. De ahí el valor de los textos de corte histórico de esta serie.

Pero la Constitución también es un documento histórico que fue relevante e influyente para otros países del mundo. En efecto, la Constitución mexicana de 1917 logró amalgamar, por primera vez en la historia del constitucionalismo moderno, a las tradiciones liberal, democrática y socialista en un crisol normativo de difícil ejecución pero de incuestionable valor simbólico. Si a ello añadimos la presencia normativa de figuras de garantía como el llamado "amparo mexicano" podemos comprender por qué el documento constitucional fue objeto de elogio y estudio en otras latitudes y, sobre todo, punto de referencia ejemplar para otros procesos constituyentes. Haciendo honor a una tradición comparativista de viejo cuño en nuestro país, algunos destacados autores de estos ensayos miran a la Constitución desde su trascendencia internacional y nos recuerdan que los grandes textos constitucionales tienen vigencia nacional pero relevancia universal.

En su tercera dimensión –la que corresponde en estricto sentido a su carácter jurídico– las constituciones son normas vinculantes. En esta faceta, en el mundo contemporáneo, las normas constitucionales han venido ganando cada vez mayor relevancia al interior de los ordenamientos a los que ofrecen fundamento y sustento. Durante mucho tiempo fue la fuente legislativa –la ley ordinaria– la que predominaba en el ámbito de la producción jurídica, pero desde la segunda mitad del siglo XX, las constituciones fueron ganando fuerza normativa. De ahí que tenga sentido observar la evolución de la doctrina constitucional y, sobre todo, la manera en la que fue cobrando vigencia el texto constitucional en el sistema jurídico mexicano. El estudio de esa vigencia en las diferentes áreas del derecho nos permite comprender el sentido vinculante que denota la esencia normativa constitucional. Sin esa dimensión –también analizada en esta serie de ensayos– las constituciones serían solamente documentos históricos, valiosos pero incompletos.

El valor de este conjunto de ensayos reside en su carácter conmemorativo pero también –quizá sobre todo– en su valor científico. De alguna manera, el paso del tiempo –la llegada del Centenario– se aprovecha como un pretexto para pensar en el sentido de la constitucionalidad, en la historia del constitucionalismo, en la génesis política y social de una constitución concreta, en el México que la vio nacer y en el país que desde entonces hemos venido construyendo bajo los ojos del mundo.

Por todo lo anterior, en mi calidad de director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, celebro la publicación de estos textos conmemorativos, felicito y agradezco a los autores de los mismos y me congratulo de esta alianza institucional con la Secretaría de Gobernación y el INEHRM que la ha hecho posible. Espero que los lectores disfruten la lectura de cada uno de ellos y, a través de la misma, puedan aquilatar la enorme valía del conjunto.

Pedro Salazar Ugarte
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

•

La Constitución y sus grandes temas

De los 193 Estados que integran la Organización de las Naciones Unidas (ONU), México cuenta con la octava constitución vigente más longeva del mundo. Son más antiguas las de Reino Unido (1689), Estados Unidos (1789), Noruega (1814), Países Bajos (1815), Bélgica (1831), Canadá (1867) y Luxemburgo (1868). Si sólo contamos las constituciones republicanas, la mexicana es la segunda más antigua del orbe.

Otras constituciones añosas son las de Argentina y Suiza. Sin embargo, la Constitución argentina de 1853 fue reformada de manera radical en 1994 y en la actualidad se identifica por esta última fecha. Sin duda fue objeto de cambios trascendentes, pero su estructura y numerosos preceptos proceden de la norma liberal de 1853.

Lo mismo sucede con la Constitución suiza de 1874 cuya refundición y reforma dieron lugar a la que ahora es datada en 1999. La Constitución de 1874 fue modificada en alrededor de 150 ocasiones.[1] Al acercarse al siglo de vigencia se consideró conveniente un ajuste completo y, después de treinta años de trabajos, su texto fue refundido en 1999, sin que se le hicieran cambios drásticos al contenido. Mediante ese ejercicio se actualizó su redacción para hacerla más clara y se

[1] *Cfr*. Thomas Fleiner, *et al.*, *Swiss Constitutional Law*, Berna, Kluwer Law International, 2005, p. 24.

incorporaron a la norma escrita algunas reglas que operaban de manera consuetudinaria. Aun cuando las novedades fueron pocas en relación con lo que ya se aplicaba. El texto reordenado fue aprobado mediante referéndum como una nueva constitución.

Esas ocho constituciones, como todas en general, han experimentado cambios importantes a lo largo de su vigencia. El hecho de que la británica hunda sus raíces en la Edad Media, la estadounidense proceda del Siglo de las Luces, cinco más hayan sido producidas en el siglo XIX y la mexicana corresponda a los albores del siglo XX, hace que cada una obedezca a un proceso evolutivo distinto, sin que esto afecte la similitud de objetivos: definir los derechos fundamentales y sus garantías, regular las relaciones entre gobernados y gobernantes, y establecer la estructura y el funcionamiento de los órganos del poder.

Cada constitución ha obedecido a un patrón de ajustes diferente, adecuado a su propio entorno social y cultural. Hay un rasgo importante que comparten esos sistemas constitucionales con excepción del mexicano: la relevancia constitucional de las resoluciones jurisdiccionales y de las prácticas políticas y administrativas. Han sido factores de acoplamiento con la realidad que generan un puente de intercambios recíprocos con el entorno y que hacen muy adaptativos los sistemas. La base de esa interacción es la confianza en las instituciones y el resultado se traduce en la convergencia de la norma con la normalidad. La excepción mexicana tiene un fuerte ingrediente de desconfianza interpersonal e institucional. Diversos estudios han identificado que en las sociedades más heterogéneas por su composición étnica, religiosa y lingüística el derecho es un factor de cohesión más eficaz que en las sociedades de mayor homogeneidad en esos rubros.[2]

El origen de esas ocho constituciones también presenta similitudes. Está vinculado en la mayoría de los casos con procesos de independencia y en otros a procesos revolucionarios. La Constitución británica está asociada a la Revolución Gloriosa y la de México a la Revolución de 1910; las de Estados Unidos y Canadá a su separación de Gran Bretaña; la de Países Bajos a su independencia y su unión con Bélgica

[2] Paul W. Kahn, *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scolarship,* Chicago, The University of Chicago Press, 1999, p. 9 y ss.

como efecto de la derrota de Francia y del Congreso de Viena; la de Bélgica a su escisión de Países Bajos; la de Luxemburgo al otorgamiento de su independencia ante la crisis entre Francia y Prusia.

Una característica compartida por siete de las ocho constituciones es que su desarrollo permitió la consolidación de democracias robustas. Debe tenerse presente que con su adaptación al cambio social y cultural las constituciones fueron incorporando las bases de las libertades individuales y públicas. Es lo que ocurrió, por ejemplo, con la proscripción de la esclavitud que algunas constituciones habían aceptado en su origen.[3] Otro tanto fue ocurriendo cuando, de manera progresiva, las constituciones depuraron los procedimientos electorales, aplicaron la responsabilidad política de los gobiernos, descentralizaron el ejercicio del poder, otorgaron derechos a las minorías y desarrollaron los sistemas jurisdiccionales, incluidos los de justicia constitucional. En el elenco de las ocho constituciones más antiguas del planeta sólo a la mexicana le falta un tramo por recorrer en materia de instituciones democráticas.

Los textos y las costumbres que integran la Constitución británica han recorrido diferentes etapas. Algunos aspectos proceden de la Edad Media y otros de la época Tudor, pero una de las normas escritas fundamentales es la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*, 1689), algunos de cuyos preceptos continúan en vigor. Entre los textos constitucionales figuran asimismo la Ley de Sucesión (*Act of Settlement*, 1701) y la de Unión con Escocia (*Act of Union with Scotland*, 1707). Otras muchas leyes promulgadas a lo largo de los siglos XIX y XX, relativas a la Corona, al Parlamento, a la justicia y al sistema electoral, componen la variada serie de disposiciones formales que, al lado de las informales, integran la Constitución británica.

Aunque la voz *constitución* se utilizaba desde la antigüedad romana y se retomó en la Edad Media, y a pesar de que se identifica a la Carta Magna de 1215 como la primera constitución formal, en realidad el concepto moderno es posterior. Surgió en Inglaterra a raíz de la Revolución Gloriosa y dio lugar a que durante el siglo siguiente en diversas

[3] Véanse los artículos I, sección 9.1 y IV, sección 2.3 de la Constitución de Estados Unidos.

lenguas europeas se adicionaran las voces *constitucional*, *constitucionalismo*, *constitucionalista* y, bastante después, *constitucionalidad*.

En cuanto a la Constitución de Estados Unidos, con excepción de las diez primeras enmiendas que introdujeron un amplio elenco de derechos fundamentales y de la proscripción constitucional de la esclavitud en 1865, todas las demás reformas han correspondido a ajustes institucionales que no han alterado el modelo original. Las modificaciones formales son sólo 27, si bien muchas más han operado a través de las decisiones jurisdiccionales e incluso algunas se deben a las prácticas institucionales. Por ejemplo, las facultades de investigación del Congreso no figuran en la Constitución y son el resultado de decisiones políticas que acabaron siendo aceptadas como parte del sistema de libertades y de responsabilidades que establece la propia norma suprema.[4]

El desarrollo y la adaptación de la Constitución estadounidense obedecen a un procedimiento formal utilizado en Europa continental que se combina con mecanismos consuetudinarios y con la interpretación jurisprudencial. De esta manera la adecuación del texto original se produce sobre todo por medios informales. Esto explica por qué de las cerca de diez mil reformas formales propuestas sólo hayan prosperado veintisiete.[5] Esta clase de reformas requieren el voto favorable de dos tercios de cada cámara y de tres cuartas partes de los congresos locales, aunque también está prevista la posibilidad de una convención susceptible de ser convocada por dos tercios de los estados. Hasta ahora la reforma adoptada de manera más expedita ha sido la 26a., para permitir el voto a partir de los dieciocho años de edad, que entró en vigor en 1971 y cuya ratificación tomó apenas tres meses; en tanto que la siguiente reforma, la 27a., relativa a las percepciones de los legisladores, tomó 203 años para ser ratificada por los estados.

[4] La primera comisión de investigación del Congreso la integró la Cámara de Representantes en 1792 para esclarecer la derrota del general Arthur St. Clair por parte de la tribu Miamis. *Cfr.* John Killian (ed.), *The Constitution of the United States*, Washington, Senado, 1997, p. 86.

[5] Jethro K. Lieberman, *The Evolving Constitution*, Nueva York, Random House, 1992, p. 50.

En el caso de Noruega la constitución tuvo una orientación democrática y social desde su inicio. El artículo 107 disponía la protección de los derechos alodiales, señalando que contribuyen al beneficio del Estado y al bienestar de la población rural. El alodio representaba una importante excepción al régimen feudal de propiedad, por lo que se le conocía como "tierra libre" y, sin duda, suponía un avance social significativo en Europa continental. Aunque la Constitución es monárquica, proscribió la creación de señoríos y baronías a partir de su promulgación. En cuanto al derecho de expresión, el artículo 107 dispone desde hace más de dos siglos que todos pueden hablar de manera franca y libre acerca de la administración y el gobierno.[6]

En el orden político, la Constitución noruega prevé la responsabilidad política de los miembros del gabinete desde 1814 (artículo 5o.), y el Consejo de Estado, equivalente al órgano de gobierno, aprueba las propuestas de nombramientos oficiales (artículo 21). Las normas de mayor desarrollo democrático y social se fueron incorporando de manera paulatina, haciendo de Noruega uno de los mejores ejemplos de una democracia social contemporánea, basada en su prestigiada Constitución bicentenaria.[7]

Países Bajos construyó su Constitución a partir de una amplia experiencia republicana, de descentralización política y administrativa y de independencia del aparato jurisdiccional.[8] El principal objetivo de la Constitución de 1815 fue fundar la monarquía de la casa Orange-Nassau (artículo 24), que contó con un Consejo de Estado que procedía de la época de Carlos V, en 1531, además de la unificación con Bélgica, por entonces perteneciente a Austria. Este fue el diseño territorial adoptado por el Congreso de Viena. En los Estados Generales (parlamento), denominados así desde 1464, se introdujo el sistema bicameral para dar cabida a una Cámara de Notables, cuyos integrantes eran designados por el rey, y otra de base electoral indirecta para auspiciar la

[6] Dominique Pélassy, *Qui gouverne en Europe?*, Paris, Fayard, 1992, p. 132 y ss.

[7] Francis G. Castles, "Scandinavia: The Politics of Stability", en Roy Macridis C. (ed.), *Modern Political Systems. Europe*, New Jersey, Prentice-Hall, 1987, p. 251 y ss.

[8] *Cfr.* Karel Kraan, "The Kingdom of the Netherlands", en Lucas Prakke y Constantijn A. J. M. Kortmann (eds.), *Constitutional Law of 15 EU Member States*, Deventer, Wolters Kluger, 2004, p. 591 y ss.

representación regional. Pocos años después, en 1823, fue introducido el Consejo de Ministros.

El gran giro democrático de la Constitución neerlandesa se produjo en 1848, al introducir la responsabilidad política de los ministros, la elección directa de la segunda cámara y la elección indirecta de la primera. Asimismo se ampliaron de manera considerable los derechos fundamentales y las atribuciones parlamentarias.

Bélgica se caracteriza por una constitución sucinta y bien redactada. Desde su primera constitución adoptó un sistema liberal en materia religiosa, imponiendo la neutralidad del Estado en la relación con el culto (artículos 14, 15 y 16). En cuanto al régimen de gobierno racionalizó el ejercicio del poder monárquico adoptando el principio de la responsabilidad política de los miembros del gobierno (artículo 63).

La principal tendencia evolutiva de esta constitución está marcada por un federalismo muy dinámico, desencadenado a partir de 1968 con la creación de tres regiones, continuado en 1980 y culminado en 1993 al otorgar a las comunidades y regiones autonomía incluso en materia de política internacional. La Constitución ha sido utilizada como un instrumento eficaz para mantener las bases mínimas de cohesión nacional, absorbiendo con maestría las tensiones que han amenazado con romper la unidad del Estado.[9]

Otra disposición que ha sido esencial para preservar la vigencia de esa norma, que se aproxima a su segundo centenario, es el artículo 198, adicionado en 1993. Conforme a este precepto se facultó al Parlamento para que, sin tener que aplicar el complejo mecanismo de la reforma constitucional, se pudiera proceder a modificar el orden de los preceptos y de sus subdivisiones, e incluso a cambiar la terminología constitucional para darle uniformidad y coherencia. Gracias a esta norma fue posible refundir o reordenar el texto e imprimirle la lozanía de una constitución contemporánea.

De los 139 artículos originales, la actual norma suprema belga pasó a 201. Si se cotejan la antigua y la nueva redacción se verá que son textos distintos en cuanto a su contenido, pero los belgas optaron por no

[9] Véase Marc Verdussen, *La Constitution belge, lignes et entrelignes*, Bruselas, Le Cri, 2004, p. 23 y ss.

interrumpir la permanencia simbólica de su primera constitución. Es un caso de adaptabilidad sin solución de continuidad que ha permitido sortear rupturas traumáticas sin obstaculizar el progreso institucional.

Canadá presenta un caso especial en cuanto a su Carta Magna, pues fue adoptada en 1867 por el Parlamento británico. El *British North America Act* estableció el Estado canadiense con una independencia parcial. El Poder Ejecutivo siguió depositado en el monarca británico y, lo más importante, el Parlamento de Westminster conservó la facultad de reformar el documento constitutivo canadiense. Fue en 1982 cuando cambió el nombre oficial de aquel decreto por *Constitution Act* y cuando, a solicitud del Parlamento canadiense, el Parlamento británico accedió a transferir a Canadá el derecho de reformar su constitución. Esta singular decisión se basó en la exigencia canadiense de *patriar* su potestad constituyente. La expresión *patriation* (*patriación*) fue acuñada en Canadá, en inglés y en francés, en los años setenta del siglo pasado y no existe en ninguna otra lengua. Denotaba la demanda de ejercer la facultad soberana de constituirse por decisión propia.[10]

El peculiar origen de la Constitución canadiense tuvo varias consecuencias. Por un lado el país no cuenta con un documento único que contenga todas las reglas de organización y funcionamiento de los órganos del poder, y además dio lugar a que se desarrollaran costumbres constitucionales en relación con instituciones que no están reguladas de manera formal. Por ejemplo, las figuras del primer ministro federal (*prime minister*) y de los ministros principales (*first ministers*) de las diferentes provincias no aparecían en el texto constitucional de 1867 y en el de 1982 sólo reciben una mención accidental, sin precisar su forma de investidura ni sus funciones.

Al trasladar el poder constituyente ordinario a Canadá se adoptó uno de los más complejos procedimientos de reforma constitucional vigentes en la actualidad.[11] Esto explica que el país tenga una constitución que

[10] Véase Adam Dodek, *The Canadian Constitution*, Toronto, Dundurn, 2013, p. 26 y ss.

[11] Adam Dodek, "Uncovering the Wall Surrounding the Castle of the Constitution: Judicial Interpretation of Part V of the Constitution Act, 1982", en Emmett Macfarlane (ed.), *Constitutional Amendment in Canada*, Toronto Press, University of Toronto, 2016, p. 42 y ss.

procede del siglo XIX, aunque la estructura actual del poder y de sus relaciones con los gobernados diste mucho de ser hoy como fue entonces.

Luxemburgo presenta un caso de reordenación constitucional análogo al belga y al suizo. El texto original es de 1868, que corresponde al de su cuarta constitución formal. La primera fue una carta otorgada en 1841 por el rey de Países Bajos; la segunda en el orden formal fue en realidad la primera adoptada por una asamblea constituyente propia en 1848 y se acopló a la corriente liberal de la época. En 1856 se produjo una recaída monárquica tradicionalista que fue superada de manera definitiva por el establecimiento de la monarquía constitucional en 1868, con la norma suprema todavía en vigor.[12]

Como en el caso de Bélgica, el texto luxemburgués de entonces y el actual difieren en todo. Fueron abolidos los tratados secretos; se estableció el sufragio directo y se le otorgó este derecho a la mujer; se incorporó el derecho al trabajo, a la seguridad social y a la sindicalización; la educación primaria se volvió obligatoria y gratuita; fue modificada la integración del Parlamento e introducida la representación proporcional; quedó abolida la pena de muerte; se aceptó la autoridad supranacional de los órganos europeos; surgieron la Corte de Cuentas, el Tribunal Constitucional, el Consejo Económico y Social, las cámaras profesional y de comercio; y en materia política se transitó de manera paulatina de la monarquía arcaica reintroducida en 1856, para organizar progresivamente un sistema parlamentario moderno. Al igual que en el caso belga, se ha seguido un camino largo que ha permitido construir una constitución nueva sin generar el rechazo por parte de una sociedad de tendencia conservadora.

Como señalé antes, México cuenta con la octava constitución más antigua del planeta, y con la segunda más longeva de un sistema republicano, precedida sólo por la estadounidense. Al acercarse a su Centenario,[13] ha sido objeto de 227 decretos de reforma que han modificado 697 veces 114 de sus 136 artículos. En otras palabras, sólo 22 de sus preceptos permanecen intocados.

[12] Jean Thill, "The Grand Duchy of Luxemburg", en Lucas Prakke y Constantijn A. J. M. Kortmann (eds.), *Constitutional Law of 15 EU Member States*, Deventer, Wolters Kluger, 2004, p. 543 y ss.

[13] Escribo en septiembre de 2016.

Esa circunstancia ha propiciado numerosas opiniones que asocian el número de artículos modificados con lo que tiende a llamarse "parches constitucionales". Si entendemos por "parche" una cosa sobrepuesta que desdice a la principal, la expresión resulta peyorativa e inexacta. Examinando reforma por reforma es difícil encontrar las que puedan considerarse superfluas. Más todavía, una rápida mirada lleva a advertir que sin las reformas introducidas no habría derecho de voto para la mujer, seguridad social, corte constitucional, representación política proporcional, objetividad electoral, igualdad jurídica de mujeres y hombres, vivienda social, acceso a la información, mar patrimonial, ni se habrían actualizado instituciones como las referidas a los derechos humanos, al juicio de amparo, al sistema universitario autónomo, a la tenencia de la tierra, a la distribución federal de competencias, a la organización municipal y a la supremacía del Estado en relación con las iglesias. Son ejemplos de lo que se ha logrado merced a los cambios constitucionales.

El problema de las reformas en México está en la técnica adoptada para procesarlas, que presenta al menos dos problemas: por un lado se pretende la exhaustividad en la redacción de cada reforma, propiciando así un estilo reglamentario dentro de una norma que debería ser muy general; por otra parte esa forma de escribir la Constitución ocasiona a su vez que cada cambio ulterior implique modificar la redacción de numerosos preceptos. Por ejemplo, la reforma de enero de 2016 acerca del régimen jurídico de la Ciudad de México implicó modificaciones en el texto de 52 artículos constitucionales. Esto significa que pese a consistir en una sola reforma, representó casi el 8 por ciento del total de los artículos modificados en 99 años. La reforma al Poder Judicial del 31 de diciembre de 1994 involucró 27 preceptos; la realizada en materia de responsabilidades oficiales el 28 de diciembre de 1982 afectó 15 artículos. Los casos de este género pueden multiplicarse, pero con éstos se muestra que tan solo tres cambios requirieron modificar 94 artículos constitucionales, lo que corresponde al 14 por ciento del total de los registrados hasta ahora.

En un sentido diferente, hay casos como el del artículo 52, que fijaba la base poblacional requerida para elegir a cada diputado federal. Este precepto tuvo que ser adecuado a los datos censales en seis ocasio-

nes, hasta que en 1977 se determinó un número preciso de trescientos diputados de mayoría para integrar la cámara correspondiente, con independencia de la composición demográfica de los distritos.

La escritura de la Constitución ha variado con el tiempo. Durante la primera etapa del periodo de hegemonía de partido las reformas eran muy puntuales; en la segunda etapa, de transición hacia la democracia, las fuerzas opositoras exigieron un mayor desarrollo en el contenido de la Constitución para no quedar expuestas a que el contenido de los acuerdos fuera matizado o incluso modificado por el partido mayoritario, por sí solo, en la legislación ordinaria; la tercera fase se dio cuando el propio partido hegemónico advirtió que se aproximaba el momento de perder la mayoría en el Congreso y tampoco corrió el riesgo de que fuera la oposición quien aprovechara la generalidad de los preceptos constitucionales para decidir sobre la organización y el funcionamiento del poder a través de la ley ordinaria. La transición de una etapa a otra no puede establecerse con precisión cronológica porque corresponde a la adaptación progresiva de estilos de negociación y concertación de acuerdos entre las fuerzas políticas nacionales.

Esa dinámica deformó el contenido de la Constitución y le imprimió una dinámica hasta ahora irreversible, pues en tanto que la norma suprema se ha saturado de detalles, cada vez que se hace necesario un ajuste, incluso menor, tiene que ser reformada y de nueva cuenta se le siguen incorporando otras particularidades que acentúan la distorsión de su carácter de norma general. Esto tiene mucho que ver con la desconfianza que los agentes políticos se profesan entre sí, y que ha acabado por transmitirse también al cuerpo social.[14] Una característica de los sistemas constitucionales más desarrollados consiste en el alto nivel de confianza que las instituciones inspiran, y esto a su vez guarda

[14] Sobre este aspecto pueden verse: Hugo Concha Cantú, Héctor Fix-Fierro, Julia Flores y Diego Valadés, *Cultura de la Constitución en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2004. La segunda encuesta, de 2011, está disponible en línea: http://historico.juridicas.unam.mx/invest/areas/opinion/EncuestaConstitucion/resultados.htm. Véase también Julia Flores (coord.), *Los mexicanos vistos por sí mismos*, en http://www.losmexicanos.unam.mx/

una relación directa con la adhesión espontánea a las constituciones en tanto que son la fuente de esa confianza pública.

Para salir de la dinámica en la que está atrapada la Constitución es necesario un giro radical, si es que se aspira a prolongar su vigencia por un periodo amplio. Es necesario reordenar el texto, pues presenta errores técnicos en cuanto al acomodo de su articulado, agravado con el decurso del tiempo. Sólo por poner un par de ejemplos, un órgano autónomo como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), o una dependencia del Ejecutivo, como la Procuraduría General de la República (PGR), figuran en el capítulo del Poder Judicial. La Fiscalía General, que sustituirá a la Procuraduría, es considerada un órgano constitucional autónomo pero permanece en el capítulo del Poder Judicial.

Además de la reordenación, para colocar su contenido donde corresponde, el texto constitucional requiere de una nueva redacción que facilite su lectura y su reforma ulterior. No debe perderse de vista que las constituciones son normas, no proclamas. Además del rigor normativo, las constituciones requieren un mínimo de permanencia en cuanto a su texto para auspiciar una cultura jurídica que se apoye en el conocimiento de un texto más o menos estable. Esto no implica que se conviertan en normas inamovibles; por el contrario, la fluidez de la vida institucional se facilita por la generalidad de los enunciados constitucionales.

En el caso mexicano la perduración de la Constitución después de su Centenario dependerá de muchos factores, uno de los cuales consistirá en la política y en las estrategias de reforma que se adopten para el futuro. Esto incluye la recomposición de su texto actual,[15] además de los cambios institucionales que hacen falta para que el sistema avance hacia la equidad social y la consolidación de la democracia.

Las ocho constituciones mencionadas aquí, en el orden de su antigüedad, son muy diferentes en la actualidad de como eran al momento

[15] *Cfr.* Héctor Fix-Fierro y Diego Valadés (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Cámara de Senadores/Cámara de Diputados/Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2016.

de su adopción. Todas, incluidas la británica y la estadounidense, han evolucionado y seguirán haciéndolo porque regulan procesos políticos, sociales y humanos siempre en movimiento. Las constituciones son parte de la cultura y la cultura no se detiene. La interacción entre la norma y la normalidad exige a las reglas una gran plasticidad adaptativa en tanto que las disposiciones constitucionales están en contacto con un entramado de conocimientos, convicciones, costumbres, prácticas, ideologías, creencias, estilos de vida, prejuicios, percepciones, necesidades y expectativas que se recrean de continuo y regulan una pluralidad de contextos locales, regionales, nacionales, internacionales y globales que fluyen de manera incesante.

Las constituciones más adaptables a su entorno son las menos formales, eso explica la longevidad de la británica y en buena medida la de la estadounidense. En la posición opuesta se encuentran las que pretenden agotar todas las formas de organización del poder y de funcionamiento institucional, que a veces llegan al extremo de incluir disposiciones consideradas intangibles. En medio quedan las que combinan reglas más o menos fijas pero dejan espacios de innovación al legislador ordinario, al juzgador y al propio ciudadano, como intérprete activo del ordenamiento, lo que facilita la adaptación progresiva de las normas.

Las constituciones con aspiraciones de perennidad pasan por alto que las sociedades entienden las reglas como un referente que hace previsible y predecible el ejercicio del poder, pero sin inhibir la dinámica propia de la actividad y de la creatividad social.

Las tensiones entre los agentes del poder entre sí, entre gobernantes y gobernados, y entre los gobernados entre sí, exigen reglas que ofrezcan mínimos de certidumbre para prever la conducta ajena y para ajustar la propia, pero no para cancelar ni para dificultar la libertad de la vida personal y colectiva de los miembros de cada comunidad.

Además, los intereses dominantes en cada momento se proyectan hacia una multiplicidad de direcciones y la experiencia dice que no es posible ofrecer respuestas inmutables para todos ellos, porque esos mismos intereses fluctúan. Una de las lecciones que dejó el fracaso de las constituciones comunistas fue considerar que bastaba con atender los intereses de clase. De todas las formas de organización constitu-

cional ésta ha sido la más efímera de la historia, pero no por el simplismo de atribuir su caída a la hipotética sagacidad de los dirigentes conservadores de Estados Unidos, Gran Bretaña y el Vaticano, ni por la suposición de que había que remplazar el hermetismo político por la apertura de los mercados. El problema tampoco estaba en el tamaño del Estado. Lo que sucedió fue que en los países del bloque comunista se quiso utilizar la constitución, que es un instrumento de la libertad, con la pretensión de edificar un orden inamovible.

Los sistemas constitucionales entran en crisis no por ensanchar el tamaño del Estado sino por estrechar el desarrollo en libertad de la sociedad. Las sociedades son tan proteicas que sus instituciones constitucionales no pueden ser inmutables. Los sistemas constitucionales son muy sensibles al contraste que ofrecen la rutina y la concentración del poder, frente a las expectativas de libertad. Son estas expectativas las que transformaron la organización y el ejercicio del poder mediante instrumentos constitucionales.

En la historia de las instituciones políticas se registran periodos prolongados de ejercicio del poder absoluto pero consecuentes con el discurso utilizado. Ahora las contradicciones se han vuelto explícitas. No es lo mismo sustentar sin ambages una teoría del poder absoluto y ejercerlo así, que pretender justificar un poder concentrado con argumentos de apariencia democrática.

Las constituciones organizan el poder y definen su funcionamiento y su relación con sus destinatarios. Entendida en un sentido tan sencillo como ese, toda estructura de poder, incluso la más primitiva, ha tenido siempre una constitución. Las ideas moderna y contemporánea de constitución le atribuyen otras funciones más complejas, porque también regula procesos más intrincados y se dirige a sujetos más preparados. Hoy se trata de regular sociedades abiertas y esto no se puede conseguir con instituciones y con normas cerradas. La textura de la norma tiende a ser tanto más abierta cuanto más lo sea el ámbito plural que vaya a regular. Para un ordenamiento constitucional esto significa que deben construirse enunciados con la precisión necesaria para dar certidumbre y con la amplitud suficiente para dar libertad. El éxito de las constituciones está en alcanzar un diseño que resuelva de manera satisfactoria la ecuación de seguridad con libertad.

La mexicana se sitúa entre las constituciones cuya perduración obedece a su adaptabilidad, a diferencia de las que han fracasado porque optaron por la absolutidad de sus enunciados al pretender regularlo todo y a detalle. Por eso es oportuno formular un llamado de alerta pues de unas décadas a la fecha la Constitución ha propendido a incluir minucias, por lo que va dejando de ser una norma general para transformarse en un catálogo reglamentario con pretensiones de exhaustividad. La paradoja es que se pretende construir los acuerdos políticos duraderos basados en normas constitucionales volátiles.

La Constitución mexicana de 1917 ha pasado por diferentes etapas en lo que atañe a los intereses atendidos. No es posible delimitar los periodos cronológicos pero sí identificar la dominancia sucesiva de esos intereses. En términos esquemáticos, la Constitución ha ido transitando a través de tiempos históricos en los que prevalecieron la reivindicación social, la hegemonía del poder y el pluralismo político, hasta llegar a la etapa actual, menos clara porque se acoge a un discurso dual: el de los derechos humanos y el de los intereses económicos. Además de estas orientaciones, la Constitución también ha fluctuado en cuanto a su aplicación real. Esto se aprecia por los grados variables de nominalidad y normatividad constitucionales por lo que hace a sus diferentes momentos históricos y a las diversas materias reguladas.

Llamo grado variable de nominalidad y normatividad a la circunstancia de que algunos aspectos de la Constitución se han cumplido o se cumplen y otros no. No todo lo verificado en la realidad en un momento determinado lo ha sido siempre, al igual que no todas las omisiones o incumplimientos han sido constantes. Estas oscilaciones entre lo nominal y lo normativo son comunes en la mayor parte de los sistemas constitucionales, pues ninguno está exento de desviaciones transitorias. Lo distintivo de los sistemas constitucionales considerados normativos es que prevalece en el tiempo la regularidad de su aplicación, sin que esto excluya casos o circunstancias en los que se separen la norma y la normalidad.

Por esa razón es tan relevante examinar en detalle cada uno de los aspectos en los que incide la Constitución, para calibrar sus verdaderos efectos. Por lo mismo, para entender lo que ha ocurrido y lo que sucede en trece áreas medulares de la vida institucional se presenta esta

serie excepcional. Los grandes temas constitucionales son examinados a detalle a través de estudios pormenorizados, elaborados en cada caso por experimentados y reconocidos académicos. Aplaudo la iniciativa de Patricia Galeana y que haya convocado a un elenco de colaboradores tan prestigiado para alcanzar ese ambicioso objetivo

En la serie, de la que forma parte este volumen, están tratados los grandes temas de nuestro sistema constitucional y su desarrollo ilustra la forma como se ha ido construyendo nuestro actual panorama constitucional. Los temas dominantes en 1917 fueron los concernidos con los derechos agrario y laboral. En ambos casos hubo que generar nuevas normas y en torno a ellos surgió una orientadora literatura jurídica. Con el tiempo el interés por el derecho agrario decreció, por lo que celebro que ahora sea rescatado y se le dé la dimensión que le corresponde. Estas dos ramas del derecho siguen siendo fundamentales para la vida social del país y la revisión de cien años de experiencia jurídica servirá para iniciar un nuevo y necesario debate acerca del papel que juegan campesinos y trabajadores en un sistema que los ha puesto en un lugar secundario en cuanto a sus prioridades. El combate eficaz a la pobreza debe incluir la revisión del régimen económico y fiscal, y con ello también la situación jurídica de los asalariados.

Como capítulo complementario se desarrollaron en la Constitución diversos preceptos de contenido económico que se agregaron a lo que en forma escueta enunciaron en 1917 los artículos 27 y 28. Hoy existe un marco normativo que se fue incorporando a la Constitución de forma paulatina, cuya sistematización permite advertir sus profundas implicaciones.

Los derechos humanos figuran en el constitucionalismo nacional desde la luminosa construcción promulgada en Apatzingán. Aun así distan de haber alcanzado la plenitud de sus efectos, y buena prueba de ello son los problemas que motivaron la creación de la CNDH y los señalamientos que ese órgano constitucional hace con frecuencia.

Como capítulo especializado de esos derechos y por la trascendencia que tuvo desde que entró en vigor la Constitución, el derecho de la educación ocupa un lugar central en el constitucionalismo mexicano. Hay que tener presente que la primera reforma constitucional, introdu-

cida en 1921, fue sobre esa materia, y que el debate constitucional más encendido en nuestro tiempo sigue siendo sobre ese gran tema.

El derecho penal, que incluye la vertiente penitenciaria, ha sido objeto de cambios de gran repercusión para la seguridad jurídica, la libertad e incluso la vida de los mexicanos. Los cambios constitucionales en esta materia son una constante en el largo y fructífero trayecto de la Constitución, sin que sea posible decir que ya alcanzamos una situación por completo satisfactoria. La experiencia germinal en materia de juicios orales, por ejemplo, suscita muchas dudas y serán necesarias nuevas respuestas que atiendan los aspectos preteridos y corrijan los errores que vayan siendo advertidos.

El derecho municipal tuvo un desarrollo más pausado, entre otras cosas porque la tarea constructiva del municipio tuvo un periodo de maduración muy amplio. El marco normativo construido en 1917 dejó muchos pendientes que el Congreso de Querétaro no tuvo tiempo de abordar, por lo que fueron necesarias las reformas de 1982-83. Aun así, hay numerosos aspectos todavía sin atender, como el servicio civil municipal y las formas eficaces de resolver los problemas de cooperación intermunicipal.

El tema federal, que viene desde 1824, muestra más carencias que fortalezas, entre otras razones porque se mantienen asimetrías muy relevantes, como es el caso del amparo judicial, por ejemplo, y porque no se han removido los residuos del poder caciquil que sigue siendo un lastre para la democracia en México. Otro aspecto relevante es la afectación del principio de igualdad jurídica que resulta de la existencia de tantos órdenes jurídicos en materias tan sensibles como la penal y la civil, como entidades hay. También es llamativa la vetustez del sistema federal en su conjunto, si se le compara con los desarrollos que esta materia ha tenido en otros ámbitos, como el argentino y el canadiense en América, y el austriaco y el belga en Europa, por sólo mencionar unos ejemplos.

La separación de poderes ha tenido en México una lectura restrictiva, con la propensión secular a regatear la relevancia de los órganos de representación política. La Constitución todavía no construye instrumentos adecuados de control político, indispensables en toda democracia consolidada.

Como un tema vinculado con la organización del poder político, también el derecho administrativo ha tenido una evolución relevante. Ésta es una rama del derecho público muy desarrollada desde el siglo XIX. No obstante, hay nuevas vertientes que reclaman estudios sistemáticos como el que se incluye en esta serie. Tal es el caso de la proliferación de los órganos constitucionales, cuya presencia repercute en el funcionamiento de la separación de poderes. La gama de esos órganos ha crecido sin que la acompañe una idea rectora que les imprima homogeneidad en su diseño constitucional.

Asociado con la cuestión de la separación de poderes conviene tener presente el progresivo avance de la justicia constitucional. También en este caso se trata de una innovación más o menos reciente si se tiene en cuenta que las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales sólo aparecieron entre nosotros en 1995, y que aún nos faltan las cuestiones de constitucionalidad y la acción popular de inconstitucionalidad, para mencionar apenas un par de instituciones por construir.

Entre nosotros los derechos más jóvenes son el electoral y el cultural. El primero comenzó a formularse de manera sistemática a partir de la reforma política de 1977, pero cobró fuerza en la última década del siglo XX al fortalecerse la presencia de los órganos administrativos y jurisdiccionales electorales. Hoy existe ya una sólida escuela mexicana de derecho electoral que es muy apreciada también en el extranjero.

El tema cultural, por su parte, es el de más reciente incorporación al ordenamiento constitucional, de todos los que se abordan en esta serie. Una reforma publicada en 2009 convirtió la cultura en un nuevo derecho que sin duda tendrá un significativo impacto en la vida social del país, igual que en la institucional. Tanto así que en 2016 se produjo la creación de la Secretaría de Cultura en el ámbito del gobierno federal.

La contribución de los distinguidos autores de esta colección la hacen una obra valiosa para conocer el derrotero seguido por nuestro sistema constitucional en áreas medulares para la vida nacional, y también una fuente de consulta necesaria para perfilar el desarrollo previsible de las instituciones públicas.

Como admirador del Constituyente revolucionario de Querétaro, dejo constancia de reconocimiento por lo que en estas monografías aportan los distinguidos académicos César Astudillo, Luis Cacho, José Dávalos Morales, Jorge Fernández Ruiz, Luz Elena Galván Lafarga, Sergio García Ramírez, Jorge Gómez de Silva Cano, Luis Raúl González Pérez, Leonardo Lomelí, Mario Melgar Adalid, José María Serna de la Garza, Armando Soto Flores y Salvador Valencia Carmona. Su valioso trabajo ilustra y abre nuevos horizontes al estudio de la Constitución de 1917.

Querétaro fue el lugar donde culminó la Revolución con la construcción de un sistema social de vanguardia y se convirtió en el punto de partida para otras metas. Muchas se han alcanzado; algunas fueron abandonadas y otras siguen pendientes. La hazaña queretana debe ser valorada en su contexto porque significó el triunfo de una sociedad capaz de hacer una revolución y simbolizó la voluntad de cohesión después de una guerra civil. El lenguaje de los debates fue constructivo y optimista.

En 1857 se configuró el Estado nacional y en 1917 la sociedad soberana. Por eso a lo largo de cien años la Constitución enriqueció sus objetivos y por ende sus contenidos. Sería un error suponer que la Constitución es un libro ya cerrado y que sus cien años denotan vejez. Su texto sigue abierto para dar respuesta a las necesidades de equidad y democracia del país. La experiencia de otros siete sistemas constitucionales muestra que no es necesario prescindir de lo hecho en el pasado para construir lo que se requiere en el futuro.

El dilema de sustituir o renovar nuestra Constitución se puede resolver contestando una pregunta sencilla: ¿hay algo que se quiera y se necesite, que no quepa en la Constitución actual? Por mi parte no tengo duda de que, una vez reordenado, el texto constitucional puede y debe ser actualizado para atender las demandas de equidad y democracia sin exponer a México a un salto al vacío.

Para ahorrarle ese riesgo al país conviene asomarnos a las páginas que siguen porque nuestra historia institucional es más densa e instructiva de lo que a veces se supone. Las vicisitudes de nuestra Constitución son las de un país en busca de soluciones. Demos por buenas las que lo sean y busquemos otras mejores donde las haya, pero no desperdi-

ciemos el trabajo acumulado de tantas generaciones. Por eso al concluir estas páginas pienso en quienes nos precedieron, por lo que nos legaron, y en quienes nos sucedan, por lo que les dejemos. Una cosa es seguir avanzando y otra volver a empezar.

Diego Valadés
Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la unam,
de la Academia Mexicana de la Lengua,
de El Colegio Nacional y de El Colegio de Sinaloa

•

Grandes temas constitucionales

Como parte de las actividades para conmemorar el Centenario de la Constitución que nos rige, el Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México (INEHRM) tiene la satisfacción de publicar la serie "Grandes Temas Constitucionales", en coedición con la Secretaría de Gobernación y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Destacados especialistas aportan su interpretación sobre las diversas materias contenidas en la Constitución, tanto en su parte dogmática, sobre los derechos fundamentales, como en su parte orgánica, sobre la distribución de las funciones en el Estado mexicano.

La serie es presidida por el estudio preliminar de Diego Valadés, constitucionalista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, miembro de El Colegio Nacional y presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

La presente introducción a los primeros volúmenes que integran la serie sigue el orden temático establecido por la propia Constitución. Iniciamos con el volumen dedicado a los derechos humanos, de la autoría de Luis Raúl González Pérez, presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH). El ombudsman nacional aborda la trascendencia de la reforma de 2011 en la materia, que significa un cambio de paradigma en nuestro sistema jurídico. En ella se exige que todas las autoridades promuevan, respeten y garanticen los derechos humanos,

favoreciendo en todo caso el principio *pro persona* y la progresividad de sus derechos.

Sobre el derecho a la educación, Luz Elena Galván Lafarga, investigadora del Centro de Investigación y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), analiza la evolución que ha tenido el tema educativo en nuestro país desde la Independencia hasta el presente. Estudia los esfuerzos realizados para garantizar este derecho fundamental. Su estudio permite comprender por qué los constituyentes de 1917 transitaron de la libertad de enseñanza de 1857 a la educación laica. La especialista hace, asimismo, el análisis de las diferentes reformas educativas de 1917 a 2012.

La obra sobre derecho cultural fue elaborada por Luis Cacho, director general jurídico de la Secretaría de Cultura. El autor expone el desarrollo de esta garantía en México durante la vigencia de la Constitución que nos rige, sus características y los mecanismos para hacerla efectiva. Nos da asimismo los pormenores del establecimiento de la Secretaría de Cultura creada en el año 2015 y su importancia.

El jurista Sergio García Ramírez, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, investigador emérito del Sistema Nacional de Investigadores y miembro del Seminario de Cultura Mexicana, aborda el entramado del derecho penal a la luz de las últimas reformas constitucionales en la materia. Hace un recorrido por las garantías procesales, la procuración e impartición de justicia, el proceso de reinserción social, las facultades del ministerio público y el desarrollo de sus indagatorias. Destaca los derechos de las víctimas y la reparación del daño, a la vista de la implementación del nuevo sistema penal acusatorio amparado en el principio de presunción de inocencia.

Leonardo Lomelí, exdirector de la Facultad de Economía de la UNAM y actual secretario general de la máxima casa de estudios, es autor del volumen dedicado al derecho económico. Hace el análisis integral de la implementación de políticas de planeación y conducción de la actividad económica nacional, de las finanzas públicas, la distribución del ingreso y la riqueza, a partir de la Constitución de 1917. El economista incluye las leyes en la materia y las instituciones que de ella han emanado.

Jorge Gómez de Silva Cano, magistrado del Tribunal Unitario Agrario, aborda el derecho agrario, tema central del proceso revolucionario, al que la Constitución dio respuesta. Con la visión desde la práctica de la impartición de justicia en la materia, el especialista nos brinda el panorama de la situación actual del campo en México, y su marco normativo.

José María Serna de la Garza, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y presidente de la sección mexicana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, hace el análisis del federalismo mexicano desde la conformación de nuestro Estado nacional. Estudia las razones por las que prevaleció el régimen federal sobre el Estado unitario, su evolución en las diferentes constituciones y la vigencia de sus principios en la Ley Fundamental. El constitucionalista expone también la situación actual de la supresión del Distrito Federal y su transición a la hoy Ciudad de México a partir del año 2016.

El título dedicado al derecho electoral fue elaborado por César Astudillo, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y ex abogado general de la misma universidad. El constitucionalista nos ofrece un panorama general de la democracia mexicana. Refiere la evolución de los derechos políticos, los ciclos de reformas electorales de 1963 a 2014, la organización y proceso de las elecciones, los delitos y justicia electoral. Estudia también a los partidos políticos, las candidaturas independientes, la democracia participativa y el modelo de comunicación político-electoral. Por último, hace el análisis de los temas pendientes: la propaganda gubernamental, segunda vuelta electoral, revocación de mandato y la urna electrónica.

Mario Melgar Adalid, constitucionalista y miembro del Sistema Nacional de Investigadores, ex coordinador de Humanidades de la UNAM, estudia la separación de poderes. Aborda el tema desde sus orígenes y sigue su evolución en la historia constitucional de México, como principio fundamental de un régimen democrático, que evita la concentración del poder. Expone la necesaria colaboración que debe existir entre los poderes. Concluye con el análisis de la situación que prevalece actualmente en la designación de ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), de consejeros de la Judicatura

Federal, de jueces de distrito y magistrados de circuito, así como sobre el fiscal general de la República.

Jorge Fernández Ruiz, publicista coordinador del área de Derecho Administrativo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, integra el volumen dedicado precisamente al derecho administrativo. Estudia la función esencial del Poder Ejecutivo en cuanto a la administración pública y los mecanismos para brindar servicios a la ciudadanía a través de los entes que conforman los organismos públicos centralizados, descentralizados, paraestatales y desconcentrados. Asimismo, expone lo relativo a procedimientos y contratos administrativos, el patrimonio del Estado y el empleo público.

La obra sobre el derecho procesal constitucional fue coordinada por Armando Soto Flores, constitucionalista, jefe de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. En ella se exponen las instituciones que comprenden la justicia constitucional. Entre ellas destaca el juicio de amparo, que constituye el principal medio que tenemos los gobernados para protegernos de cualquier violación a nuestros derechos. Se exponen también los procedimientos que deben seguirse para la solución de las controversias que se suscitan entre particulares, y de particulares con el Estado y entre órganos del Estado.

Salvador Valencia Carmona, constitucionalista, ex rector de la Universidad de Veracruz y actual investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, elaboró el volumen dedicado al municipio libre. Hace el estudio de la célula básica del Estado así como de su organización política y administrativa. Analiza la personalidad jurídica del municipio a partir de 1917, su fortalecimiento como autoridad inmediata y más cercana a la ciudadanía, su autonomía administrativa y financiera.

El derecho laboral es abordado por José Dávalos Morales, laboralista, ex director de la Facultad de Derecho de la UNAM y actual catedrático de la misma. Edificado sobre una de las demandas más sentidas de la población durante la Revolución Mexicana, los derechos de los obreros llevaron a la elaboración del título sobre Trabajo y Previsión Social, que diferenció a la Constitución de 1917 de la de 1857. El artículo 123, junto con el 27 constitucional, respondió a las demandas del proceso revolucionario y puso a la Constitución mexicana a la van-

guardia del mundo en la materia, al incorporar los derechos sociales en el texto constitucional.

El INEHRM se complace en poner a disposición del público lector la serie "Grandes Temas Constitucionales" que forma parte de la colección "Biblioteca Constitucional", creada en el marco de la conmemoración de la Constitución que nos rige desde 1917. El conocimiento de los temas constitucionales fortalece a nuestra ciudadanía y a la democracia como forma de vida.

Hacemos público nuestro reconocimiento a los autores por su invaluable colaboración. Así como a la Secretaría de Gobernación y al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM por haber hecho posible la publicación.

Patricia Galeana
Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México

•

Introducción

En el contexto de los festejos para conmemorar el primer centenario de la promulgación de nuestra ley fundamental de 1917, el Instituto de Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México (INEHRM), encabezado por su directora general, doctora Patricia Galena, conjuntamente con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM), dirigido por el doctor Pedro Salazar Ugarte, decidieron publicar en coedición la Serie "Grandes Temas Constitucionales" de la que forma parte este libro desarrollado bajo el rótulo *Derecho administrativo*.

Se justifica la inserción de este libro en la serie de los grandes temas constitucionales porque, como lo señala la doctrina alemana de mediados del siglo XX: "El derecho administrativo es el derecho constitucional concretizado".[1]

Como rama del derecho público cuyo objeto incluye regular a la administración pública, el derecho administrativo nace cuando se conforma un orden jurídico distinto al ordinario, aplicable a la administración pública; en tanto ello no ocurre, no aparece el derecho administrativo.

[1] Fritz Werner, *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht (Derecho administrativo como derecho constitucional concretado)*, Hamburgo, Deutsches Verwaltungsblatt, 1959, p. 527.

A lo largo de su desarrollo, el derecho administrativo ha sido definido de diversas maneras, pero hoy en día se puede entender como el conjunto de valores, principios y normas que rigen la estructura, la organización y el funcionamiento de las diversas áreas de la administración pública, así como de sus relaciones con las demás instituciones del Estado y con los particulares.

El derecho administrativo es una rama del derecho público cuyo desenvolvimiento propicia el surgimiento de la ciencia del derecho administrativo que tiene por objeto construir, sistematizar, interpretar y evaluar el contenido de los valores, los principios y las normas jurídicas que regulan la estructura, la organización y el funcionamiento de la administración pública, de las relaciones entre sus diversos órganos, dependencias y entidades; de sus relaciones con otras instituciones del Estado y con los particulares, lo cual genera una útil interacción entre la doctrina y la norma, lo mismo que entre la teoría y la praxis, en aras de una mejor regulación jurídica de la administración pública en beneficio de la sociedad y de sus integrantes.

Producto de la Revolución Francesa, el derecho administrativo defiende la libertad y protege a los particulares contra la posible arbitrariedad del poder público ejercido por la administración pública mediante el desarrollo de sus actividades, mismas que obligatoriamente deben sujetarse a un procedimiento específico determinado.

Los valores, los principios y las normas del derecho administrativo, representan un dique de contención al poder público depositado en la administración pública, con el propósito de proteger y preservar los derechos fundamentales de los particulares, lo que permite proteger y preservar el derecho humano a una buena administración pública, además de crear instrumentos para asegurar el interés público y social, en aras de un sano equilibrio con los gobernados que debe caracterizar al Estado social y democrático de derecho.

Debo enfatizar que nuestra ya centenaria Constitución cimentó, desde su texto original, al derecho administrativo mexicano, principalmente mediante los artículos 3o., 14, 16, 21, 27, 28, 73 (X y XVIII), 89, 90, 92, 115, 124, 126, 127, y 134.

En su versión original, la Constitución de 1917 concibió un esquema de administración pública distribuido en cinco ámbitos

distintos: el federal, el del Distrito Federal, el de los territorios federales, el estatal y el municipal. La administración pública federal, guiada por el principio de la centralización administrativa, se diseñó con base en dos tipos diferentes de unidades administrativas: la secretaría de Estado y el departamento administrativo; la primera pretendió destinarse al ejercicio de atribuciones políticas o político administrativas, en tanto que el departamento administrativo se pensó como una forma de gestión de los servicios públicos y de actividades técnico-administrativas.

Apareció en México la empresa en mano pública desde la época colonial, configurada a través de los estancos del alumbre, del azogue, de los naipes, de la nieve, de la pólvora, de la sal y del tabaco, instituciones antecesoras de la entidad paraestatal; en el México independiente se agregan otros entes precursores de lo que, con el correr de los años, habría de ser la administración desconcentrada y la descentralizada o paraestatal, tales como el Banco de Avío (1830), el Banco de Amortización de la Moneda de Cobre (1837) y, ya en el siglo XX, la Caja de Préstamos para Obras de Irrigación y Fomento de la Agricultura (1908).

Mas, en la segunda década del siglo XX, época en la que desarrolló sus trabajos el Congreso Constituyente de Querétaro, no existía en México, ni en rigor estaba previsto, un sector descentralizado o paraestatal dentro de la administración pública; en tanto que en Europa cobraban auge –al empuje de las ideas de Georges Teissier, León Duguit, Gastón Jéze y Maurice Hauriou– las teorías relativas a la descentralización administrativa y al servicio público, este último encomendado con frecuencia al establecimiento público, inspirador del organismo descentralizado mexicano.

La figura del departamento administrativo fue adoptada por el Constituyente queretano como una nueva forma de organización administrativa, en la sesión del 16 de enero de 1916, dentro del esquema centralizado, al que se pensó encargarle el desempeño de actividades no políticas, sino administrativas, referidas a la prestación de un servicio público, tarea que en Francia, como ya se dijo, se encomendaba al establecimiento público.

El esquema organizacional diseñado por el Constituyente de 1916-1917 dio lugar a crear, junto a las secretarías de Estado, los departamentos administrativos; entre otros el de Marina, el de Trabajo, el Agrario, el de Turismo y el de Pesca, los cuales, en la práctica, evolucionaron hasta convertirse en secretarías de Estado; ello propició que, posteriormente, la prestación directa de los servicios públicos y la realización de la actividad industrial del Estado se encomendasen en gran medida a los organismos descentralizados y empresas de participación estatal. Tal circunstancia propició que, posteriormente, el legislador importara el esquema de la descentralización administrativa y con ella los troqueles del organismo descentralizado y de la empresa de participación estatal; formas de gestión que no conoció el Constituyente de Querétaro y en las cuales se acuñarían las más importantes empresas públicas del país.

Por los motivo antes apuntados, el texto original de la Constitución de 1917 careció de normas regulatorias referidas expresamente a las entidades paraestatales; sin embargo, sus artículos 27, 28, 73, fracciones X y XVIII, y 134 integraron el andamiaje para estructurar, años más tarde, un marco normativo regulatorio de la administración paraestatal.

La mayor aproximación del referido texto constitucional original al tema de la administración paraestatal o descentralizada se dio en su artículo 73, al asignar al Congreso facultades para establecer casas de moneda (fracción XVIII) y el Banco de Emisión Único (fracción X) en los términos del artículo 28, que a la sazón ya proscribía las prácticas monopólicas, con excepción –entre otras– de las relativas a la acuñación de moneda y a la emisión de billetes por medio de un solo banco bajo el control del gobierno federal.

A continuación señalo, aun cuando sea someramente, cómo inciden algunos artículos del texto original de la Constitución de 1917 en nuestro derecho administrativo.

El artículo 3o. de nuestra ley fundamental determinó el carácter laico de la educación en México y dispuso que cuando la impartiera el Estado fuese gratuita.

En el artículo 14, el Constituyente de Querétaro sembró el germen del debido procedimiento administrativo que décadas después explicitara la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Se utilizó el último párrafo del artículo 16 constitucional para precisar los propósitos de las visitas domiciliarias a cargo de autoridades administrativas y determinar los requisitos y las formalidades a que debía sujetarse la práctica de las mismas. Además, el Constituyente separó en este precepto, la impartición de justicia de su procuración y de la persecución del delito, y también deslindó la parcela de la justicia administrativa, al establecer que el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía –a los que implícitamente confirió carácter autónomo–, era de la competencia de la autoridad administrativa. Además, fijó límites para las sanciones administrativas, tanto pecuniarias como de privación de la libertad.

Merced al restablecimiento de la propiedad originaria del Estado mexicano, en el artículo 27 constitucional se atribuyó a éste la potestad soberana sobre las tierras y aguas comprendidas dentro del territorio nacional; además, la propiedad se distinguió en pública, social y privada, dejando de ser ésta un derecho absoluto al quedar limitada por el interés público, y la pública quedó sometida a normas exorbitantes del derecho privado, que la hacen inalienable, imprescriptible e inembargable, que luego serían desarrolladas por diversos ordenamientos legales en materia administrativa, entre los que destacan las diferentes leyes reglamentarias de este artículo en sus diversas materias: la Ley General de Bienes Nacionales, la Ley de Aguas Nacionales y la Ley de Vías Generales de Comunicación.

El artículo 27 de la Constitución de 1917 reservó al Estado los correos, los telégrafos, la radiotelegrafía, la acuñación de moneda y la emisión de billetes por medio del banco central, actividades que una posterior reforma de este artículo denominaría como "áreas estratégicas".

El artículo 89 constitucional otorgó la facultad reglamentaria al presidente de la República, e implícitamente lo erigió en jefe de la administración pública federal, de la del Distrito Federal y de las de los territorios federales, al otorgarle la facultad para

nombrar y remover libremente a los secretarios de Estado, a los gobernadores del Distrito Federal y de los territorios federales, así como "a los demás empleados de la Unión, cuyo nombramiento o remoción no esté determinado de otro modo en la Constitución o en las leyes".

El texto original del artículo 90 de la Constitución no incluyó, para el despacho de los negocios administrativos de la Federación a los departamentos administrativos, sino sólo las secretarías de Estado, no obstante lo cual, el artículo 92 –aprobado por el Constituyente antes que el 90– dispuso que los reglamentos, decretos y órdenes del presidente relativos al gobierno del Distrito Federal y a los departamentos administrativos, "serán enviados directamente por el presidente al gobernador del Distrito y al jefe del Departamento respectivo".

Mediante su artículo 115, la Constitución erigió al municipio libre, con personalidad jurídica propia, como base de la división territorial y de la organización política y administrativa de los estados de la Federación; depositó la administración municipal en un ayuntamiento de elección popular directa, y prohibió la existencia de toda autoridad intermedia entre el ente municipal –al que confió la libre administración de su hacienda– y el gobierno del estado.

La distribución de competencia –incluida la relativa a la materia administrativa– entre la federación y sus estados quedó establecida en el artículo 124 constitucional con la breve fórmula "las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados".

Corolario básico del ejercicio del gasto público vino a ser el artículo 126 constitucional, al disponer que "no podrá hacerse pago alguno que no esté comprendido en el presupuesto o determinado en ley posterior".

Conforme al texto original del artículo 127 constitucional, la remuneración de los servidores públicos se debería determinar por la ley, de acuerdo con los principios de invariabilidad durante el periodo que el funcionario ejerciera el cargo, y de irrenunciabilidad, contenidos en este artículo.

El Constituyente de Querétaro dispuso, en el artículo 134 constitucional, que cuanto contrato celebrase el gobierno para la ejecución de obras públicas, debería adjudicarse en subasta, mediante el procedimiento en él delineado, con lo que el contrato administrativo de obra pública adquirió base constitucional.

•

Capítulo primero

Cuestiones preliminares del derecho administrativo

En la doctrina existe consenso para considerar al derecho administrativo como una rama del derecho público encargada de regular, entre otras cuestiones, a la administración pública. Se trata, pues, de una disciplina jurídica relativamente joven –apenas bicentenaria–, si se compara con el milenario derecho civil y el igualmente antiquísimo derecho penal, cuya existencia se comprueba en el Código de Hammurabi que hace cuatro milenios regulaba los contratos de compraventa y arrendamiento, y establecía penas para diferentes delitos.

I. Surgimiento del derecho administrativo y su aparición en México

En tal circunstancia, la pregunta obligada es: ¿acaso en el mundo antiguo no había administración pública?, ¿o por qué no existía el derecho administrativo hace más de doscientos años? Y claro que en la antigüedad ya había administración pública, de ello dan testimonio las pirámides de Egipto, el coloso de Rodas, los jardines pensiles de Babilonia, el faro de Alejandría y demás maravillas del mundo antiguo.

Lo que ocurre es que, cuando se configura un orden regulador de la estructura y funcionamiento de la administración pública y de sus relaciones con los administrados de índole diversa, en lo sustancial, al orden

jurídico ordinario que norma las relaciones entre los particulares, emerge entonces el derecho administrativo; prueba de ello es que mientras eso no ocurrió la regulación de la administración pública y de sus relaciones con los particulares se mantuvo bajo las reglas del derecho ordinario, con excepciones para casos específicos de nuevo cuño que no admitían la aplicación del derecho ordinario; al proliferar las excepciones, se hubo de reconocer que se había integrado un sistema normativo especial, diferente al del derecho ordinario, que es el derecho administrativo.

La circunstancia antes señalada explica la relativa reciente aparición del derecho administrativo, cuya formación se efectúa en la Francia revolucionaria, durante la época de la Asamblea Constituyente, como producto de la sistematización de los principios racionales que fundan la acción administrativa, las atribuciones del poder público, los caracteres esenciales de las instituciones administrativas, así como los intereses y derechos del hombre.

Concomitantemente con el derecho administrativo surge la ciencia del derecho administrativo, a la que hicieron aportaciones importantes los exégetas de las numerosas leyes administrativas y de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés del siglo XIX, como Luis Antonio Macarel quien en 1818 publicó en París, su libro *Elementos de jurisprudencia administrativa*, que inicia la bibliografía francesa de derecho administrativo; Luis María de Lahaye, vizconde de Cormenin, quien publicó su libro *Cuestiones de derecho administrativo* también en 1818; Dionisio Serrigny, Luis Fermín Julien-Laferrière y su hijo, Eduardo Julien-Laferrière, cuya obra *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux,* publicada en 1886, es para muchos el auténtico punto de partida de la ciencia del derecho administrativo por su metodología y sistematización.[1]

Empero, sería injusto olvidar que el italiano Gian Domenico Romagnosi fue quien escribió el primer libro de derecho administrativo, bajo el rótulo de *Principi fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le instituzioni*, publicado en Milán en 1814.[2]

[1] *Vid*. Manuel María Díez, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1963, t. I, p. 3.

[2] *Vid.* Luca Mannori, *Storia del diritto ammnistrativo*, Roma, Editori Laterza, 2001, p. 5.

El derecho administrativo apareció en México desde el inicio de su independencia, como lo acreditan diversos decretos de la Soberana Junta Provisional Gubernativa del Imperio Mexicano, entre otros: el del 5 de octubre de 1821, en cuya virtud, se habilitó y confirmó provisionalmente a las autoridades existentes, para el ejercicio de la administración de justicia y demás funciones públicas; el decreto del 12 de octubre de 1821 mediante el cual se asignó sueldo anual, retroactivo al 24 de febrero del mismo año, al regente del Imperio, Agustín de Iturbide, y el Reglamento para el Gobierno Interior y Exterior de las Secretarías de Estado y del Despacho Universal –antecedente remoto de la vigente Ley Orgánica de la Administración Pública Federal–, expedido mediante decreto de 8 de noviembre de 1821.

A las anteriores disposiciones normativas se agregaría luego un número considerable de ordenamientos que incidieron en el ámbito del derecho administrativo, que pronto sufriría importantes transformaciones producto de un incesante proceso de reforma administrativa.

Dispuso la Constitución federal de 1824 la coexistencia de una administración pública federal y de tantas administraciones públicas locales como estados de la República existían entonces, al establecer en la fracción I de su artículo 161, la obligación de las referidas entidades federativas, de organizar su administración interior, sin oponerse a dicha Constitución ni al Acta Constitutiva de la Federación.

La Constitución de 1824 reguló, por primera vez en el derecho mexicano, la figura jurídica de la expropiación forzosa –entendida como el acto de autoridad en cuya virtud se priva a una persona de su propiedad, aun sin su consentimiento–, condicionándola en la fracción III de su artículo 112 a la existencia de causa de utilidad pública, al pago de indemnización y a la aprobación del Senado.

Asimismo, en la fracción II de su artículo 110, la Constitución de 1824 confirió al presidente de la República, de manera clara y precisa, la facultad reglamentaria.

En lo concerniente a la normativa secundaria de derecho administrativo, derivada de la Constitución de 1824, sobresale, por una parte, la creación del Distrito Federal –lo que implica la formación de la administración pública del Distrito Federal–, mediante decreto del 18 de noviembre de 1824; y por otra parte, la reforma en materia edu-

cativa realizada en 1833 por Valentín Gómez Farías –en funciones de presidente de la República– con sustento en dos bases fundamentales: la secularización de la educación, hasta entonces en manos del clero, y la organización sistemática de la actividad educacional del Estado, a efecto de hacer llegar la instrucción a todas las clases sociales.

II. Criterios para definir al derecho administrativo

El derecho administrativo se puede entender de distintos modos, según el criterio utilizado para tal efecto. Desde su surgimiento se han utilizado diferentes pareceres para definirlo. A continuación se analizan los más destacados.

1. *Criterio legalista*

En el momento de su aparición, el derecho administrativo se consideró, con un criterio legalista, como un conjunto de leyes administrativas. En esta corriente, Alexandre François Auguste Vivien en el prefacio de su obra *Études administratives*, lo entendió como el conjunto de leyes que constituyen la base y la regla de la administración de un Estado determinado.[3]

El criterio legalista es objeto de censura por definir al derecho administrativo como el conjunto de leyes administrativas; es decir, se incluye en la definición lo definido, con lo que se incurre en la falacia de la definición circular y, por tanto, requiere aclarar qué son leyes administrativas para poder entender lo que es el derecho administrativo. Conforme a este criterio se circunscribe el derecho administrativo a la norma jurídica, a la ley vigente, cuando en rigor es mucho más que eso habida cuenta de que incluye valores y principios fundamentales, así como la sistematización de sus categorías jurídicas e institucionales.

Como atinadamente observara Benjamín Villegas Basavilbaso: "Un conjunto de leyes administrativas sobre las más variadas y heterogéneas

[3] Alexandre François Auguste Vivien, *Études administratives,* París, Ch. Duriez, 1845, vol. I, p. 5.

materias no puede constituir el derecho administrativo. Este criterio es explicable; corresponde a los orígenes del derecho administrativo y tiene un valor simplemente histórico".[4]

2. *Criterio subjetivo*

A la luz de este criterio, el derecho administrativo es el concerniente a un sujeto específico, que para unos es el Estado; en opinión de otros, el Poder Ejecutivo; para otros más, la administración pública; a los que se agregan quienes optan por el órgano de aplicación, multiplicidad de interpretaciones que da lugar a los criterios de actividad total del Estado, de actividad del Poder Ejecutivo y de actividad de la administración pública.

A. Criterio de la actividad total del Estado

En los términos de este criterio que comparten diversos autores, el derecho administrativo es el conjunto de principios jurídicos que norman la actividad del Estado encaminada a lograr sus fines; en este sentido, el profesor Santi Romano sostuvo: "El derecho administrativo es el conjunto de principios que regulan la actividad concreta mediante la cual el Estado y las otras entidades públicas persiguen sus propios intereses".[5] Con igual criterio, pero media centuria después, Georges Vedel afirmó: "El régimen administrativo es el régimen de derecho común de las actividades del Estado y de las personas públicas. (...) Dicho de modo más breve: el derecho administrativo es el derecho común de la potestad pública.[6]

Sobra hacer notar lo endeble de este criterio, habida cuenta de las múltiples actividades del Estado encaminadas a alcanzar sus fines, que se ubican fuera del ámbito del derecho administrativo, como la actividad legislativa y la jurisdiccional; de aceptar este criterio de la actividad total del Estado, estaríamos confundiendo al derecho administrativo con el derecho público, del que sólo es una de sus partes.

[4] Benjamín Villegas Basavilbaso, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1949, t. I, pp. 48 y 49.

[5] Santi Romano, *Principii di diritto amministrativo,* Milán, A. Giuffre, 1912, p. 6.

[6] Georges Vedel, *Derecho administrativo*, traducción de Juan Rincón Jurado, Madrid, Aguilar, 1980, p. 39.

B. Criterio de la actividad del Poder Ejecutivo

Con este criterio, diversos autores interpretan al derecho administrativo como el relativo a la actividad del Poder Ejecutivo, así, por ejemplo, el español Vicente Santamaría de Paredes, en consonancia de las ideas del francés Luis María Lahaye, vizconde de Cormenin (*Cuestions de droit administratif*, París, 1822) a fines del siglo XIX, ya consideraba al derecho administrativo como el referido a la organización, funciones y procedimiento del Poder Ejecutivo.[7]

La anterior interpretación es compartida por el argentino Félix Sarría, quien seis décadas después afirmaba: "Expuesto lo que antecede, no dudo en compartir la opinión de los que miran al Poder Ejecutivo como elemento capital de la definición, si se considera que reside específicamente en él la función administrativa, pues, es el ejercicio de esa función lo que constituye la actividad administrativa, actividad organizada y regida por el derecho".[8]

Conviene aclarar que el derecho administrativo no se ocupa de toda la actividad del Poder Ejecutivo –por ejemplo, no regula la labor diplomática–, sino sólo de la actividad de una parte del mismo, es decir de la actividad a cargo de la administración pública, cuya estructura y organización también atañe a esa rama del derecho.

C. Criterio de la actividad de la administración pública

Identifica otra vertiente del criterio subjetivo al derecho administrativo, como el relativo a la administración pública, idea que se pretende justificar, en razón de que ni todas las áreas del Poder Ejecutivo se inscriben en el ámbito de la administración pública, ni todas las áreas de ésta se insertan en el Poder Ejecutivo. Empero, el derecho administrativo trasciende el ámbito de la administración pública, pues no sólo regula su organización y funcionamiento, sino además la actividad de los particulares cuando éstos se relacionan con la administra-

[7] Vicente Santamaría de Paredes, *Curso de derecho administrativo*, 3a. ed., Madrid, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, 1891, pp. 39 y 40.

[8] Félix Sarría, *Derecho administrativo*, 4a. ed., Córdoba, Argentina, Ediciones Assandri, 1961, p. 47.

ción. Dentro de la vertiente del criterio subjetivo, según el profesor español Rafael Entrena Cuesta "podemos definir al derecho administrativo como el conjunto de normas del derecho público interno que regulan la organización y actividad de las administraciones públicas".[9]

3. *Criterio objetivo*

De conformidad con el criterio objetivo, el derecho administrativo se define no por el sujeto sino por su objeto, acerca del cual algunos autores se pronuncian por la función administrativa; otros, por los servicios públicos, y otros más, por las relaciones jurídicas, esto evita que se unifique en la doctrina este criterio objetivo para definir al derecho administrativo.

A. Criterio funcional

De conformidad con el criterio funcional, el derecho administrativo es el ejercicio de la función administrativa lo que determina su aplicación, pues éste no es aplicable exclusivamente a la administración pública o al Poder Ejecutivo sino también a los otros poderes cuando actúan en ejercicio de función administrativa.

Lo anterior se comprueba, por ejemplo, en lo dispuesto en el artículo 1o. del Código Contencioso Administrativo de Colombia, en el sentido de que las normas de la parte primera de dicho ordenamiento se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y ministerio público, a la Contraloría General de la República y contralorías regionales, al Consejo Nacional Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil.

B. Criterio de los servicios públicos

Conciben al derecho administrativo quienes usan este criterio, como el conjunto de reglas que norman los servicios públicos, o como dijera

[9] Rafael Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo*, 8a. ed., Madrid, Tecnos, 1984, Vol. I/1, pp. 69 y 70.

Gastón Jèze: "el derecho administrativo es el conjunto de reglas especiales relativas al funcionamiento de los servicios públicos".[10]

Lo insostenible de este criterio lo acusa la diversidad de versiones del concepto de servicio público, así como la circunstancia de que siendo una parte importante del derecho administrativo, el servicio público no agota el objeto del mismo, razón por la que este criterio, promovido por la llamada escuela del servicio público, encabezada por León Duguit, ha venido a menos; empero, distinguidos juristas lo siguen empleando. El profesor peruano Gustavo Bacacorzo define al derecho administrativo como "el conjunto de normas y reglas positivas y los principios de derecho público para el funcionamiento de los servicios públicos bajo un contralor jurisdiccional".[11]

C. Criterio de las relaciones jurídicas

Utilizado este criterio desde el siglo XIX, entiende por derecho administrativo el que regula las relaciones entre el Estado y los particulares, o como dijera el profesor español Manuel Colmeiro: "El derecho administrativo será, pues, el conjunto de leyes que determinan las relaciones de la administración con los administrados".[12]

Desde luego es inobjetable que el derecho administrativo regule las relaciones del Estado con los particulares, mas es obvio que ello no es todo el tema de dicha rama del derecho.

D. Criterio mixto

Luego de analizar los principales criterios usados para definir al derecho administrativo, se puede afirmar que ninguno de ellos es suficiente para lograr una definición cabal y exacta de esa rama del derecho. Así lo han entendido diversos autores que por tal razón recurren a varios de estos criterios para elaborar su definición. En este caso se encuen-

[10] Gastón Jèze, *Los principios generales del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1948, tomo 1, p. 1.

[11] Gustavo Bacacorzo, *Tratado de derecho administrativo*, 4a. ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2000, p. 38.

[12] Manuel Colmeiro, *Derecho administrativo español*, 4a. ed., 1876, Madrid, Imprenta y Librería de Eduardo Martínez, pp. 33 y 34.

tra el profesor italiano Guido Zanobini, quien emplea el criterio de la actividad de la administración pública, conjuntamente con el criterio de las relaciones jurídicas para definir al derecho administrativo como "la parte del derecho público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de actividad de la administración pública y las relaciones jurídicas consiguientes entre ella y los demás sujetos".[13]

En razón de rechazar la adopción de un criterio único para definir al derecho administrativo, el distinguido profesor venezolano Allan Randolph Brewer Carías opta por emplear varios criterios para elaborar en los siguientes términos su definición mixta:

> El derecho administrativo es aquella rama del derecho que regula a la administración pública como complejo orgánico, su organización y funcionamiento; que norma el ejercicio de la función administrativa por los órganos del Estado; que regula la actividad administrativa del Estado, y que norma, también, las relaciones jurídicas que se establecen entre la administración pública y los administrados, con motivo del ejercicio de la función administrativa o de la realización de alguna actividad administrativa.[14]

III. Concepto de derecho administrativo

El derecho administrativo tiene una estrecha vinculación con el poder público, especialmente con el órgano en el que se inserta el área más grande de la administración pública, lo que le da un notorio matiz político, empero, con afán de precisar el concepto de derecho administrativo, conviene hacer las siguientes consideraciones:

El derecho administrativo no se ocupa de toda la estructura, organización y funcionamiento ni de la actividad total del sector público del Estado, sino sólo de una de sus partes: la administración pública, cuyo universo rebasa los límites del Poder Ejecutivo, habida cuenta de la existencia de sendas áreas de administración pública en el Poder Le-

[13] Guido Zanobini, *Curso de derecho administrativo*, traducción de Héctor Massnatta Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1954, vol. I, p. 39.

[14] Allan Randolph Brewer-Carías, "Prólogo", en Luciano Parejo Alfonso, *El concepto del derecho administrativo,* Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984, p. 7.

gislativo y en el Poder Judicial, aun cuando el área mayor de la misma se inserte en el Poder Ejecutivo.

El derecho administrativo también atañe a las relaciones de las dependencias y entidades de la administración pública entre sí y de ellas con otras instituciones del Estado y con los particulares.

En consecuencia, repito, se puede afirmar que el derecho administrativo es el conjunto de normas y principios del derecho público que rigen la estructura, organización y funcionamiento de las diversas áreas de la administración pública, de las relaciones de éstas entre sí, así como de sus relaciones con las demás instituciones del Estado y con los particulares.

IV. Los valores del derecho administrativo

En toda actividad intelectual están presentes las ideas, las cuales se entretejen para el desarrollo y perfeccionamiento de los seres humanos y el avance de la civilización que se alcanza, en buena medida, gracias a ellas pues son el motor de la superación del género humano, tanto en lo moral como en lo material; lo mismo en lo social que en lo político, en lo jurídico, en lo económico y en lo cultural.

Al lado de las ideas figuran los valores, entendidos como objetos que no tienen ser, sino valer. Los valores son una colección de creencias que conforman patrones de conducta y reciben la aquiescencia social, al grado de conformar las normas morales que orientan dentro de la sociedad la actuación de sus miembros.

"Los valores –dice Francisco Díaz de la Torre– son perennes, no cambian, pues corresponden a lo esencial del hombre. Lo que sí cambia es nuestra percepción de ellos".[15]

Desde la perspectiva objetiva, las cosas son o no valiosas por sí mismas, independientemente de que se les reconozca o niegue su valor.

Entre los valores, destacan los jurídicos, los cuales deben ser orientados por los morales, en aras de lograr la justicia mediante el cumplimiento de la norma de derecho.

[15] Francisco Javier de la Torre Díaz, *Ética y deontología jurídica*, Madrid, Dikinson, 2000, p. 196.

Los valores del derecho administrativo incluyen valores morales y jurídicos, entre los que destacan la justicia, la libertad, la seguridad, la dignidad y la lealtad.

1. *La justicia*

Impreso en la conciencia humana se encuentra el valor de **justicia**, considerado por Platón como suprema virtud, la más excelsa de las virtudes morales según Aristóteles; Cicerón la llamó reina y señora de todas las virtudes. "Sin la justicia –afirmaba Agustín de Hipona– la vida no sería posible, y si lo fuera, no merecería vivirse".

En el pensamiento platónico, la justicia exige que cada quien haga lo que le corresponde acerca del fin último; la dificultad estriba en determinar qué es lo que corresponde a cada quien.

Por su parte, Aristóteles detecta cuando menos dos especies: la justicia conmutativa basada en la igualdad y la justicia distributiva fundada en la proporcionalidad.

Recordemos, entre tantas interpretaciones, la que divide a la justicia en moral y civil, universal y particular, conmutativa y distributiva, y expletiva y atributiva.

Se entiende por justicia moral, la tendencia innata de dar a cada cual lo suyo o lo que le corresponde –aun cuando no se pueda explicar que es lo uno ni lo otro– La civil se refiere al apego, espontáneo u obligado, de nuestra actuación al precepto legal.

Se considera justicia universal, la reunión de todas las virtudes privadas y públicas. La particular protege el derecho individual y castiga su violación o atropello.

La justicia conmutativa establece igualdad en el arreglo de nuestros derechos u obligaciones para el debido equilibrio de unos y otras entre las partes; está referida, por tanto, a las relaciones registradas entre individuos, basadas primordialmente en la igualdad de lo que se da y lo que se recibe. La justicia distributiva hace referencia a las relaciones de los individuos con el sistema social al que pertenecen para reportar proporcionalmente las cargas y bienes comunes; y por otra parte establece la proporción de los premios y castigos atribuibles a cada individuo por su actuación plausible o vituperable.

Por su parte, la *justicia expletiva* conserva el derecho con arreglo a la ley y en fuerza a ella misma; en tanto que, la *justicia atributiva* emplea el derecho aisladamente de la ley en las acciones meramente éticas.

En opinión de Chaim Perelman, expresada en su libro *Justice et raison* (Bruselas, 1963) la justicia es un principio de distribución de bienes, determinables de acuerdo con seis criterios diferentes, conforme a los cuales a cada uno le corresponde: *a*) lo mismo, *b*) según sus méritos, *c*) según su obras, *d*) según sus necesidades, *e*) según su rango y *f*) según lo atribuido por la ley.

Obviamente no trato de elucidar lo que por milenios el pensamiento humano se ha esforzado en vano por hacerlo, pues creo que la justicia no se puede precisar en términos de género próximo y diferencia específica, de una manera aceptable para todos los individuos de todos los tiempos.

Pero lo admisible es que si acaso la vara de la justicia se doblare, "no sea por el peso de la dádiva sino –como dijera don Quijote- por el peso de la misericordia".[16]

2. *La libertad*

Entre los valores más preciados del ser humano figura la **libertad**, explicable como su capacitad de actuar conforme a su arbitrio y, en consecuencia, autodeterminarse consciente y voluntariamente para actuar en una forma o en otra e, incluso, para no actuar, sin más dictado que el de su propio criterio y resolución.

En tales términos, la libertad es absoluta y sólo puede imaginarse atribuida al más autócrata de los tiranos, porque normalmente la libertad de un individuo está limitada por las libertades de los demás con los que convive; esto es, el arbitrio y la autodeterminación de cada cual deberá ejercerse sin trastrocar el orden social y sin lesionar la libertad y los derechos de los demás.

La libertad se define en las *Instituciones* de Justiniano como la facultad natural de hacer cada quien lo que quiere, salvo que lo impida la fuerza o el Derecho (I, 3,1). Jean Jacques Rousseau inicia el primer capítulo

[16] Miguel de Cervantes Saavedra, *Don Quijote de la Mancha*, edición del IV Centenario, Alfaguara, 2004, p. 869.

de su célebre *Contrato social* con el planteamiento de la paradoja de la libertad: "El hombre ha nacido libre y en todas partes está encadenado".[17]

El tránsito del estado de naturaleza a la sociedad política modifica y condiciona, a juicio del filósofo ginebrino, la libertad del hombre y da lugar a la aparición de gobernantes y gobernados, patronos y obreros, opresores y oprimidos.

Dentro de la libertad se diferencian dos grandes tipos: la *civil*, llamada también libertad liberal, en la cual se resumen los derechos del hombre; y la *política*, denominada también libertad democrática, que protege los derechos del ciudadano. En opinión de Mariano Ruiz Funes: "La libertad es el bien jurídico de mayor categoría de cuantos merecen la protección de la norma de derecho. Violarla en el individuo o quebrantarla en la sociedad constituye la más grave de las transgresiones, el mayor de los peligros, el más trascendental de los daños, un serio motivo para la alarma pública".[18]

3. *La seguridad*

Cuando se está a salvo de todo riesgo y peligro, se tiene **seguridad**, la cual es un valor del ser humano que le lleva a pactar con sus semejantes la vida comunitaria, la convivencia social y la creación del Estado, el que a través de las normas de derecho proporcionará a los miembros de su población la seguridad *jurídica*, traducible como la certidumbre del individuo de que su persona, bienes y derechos están a salvo de ataques violentos e indebidos y, en el peor de los casos, de efectuarse, se harán cesar con premura y los daños le serán resarcidos; la seguridad es, por tanto, punto de partida del Estado y puerto de arribo del derecho.

Por definición, el Estado de derecho está obligado a proporcionarnos a los seres humanos una situación permanente de seguridad, de tranquilidad y de orden, habida cuenta del sacrificio que hacemos de una parte de nuestros derechos y libertades originales a efecto de disfrutar pacíficamente de nuestros restantes derechos, bienes y libertades.

[17] Jean-Jaques Rousseau, *Contrato social*, Traducción de Consuelo Berges, Buenos Aires, Aguilar Argentina, 1965, p. 50.

[18] Mariano Ruiz Funes, *Delito y libertad*. Madrid. 1930, Morata, p. 21.

4. La dignidad

Por valor de la dignidad humana, el ser humano está colocado en el centro del mundo y ese valor conlleva la imagen que cada individuo proyecta en el contexto social. En este sentido, leemos en el Génesis:

> Díjose entonces Dios: "Hagamos al hombre a nuestra imagen y a nuestra semejanza, para que domine sobre los peces del mar, sobre las aves del cielo, sobre los ganados y sobre todas las bestias de la tierra y sobre cuantos animales se mueven sobre ella". Y creó Dios al hombre a imagen suya, a imagen de Dios lo creó y los creó macho y hembra; y los bendijo Dios, diciéndoles: "Procread y multiplicaos, y henchid la tierra; sometedla y dominad sobre los peces del mar, sobre las aves del cielo y sobre los ganados y sobre todo cuanto vive y se mueve sobre la tierra".[19]

Como valor, la **dignidad** se manifiesta en la gravedad y decoro de las personas y en su manera de comportarse; estriba en el respeto que el individuo tiene de sí mismo, por lo que constituye el deber primario del ser humano consigo mismo y representa el fin de sí mismo, así como la base de los demás deberes que debe cumplir. Cuánta razón tuvo Miguel de Unamuno cuando afirmó:

> Así como no apreciamos el valor del aire, o el de la salud hasta que nos hallamos en un ahogo o enfermos, así al hacer aprecio de una persona olvidamos con frecuencia el suelo firme de nuestro ser, lo que todos tenemos de común, la humanidad, la verdadera humanidad, la cualidad de ser hombres, y aun la de ser animales y ser cosas. Entre la nada y el hombre más humilde, la diferencia es infinita, entre éste y el genio, mucho menor de lo que una naturalísima ilusión nos hace creer.[20]

Por ello, la dignidad personal exige garantizar la libertad de pensamiento y la autonomía de la decisión respecto del propio destino, habida cuenta que todo ser humano tiene su fin propio, personal e

[19] Génesis, I, 26-28, *Sagrada Biblia,* versión directa de las lenguas originales por Eloíno Nácar Fuster y Alberto Colunga Cueto, Madrid, Editorial Católica, 1972, pp. 3 y 4.

[20] Miguel de Unamuno, *La dignidad humana*, 4a. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1957, p. 11.

intransferible, por lo que, como bien dice Jesús González Pérez: "La dignidad de la persona no es superioridad de un hombre sobre otro, sino de todos los hombres sobre los seres que carecen de razón".[21]

V. Los principios generales del derecho administrativo

Hablamos de principios generales del derecho para referirnos a los axiomas fundamentales que dan soporte al andamiaje del derecho porque entrañan su esencia misma, son generales por su naturaleza y subsidiarios por su función, de aplicación supletoria a las lagunas del derecho positivo; entre ellos descuellan en el derecho administrativo, los de buena fe, debido procedimiento, legalidad, moralidad administrativa, seguridad jurídica y supremacía del interés público sobre el interés privado.

1. *El principio general de la buena fe*

La expresión *buena fe* hace referencia tanto a la certeza de un individuo de que hace o posee alguna cosa con derecho legítimo, como la convicción o suposición de la licitud y justicia de un acto, o la creencia de que un acto o hecho jurídico es cierto o verdadero; en consecuencia, el **principio de buena fe** –en el sentido de norma muy general que regula casos de propiedades muy generales–, genera en quien obra de buena fe, derechos y beneficios, lo mismo que exime de responsabilidades, con lo que sirve de puente entre el derecho y la ética, habida cuenta que, como señala el profesor español Ruiz de Velasco, "Por buena fe ha de entenderse el cumplimiento leal, honrado y sincero de nuestros deberes para con el prójimo, y el ejercicio también leal, honrado y sincero de nuestros derechos".[22]

A juicio del profesor Jesús González Pérez, el de la buena fe se inscribe como uno de los principios generales que fundamentan al orde-

[21] Jesús González Pérez, *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1986, p. 25

[22] José Ruiz de Velasco, "La buena fe como principio rector del ordenamiento jurídico español en relación con las prohibiciones del fraude de la ley y del abuso del derecho", en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 1976, t. I, p. 547.

namiento jurídico, orientan la labor de su interpretación y configuran un factor determinante de integración; su adopción en una norma legal no implica la pérdida de su carácter de principio general, pues independientemente de que pueda o no informar al ordenamiento jurídico, tendrá aplicabilidad en defecto de ley exactamente aplicable al punto controvertido.

González Pérez hace notar que: "El principio de la buena fe no sólo tiene aplicación en el derecho administrativo, sino que en este ámbito adquiere especial relevancia. (...) Porque, en efecto, la presencia de los valores de lealtad, honestidad y moralidad que su aplicación comporta es especialmente necesaria en el mundo de las relaciones de la administración con los administrados".[23]

En suma, el principio de buena fe predica la concordancia entre el acto y la conciencia, entre la acción y la intención, en cuya virtud se adquieren derechos o beneficios como en el caso de la prescripción, o se liberan responsabilidades o cancelan deberes.

2. *El principio general del debido procedimiento*

Consiste el principio general del debido procedimiento en la prohibición de afectar los derechos de los gobernados sin cubrir ciertas condiciones y requisitos que incluyen el respeto de la garantía de audiencia, la prohibición de tribunales especiales y leyes privativas, y la fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales dictadas por autoridad competente.

Da fundamento el principio general del debido procedimiento al ordenamiento jurídico mexicano en materia administrativa, toda vez que inspira los artículos 13, 14 y 16 constitucionales, cuya esencia recogen los artículos 13, 64 y 65 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, y el artículo 21 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

3. *El principio general de legalidad*

[23] Jesús González Pérez, *El principio general de la buen fe en el derecho administrativo*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983, p. 31.

Se puede enunciar la subordinación a la legalidad en dos sentidos: positivo y negativo; en el primer sentido la explica en la máxima latina: *quae non sunt permissae, prohibita intelliguntur* (traducible como: "lo que no está permitido se considera prohibido"); en cambio, en sentido negativo, la sujeción a la legalidad es expresada por la fórmula latina *permissum videtur in omne quod non prohibitum; quae non sunt prohibita, permissae intelliguntur*, cuyo significado se puede resumir en la frase: "lo que no está prohibido está permitido".

El derecho administrativo mexicano emplea ambos sentidos de sujeción a la legalidad, pero aplica el primero a unos sujetos y el segundo a otros diferentes, dado que los sujetos de derecho público (los órganos del Estado y las autoridades) se rigen por el sentido positivo, habida cuenta que sólo pueden hacer lo que la normativa jurídica expresamente les faculta, como lo ha sostenido el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al determinar textualmente, lo que, en rigor, viene a ser la definición del **principio de legalidad**: "Las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite";[24] a diferencia de los particulares, quienes, por sujetarse a la legalidad en sentido negativo, pueden hacer lo que el orden jurídico vigente no les prohíba.

Como puede advertirse fácilmente, el principio de legalidad no sólo es una máxima fundamental del derecho administrativo y del derecho en general sino de todo Estado de derecho. El artículo 16 constitucional lo incorpora expresamente al orden jurídico mexicano al imponer tres condiciones a todo acto de autoridad que implique molestia al gobernado: *i.* que se exprese por escrito, *ii.* que provenga de autoridad competente, y *iii.* que se funde y motive la causa legal del procedimiento.

4. *El principio general de moralidad administrativa*

Igualmente fundamental en el derecho administrativo mexicano resulta ser el principio de moralidad administrativa, en cuya virtud, en el ejercicio de sus funciones, la conducta de los servidores públicos adscritos a la administración pública debe ajustarse a la ética, por lo

[24] Apéndice de jurisprudencia de 1917 a 1965 del *Semanario Judicial de la Federación*, 6a. parte, Núm. 47, p. 108.

que su actuación habrá de orientarse por criterios de legalidad, lealtad, justicia, imparcialidad, eficiencia, eficacia y honradez, tanto en sus relaciones con los administrados, como con sus compañeros, sus jefes y sus subordinados.[25]

El principio de moralidad administrativa informa a nuestra Constitución política en sus artículos 113 y 134, así como a los artículos 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y 7 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, el último de los cuales a la letra dispone: "Será responsabilidad de los sujetos de la Ley ajustarse, en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones, a las obligaciones previstas en ésta, a fin de salvaguardar los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que rigen en el servicio público".

5. *El principio general de seguridad jurídica*

Sin duda, la seguridad conforma un pilar insustituible de la convivencia social, por lo que su realización viene a ser una actividad esencial para la existencia misma del Estado moderno; razón por la cual la seguridad es garantizada por el ente estatal a través del derecho, que a su vez tiene como una de sus características a la seguridad; por lo que Estado y derecho comparten como supuesto indispensable a la seguridad jurídica, definida por Delos como: "la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos que, si estos llegan a producirse le serán aseguradas por la sociedad protección y reparación".[26]

Como principio determinante del derecho, la seguridad jurídica se habrá de traducir en la garantía que el Estado debe dar, a través del orden jurídico, de preservar y proteger no sólo la vida y la integridad física de todo individuo, sino también sus libertades, bienes y derechos contra todo acto indebido ya sea de otros particulares o de las autoridades, ya que estas últimas sólo podrán afectar a la esfera del goberna-

[25] *Vid*. José dos Santos Carvalho Filho, *Direito administrativo*, 10a. ed., Río de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2003, p. 15.

[26] Louis Le Fur, *Los fines del derecho*, traducción de Daniel Kuri Breña, 4a. ed., México, UNAM, 1967, p. 47.

do en ciertas condiciones y previa satisfacción de requisitos específicos que, según el doctor Ignacio Burgoa Orihuela constituyen las garantías de seguridad jurídica, pues como bien hace notar:

> Estas implican, en consecuencia, el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos y circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el *summum* de sus derechos subjetivos. Por ende, un acto de autoridad que afecte el ámbito jurídico particular de un individuo como gobernado, sin observar dichos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias previos, no será válido a la luz del derecho.[27]

6. *El principio general de supremacía del interés público sobre el interés privado*

Como bien observa Celso Antonio Bandeira de Mello, el principio de supremacía del interés público sobre el interés privado, es un principio general de derecho inherente a cualquier sociedad, por ser una condición propia de su existencia.[28]

El principio en comento se inserta formalmente en el orden jurídico mexicano a través de diversos artículos constitucionales: 3, 25, 27 y 28, entre otros, y que en materia administrativa atañen especialmente a los institutos de la expropiación y de la concesión de servicios públicos y de bienes del dominio de la federación.

VI. La ciencia del derecho administrativo

Ya traté, en páginas anteriores, al derecho administrativo como rama del derecho público; ahora me ocupo de él como ciencia dedicada a interpretar, construir, sistematizar y evaluar el contenido de los valores, principios y normas jurídicas que regulan la estructura, organización y funcionamiento de la administración pública, así como de las relaciones

[27] Ignacio Burgoa Orihuela, *Las garantías individuales*, 6a. ed., México, Porrúa, 1970, p. 494.
[28] *Vid*. Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo,* 15a. ed., Sao Paulo, Malheiros Editores, 2003, p. 87.

entre sus diversos órganos, dependencias y entidades, lo mismo que de sus relaciones con otras instituciones del Estado y con los particulares.

En opinión de Manuel Ballbé:

> La ciencia del derecho administrativo es aquella que, inspirada en las esencias permanentes del derecho, se propone la interpretación, construcción, sistematización y valoración del contenido administrativo de un ordenamiento jurídico dado; o en otras palabras, la que tiene por objeto el conocimiento objetivo de un ordenamiento jurídico administrativo en sus normas, instituciones y principios, constituyendo un sistema unitario, coherente y total y, sin negar ni desconocer su validez, la estimación del mismo.[29]

VII. Caracteres distintivos del derecho administrativo

Consiste la diferencia del derecho administrativo con las otras disciplinas del derecho, en ciertas características que, en conjunto, le dan *entidad* e *identidad*, entre las que destacan su reciente creación, pues es un *ius novum;* su *mutabilidad*, toda vez que debe adaptarse permanentemente al cambiante interés público; su constante *crecimiento*, derivado del vertiginoso avance científico y tecnológico cuyos productos deben regularse jurídicamente, y su *autonomía*, de la que me ocupo a continuación.

VIII. Autonomía del derecho administrativo

Evidencia la autonomía del derecho administrativo la existencia de su propio sistema normativo cuyas fuentes específicas evitan usar las del derecho ordinario y las de las otras ramas del derecho público –lo que no es óbice para reconocer que no son solamente éstas las normas aplicables a la actividad administrativa del sector público, ya que una parte de ella puede estar regida por el derecho ordinario–; se comprueba, también, con su *telos*, o sea, su finalidad –circunscrita a la organización y funcionamiento de la administración pública y de sus relaciones con

[29] Manuel Ballbé, *Derecho administrativo*, Nueva enciclopedia jurídica, Barcelona, Francisco Seix, editor, 1950, t. I, p. 65.

los otros órganos del poder público y con los particulares–, expresada en principios legales y normas jurídicas propias, interpretadas en su vasta jurisprudencia y prolijamente comentadas en su amplia bibliografía, así como con el gigantesco continente normativo de los ordenamientos jurídicos específicos que regulan la esfera de su competencia, con reglas y principios técnicos exclusivos. Además, su inclusión como una asignatura especial dentro de los planes de estudio de las escuelas de derecho demuestra su autonomía didáctica.

Un amplio sector de la doctrina jurídica considera al derecho administrativo como una rama jurídica de marcados perfiles que la identifican con precisión, con sus problemas peculiares y su metodología propia, situación que motiva al jurista español Eduardo García de Enterría a calificar el derecho administrativo de derecho estamental, a semejanza del derecho mercantil y del agrario, habida cuenta que se trata de un derecho reservado a una específica clase y calidad de personas; o sea, a un estamento, dada la condición característica de las mismas.[30]

En la actualidad, nadie niega su perfil propio al derecho administrativo, dados sus numerosos y peculiares rasgos característicos, entre los cuales Rafael Entrena Cuesta destaca:

> 1o. En caso de lagunas, no se aplicarán directamente ni por vía analógica las normas del derecho privado, sino otras normas pertenecientes al ordenamiento administrativo, o los principios generales del derecho y sólo subsidiariamente cuando falle la técnica indicada, se acudirá al derecho privado.
>
> 2o. Los principios generales aludidos serán, a su vez, en primer grado, los del ordenamiento jurídico-administrativo.
>
> 3o. La interpretación de las normas que integran este ordenamiento no deberá estar necesariamente ligada a los principios que rigen el derecho privado, sino que podrá estar regida por principios peculiares del derecho administrativo.[31]

No olvidemos que la autonomía del derecho administrativo respecto del derecho ordinario surgió en Francia a partir del *arret* Blanco dictado

[30] Eduardo García de Enterría, "Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto statutario", *Rivista Trimestrale di Diiritto Pubblico*", 1960, núms. 2-3, pp. 331 y 332.

[31] Rafael Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo*, 8a. ed., Madrid, Tecnos, vol. I/1, p. 73.

por el Tribunal de Conflictos francés, el 6 de febrero 1873, donde se estableció que la responsabilidad atribuible al Estado por los daños causados a los particulares debidos a hechos del personal que aquél emplea en el servicio público no puede estar regulado por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular.[32]

Por otra parte, el desarrollo y consolidación del derecho administrativo reviste a algunas de sus materias de gran especialización, al grado de convertirlas en autónomas en ciertos casos, dada su específica finalidad de conocimiento y la independencia de su sistematización. Así en México, como en otros países han logrado autonomía, entre otros: el derecho aduanero, el derecho agrario, el derecho ambiental, el derecho financiero, el derecho forestal, el derecho militar, el derecho minero, el derecho notarial, el derecho postal, el derecho registral y el derecho del turismo.

IX. Las fuentes del derecho administrativo

La voz española *fuente*, proviene del vocablo latino *fons, fontis,* traducible en estricto sentido como *fuente* o *manantial*, y en sentido figurado, como principio, fundamento, origen, causa; o como apunta Martín Alonso en su *Enciclopedia del idioma*: origen y principio de donde proviene una cosa.[33]

La locución *fuentes del derecho* es una expresión metafórica que relaciona el sentido figurado de la palabra *fuente*, con el sentido de la palabra *derecho*, para aludir a la causa del derecho o al origen y principio de donde proviene, lo que explica Claude du Pasquier de la siguiente manera: "El término fuente crea una metáfora bastante feliz, pues remontarse a las fuentes de un río es llegar al lugar en que sus aguas brotan de la tierra; de manera semejante, inquirir la fuente de una disposición jurídica es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del derecho".[34]

[32] Tomado de Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant y Sylvie Hubac, *Les grands arrets de la jurisprudence administrative*, París, Sirey, 1962, p. 6.

[33] Martín Alonso, *Enciclopedia del idioma*, Madrid, Aguilar, 1982, t. II, p. 2679.

[34] Claude du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Neuchatel, Suiza, Editions Ides et Calendes, 1937, p. 34.

La doctrina distingue distintos tipos de fuentes del derecho, entre otras, las materiales, las formales y las históricas.

1. *Fuentes materiales*

Al referirse a las fuentes materiales o reales del derecho administrativo, se alude a los hechos y acontecimientos, incluidos los avances tecnológicos, que determinan la expedición, el sentido, la modificación y derogación de las normas jurídicas. La aparición y proliferación de conductas indeseables por nocivas, como el lavado de dinero, el narcotráfico y la prostitución infantil, por ejemplo, generan la actividad legislativa encaminada a identificar tales actividades como delitos para cuya comisión se previenen penas específicas. Otro tanto ocurre con el avance científico y tecnológico, por ejemplo, el relativo a los trasplantes de órganos o a la clonación, al internet y a la firma electrónica, que mueven al legislador a normar las actividades respectivas, por lo que tales avances son, sin duda, fuentes materiales del derecho administrativo.

2. *Fuentes históricas*

Se refieren las fuentes históricas del derecho administrativo a los ordenamientos jurídicos antiguos o recientes que rigieron los aspectos relativos a esta disciplina y que ya no están vigentes; por ejemplo, la Ley de adquisiciones y obras Públicas que fue sustituida por la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, actualmente vigentes, constituyen una fuente histórica del derecho administrativo mexicano, toda vez que más de la mitad de sus preceptos fueron reproducidos en las dos nuevas leyes mencionadas.

3. *Fuentes formales*

Se entiende por fuentes formales del derecho administrativo, las actividades realizadas para la creación, expedición, modificación y derogación de dichas normas, en cuyo caso hablamos de actividades legislativas, sociales y jurisdiccionales.

Conviene aclarar que el derecho administrativo carece de fuentes de tipo exclusivo o diferente a las fuentes generales del derecho, por cuya razón sólo profundizaremos en lo relativo a las fuentes formales específicas del derecho administrativo, que a semejanza de las generales del derecho pueden ser: la legislación en el sentido de actividad legislativa, la actividad social que deviene costumbre, la actividad jurisdiccional y la doctrina.

A. La actividad legislativa

Hace notar el eminente jusfilósofo mexicano Eduardo García Máynez, que es la actividad legislativa y no la ley, la fuente del derecho, así se trate del administrativo, porque, "así como la fuente de un río no es el agua que brota del manantial, sino el manantial mismo, la ley no representa el origen, sino el resultado de la actividad legislativa".[35]

De tal suerte, podemos distinguir como productos de la actividad formalmente legislativa y de la materialmente legislativa –una y otra, fuentes formales del derecho administrativo mexicano–, la Constitución, la ley, el reglamento y la circular, o similar disposición administrativa de carácter general, caracterizados como ordenamientos que contienen las normas del derecho administrativo.

a. La Constitución

Conforme a la doctrina jurídica, la Constitución formal de un Estado es el conjunto de normas regulatorias de la estructura, el poder y sus funciones, la competencia y las atribuciones del Estado, así como los derechos que los particulares pueden hacer valer frente a él.

b. La ley

La palabra *ley* tiene múltiples acepciones; entre otras, destacan las de: modo de ser y obrar de los seres; regla establecida sobre un acontecer u obrar, nacida de la causa primera o de sus propias cualidades; propiedades y relaciones entre las cosas, según su naturaleza y coexistencia;

[35] Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, 34a. ed., México, Porrúa, 1982, p. 52.

precepto dictado por autoridad competente en que, con carácter general, se manda, prohíbe o permite algo en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados; norma positiva del derecho; lealtad, fidelidad, amor; calidad, peso o medida que deben tener los géneros; calidad de oro o plata finos en las ligas de barras, alhajas o monedas de oro o plata; estatuto o condición establecida para un acto particular; cada una de las relaciones existentes entre las diferentes magnitudes que intervienen en un fenómeno.[36]

Evidencian las referidas acepciones que no sólo existe la ley jurídica, habida cuenta que también hay ley moral, ley religiosa, ley económica y ley física. En el ámbito jurídico, se puede explicar la **ley** como la norma de conducta externa humana, general, abstracta, impersonal, obligatoria y coercitiva; en sentido formal, una norma de tales características será ley si y sólo si, es expedida por el órgano legislativo competente; en sentido material, no importa quién emita la norma, por lo que será ley todo ordenamiento jurídico expedido por órgano competente que regule la conducta externa humana con las características de generalidad, abstracción, impersonalidad, obligatoriedad y coercitividad.

Ley jurídica, en sentido formal, será la emitida por un órgano legislativo competente, de acuerdo con un procedimiento específico preestablecido; en cambio, en sentido material será ley no sólo la emitida bajo esa denominación (o la de Código) por el órgano legislativo, sino, también, la Constitución expedida por el órgano constituyente, así como el reglamento formulado por el órgano administrativo.

c. El reglamento

El **reglamento**, al igual que la ley, es un conjunto de normas que regulan la conducta externa humana, de manera general, impersonal, abstracta, obligatoria y coercitiva; se distingue de la ley, en razón de su órgano emisor, toda vez que ordinariamente es dictado por el Poder Ejecutivo, de ahí que resulte ser más fácilmente modificable que la ley, lo que no es óbice para la expedición de reglamentos interiores de los

[36] Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 21a. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1992, t. II, p. 1250.

otros poderes y de los órganos constitucionales autónomos, sin ninguna intervención del Ejecutivo.

En relación con la ley, los reglamentos pueden clasificarse como emitidos de acuerdo con la ley, en ausencia de la ley y en contra de la ley.

Se entiende por *reglamento heterónomo*, el reglamento emitido de acuerdo con la ley, así denominado por estar sometido a los dictados de la ley expedida por otro poder, cual es el Legislativo, circunstancia que impide su libre desarrollo; en cambio, el reglamento emitido en ausencia de la ley, es el conocido como *reglamento autónomo*, así llamado por no tener su fundamento en la ley sino directamente en la Constitución; se trata de un reglamento excepcional, que no requiere de una ley que reglamentar; distinto es el caso del reglamento emitido en contra de ley –y por tanto ilegal–, bien por carecer de fundamento legal y constitucional, o bien por emitirse en infracción de la ley que pretende reglamentar, ya por exceso o por contradicción, situación anómala que puede llegar a contrariar a la propia Constitución, en cuyo caso se tratará de un reglamento no sólo ilegal, sino anticonstitucional.

Según Gabino Fraga el reglamento es "una norma o conjunto de normas jurídicas de carácter abstracto e impersonal que expide el Poder Ejecutivo en uso de una facultad propia y que tiene por objeto facilitar la exacta observancia de las leyes expedidas por el Poder Legislativo".[37]

La definición de Fraga no es aplicable a todo tipo de reglamento, ya que como acabo de mencionar, los llamados reglamentos autónomos derivan directamente de la Constitución; es por ello que la doctrina distingue entre reglamento heterónomo y autónomo.

Toda vez que se trata de un ordenamiento normativo de índole general, el reglamento debe ser abstracto, impersonal, obligatorio y coercitivo, creado mediante procedimiento diferente al de la ley expedida por el órgano legislativo, derivado de un acto unilateral de autoridad competente, en ejercicio de función materialmente legislativa que le atribuye el orden jurídico vigente; su generalidad contrasta con los actos de autoridad que producen efectos concretos o individuales.

[37] Gabino Fraga, *Derecho administrativo,* 35a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 104.

Asimismo, conviene hacer hincapié en que la facultad reglamentaria del gobernador del estado se reduce a las leyes emitidas por el Congreso local; en tanto que la de los ayuntamientos queda acotada por las leyes en materia municipal que expida dicho Congreso.

d. La disposición administrativa de carácter general

En el primer escalón de la normativa jurídica se ubican las **disposiciones administrativas** de carácter general, tales como circulares, manuales, reglas, instructivos, directrices, criterios de aplicación general, lineamientos generales y demás ordenamientos que contienen disposiciones generales, abstractas, impersonales, obligatorias y coercitivas, expedidas por funcionarios de la administración pública.

Se reduce la obligatoriedad de dichas disposiciones a quien las emite y a sus subordinados, mas no a los gobernados, por lo que éstos podrán impugnarlas con éxito cuando rebasen o contradigan, en su perjuicio, la Constitución, la ley o el reglamento. A este respecto, la Suprema Corte de Justicia sentó la siguiente jurisprudencia: "Las circulares no pueden ser tenidas como ley, y los actos de las autoridades que se funden en aquéllas, importan una violación a los artículos 14 y 16 constitucionales".[38]

B. La actividad social que deviene costumbre

La actividad social, en determinadas condiciones y circunstancias, llega a ser costumbre, entendida en sentido amplio como el hábito adquirido por la repetición de actos de la misma especie, en tanto que, con un sentido jurídico, se interpreta como la práctica establecida con fuerza de precepto, lo que la erige como una fuente del derecho en general, ya que la repetición de actos de la misma especie puede generar una norma jurídica, llamada por Justiniano derecho no escrito; es decir, derecho consuetudinario, que por cierto puede ser recopilado por escrito sin perder por ello su carácter consuetudinario.

[38] Apéndice de jurisprudencia de 1917 a 1975 del *Semanario Judicial de la Federación*, 3a. parte, segunda sala, tesis 352, p. 584.

En un amplio sector de la doctrina, la **costumbre** ha sido objeto de un fuerte repudio como fuente del derecho administrativo. En México, el artículo 2o. constitucional define como comunidad integrante de un pueblo indígena a la que, asentada en un territorio y con reconocimiento de autoridades propias y formas propias de gobierno interno, acordes con sus usos, costumbres y prácticas tradicionales, forma una unidad social, económica y cultural; y la Constitución particular del Estado de Jalisco, coincide con la federal, al señalar en su artículo 4o.: "Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres", lo que significa que la regulación de la estructura y organización de la administración pública específica de una comunidad integrante de un pueblo indígena –materia del derecho administrativo– puede ser determinada por sus usos, costumbres y prácticas tradicionales.

C. La actividad jurisdiccional

Así como reconozco a la actividad legislativa y no a la ley, como fuente del derecho, con el mismo argumento estimo que es la actividad jurisdiccional, y no su producto, la jurisprudencia, la que genera el derecho.

En ejercicio de la función pública jurisdiccional se realiza la **actividad jurisdiccional**, misma que básicamente consiste en *juris diccio,* en dictar el derecho en caso de controversia; el criterio igual empleado respecto de un problema jurídico, a través de un grupo sucesivo e ininterrumpido de sentencias concordes, es lo que se entiende por jurisprudencia, en la tercera de las acepciones registradas en el *Diccionario de la lengua española*: "criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes".[39]

El profesor argentino Agustín Gordillo con toda razón hace notar que "La jurisprudencia no es el conjunto de normas y principios im-

[39] Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Espasa Calpe, t. II, 1992, p. 1215.

perativos contenidos en las decisiones de los órganos jurisdiccionales, sino las interpretaciones reiteradamente concordantes del orden jurídico positivo hechas por órganos jurisdiccionales (*auctoritas rerum similiter iudicatorum*)".[40]

En nuestro país, la relevancia de la actividad jurisdiccional como fuente del derecho administrativo es muy modesta, por cuanto sólo puede influir indirectamente en su generación en la medida en que la jurisprudencia administrativa sea tomada en cuenta por el legislador, para la actualización de la norma jurídica, toda vez que dicha jurisprudencia, en los términos de la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales, sólo obliga a los órganos jurisdiccionales a acatarla, mas no es obligatoria para las autoridades administrativas y los particulares.[41]

D. La doctrina

Era entendida la **doctrina**, en el derecho romano, como el conjunto de opiniones de los jurisconsultos, concediéndole gran relevancia como fuente del derecho, por ello, de conformidad con una disposición del emperador romano de Oriente, Teodosio II (año de 426), los jueces tenían la obligación de atenerse, en la elaboración de sus sentencias, a la opinión de los difuntos Papiniano, Gayo, Ulpiano, Paulo y Modestino, lo que dio lugar a la ficción conocida como el "tribunal de muertos", cuyo presidente resultó ser Papiniano, porque en caso de registrarse empate de opiniones se debía dar preferencia a la de dicho personaje, por considerarlo el más grande de los jurisconsultos romanos.

Aun cuando la doctrina no puede considerarse actualmente como fuente formal y directa del derecho administrativo mexicano, sí debe tenerse como fuente mediata e indirecta del mismo, en la medida en que el legislador se inspira en las opiniones doctrinarias para la elaboración de la ley.

[40] Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, 9a. ed., México, Porrúa, 2004, p. 228.

[41] Alfonso Nava Negrete, *Derecho administrativo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 59.

E. Los principios generales del derecho

A falta de ley, es usual recurrir en el derecho comparado contemporáneo, a los principios generales del derecho, cuyo concepto es un asunto que suscita gran controversia en la doctrina jurídica; pese a lo cual, tales principios se convierten en fuente del derecho mediante varios procedimientos. El principal consiste en el empleo que de ellos se hace en el desarrollo de la actividad legislativa para la elaboración de la norma jurídica, a través de la cual quedan incorporados al derecho positivo; empero, tales principios también pueden ser utilizados como fuente del derecho, mediante otros procedimientos; por ejemplo, el de usarlos para llenar las lagunas o subsanar las indebidas omisiones de dicha norma jurídica, cuando ésta no contiene precepto aplicable al punto en controversia

XI. Relaciones del derecho administrativo

En razón de la gran diversidad de materias que regula, el derecho administrativo guarda relación no sólo con numerosas ramas del derecho sino también con diversas disciplinas no jurídicas.

1. *Relaciones del derecho administrativo con otras ramas del derecho*

Mantiene una estrecha relación el derecho administrativo con otras ramas del derecho, entre las que figuran: el derecho constitucional, el derecho civil, el derecho electoral, el derecho mercantil, el derecho municipal, el derecho parlamentario, el derecho penal, el derecho penitenciario, el derecho del trabajo y el derecho procesal.

A. Relación del derecho administrativo con el derecho constitucional

El derecho constitucional es el tronco del que se desprenden las demás ramas del derecho, habida cuenta que establece la base y los principios generales de esas ramas y los procedimientos para la creación, modi-

ficación y supresión de toda norma del orden jurídico, por lo que su vinculación con el derecho administrativo es evidente, toda vez que el constitucional estructura al Estado contemporáneo caracterizado como Estado de derecho, y en especial a la administración pública, pues incluso fija los lineamientos generales de su actuación.

B. Relación del derecho administrativo con el derecho civil

Guarda una fuerte relación el derecho administrativo con el derecho civil, dado que el primero surgió como resultado de la proliferación de las excepciones a las normas del segundo, y su desarrollo lo convirtió en el derecho común de la administración, con la consiguiente reducción de la aplicación del derecho civil a las actividades de las áreas administrativas del Estado y al ejercicio de la función administrativa, a pesar de lo cual muchos aspectos de dicha actividad y de ese ejercicio continúan rigiéndose por el derecho civil, razón por la cual uno de los mayores puntos de contacto entre ambas ramas del derecho consiste en determinar bajo qué condiciones admite en su materia el derecho administrativo los preceptos del derecho civil.

Asimismo, el derecho administrativo regula la actuación de diversas instituciones públicas previstas en el Código Civil, como son el Registro Civil y el Registro Público de la Propiedad.

C. Relación del derecho administrativo con el derecho electoral

La relación del derecho administrativo con el derecho electoral se acredita con el hecho de que el primero regula la actuación del área administrativa de los órganos electorales, así como el reclutamiento y selección de su personal y de su servicio civil de carrera, que se denomina servicio profesional electoral.

D. Relación del derecho administrativo con el derecho mercantil

La relación permanente del derecho administrativo con el derecho mercantil, se evidencia al través de la historia económica del siglo XX,

que acusa un movimiento pendular derivado, por una parte, de una marcada tendencia intervencionista del Estado en materia económica acentuada al término de la Segunda Guerra Mundial, manifestada mediante una ola de nacionalizaciones a nivel planetario; y por otra parte, ocasionada por una tendencia reprivatizadora del Estado que se impone a nivel mundial a partir de la década de los ochenta de la pasada centuria.

Resultado del movimiento pendular de la economía, de flujo y reflujo, de estatización y privatización del siglo XX, es el crecimiento y contracción del derecho administrativo a expensas del derecho mercantil, al convertir normas del segundo en preceptos del primero, como ocurre cuando se restringe la libertad de comercio para establecer los monopolios de Estado, o se condicionan las actividades mercantiles relativas al aprovechamiento y explotación de los bienes del dominio del Estado o a la prestación de servicios públicos, a la obtención de concesiones, permisos o autorizaciones; y en sentido contrario, a través de los procesos de reprivatización económica y de desregulación y simplificación administrativas.

E. Relación del derecho administrativo con el derecho municipal

Un sector de la doctrina niega la autonomía del derecho municipal por considerarlo apenas una sección del derecho administrativo que rige el ámbito comunal. Sin embargo una parte de cualquier disciplina jurídica puede registrar un desarrollo tal que le permita convertirse en una nueva rama del derecho y alcanzar autonomía, como ha ocurrido en México y otros países de América y Europa, con el derecho municipal,[42] cuya relación con el derecho administrativo deriva de la existencia de una administración municipal cuya estructura, organización y funcionamiento es regulada por ambas disciplinas, sin que hasta ahora se hayan deslindado con precisión absoluta los alcances de cada una de ellas.

[42] Carlos Quintana Roldán, *Derecho municipal*, México, Porrúa, 1995, p. 125.

F. Relación del derecho administrativo con el derecho parlamentario

La organización y funcionamiento de los órganos legislativos es regulada por el derecho parlamentario, Fernando Santaolalla López lo define "como el conjunto de normas que regulan la organización y funcionamiento de las cámaras parlamentarias, entendidas como órganos que asumen la representación popular en un Estado constitucional y democrático de Derecho y el ejercicio de sus funciones supremas".[43]

Toda vez que el derecho administrativo se ocupa de la organización administrativa de los órganos legislativos; o sea, de la organización y funcionamiento de sus áreas administrativas, resulta que ambas disciplinas versan sobre los órganos legislativos, aun cuando en lo que atañe a actividades diferentes, no obstante lo cual, dicha circunstancia da lugar a imbricaciones entre sus respectivos preceptos.

G. Relación del derecho administrativo con el derecho penal

Aun cuando el derecho administrativo regula la actuación de los órganos de la administración pública y de los depositarios de las funciones que se les encomiendan; empero, es el derecho penal el que determina y precisa las figuras delictivas en que incurren los servidores públicos en el desempeño de sus responsabilidades y previene la imposición de penas para tales ilícitos. En México, el título décimo del libro segundo del Código Penal Federal se ocupa de los delitos cometidos por los servidores públicos, entre los que destacan los de ejercicio indebido de servicio público, abuso de autoridad, coalición de servidores públicos, uso indebido de atribuciones y facultades, concusión, intimidación, ejercicio abusivo de atribuciones, tráfico de influencia, cohecho, cohecho a servidores públicos extranjeros, peculado y enriquecimiento ilícito.

Asimismo el derecho administrativo y el derecho penal convergen en lo tocante a la ejecución de las penas impuestas por la comisión de

[43] Fernando Santaolalla López, *Derecho parlamentario español*, Madrid, Espasa-Calpe, 1990, p. 30.

delitos, cuya regulación compete al derecho penitenciario, que algunos autores identifican con el derecho de ejecución penal, y otros lo ubican como una rama o sección de este último. Esa relación con el derecho administrativo se manifiesta a través de la regulación que esta última disciplina jurídica realiza respecto de la administración de los centros de reclusión, desde la etapa de su construcción, por medio de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y su reglamento, hasta su cotidiana operación, mediante la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y la Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, entre otros ordenamientos jurídicos insertos en el derecho administrativo.

H. Relación del derecho administrativo con el derecho del trabajo

Por múltiples motivos se da la relación del derecho administrativo con el derecho del trabajo, entre los que destacan la regulación de la estructura orgánica de las autoridades laborales, la inspección del trabajo, las responsabilidades y sanciones administrativas, el registro de los sindicatos, el depósito de los contratos colectivos de trabajo, de los reglamentos interiores de trabajo y, en el caso de las relaciones laborales regidas por el apartado B del artículo 123 constitucional, de las condiciones generales de trabajo.

I. Relación del derecho administrativo con el derecho procesal

Se relaciona el derecho administrativo con el derecho procesal, porque en el desarrollo del proceso, particularmente en el de carácter laboral administrativo y en el relativo a infracciones administrativas, participan autoridades administrativas; además, la administración tiene atribuidas diversas funciones jurisdiccionales, en cuyo ejercicio debe aplicar principios y normas de naturaleza procesal; por ello, como bien explica Hugo Alsina:

> El Estado, en su función de poder administrador, ejerce también ciertas facultades jurisdiccionales en cuanto resuelve las pretensiones de sus súbditos,

fundadas en relaciones de derecho público comprendidas en aquella actividad, y las cuales se resuelven con normas de actuación que unas veces son propias (procedimiento contencioso-administrativo) y otras corresponden al derecho procesal, aplicado supletoriamente.[44]

2. *Relaciones del derecho administrativo con disciplinas no jurídicas*

Como mencioné en párrafos anteriores, el derecho administrativo no sólo se relaciona con otras ramas del derecho sino también con otras disciplinas no jurídicas, como son la moral, la ciencia política, la ciencia administrativa, la sociología, la economía, la historia, la geografía y la estadística, entre otras.

A. Relación del derecho administrativo con la moral

En razón de que la regulación de la estructura, organización y funcionamiento de la administración pública y de sus relaciones con las demás instituciones del Estado y con los particulares, constituye el objeto del derecho administrativo, dicha regulación requiere de una base ética que le permita defender la moralidad pública, mediante el combate de la corrupción hacia adentro de la administración y de conductas antisociales hacia el exterior de la misma, como la prostitución y la mendicidad, tarea común para la moral y el derecho administrativo, a desarrollarse con sus respectivas normas, caracterizadas principalmente por su unilateralidad e incoercibilidad, las morales, y por su bilateralidad y coercibilidad, las jurídico administrativas.

En efecto, las normas morales son unilaterales por no haber una persona distinta al sujeto a quien obligan, para exigirle cumplir con sus deberes éticos, a diferencia de las normas jurídico-administrativas conforme a las cuales, frente al obligado, siempre existirá otro sujeto –del sector público– facultado para reclamarle el cumplimiento de lo preceptuado. Además, en contraste con las normas jurídico-administrati-

[44] Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2a. ed., Buenos Aires, ediar, 1963, t. I, p. 45.

vas, que prevén el empleo de la fuerza para obtener el cumplimiento de sus preceptos en el supuesto de que no se acaten espontáneamente, las normas morales son incoercibles, por cuya razón su observancia debe darse de forma espontánea.

El iusfilósofo alemán Enrique Ahrens resumió la diferencia entre moral y derecho en los siguientes puntos:

1. La moral considera el *motivo* en cuya virtud se practica una acción, al paso que el derecho examina la *acción* en sí misma; la primera estudia el acto en su origen, y el segundo en sus efectos.
2. Los preceptos morales son absolutos, invariables, independientes de los lugares y tiempos; los preceptos del derecho o las leyes jurídicas son relativas y variables, porque las condiciones de existencia y desarrollo cambian con las situaciones, las épocas de cultura y las costumbres. Es verdad que el principio fundamental del derecho es invariable y eterno, y que impone por donde quiera y siempre la obligación de realizar las condiciones necesarias para el progreso del hombre; pero estas condiciones varían a su vez con la naturaleza de los individuos y de las naciones.
3. La conciencia es el único juez de la moralidad; pero el derecho se deja reconocer exteriormente, se puede y se debe establecer leyes especiales aplicables a cada uno, mediante una autoridad constituida a este efecto.
4. De aquí resulta que las obligaciones de derecho pueden ser exigidas, en caso necesario, por medio de la fuerza: son coercibles. Sin embargo, este carácter sólo es secundario respecto de la distinción del derecho y de la moral, porque la diferencia subsistiría aun cuando la moralidad de los hombres fuese bastante perfecta para hacer innecesaria toda medida coercitiva.
5. Por último, la moral es una ciencia formal y subjetiva, porque considera sobre todo la intención del sujeto que la manifiesta; la moralidad es la forma subjetiva del bien, en tanto que el derecho, que considera las acciones y las relaciones en sí mismas, es más, bajo este aspecto, una ciencia objetiva.[45]

[45] Enrique Ahrens, *Curso de derecho natural*, traducción de Pedro Rodríguez Hortelano y Mariano Ricardo de Asensi, 6a. ed., México, Librería de A. Bouret, 1876, pp. 141-142.

B. Relación del derecho administrativo con la ciencia política

La ciencia política se ocupa del estudio del poder público, cuyas funciones se distribuyen entre los órganos depositarios de las mismas; así, el ejercicio de la función administrativa se encomienda en gran medida a la administración pública inserta en dichos órganos, regulada en su estructura, organización y funcionamiento por el derecho administrativo, lo que pone de manifiesto la estrecha relación de éste con dicha ciencia.

C. Relación del derecho administrativo con la ciencia administrativa

La relación del derecho administrativo con la ciencia administrativa se da en razón de que el primero regula a la administración pública y la segunda se ocupa también de ella con el propósito de perfeccionar sus técnicas de actuación a efecto de optimizar sus resultados, pues, como explica Jorge Enrique Romero Pérez, desde la atalaya de la ciencia administrativa y del administrador público, el conocimiento del verdadero funcionamiento del conjunto de recursos humanos, materiales y financieros de la administración pública, permite volverlo eficaz en aras de una sana administración, de ahí que: "El principio teórico del administrador público sería el de maximizar eficiencia y rendimiento con un mínimo de inversión o de costo dentro del marco general del Estado y su fin público".[46]

D. Relación del derecho administrativo con la sociología

La sociología estudia los fenómenos que se producen en las relaciones humanas, razón por la cual se ocupa del fenómeno administrativo generado en la estructuración orgánica de la administración pública, en su organización y funcionamiento cuya regulación jurídica corresponde al derecho administrativo; y toda vez que el fenómeno administrativo forma parte de los fenómenos sociales, cuando se transforma o modi-

[46] Jorge Enrique Romero Pérez, *Derecho administrativo general*, San José, Costa Rica, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2002, p. 12.

fica sustancialmente el organismo social, se requiere de una correlativa reforma de las funciones administrativas, a través de modificaciones al derecho administrativo traducidas en nuevos preceptos jurídicos que normen su actividad en concordancia con la nueva situación; por ello, con buen criterio, el profesor Manuel María Díez sostiene: "Casi todas las instituciones de derecho administrativo tienen una relación sociológica; así, la acción de policía realiza en la sociedad una función esencial del Estado, la necesaria para la conservación del orden público".[47]

La evidente relación del derecho administrativo con la sociología en general, se intensifica en el caso de la sociología jurídica, habida cuenta que esta disciplina especial se propone explicar el fenómeno jurídico administrativo, considerado como hecho social.

E. Relación del derecho administrativo con la economía

Estrecha es, sin duda, la relación del derecho administrativo con la economía, dada la regulación jurídica que realiza el primero, respecto de la propiedad y de la producción, circulación, distribución y consumo de bienes y servicios, como se puede constatar a través de numerosas disposiciones contenidas en la Ley de Expropiación, la Ley de Planeación, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, la Ley General de Bienes Nacionales, la Ley de Información Estadística y Geográfica, la Ley de Aguas Nacionales, la Ley de la Propiedad Industrial, la Ley de Pesca, la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, la Ley Minera, la Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario y la Ley sobre la Zona Exclusiva de Pesca de la Nación, entre otras.

F. Relación del derecho administrativo con la historia

La historia no es sólo una colección de datos, sino también de sus interpretaciones, por lo que nos deja enseñanzas acerca de lo que se debe

[47] Manuel María Díez, *op. cit.*, t. I, pp. 386 y 387.

hacer y de lo que se debe evitar; por tanto la historia puede orientar al derecho administrativo para la adecuada regulación de la administración pública del futuro.

G. Relación del derecho administrativo con la geografía

Se evidencia la relación del derecho administrativo con la geografía, a través de la determinación del espacio territorial en que rigen las normas del primero, cuyos límites precisa la segunda.

H. Relación del derecho administrativo con la estadística

Entendida como estudio de hechos y conocimientos expresado en guarismos, a través de cuadros y tablas que permiten su metódica reunión, clasificación y análisis, la estadística representa una valiosa herramienta para la adecuada regulación jurídica del fenómeno administrativo.

I. Relación del derecho administrativo con la heurística

Esta disciplina científica nos enseñará a buscar, clasificar y registrar las fuentes del conocimiento científico del derecho administrativo, de la administración pública y de las otras disciplinas conexas, lo que nos permitirá lograr una mejor crítica, interpretación y aprovechamiento de esas fuentes.

J. Relación del derecho administrativo con la metodología

Constituye esta disciplina un excelente procedimiento lógico para el conocimiento, elaboración, estudio y evaluación de conceptos con una precisa finalidad; estimula nuestra mente y nos evita rodeos innecesarios en nuestro estudio, en el planteamiento de los problemas y en la exposición de las soluciones.

•

Capítulo segundo

La administración pública

Se advierten en la administración pública dos aspectos distintos, uno dinámico y otro estático; conforme al primero, se explica como la acción del sector público en ejercicio de la función pública administrativa, en cuya virtud, dicta y aplica las disposiciones destinadas al cumplimiento y observancia de las leyes en aras del interés público. En su aspecto estático, la administración pública viene a ser la estructura integrada por las instituciones depositarias de la función pública administrativa.

Esa estructura de la administración pública está compuesta por áreas distribuidas en los tres poderes tradicionales: legislativo, ejecutivo y judicial, así como en los órganos no adscritos por la Constitución a los mencionados poderes; empero, tradicionalmente se alude a la administración pública para referirse exclusivamente a su área inserta en el poder ejecutivo, que es, con mucho, la mayor, lo que no impide la existencia de un área de administración pública, tanto en el órgano legislativo como en el órgano judicial y en las instituciones públicas autónomas que no están adscritas a ninguno de los tradicionales órganos depositarios de las funciones del poder público, como son, el Banco de México, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el Instituto Nacional Electoral, entre otros; empero, en el presente capítulo, sólo me ocuparé de la administración pública inserta en el área del Poder Ejecutivo.

I. Concepto de administración

En el idioma español, el verbo administrar proviene del latín *ad*, traducible como *hacia*, en sentido de movimiento, y *ministrare*, compuesto de *manus* (mano) y *trahere* (traer), por tanto *ad manus trahere* puede interpretarse como servir, ofrecer algo a otro o servirle alguna cosa. Administración, según Isaac Guzmán Valdivia "Es la dirección eficaz de las actividades y la colaboración de otras personas para obtener determinados resultados".[1]

La administración, en su aspecto dinámico, se puede explicar cómo la serie de etapas concatenadas y sucesivas dirigidas a obtener metas y objetivos predeterminados de un conjunto social, mediante el aprovechamiento racional de sus elementos disponibles. Lourdes Münch Galindo y José García Martínez proponen la siguiente definición integral de la administración: "Proceso cuyo objeto es la coordinación eficaz y eficiente de los recursos de un grupo social para lograr sus objetivos con la máxima productividad".[2]

Igualmente, la administración se puede considerar también como un arte, por tratarse de una virtud, disposición o habilidad de servir bien; también se le entiende como una técnica, habida cuenta que implica el empleo y aplicación de un acervo de procedimientos y recursos; y desde luego, también, es una ciencia porque es un conjunto sistematizado de conocimientos relativos a la organización y funcionamiento de los servicios.

II. Clasificación de la administración

La administración encuentra diversos ámbitos de aplicación, pues incluye la iniciativa privada, las iglesias, el Estado y la comunidad internacional, lo que da lugar a la existencia de la administración privada, la administración eclesiástica, la administración pública y la administración internacional, por cuya razón se genera una diversidad de buro-

[1] Isaac Guzmán Valdivia, *Reflexiones sobre la administración. Lo técnico y lo humano en la dirección de empresas*, Barcelona, Reverte, 1961, p. 14.

[2] Lourdes Münch Galindo y José García Martínez, *Fundamentos de administración*, 5a. ed., Editorial Trillas, México, 1995, pp. 23 y 24.

cracias, a saber: una burocracia privada, que en ocasiones adquiere gran dimensión, como lo acreditan las grandes empresas trasnacionales; una burocracia eclesiástica, que tiene a su cargo el manejo de los recursos humanos, materiales y financieros de las iglesias; una burocracia del Estado, que es la más conocida y estudiada; y una burocracia internacional, inserta en los organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos, la Organización Educativa Científica y Cultural de las Naciones Unidas, UNESCO (por las siglas de *United Nations Educational Scientific and Cultural Organization*), el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, el Banco Interamericano de Desarrollo y muchos más.

III. Ciencia de la administración

Por otra parte, la administración es una ciencia normativa ubicada en el grupo de las ciencias prácticas, pues alude al deber ser; es, además, una ciencia formal, porque atañe a las formas de eficacia; en fin, es una ciencia referida a la dirección de los grupos humanos en su ordenación y en su actuación, que tiene por objeto el estudio de los principios racionales que atañen a la organización y a la actividad administrativas.

Antes de convertirse en el 18o. presidente de Estados Unidos, Thomas Woodrow Wilson postuló, en un artículo que publicó en 1887, la necesidad de una ciencia de la administración pública, al sostener: "Debe existir una ciencia de la administración que se proponga enderezar el curso del gobierno, darle mayor flexibilidad a la tramitación de sus asuntos, fortalecer y purificar su organización, y dotar a sus tareas de un aire de respetabilidad".[3]

Otros personajes como Henry Fayol, Frederick Winslow Taylor, Harrington Emerson y Henry Ford hicieron aportaciones a la ciencia de la administración en general; Roberto Jacobo Turgot, Carlos Juan Bautista Bonnin, Guillermo von Humboldt, Juan Gaspar Bluntschli, Thomas Woodrow Wilson, Frank Goodnow y Teodosio Lares sentaron las bases para el surgimiento de la ciencia de la administración pública,

[3] Thomas Woodrow Wilson, "The study of Administration", en *Political Science Quarterly*, II, 1887, p. 196.

acerca de la cual el doctor Omar Guerrero observa: "La ciencia de la administración pública es una de las disciplinas que, con mayor dignidad, cuenta en su haber con títulos nobiliarios de antigüedad académica. Su origen se remonta a los principios del siglo XVIII, cuando los soberanos de Prusia establecieron las primeras cátedras de enseñanza científica de los quehaceres administrativos, para los servidores del Estado.[4]

IV. Concepto de administración pública

Con frecuencia se ha dicho que la administración pública es parte del Poder Ejecutivo y se ve regulada por el derecho administrativo, tanto en su organización o estructura como en su actividad. Así lo entendió, por ejemplo, Teodosio Lares, quien en su obra, siguiendo a Luis María Lahaye, vizconde de Cormenin, y a Chaveau Adolphe, dividía al Poder Ejecutivo en *puro* o *propiamente dicho*, y poder *administrativo* o *administración activa*.

> La palabra *gobernar* –decía en 1852 el precursor del Derecho administrativo en México–, revela al Poder Ejecutivo propiamente dicho, la palabra *administrar*, a la administración activa (como llamaba a la pública) [...] La a*dministración activa*, se manifiesta en la protección de los intereses generales de la sociedad, vigilando la acción de cada ciudadano. Y entonces se dice que el ejecutivo administra.[5]

El profesor español Vicente Santamaría de Paredes explicaba en 1885: "La palabra administración no sólo significa la acción de administrar, sino que también se usa para la personalidad que administra, y políticamente hablando, el organismo del Estado encargado de administrar. Este organismo es el *Poder Ejecutivo*".[6]

De igual forma, Thomas Woodrow Wilson encuadró la administración pública dentro del Poder Ejecutivo, al aseverar: "La administra-

[4] Omar Guerrero, *La teoría de la administración pública*, México, Harla, 1986, p. 2.
[5] Teodosio Lares, *Lecciones de derecho administrativo*, edición facsimilar, México, UNAM, 1978, p. 16.
[6] Vicente Santamaría de Paredes, *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, 1885, p. 56.

ción es la parte más ostensible del gobierno; es el gobierno en acción; es el Ejecutivo operante, el más visible aspecto del gobierno".[7]

Otro de los grandes administrativistas españoles del siglo XX, Fernando Garrido Falla, entendió a la administración pública, en sentido objetivo, como el área de la actividad desarrollada por el Poder ejecutivo; y en sentido subjetivo, la interpretó como un ente orgánico de gran complejidad integrado en el poder ejecutivo; además hizo notar la no equivalencia en dimensión de los términos poder ejecutivo y administración pública, dada la mayor extensión del primero respecto de la segunda, lo cual implica que la administración es una parte del Poder ejecutivo.[8]

Con el mismo criterio, Ramón Parada observa: "De la noción se excluyen, en principio, aquellas organizaciones estatales o poderes públicos cuya función específica es crear el Derecho (cortes generales, parlamentos autonómicos) o garantizarlo (jueces y tribunales). Con lo que resta del Estado se construye el concepto de administración pública".[9]

Entre los numerosos autores que han intentado definir la administración pública muchos comparten la idea de que se trata, de una (no de toda) actividad del Poder Ejecutivo, o de una estructura integrada a él, en este sentido, el profesor italiano, Massimo Severo Giannini señala: "La tradición, como se ha visto, encuadra a la administración (aparato) en un 'poder' del Estado que se indicaba y todavía es indicado por muchos como Poder Ejecutivo".[10]

En la doctrina administrativista predomina la idea de que la administración pública rebasa con mucho la órbita del órgano conocido como Poder Ejecutivo, así lo reconoce, por ejemplo Marshall Dimock, al afirmar: "La administración pública tiene relación con los problemas del gobierno, Si la administración pública tiene relación con los pro-

[7] Thomas Woodrow Wilson, "The study of Administration", en *Political Science Quarterly*, II, 1887, *op. cit.*, p. 198.

[8] Fernando Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, t. I. p. 58.

[9] Ramón Parada, *Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1991, t. I, p. 13.

[10] Massimo Severo Giannini, *Derecho administrativo*, traducción de Luis Ortega, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, p. 198.

blemas del gobierno, es que está interesada en conseguir los fines y los objetivos del Estado. La administración pública es el Estado en acción, el Estado como constructor".[11]

Para quien esto escribe, la **administración pública** es el conjunto de áreas del sector público del Estado que, mediante el ejercicio de la función administrativa, la prestación de los servicios públicos, la ejecución de las obras públicas y la realización de otras actividades socioeconómicas de interés público, trata de lograr los fines del Estado.

V. Formas de organización administrativa

Una herramienta indispensable del derecho administrativo para el adecuado funcionamiento de la actividad administrativa, es la organización administrativa, la cual admite diversas formas, entre las que destacan la centralización, la concentración, la desconcentración y la descentralización administrativas que, lejos de excluirse, coexisten y se complementan, pues la racionalización del funcionamiento de la administración pública, constituye el objeto común de las cuatro.

La centralización y la descentralización, al igual que la concentración y la desconcentración, constituyen sendas formas de organización o tendencias organizativas, aprovechables tanto en el ámbito político como en el administrativo, en el económico y en el social.

1. *La centralización administrativa*

La centralización promueve, en el ámbito de la administración pública, la uniformidad tanto en la aplicación de las leyes como en la prestación de los servicios, además, orienta la organización de la Administración pública centralizada. La centralización predica reunir en su centro, la decisión de las actividades del Estado, de la Administración pública o de cualquier otra organización.

[11] Marshall Dimock, "The Meaninng of Scope in Public Administration", en John Gous, *et al*, *The Frontiers of Public Administration*, Nueva York, Russel and Russel, 1967, p. 12.

A. Concepto de centralización administrativa

Se emplea la centralización administrativa tanto en el ámbito político como en la esfera administrativa del Estado, como forma o tendencia organizacional consistente en reunir en un punto de convergencia, configurado como un ente central, la toma de decisiones del poder público. La centralización puede ser política o administrativa.

Como consecuencia de la centralización administrativa se produce la unidad en la ejecución de las leyes y en la gestión de los servicios; en su forma pura se caracteriza por depositar en el titular del máximo órgano administrativo el poder público de decisión, la coacción, y la facultad de designar a los agentes de la administración pública.

En la centralización administrativa toda acción proviene del centro, el órgano central monopoliza las facultades de decisión, de coacción y las de designación de los agentes de la administración pública, que por lo mismo no se deja a la elección popular; asimismo, la fuerza pública, o sea, la fuerza armada, está centralizada.

La centralización administrativa genera como ventaja el beneficio de la unidad de dirección, de impulsión y de acción, lo cual redunda en una administración uniforme, coordinada y fuerte. En cambio, su lejanía del administrado, así como la erradicación de la iniciativa individual, con el consiguiente burocratismo o excesivo formalismo procesal, le generan severas críticas. Para Serra Rojas, se llama centralización administrativa al régimen que establece la subordinación unitaria coordinada y directa de los órganos administrativos al poder central, bajo los diferentes puntos de vista del nombramiento, ejercicio de sus funciones y la tutela jurídica, para satisfacer las necesidades públicas".[12]

B. Características de la centralización administrativa

Se apoya la centralización administrativa en su organización jerárquica estructurada piramidalmente de tal manera que los órganos inferiores se subordinan a los inmediatos superiores y éstos a los contiguos de arriba y así sucesivamente hasta llegar al vértice de la pirámide que es

[12] Andrés Serra Rojas, *Derecho administrativo*, 10a. ed., México, Porrúa, 1981, t. I, p. 497.

el órgano supremo de la administración, investido de la máxima autoridad, que conlleva una amplia potestad sobre sus subalternos merced a la cual los designa, manda, organiza, supervisa, disciplina y remueve, conforme a un modelo de relación jerárquica que le es característico, mediante el ejercicio de los poderes de nombramiento, de remoción, de mando, de decisión, de vigilancia, de disciplina, de revisión y de resolución de conflictos de competencia, así como del poder para delegar en los subordinados algunas de las facultades de que está investido.

a. Poder de nombramiento

Se explica el poder de nombramiento como la facultad atribuida al titular del órgano superior para designar discrecionalmente a sus colaboradores; en nuestro caso, el presidente de la República tiene la facultad de nombrar a los titulares de las dependencias de la administración pública centralizada; o sea, a los secretarios de Estado, al consejero jurídico del Ejecutivo Federal y, en su caso, a los jefes de los departamentos administrativos, así como a los demás empleados de la administración centralizada cuyo nombramiento no esté determinado de otro modo en la Constitución o en las leyes.

Se acota el poder de nombramiento por los requisitos establecidos en la Constitución y en las leyes para ocupar cada uno de los puestos respectivos. El nombramiento, además de una relación personal, crea una relación jerárquica de naturaleza jurídica, de supra-subordinación, entre el jefe del Ejecutivo y el personal de la administración pública.

b. Poder de remoción

El jefe del ejecutivo federal no sólo está facultado para nombrar a sus colaboradores cercanos, sino que, en ejercicio del poder de remoción, los puede cesar o despedir, según previene la fracción II del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

c. Poder de mando

Se entiende el poder de mando como la facultad del superior jerárquico de dirigir e impulsar la actividad de los subordinados por medio de órdenes o instrucciones verbales o escritas; obviamente este poder

es correlativo a la obligación de obediencia a cargo del subordinado. Sus límites, establecidos en el ordenamiento jurídico correspondiente, derivan de la amplitud de la facultad o poder del superior, así como del ámbito y materia de su competencia, así como del horario de labores, en el caso del personal de base.

d. Poder de decisión

En ejercicio del poder de decisión, el superior puede optar entre varias alternativas de resolución y, en consecuencia, elegir la que en su opinión sea la mejor, la cual habrá de ser acatada por el inferior, dado que el poder de decisión, como explica el profesor Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez: "Es la facultad que tienen los órganos superiores para la emisión de los actos administrativos, reservando a los inferiores la realización de los trámites necesarios hasta dejarlos en estado de resolución.[13]

e. Poder de vigilancia

Los poderes de mando y de decisión, para tener cabal efectividad, requieren del ejercicio del poder de vigilancia, merced al cual, el superior tiene la facultad de inspeccionar y vigilar la actuación de sus subordinados, lo cual le permite detectar cuando estos últimos incumplen las órdenes y decisiones del superior, así como saber si cumplen o no sus obligaciones derivadas de la normativa en vigor, especialmente la legislación en materia de responsabilidades administrativas y determinar las responsabilidades sobre la materia, además de las civiles o penales, en que incurran por su incumplimiento.

Se ejerce el poder de vigilancia mediante actos materiales ordenados por el superior, consistentes en visitas, inspecciones, investigaciones, supervisiones y auditorías contables, operacionales o administrativas, complementadas con informes, rendición de cuentas, estados presupuestales y contables.

En virtud del poder de vigilancia, el superior mantiene la posibilidad de rectificar y corregir la actuación de los órganos y servidores

[13] Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez, *Elementos de derecho administrativo*, México, Limusa, 1991, p. 82.

públicos subordinados, así como de fundamentar las responsabilidades imputables a los inferiores.

f. Poder disciplinario

Se entiende por poder disciplinario la facultad del superior de reprimir o sancionar administrativamente a sus subordinados por las acciones u omisiones realizadas indebida o irregularmente, en perjuicio de la administración pública, de los particulares o de ambos, lo que permite al órgano superior castigar tanto el incumplimiento absoluto como el cumplimiento deficiente o insuficiente de las responsabilidades a cargo de los servidores públicos que se desempeñan en sus órganos inferiores.

Las sanciones a imponer en el ejercicio del poder disciplinario son variadas y van desde la amonestación privada o pública hasta la inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público, pasando por la suspensión temporal y la destitución del empleo y la sanción económica. La imposición de las sanciones administrativas correspondientes se hará sin perjuicio de las acciones que se puedan ejercitar por la responsabilidad civil o penal en que se hubiere incurrido. La normativa aplicable prevé las siguientes por falta administrativa:

- Amonestación.
- Suspensión.
- Destitución del puesto.
- Sanción económica.
- Inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público.

g. Poder de revisión

Consiste el poder de revisión en la facultad, atribuida al titular del órgano superior, de revisar la actuación del inferior y, de considerarlo pertinente, suspender, modificar, anular o confirmar sus actos o resoluciones, sin que ello signifique sustitución del superior en el desempeño de las tareas del inferior sino sólo revisar el acto o resolución de este último, de oficio o a petición de parte, para su confirmación o modificación y, en este último caso, compeler al inferior a someterse al cumplimiento de las disposiciones legales.

Resulta ocioso señalar que el poder de revisión, conferido al titular del órgano administrativo superior respecto de sus inferiores, obviamente es distinto al recurso de revisión, porque este último es un medio de impugnación cuyo ejercicio se atribuye al administrado, afectado por actos o resoluciones de las autoridades administrativas.

b. Poder para resolver conflictos de competencia

Para explicar el poder para resolver conflictos de competencia diremos que consiste en la atribución otorgada al superior para precisar cuál de los órganos inferiores es competente para conocer de un asunto determinado en el que varios o ninguno de ellos pretenden serlo.

Si el titular de la administración pública carece del poder para la resolución de conflictos de competencia, se podría provocar el caos o la parálisis de la administración por la indeterminación de las competencias, bien porque dos o más dependencias pretendiesen conocer de un mismo asunto para resolverlo, ya porque ninguna quisiese tomar conocimiento del mismo.

2. *La desconcentración administrativa*

Concentrar significa reunir en un centro lo que está disperso o separado, así, la concentración administrativa aglutina y reúne en los órganos superiores las facultades decisorias; por tanto, como bien observa Juan Carlos Cassagne: "Existirá concentración siempre que las facultades decisorias se encuentren reunidas en los órganos superiores de la Administración Central, o bien, cuando esa agrupación de facultades se opera en los órganos directivos de las entidades que integran la llamada Administración indirecta".[14]

La desconcentración administrativa, a *contrario sensu*, disgrega o dispersa el ejercicio de las facultades decisorias de la administración pública, mediante su asignación a órganos inferiores de la misma, por lo que implica una transferencia interorgánica, de un órgano superior a otro inferior –ambos de la misma persona jurídica–, de tales facultades; a dife-

[14] Juan Carlos Cassagne, *Derecho administrativo*, 7a. ed. Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003, t. I, p. 295.

rencia de la descentralización administrativa que entraña una transferencia de facultades y atribuciones de una persona de derecho público a otra.

La desconcentración administrativa es entendible como el traslado parcial de la competencia y el poder decisorio de un órgano superior a uno inferior, ya sea preexistente o de nueva creación, dentro de una relación de jerarquía entre ambos, por cuya razón, el órgano desconcentrado se mantiene en la estructura de la administración centralizada. En la desconcentración administrativa, la normativa, la planeación y el control, permanecen centralizados, no así la tramitación y la facultad decisoria que se transfieren al órgano desconcentrado.

Para el profesor Miguel Acosta Romero "La desconcentración consiste en una forma de organización administrativa, en la cual se otorgan al órgano desconcentrado determinadas facultades de decisión limitadas y un manejo autónomo de su presupuesto o de su patrimonio, sin dejar de existir el nexo de jerarquía".[15]

En la administración pública federal mexicana podemos identificar tres clases específicas; desconcentración por materia, desconcentración por región y desconcentración por servicio.

A. Desconcentración por materia

En la desconcentración por materia, la transferencia de poder decisorio y de competencia en determinada materia, se transfiere de un órgano superior a otro inferior integrante de la misma organización del cedente, como sucede en el caso de la Comisión Nacional del Agua, órgano desconcentrado de la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales. La desconcentración por materia se justifica en razón de la especialización o dominio de tecnología requeridas para atender los asuntos relativos a ciertas materias: migración, agua, administración tributaria, por citar sólo algunas.

B. Desconcentración por región

Se caracteriza la desconcentración por región o territorial, porque el órgano central cede parte de su competencia y de su poder decisorio a

[15] Miguel Acosta Romero, *Teoría general del derecho administrativo*, 2a. ed., México, UNAM, 1975, p. 87.

varios órganos periféricos, cada uno con competencia en una circunscripción territorial determinada, como acontece en el caso de delegaciones de las secretarías de Estado en las entidades federativas, lo que permite acercar la decisión a los administrados.

C. Desconcentración por servicio

Otra posibilidad de aprovechamiento de la desconcentración administrativa es la de emplear al órgano desconcentrado para prestar un servicio público específico, como ocurre, por ejemplo, en el caso de la Universidad Pedagógica Nacional, órgano desconcentrado de la Secretaría de Educación Pública, a cuyo cargo queda la prestación de un servicio público de educación superior.

3. *La descentralización administrativa*

La descentralización tiende a transferir de un punto central de toma de decisiones, un conjunto de atribuciones, funciones, facultades, actividades y recursos, en favor de entes, órganos, instituciones o regiones que se hallan, respecto del centro, en una situación de cierta subordinación, mas no en una relación de jerarquía.

En la actualidad, el Estado utiliza conjuntamente la centralización y la descentralización, como principios o tendencias de organización coexistentes, pese a su contraposición, como dos valores opuestos que, paradójicamente, lejos de excluirse se complementan.

El profesor Favio Roversi-Mónaco considera que "no existe un sistema político-administrativo que esté exclusivamente orientado hacia la optimización del uno o del otro. Por tanto, como consecuencia de la combinación de los dos principios, muy difícilmente, aun para sectores limitados de la organización de un estado, descentralización y centralización están en estado puro, sino que aparecen como centralización y descentralización imperfectos".[16]

[16] Favio Roversi-Mónaco, *Diccionario de política* dirigido por Norberto Bobbio y Nicola Materucci, traducción de Raúl Crisafio y otros, México, Siglo XXI, 1981, t. I, p. 527.

La descentralización se emplea en diferentes ámbitos, como pueden ser el político, el administrativo o el económico; así, se habla de descentralización política, administrativa o económica.

Concierne la descentralización política tanto a la forma de Estado como a la forma de gobierno. El federalismo es, por ejemplo, una de sus manifestaciones, como la multiplicación de polos de desarrollo lo es de la descentralización económica.

La descentralización administrativa es una tendencia organizativa de la administración pública, en cuya virtud se confiere personalidad jurídica propia a ciertos entes a los que se les otorga relativa autonomía orgánica respecto del órgano central, para encargarles la realización de actividades administrativas.

La descentralización administrativa requiere para su instrumentación de la creación de personas jurídicas de derecho público, distintas al Estado y a la administración pública, bajo diversas modalidades. Leon Duguit contempla la descentralización administrativa regional, la funcionalista, la patrimonial y la concesionada; Serra Rojas, al igual que André Buttgenbach,[17] admite dos formas: la territorial o regional y la descentralización por servicio; Fraga distingue la descentralización por región, por servicio, y por colaboración.

A. Descentralización administrativa por servicio

Apareció en Francia la descentralización administrativa como una forma de delegación de funciones o facultades de la administración pública centralizada a favor de un ente al que se encomendaba la prestación de un servicio público; en opinión del profesor Carlos García Oviedo, la descentralización por servicio entraña la creación de una nueva persona jurídica con una esfera de competencia, órganos propios y poder de decisión, sin perjuicio de que las personas morales territoriales –Estado, provincia, municipio– conserven determinadas facultades de intervención.[18]

[17] *Vid.* André Buttgenbach, *Manual de droit administrative*, Bruselas, Jarcié, 1966, p. 103.

[18] Carlos García Oviedo, y Enrique Martínez Useros, *Derecho administrativo*, 9a. ed., Madrid, EISA, 1968, t. II, pp. 57 y 58.

La personificación de los servicios públicos en Francia, da origen a la descentralización administrativa por servicio, lo cual significa que la prestación de algunos servicios públicos se lleva a cabo mediante la creación de una persona jurídica de derecho público: el establecimiento público francés, que en el derecho comparado recibe diferentes denominaciones: ente autónomo, en España; ente autárquico, en Argentina; en México en general, se le llama *organismo descentralizado.*

B. La descentralización administrativa por región

Para Gabino Fraga, la descentralización administrativa por región consiste en la instauración de una estructura administrativa destinada a manejar los intereses colectivos que correspondan a la población establecida en una circunscripción territorial específica, como es el municipio. "El municipio no constituye una unidad soberana dentro del Estado, ni un poder que se encuentra al lado de los poderes expresamente establecidos por la Constitución; el municipio es una forma en que el Estado descentraliza los servicios públicos correspondientes a una circunscripción territorial determinada".[19]

La descentralización administrativa por región también ha sido considerada como una manera distinta de llamar a la descentralización administrativa territorial, que André Buttgenbach hace consistir, en confiar a las autoridades públicas regionales o locales, autónomas respecto del poder central, la administración de un conjunto de intereses regionales o locales, reconociéndoles el derecho de crear a este respecto, los servicios que juzguen necesarios.[20]

Lejos de lograr un consenso generalizado en la doctrina, la descentralización administrativa por región, o territorial, es motivo de gran controversia. No sólo Buttgenbach y Fraga, sino muchos autores más ven en el municipio una manifestación de dicha descentralización administrativa territorial o por región; para Manuel María Díez, "El ejemplo típico de las entidades descentralizadas territorialmente son las comunas provinciales, cuya acción se desarrolla dentro de un ámbito

[19] Gabino Fraga, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 35a. ed., p. 219.
[20] André Buttgenbach, *Manual de droit administrative*, Bruselas, Jarcié, 1966, p. 104.

geográfico determinado. Dentro de ese ámbito, el ente descentralizado desenvuelve su actividad administrativa. La descentralización territorial proporciona oportunidad al Estado para dar satisfacción a las ideas democráticas y hacer más eficaz la realización de sus actividades".[21]

Por nuestra parte, consideramos que las opiniones de Buttgenbach, Díez y Fraga, a que nos acabamos de referir, son válidas en el contexto de un Estado centralista, mas no en el de un Estado federal, toda vez que, en el Estado central o unitario, el municipio podrá ser producto de la descentralización administrativa territorial o por región, como ocurre en Francia; empero, en el esquema federal de México es inadmisible considerar al municipio como resultado de una acción de descentralización administrativa, puesto que es obra de la descentralización política; por ello, coincidimos con el profesor Miguel Acosta Romero en considerar al municipio como una estructura político-administrativa, jerárquicamente desvinculada, desde el punto de vista técnico, de la administración centralizada federal o estatal, lo cual se corrobora por el hecho de que el municipio emplea, en su organización administrativa, las formas de la centralización, descentralización y desconcentración administrativas, "de donde negamos –dice Acosta Romero– que [el municipio] tenga el carácter de organismo descentralizado por región".[22]

C. La descentralización administrativa por colaboración

No es raro que la administración pública adolezca de insuficiencia financiera, técnica u organizacional para realizar algunas de las actividades que tiene atribuidas, como la prestación de algunos servicios públicos, por cuya razón recurre a la descentralización administrativa por colaboración, en cuya virtud transfiere la facultad de su prestación a los particulares, mediante el régimen de concesión, por ejemplo.

Se diferencia la descentralización por colaboración con las otras dos formas de descentralización administrativa, por quedar a cargo de

[21] Manuel María Díez, *Manual de derecho administrativo*, 2a. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1980, p.137.

[22] Miguel Acosta Romero, *Teoría general del derecho administrativo*. México, UNAM, 1972, p. 94.

particulares que al realizar tareas originalmente asignadas a la Administración pública se colocan, como hace notar Bernard Geny, en los linderos del derecho público y del derecho privado, y desembarazan a la administración de tales tareas sin disminuir por ello, de manera importante, su energía y su autoridad sobre los gobernados.[23]

- *La concesión*

El *precarium* del derecho romano, gratuito en sus orígenes, es un antecedente remoto de la concesión, en cuya virtud el propietario de un predio otorgaba en préstamo su ocupación, mas no su dominio ni su posesión; el propietario podía revocarlo en todo momento y, a la muerte del precarista, los bienes regresaban al concedente *ipso jure*, puesto que los descendientes del precarista carecían de derechos hereditarios respecto de ellos.

Los *beneficia, privilegia Principis* y demás regalías medievales fueron otras formas arcaicas de la concesión que, según Alfonso el *Sabio* (Ley 8, tít. I, de la 2a. partida) se concedían "*por servicio que le óbviese fecho, o que le prometiesse de fazer por ello al Emperador*".

En la actualidad se puede entender la concesión como el mecanismo jurídico por medio del cual, quien tiene la titularidad de determinadas atribuciones o facultades, o de ciertos bienes o derechos, delega su ejercicio o aprovechamiento a favor de un tercero, y está prevista, tanto en el derecho privado, a través de la concesión mercantil, también llamada franquicia, como en el derecho público, mediante la concesión administrativa, la cual puede ser de tres clases: la demanial, o de explotación, uso y aprovechamiento de bienes del Estado; la de obra pública y la concesión de servicio público; esta última es producto de la descentralización administrativa por colaboración. El artículo 28 de la Constitución federal, en su penúltimo párrafo, previene:

> El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en caso de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos, o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones

[23] Bernard Geny, *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, París, 1930, pp. 210 y 211.

> que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

En términos generales, de acuerdo con la legislación mexicana, el concesionario podrá ser una persona física o una persona moral, y en este último caso su creación puede realizarse tanto en los moldes del derecho privado como en los del derecho social: hablamos pues de asociaciones y sociedades civiles, mercantiles, cooperativas y rurales.

En nuestro país, el instrumento usado con mayor frecuencia para poner en práctica la descentralización por colaboración es la concesión de servicio público, en cuya virtud, el servicio público no sale del ámbito de las atribuciones de la administración pública, quien, en consecuencia, no pierde su titularidad; razón por la cual prestará el servicio indirectamente por medio de un colaborador que viene a ser el concesionario, quien tendrá a su cargo los riesgos económicos de su prestación, habida cuenta que la concesión de servicio público es un negocio jurídico en virtud del cual el Estado cede a un particular la facultad de prestar durante un periodo determinado, a su riesgo y ventura, un servicio público atribuido a la administración pública, mediante la remuneración que determine el régimen jurídico en el que se precisa la regulación, control y vigilancia del servicio.[24]

En Argentina y España, como en algunos otros países, la legislación asigna carácter contractual a la concesión, en cambio, en México, la legislación federal no le da ese tratamiento, por lo que la doctrina considera a la concesión como un acto mixto, en parte reglamentario, en parte administrativo y en parte contractual.[25]

VI. La administración pública federal

La administración pública federal se distribuye en varias áreas, la mayor se ubica en el ámbito del poder ejecutivo, pero existen sendas áreas

[24] *Vid*. Maurice Hauriou, *Précis elementaire de Droit Administratif*, 5a. ed., París, Sirey, 1943, p. 427.

[25] Jorge Fernández Ruiz, *Derecho administrativo (servicios públicos),* México, Porrúa, 1995, p. 253 y 254.

de ella en la Cámara de Diputados, en la Cámara de Senadores, en el Poder Judicial de la Federación, así como en cada uno de los órganos u organismos constitucionales autónomos y en las universidades públicas a las que la ley confiere autonomía.

El artículo 90 constitucional divide a la administración pública federal en centralizada y paraestatal, y la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal se encarga de detallar la integración de ambas.

1. *La administración centralizada*

En el artículo primero de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal está previsto que "La Oficina de la Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal y los Órganos Reguladores Coordinados integran la Administración Pública Centralizada".

A. La Oficina Presidencia de la República

Por disposición expresa del artículo 80 constitucional, el Supremo Poder Ejecutivo de la Unión (nótese que en el sistema presidencialista mexicano, el único Poder adjetivado por la Constitución de Supremo, es el Ejecutivo) se deposita en un solo individuo, denominado "presidente de los Estados Unidos Mexicanos", cuyas tareas son apoyadas por la administración pública federal prevista en el artículo 90 constitucional en un esquema jerárquico en el que el Ejecutivo Federal se ubica en su cúspide.

En cierto sentido, se entiende por Presidencia de la República el conjunto de unidades administrativas directamente adscritas al titular del Ejecutivo Federal, como son: la secretaría particular, la secretaría privada, la Dirección General de Administración y otras unidades administrativas de la Presidencia de la República, que se modifican cada sexenio, al gusto del titular del Poder Ejecutivo Federal.

En la actualidad, la estructura administrativa de la Oficina de la Presidencia es la siguiente:

- Jefatura de la Oficina de la Presidencia
    - Secretaría Técnica de Gabinete

    * Coordinación de Opinión Pública
    * Coordinación de Estrategia y Mensaje Gubernamental
    * Coordinación de Vinculación
    * Coordinación de Estrategia Digital Nacional
    * Coordinación de Ciencia, Tecnología e Innovación
    * Coordinación de Crónica Presidencial
- Secretaría Particular
- Coordinación de Asesores
- Coordinación de Comunicación Social

Además, el artículo 165 de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, prevé la existencia del Estado Mayor Presidencial, cuyo jefe es nombrado por el presidente de la República y tiene bajo su mando a la corporación especial denominada Guardias Presidenciales, a la que se encomienda la seguridad del Ejecutivo Federal, de su residencia e instalaciones conexas.

B. La Secretaría de Estado

La denominación *secretaría de Estado*, a juicio del doctor Andrés Serra Rojas, alude a cada una de las ramas de la administración pública, integrada por el conjunto de servicios y demás actividades encomendadas a las dependencias que, bajo la autoridad inmediata y suprema del titular del Poder Ejecutivo, aseguran la acción del gobierno, en la ejecución de la ley.

Para quien esto escribe, la **secretaría de Estado** es una unidad administrativa de alto rango, de carácter político-administrativo, adscrita a la administración pública centralizada, prevista en el artículo 90 constitucional, para apoyar al Ejecutivo Federal en el ejercicio de sus atribuciones políticas y administrativas, así como para el despacho de los negocios del orden administrativo que tiene encomendados.

En el contexto del orden jurídico mexicano, la secretaría de Estado es la dependencia más importante del Poder Ejecutivo Federal; su creación, y por ende, su modificación, fusión o extinción, sólo puede realizarse mediante ley del Congreso, según previene el artículo 90 constitucional, lo que no impide que cada sexenio se modifique el catálogo y las atribuciones de las secretarías de Estado.

La estructura interna de cada secretaría de Estado se define en su Reglamento Interior que expide el presidente de la República, con refrendo del secretario de Estado correspondiente, ordenamiento en el cual, como previene el artículo 18 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, se determinan las atribuciones de sus unidades administrativas, y la manera de sustituir a sus titulares durante sus ausencias. Desde luego, los reglamentos interiores de las secretarías de Estado, no pueden ampliar, restringir o modificar la competencia de dichas dependencias del Ejecutivo establecidas en la legislación, habida cuenta que tienen como fundamento, principio y límite a la ley, sin poder siquiera subsanar los errores u omisiones en que ésta pudiera incurrir.

En los términos del primer párrafo del artículo 14 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, "Al frente de cada Secretaría habrá un secretario de Estado, quien para el despacho de los asuntos de su competencia, se auxiliará por los subsecretarios, oficial mayor, directores, subdirectores, jefes y subjefes de departamento, oficina, sección y mesa, y por los demás funcionarios que establezca el reglamento interior respectivo y otras disposiciones legales".

De conformidad con el artículo 91 constitucional, para ser secretario de Estado, o del despacho, como le llama dicho precepto, sólo se requiere ser ciudadano mexicano por nacimiento, estar en ejercicio de sus derechos y tener 30 años cumplidos. Llama la atención que no se establezcan requisitos de escolaridad, de experiencia o de solvencia moral, por lo que un secretario de Estado podrá ser un analfabeta, un profano en la materia o un sujeto con antecedentes penales.

La figura del secretario de Estado o del despacho encuentra su antecedente más remoto en la Constitución gaditana de 1812, que en su artículo 222 disponía la existencia de siete secretarios del despacho, a saber:

- El secretario del Despacho de Estado.
- El secretario de Despacho de la Gobernación del reino para la Península e islas adyacentes.
- El secretario de Despacho de la Gobernación del reino para Ultramar.
- El secretario de Despacho de Gracia y Justicia.

- El secretario de Despacho de Hacienda.
- El secretario de Despacho de Guerra.
- El secretario de Despacho de Marina.

La Constitución de Apatzingán, sólo consideró tres secretarios: el de Guerra, el de Hacienda y el de Gobierno; en cambio, la Constitución de 1824 dejó al legislador ordinario la determinación del número de secretarios de Estado.

Por su parte, la Constitución de 1836, en su cuarta Ley, sustituyó la figura del secretario del Despacho o Estado, por la de ministro, previendo cuatro, a saber: ministro de lo Interior, ministro de Relaciones Exteriores, ministro de Hacienda y ministro de Guerra y Marina.

La Constitución de 1857, al igual que la de 1917, siguió el criterio de la Constitución de 1824 de dejar al legislador ordinario la determinación del número de secretarios de Estado; conforme al texto vigente del primer párrafo del artículo 90 constitucional: "La administración pública federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación".

La Ley de Secretarías de Estado publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 14 de abril de 1917 dispuso la existencia de seis secretarías (la de Estado, la de Hacienda y Crédito Público, la de Guerra y Marina, la de Comunicaciones, la de Fomento, y la de Industria y Comercio); en la ley del mismo nombre, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 25 de diciembre de 1917, se determinó que fueran siete las secretarías de Estado (la de Gobernación, la de Relaciones Exteriores, la de Guerra y Marina, la de Comunicaciones y Obras Públicas, y la de Industria, Comercio y Trabajo), número que se elevó sucesivamente a ocho, a nueve, a trece y a quince, en las respectivas Leyes de Secretarías y Departamentos de Estado, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 31-12-35, el 30-12-39, el 13-12-46, y el 24-12-58; la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada el *Diario Oficial de la Federación* de 29 de diciembre de 1976. Aumentó a 16 el

número de secretarías de Estado, que en la actualidad, conforme a las últimas reformas de la última de las leyes citadas, es de dieciocho.

Para que los reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del presidente sean obedecidos, el artículo 92 constitucional exige que sean firmados por el secretario de Estado a que el asunto corresponda; de igual manera, el artículo 93 constitucional previene que los referidos funcionarios, den cuenta al Congreso del estado que guardan sus respectivos ramos; además, pueden ser citados por cualquiera de las Cámaras del Congreso de la Unión, para que informen cuando se discuta una ley o se estudie un negocio relativo a sus respectivos ramos o atribuciones.

Conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, las secretarías de Estado:

- Conducirán sus actividades en forma programada, con base en las políticas y prioridades de la planeación nacional, que establezca el Ejecutivo Federal (artículo 9).
- Formularán, respecto de los asuntos de su competencia, los proyectos de leyes, reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del Ejecutivo Federal (artículo 12).
- Tendrán al frente de cada una de ellas a un secretario de Estado, quien para el despacho de los asuntos de su competencia será auxiliado por los subsecretarios, oficial mayor, directores, subdirectores, jefes y subjefes de departamento, oficina, sección o mes y demás funcionarios previstos en el reglamento interior respectivo (artículo 14).
- Pueden contar con órganos administrativos desconcentrados que les estén jerárquicamente subordinados, con facultades específicas para resolver sobre la materia y dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso (artículo 17).
- Se determinarán las atribuciones de sus unidades administrativas en su respectivo reglamento interior, mismo que será expedido por el presidente de la República (artículo 18).
- Establecerán sus correspondientes servicios de apoyo administrativo en materia de planeación, programación, presupuesto, informática, estadística, recursos humanos, recursos materiales, contabilidad, fiscalización, archivos y demás necesarios (artículo 20).

Asimismo, como previene la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, los secretarios de Estado ejercen las funciones de su competencia por acuerdo del presidente de la República y deben expedir los manuales de organización, de procedimientos y de servicios al público necesarios para su funcionamiento, los que deberán contener información sobre la estructura orgánica de la dependencia y las funciones de sus unidades administrativas; en el entendido de que los manuales de organización general deben publicarse en el Diario Oficial de la Federación,

La estructura orgánica de la secretaría de Estado se puede resumir, en términos generales, de la siguiente manera:

Secretario
- Subsecretarios
- Oficial Mayor
  - Contralor Interno
  - Coordinadores Generales
    - Directores Generales
    - Subdirectores Generales
      - Directores de Área
      - Subdirectores
        - Jefes de Departamento
        - Subjefes de Departamento
          - Jefes de Oficina
          - Subjefes de Oficina
            - Jefes de Sección
            - Jefes de Mesa.

De acuerdo con texto vigente del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, cuya última reforma data del 18 de julio de 2016, existen las dieciocho secretarías de Estado siguientes:

- Secretaría de Gobernación;
- Secretaría de Relaciones Exteriores.
- Secretaría de la Defensa Nacional.
- Secretaría de Marina.
- Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
- Secretaría de Desarrollo Social.

- Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales.
- Secretaría de Energía.
- Secretaría de Economía.
- Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación.
- Secretaría de Comunicaciones y Transportes.
- Secretaría de la Función Pública.
- Secretaría de Educación Pública.
- Secretaría de Salud.
- Secretaría del Trabajo y Previsión Social.
- Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano.
- Secretaría de Cultura.
- Secretaría de Turismo.

A las referidas secretarías hay que agregar la Secretaría de la Función Pública la cual se encuentra en estado agónico, ya que en el artículo segundo transitorio del decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicado el 2 de enero de 2013, se ha determinado sustituir la Secretaría de la Función Pública, por un órgano constitucional autónomo con atribuciones en materia de anticorrupción, pero en tanto ello no ocurra, seguirá operando dicha Secretaría la que no figura en la relación de Secretarías de Estado contenida en el artículo 26 de ese ordenamiento legal.

C. Los órganos reguladores coordinados en materia energética

De manera inadecuada, las dependencias del Poder Ejecutivo Federal denominadas órganos reguladores coordinados en materia energética, se encuadran en la administración pública centralizada, están dotados de autonomía técnica, operativa y de gestión; tienen personalidad jurídica de derecho público y están facultados para disponer de los ingresos derivados de los derechos y los aprovechamientos que se establezcan por los servicios que prestan conforme a sus atribuciones y facultades.

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, mediante reforma a sus artículos 1 y 2, ubica a los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética –creados en cumplimiento de lo dispuesto

en el párrafo octavo del artículo 28 constitucional, a raíz de su reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 20 de diciembre de 2013–, dentro de la administración centralizada, al mismo nivel de las secretarías de Estado y de la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, de dos dependencias del Ejecutivo Federal de este tipo: la Comisión Reguladora de Energía y la Comisión Nacional de Hidrocarburos, ambas dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propio, como si fueran organismos descentralizados, las cuales deben convivir con la Secretaría de Energía en la formulación y conducción de la política pública del sector energético, y con la Secretaría de Economía y la Secretaría de Turismo en la elaboración y aplicación de la política pública en materia económica, lo que crea un campo propicio para el declive de la economía, habida cuenta la multiplicidad de criterios, con frecuencia contrapuestos, de quienes encabezan las dependencias que tienen a su cargo planear y conducir el desarrollo económico, incluido el relativo a los energéticos.

Los órganos reguladores de marras son encabezados por sendos órganos de Gobierno, cada uno integrado por su presidente y otros seis comisionados, y además, con una secretaría ejecutiva, lo que conlleva la creación de más cargos públicos de elevada remuneración y. en consecuencia, el incremento del gasto público y el inherente aumento de las contribuciones.

En los términos del artículo 22 de la Ley en cita, los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética tienen entre sus atribuciones las siguientes:

- Emitir sus actos y resoluciones con autonomía técnica, operativa y de gestión, así como vigilar y supervisar su cumplimiento.
- Expedir, a través de su Órgano de Gobierno, supervisar y vigilar el cumplimiento de la regulación y de las disposiciones administrativas de carácter general o de carácter interno, así como las normas oficiales mexicanas aplicables a quienes realicen actividades reguladas en el ámbito de su competencia.
- Emitir resoluciones, acuerdos, directivas, bases y demás actos administrativos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
- Interpretar para efectos administrativos y en materia de su competencia, esta Ley y las disposiciones normativas o actos administrativos que emitan.

- Imponer las sanciones respecto de los actos u omisiones que den lugar a ello, así como imponer y ejecutar sanciones no económicas, en el ámbito de su competencia, de conformidad con las leyes aplicables.
- Disponer de los ingresos derivados de los derechos y aprovechamientos que se establezcan para financiar su presupuesto.
- Expedir su Reglamento Interno.
- Otorgar permisos, autorizaciones y emitir los demás actos administrativos vinculados a las materias reguladas.
- Solicitar a los sujetos regulados todo tipo de información o documentación y verificar la misma respecto de las actividades reguladas.
- Requerir información directamente a los terceros que tengan cualquier relación de negocios con los sujetos regulados, en el ámbito de su competencia.
- Ordenar y realizar visitas de verificación, inspección o supervisión, requerir la presentación de información y documentación y citar a comparecer a servidores públicos y representantes de empresas productivas del Estado y particulares que realicen actividades reguladas, a fin de supervisar y vigilar, en el ámbito de su competencia, el cumplimiento de las disposiciones jurídicas aplicables, así como de la regulación, autorizaciones y permisos que hubieran emitido, y de los contratos y convenios relativos a las actividades reguladas.
- Realizar las visitas de inspección que le soliciten las Secretarías de Energía y de Hacienda y Crédito Público, entregándoles los informes correspondientes.
- Proponer a la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal las actualizaciones al marco jurídico, en el ámbito de su competencia, así como participar con las dependencias competentes en la formulación de los proyectos de iniciativas de leyes, decretos, disposiciones reglamentarias y normas oficiales mexicanas relativas o relacionadas con las actividades reguladas.
- Actuar, si lo considera conveniente, como mediador o árbitro en la solución de controversias respecto de las actividades reguladas.
- Expedir las disposiciones aplicables al servicio profesional que regirán las condiciones de ingreso y permanencia de los servidores públicos adscritos al Órgano Regulador Coordinado en Materia Energética de que se trate.
- Expedir el código de conducta al que deberán sujetarse los servidores públicos adscritos al Órgano Regulador Coordinado en Materia Energética.

- Aportar elementos técnicos al Ejecutivo Federal sobre la formulación y seguimiento del Plan Nacional de Desarrollo, el programa sectorial en materia de energía y demás instrumentos de política pública en la materia.
- Iniciar, tramitar y resolver los procedimientos administrativos de toda índole, que con motivo de sus atribuciones se promuevan.
- Resolver, a través de su Órgano de Gobierno, los recursos de reconsideración que se interpongan en contra de sus actos y resoluciones.
- Establecer y mantener actualizado, para efectos declarativos, un Registro Público en el que deberán inscribirse, por lo menos:
- Las resoluciones y acuerdos tomados por su Órgano de Gobierno.
- Los votos particulares que emitan los Comisionados.
- Las actas de las sesiones del Órgano de Gobierno.
- Los dictámenes, opiniones, instrucciones, aprobaciones y estudios emitidos en cumplimiento de sus atribuciones.
- Los permisos, autorizaciones y demás actos administrativos que emita, y
- Los demás documentos que señalen otros ordenamientos y disposiciones legales.

D. La Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal

En su versión original, el artículo 102 constitucional, extrañamente encuadrado desde entonces en el capítulo IV –relativo al Poder Judicial– del innominado título tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, exclusivamente regulaba la organización y funciones del Ministerio Público Federal y de la Procuraduría General de la República; el referido precepto atribuía al Procurador General de la República: *i,* la investigación y persecución de los delitos federales –en consonancia con el artículo 21 constitucional–, así como la procuración de justicia; *ii.* la representación jurídica de la Federación en todos los asuntos en que ésta fuese parte; *iii.* la consejería jurídica del Gobierno, atribución esta última que, según explicara el diputado constituyente José Natividad Macías en su intervención del 5 de enero de 1917, se proponía siguiendo el modelo estadounidense del *Attorney General.*

El Congreso Jurídico Nacional, celebrado en 1932, fue escenario de un debate entre los abogados Luis Cabrera y Emilio Portes Gil, acerca de las atribuciones del procurador general de la República; para

el primero de ellos "El doble y casi incompatible papel que el Ministerio Público desempeña: por una parte como representante de la sociedad, procurador de justicia en todos los órdenes, y por otra parte como consejero jurídico y representante legal del Poder Ejecutivo, es algo que quizás en lo futuro se corrija constitucionalmente separando estas funciones que tienen que ser necesariamente antagónicas".[26]

Por su parte, el licenciado Emilio Portes Gil defendió la compatibilidad de las referidas atribuciones establecidas originalmente a favor del Procurador General de la República en el referido artículo 102 constitucional, en lo que ahora viene a ser su apartado A.[27]

A pesar de una fuerte resistencia, paulatinamente la tesis de Luis Cabrera fue ganando adeptos, lo que propició que en 1976 se creara la Unidad de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República, la cual fue sustituida en 1983 por la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República, dependiente directamente del Ejecutivo Federal, a efecto de dar a éste, asesoría y apoyo jurídico. Esta dependencia desapareció en 1996 y fue sustituida por la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, en los términos del artículo 4o. de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Finalmente, el Constituyente Permanente, mediante reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 28 de diciembre de 1994, reivindicó la tesis de Luis Cabrera, al disponer que las funciones de asesoría jurídica del Gobierno, atribuidas al Procurador General de la República, se encomendarán a una nueva dependencia del Ejecutivo Federal que al efecto determinara la Ley.

Mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 15 de mayo de 1996, se reformaron los artículos 4o. y 43 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y se le adicionó un nuevo artículo, el 43 bis, a efecto de crear la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, establecer sus atribuciones y determinar su correlación con las demás dependencias y entidades de la administración pública y del Ejecutivo Federal. El texto vigente de los referidos preceptos legales es el siguiente:

[26] Luis Cabrera, y Emilio Portes Gil, *La misión constitucional del procurador general de la República*, 2a. ed., México, Botas, 1963, p. 14.

[27] *Vid*. Luis Cabrera y Emilio Portes Gil, *op. cit*., p. 35.

Artículo 4o. La función de consejero jurídico prevista en el Apartado A del artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estará a cargo de la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal. Al frente de la Consejería habrá un Consejero que dependerá directamente del presidente de la República, y será nombrado y removido libremente por éste.

Para ser Consejero Jurídico se deben cumplir los mismos requisitos que para ser Procurador General de la República.

A la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal le serán aplicables las disposiciones sobre presupuesto, contabilidad y gasto público federal, así como las demás que rigen a las dependencias del Ejecutivo Federal. En el Reglamento Interior de la Consejería se determinarán las atribuciones de las unidades administrativas, así como las formas de cubrir las ausencias y delegar facultades".

"Artículo 43. A la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal corresponde el despacho de los asuntos siguientes:

I. Dar apoyo técnico jurídico al presidente de la República en todos aquellos asuntos que éste le encomiende.

II. Someter a consideración y, en su caso, firma del presidente de la República todos los proyectos de iniciativas de leyes y decretos que se presenten al Congreso de la Unión o a una de sus Cámaras, así como a la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, y darle opinión sobre dichos proyectos;

III. Dar opinión al presidente de la República sobre los proyectos de tratados a celebrar con otros países y organismos internacionales;

IV. Revisar los proyectos de reglamentos, decretos, acuerdos, nombramientos, resoluciones presidenciales y demás instrumentos de carácter jurídico, a efecto de someterlos a consideración y, en su caso, firma del presidente de la República;

V. Prestar asesoría jurídica cuando el presidente de la República así lo acuerde, en asuntos en que intervengan varias dependencias de la Administración Pública Federal, así como en los previstos en el artículo 29 constitucional;

VI. Coordinar los programas de normatividad jurídica de la Administración Pública Federal que apruebe el presidente de la República y procurar la congruencia de los criterios jurídicos de las dependencias y entidades;

VII. Presidir la Comisión de Estudios Jurídicos del Gobierno Federal, integrada por los responsables de las unidades de asuntos jurídicos de cada

dependencia de la Administración Pública Federal, la que tendrá por objeto la coordinación en materia jurídica de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal. El Consejero Jurídico podrá opinar previamente sobre el nombramiento y, en su caso, solicitar la remoción de los titulares de las unidades encargadas del apoyo jurídico de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal;

VIII. Participar, junto con las demás dependencias competentes, en la actualización y simplificación del orden normativo jurídico;

IX. Prestar apoyo y asesoría en materia técnico jurídica a las entidades federativas que lo soliciten, sin perjuicio de la competencia de otras dependencias;

X. Representar al presidente de la República, cuando éste así lo acuerde, en las acciones y controversias a que se refiere el artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en los demás juicios en que el titular del Ejecutivo Federal intervenga con cualquier carácter. La representación a que se refiere esta fracción comprende el desahogo de todo tipo de pruebas, y

Las demás que le atribuyan expresamente las leyes y reglamentos."

En cuanto a la naturaleza jurídica de la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, es evidente que se trata de una dependencia de la Administración Pública Federal Centralizada –y por tanto subordinada directamente al titular del Poder Ejecutivo, quien lo nombra y remueve libremente–, de rango equiparable al de las secretarías de Estado, destinada a brindar asesoría y apoyo técnico-jurídico al presidente de la República, e intervenir en la formulación, suscripción y trámite de los instrumentos legales que el mismo deba suscribir, así como representarlo legalmente en los casos previstos en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

De igual manera, compete a la Consejería la coordinación de los programas de normatividad jurídica de la Administración Pública Federal que apruebe el presidente de la República, además de establecer congruencia entre los criterios jurídicos de las dependencias y entidades de la administración pública Federal, así como dar apoyo y asesoría jurídica a las entidades federativas que lo pidan.

Como queda dicho, en los términos del artículo 4o. de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, los requisitos para

ser Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal son iguales a los establecidos para ocupar el cargo de Procurador General de la República, los cuales son los siguientes:

- Ser ciudadano mexicano por nacimiento.
- Tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación.
- Contar, con antigüedad mínima de diez años, con título profesional de licenciado en derecho.
- Gozar de buena reputación.
- No haber sido condenado por delito doloso.

2. *La administración pública desconcentrada*

Se integra la administración desconcentrada con un conjunto de órganos desconcentrados de las secretarías de Estado.

En el ámbito de la administración pública federal se han creado órganos desconcentrados mediante leyes, decretos, reglamentos interiores y acuerdos, sin que exista disposición jurídica que especifique el instrumento o los instrumentos aptos para la creación de los órganos desconcentrados.

Estima el profesor Rafael Martínez Morales que no hay impedimento para que mediante una ley del Congreso o de un decreto presidencial se proceda a crear un órgano desconcentrado de la administración pública federal, por tener sustento en los artículos 73, fracción XXX y 89, fracción I. El problema se presentaría cuando un secretario de Estado o un funcionario con menor jerarquía pretendiera crear al órgano desconcentrado ya que carece de base constitucional.[28]

Con distinto criterio, Miguel Acosta Romero considera que ningún artículo constitucional da sustento a la creación de órganos desconcentrados por lo que ni el Congreso ni el presidente de la república tienen facultad para la creación de tales órganos.

[28] Rafael Martínez Morales, *Derecho administrativo*, 2a. ed., México, Harla, 1997. t. I, p. 110.

> Sin embargo, la experiencia legislativa mexicana ha creado organismos desconcentrados mediante leyes, decretos del Ejecutivo, reformas a reglamentos interiores de secretarías de Estado o nuevos reglamentos y también por acuerdos presidenciales (…) y esto es preocupante porque es signo de que no se actúa estrictamente conforme a derecho y particularmente aquellos creados por acuerdo presidencial o en reglamentos interiores.[29]

Respecto de esta controversia doctrinal conviene tener presente que si bien es cierto que el artículo 90 constitucional no hace referencia expresa a los órganos desconcentrados, si previene la expedición, por parte del Congreso, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal –que será centralizada y paraestatal– y anuncia que dicho ordenamiento legal distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos, lo que acredita la facultad del Congreso para crear órganos desconcentrados a condición de que formen parte de la estructura orgánica de una Secretaría de Estado, como prevé el citado artículo 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

En lo que hace a la posible creación de órganos desconcentrados por parte del Ejecutivo Federal, estimo que contraría la disposición del artículo 126 constitucional que prohíbe hacer pago alguno con cargo al erario federal que no esté comprendido en el presupuesto o contemplado en ley posterior, por lo que, en rigor, sólo mediante ley pueden crearse los órganos desconcentrados.

En la administración pública federal de México es dable caracterizar al órgano desconcentrado porque:

- Se inserta en la administración pública centralizada.
- Forma parte de la estructura orgánica de una secretaría de Estado, de la que depende jerárquicamente.
- Carece de personalidad jurídica propia.
- Tiene asignado un conjunto de bienes patrimoniales determinados.

[29] Miguel Acosta Romero, *Teoría general del derecho administrativo*, México, 13a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 456.

- Cuenta con partidas presupuestales específicas.
- Tiene facultad decisoria en determinada materia o territorio, o en la prestación de un servicio público específico.
- Es creado mediante una ley del Congreso o por un acto del Poder Ejecutivo.

En la administración pública federal mexicana encontramos un amplio catálogo de órganos desconcentrados dependientes de la gran mayoría de las secretarías de Estado, entre los que destacan el Centro de Investigación y Seguridad Nacional, el Sistema de Administración Tributaria, la Comisión Nacional de Agua y el Instituto Politécnico Nacional.

3. *La administración pública paraestatal*

En su artículo primero, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal establece que la administración pública paraestatal se integra con los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos públicos –en rigor sólo los que son considerados entidades paraestatales–, e innecesariamente menciona, además, a las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, y las instituciones nacionales de seguros y de fianzas; digo innecesariamente, porque tales instituciones son, en rigor, empresas de participación estatal mayoritaria.

A la luz del artículo 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal los fideicomiso públicos se consideran entidades paraestatales a condición de sean constituidos por el gobierno federal o alguna de las demás entidades paraestatales, con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, que tengan comités técnicos y cuenten con una estructura orgánica análoga a las otras entidades.

El 15 de agosto de 2016 apareció publicada en el *Diario Oficial de la Federación* la siguiente Relación de Entidades Paraestatales de la Administración Pública Federal, en la que figuran los siguientes organismos descentralizados

- Aeropuertos y Servicios Auxiliares
- Agencia Espacial Mexicana

- Archivo General de la Nación
- Caminos y Puentes Federales de Ingresos y Servicios Conexos
- Casa de Moneda de México
- Centro de Enseñanza Técnica Industrial
- Centro de Ingeniería y Desarrollo Industrial
- Centro de Investigación Científica y de Educación Superior de Ensenada, Baja California
- Centro de Investigación en Química Aplicada
- Centro de Investigación y de Estudios Avanzados del Instituto Politécnico Nacional
- Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social
- Centro Nacional de Control de Energía
- Centro Nacional de Control del Gas Natural
- Centro Nacional de Metrología
- Centro Regional de Alta Especialidad de Chiapas
- Colegio de Bachilleres
- Colegio de Postgraduados
- Colegio Nacional de Educación Profesional Técnica
- Comisión de Operación y Fomento de Actividades Académicas del Instituto Politécnico Nacional
- Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas
- Comisión Nacional de Cultura Física y Deporte
- Comisión Nacional de las Zonas Áridas
- Comisión Nacional de Libros de Texto Gratuitos
- Comisión Nacional de los Salarios Mínimos
- Comisión Nacional de Vivienda
- Comisión Nacional Forestal
- Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas
- Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros
- Comisión para la Regularización de la Tenencia de la Tierra
- Comité Nacional para el Desarrollo Sustentable de la Caña de Azúcar
- Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología

- Consejo Nacional de Fomento Educativo
- Consejo Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad
- Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación
- El Colegio de la Frontera Sur
- Financiera Nacional de Desarrollo Agropecuario, Rural, Forestal y Pesquero
- Fondo de Cultura Económica
- Hospital General "Dr. Manuel Gea González"
- Hospital General de México "Dr. Eduardo Liceaga"
- Hospital Infantil de México Federico Gómez
- Hospital Juárez de México
- Hospital Regional de Alta Especialidad de Ciudad Victoria "Bicentenario 2010"
- Hospital Regional de Alta Especialidad de Ixtapaluca
- Hospital Regional de Alta Especialidad de la Península de Yucatán
- Hospital Regional de Alta Especialidad de Oaxaca
- Hospital Regional de Alta Especialidad del Bajío
- Instituto de Investigaciones "Dr. José María Luis Mora"
- Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas
- Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado
- Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores
- Instituto del Fondo Nacional para el Consumo de los Trabajadores
- Instituto Mexicano de Cinematografía
- Instituto Mexicano de la Juventud
- Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial
- Instituto Mexicano de la Radio
- Instituto Mexicano de Tecnología del Agua
- Instituto Mexicano del Petróleo
- Instituto Mexicano del Seguro Social
- Instituto Nacional de Astrofísica, Óptica y Electrónica
- Instituto Nacional de Cancerología
- Instituto Nacional de Cardiología Ignacio Chávez
- Instituto Nacional de Ciencias Médicas y Nutrición Salvador Zubirán

- Instituto Nacional de Ciencias Penales
- Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático
- Instituto Nacional de Electricidad y Energías Limpias
- Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias Ismael Cosío Villegas
- Instituto Nacional de Geriatría
- Instituto Nacional de Investigaciones Forestales, Agrícolas y Pecuarias
- Instituto Nacional de Investigaciones Nucleares
- Instituto Nacional de la Infraestructura Física Educativa
- Instituto Nacional de las Mujeres
- Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores
- Instituto Nacional de Lenguas Indígenas
- Instituto Nacional de Medicina Genómica
- Instituto Nacional de Neurología y Neurocirugía Manuel Velasco Suárez
- Instituto Nacional de Pediatría
- Instituto Nacional de Perinatología Isidro Espinosa de los Reyes
- Instituto Nacional de Pesca
- Instituto Nacional de Psiquiatría Ramón de la Fuente Muñiz
- Instituto Nacional de Rehabilitación Luis Guillermo Ibarra Ibarra
- Instituto Nacional de Salud Pública
- Instituto Nacional para la Educación de los Adultos
- Instituto para el Desarrollo Técnico de las Haciendas Públicas
- Instituto para la Protección al Ahorro Bancario
- Lotería Nacional para la Asistencia Pública
- Notimex, Agencia de Noticias del Estado Mexicano
- Organismo Promotor de Inversiones en Telecomunicaciones
- Patronato de Obras e Instalaciones del Instituto Politécnico Nacional
- Procuraduría Agraria
- Procuraduría de la Defensa del Contribuyente
- Procuraduría Federal del Consumidor
- Productora Nacional de Biológicos Veterinarios
- Pronósticos para la Asistencia Pública
- Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción

- Servicio de Administración y Enajenación de Bienes
- Servicio Geológico Mexicano
- Servicio Postal Mexicano
- Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia
- Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano
- Talleres Gráficos de México
- Telecomunicaciones de México

En la referida relación de entidades paraestatales se mencionan a las siguientes empresas de participación estatal mayoritaria:

- Administración Portuaria Integral de Altamira, S.A. de C.V.
- Administración Portuaria Integral de Coatzacoalcos, S.A. de C.V.
- Administración Portuaria Integral de Dos Bocas, S.A. de C.V.
- Administración Portuaria Integral de Ensenada, S.A. de C.V.
- Administración Portuaria Integral de Guaymas, S.A. de C.V.
- Administración Portuaria Integral de Lázaro Cárdenas, S.A. de C.V.
- Administración Portuaria Integral de Manzanillo, S.A. de C.V.
- Administración Portuaria Integral de Mazatlán, S.A. de C.V.
- Administración Portuaria Integral de Progreso, S.A. de C.V.
- Administración Portuaria Integral de Puerto Madero, S.A. de C.V.
- Administración Portuaria Integral de Puerto Vallarta, S.A. de C.V.
- Administración Portuaria Integral de Salina Cruz, S.A. de C.V.
- Administración Portuaria Integral de Tampico, S.A. de C.V.
- Administración Portuaria Integral de Topolobampo, S.A. de C.V.
- Administración Portuaria Integral de Tuxpan, S.A. de C.V.
- Administración Portuaria Integral de Veracruz, S.A. de C.V.
- Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México, S.A. de C.V.
- Agroasemex, S.A.
- Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros, S.N.C.
- Banco Nacional de Comercio Exterior, S.N.C.
- Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.N.C.
- Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, S.N.C.
- Centro de Capacitación Cinematográfica, A.C.
- Centro de Investigación Científica de Yucatán, A.C.
- Centro de Investigación en Alimentación y Desarrollo, A.C.
- Centro de Investigación en Geografía y Geomática “Ing. Jorge

L. Tamayo", A.C.
- Centro de Investigación en Matemáticas, A.C.
- Centro de Investigación en Materiales Avanzados, S.C.
- Centro de Investigación y Asistencia en Tecnología y Diseño del Estado de Jalisco, A.C.
- Centro de Investigación y Desarrollo Tecnológico en Electroquímica, S.C.
- Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C.
- Centro de Investigaciones Biológicas del Noroeste, S.C.
- Centro de Investigaciones en Óptica, A.C.
- Centros de Integración Juvenil, A.C.
- CIATEC, A.C. Centro de Innovación Aplicada en Tecnologías Competitivas
- CIATEQ, A.C. Centro de Tecnología Avanzada
- Compañía Operadora del Centro Cultural y Turístico de Tijuana, S.A. de C.V.
- Consejo de Promoción Turística de México, S.A. de C.V.
- Corporación Mexicana de Investigación en Materiales, S.A. de C.V.
- Diconsa, S.A. de C.V.
- Educal, S.A. de C.V.
- El Colegio de la Frontera Norte, A.C.
- El Colegio de Michoacán, A.C.
- El Colegio de San Luis, A.C.
- Estudios Churubusco Azteca, S.A.
- Exportadora de Sal, S.A. de C.V.
- Ferrocarril del Istmo de Tehuantepec, S.A. de C.V.
- Fonatur Constructora, S.A. de C.V.
- Fonatur Mantenimiento Turístico, S.A. de C.V.
- Fonatur Operadora Portuaria, S.A. de C.V.
- Fonatur Prestadora de Servicios, S.A. de C.V.
- Grupo Aeroportuario de la Ciudad de México, S.A. de C.V.
- Impresora y Encuadernadora Progreso, S.A. de C.V.
- Instituto de Ecología, A.C.
- Instituto Nacional para el Desarrollo de Capacidades del Sector Rural, A.C.
- Instituto Potosino de Investigación Científica y Tecnológica, A.C.

- Laboratorios de Biológicos y Reactivos de México, S.A. de C.V.
- Liconsa, S.A. de C.V.
- Nacional Financiera, S.N.C.
- Seguros de Crédito a la Vivienda SHF, S.A. de C.V.
- Servicios Aeroportuarios de la Ciudad de México, S.A. de C.V.
- Sociedad Hipotecaria Federal, S.N.C.
- Televisión Metropolitana, S.A. de C.V.

Aparecen en la relación de entidades paraestatales publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 15 de agosto de 2016, los siguientes fideicomisos públicos:

- Fideicomiso de Fomento Minero
- Fideicomiso de Formación y Capacitación para el Personal de la Marina Mercante Nacional
- Fideicomiso de los Sistemas Normalizado de Competencia Laboral y de Certificación de Competencia Laboral
- Fideicomiso de Riesgo Compartido
- Fideicomiso Fondo Nacional de Fomento Ejidal
- Fideicomiso Fondo Nacional de Habitaciones Populares
- Fideicomiso para la Cineteca Nacional
- Fondo de Capitalización e Inversión del Sector Rural
- Fondo de Empresas Expropiadas del Sector Azucarero
- Fondo de Garantía y Fomento para la Agricultura, Ganadería y Avicultura
- Fondo de Garantía y Fomento para las Actividades Pesqueras
- Fondo de Operación y Financiamiento Bancario a la Vivienda
- Fondo Especial de Asistencia Técnica y Garantía para Créditos Agropecuarios
- Fondo Especial para Financiamientos Agropecuarios
- Fondo Nacional de Fomento al Turismo
- Fondo Nacional para el Fomento de las Artesanías
- Fondo para el Desarrollo de Recursos Humanos
- Infotec Centro de Investigación e Innovación en Tecnologías de la Información y Comunicación
- ProMéxico

•

Capítulo tercero

Acto y procedimiento administrativo

Al estudiar el acto administrativo, debemos tener en cuenta que la administración realiza actos jurídicos de distintas clases, entre otras, contractuales y unilaterales, individuales y generales.

Son actos contractuales los nacidos del acuerdo entre la administración y los particulares, como la celebración de un contrato de obra pública; a este tipo de actos la doctrina los reconoce específicamente como contratos administrativos.

Serán actos unilaterales de la administración, los realizados por su sola declaración unilateral de voluntad, como ocurre en la imposición de una multa, y pueden clasificarse en individuales o generales.

Se identifican como individuales los actos unilaterales de la administración con efectos jurídicos respecto de una o varias personas determinadas, acerca de uno o varios casos específicos, como sucede en el otorgamiento de un permiso para poner un anuncio en la vía pública o de una licencia de manejo de vehículo, que confieren autorizaciones específicas a sus titulares.

Por contra, se entienden generales los actos unilaterales de la administración que producen efectos jurídicos respecto de un conglomerado indeterminado o una generalidad de personas o casos, como ocurre, por ejemplo, con el Reglamento de Construcciones para el Distrito Federal, que es de observancia general.

La doctrina denomina a los actos unilaterales generales de la administración reglamentos administrativos, considerados materialmente como leyes, por tratarse de normas generales, abstractas, generales, obligatorias y coerciivas, emitidas por la administración.

I. Definición de acto administrativo

La noción de acto administrativo representa una pieza fundamental del Derecho administrativo contemporáneo por tener repercusiones en muchos de sus ámbitos, de ahí la importancia de clarificarla y entenderla.

Respecto del acto administrativo se han desarrollado muy diversos conceptos formulados con criterios diferentes; empero, sin desconocer los intentos por emplear un criterio mixto, la gran mayoría podría separarse en dos grandes grupos, a saber: los elaborados con un criterio orgánico, y los planteados con un criterio material.

1. *El criterio orgánico*

Conforme al criterio orgánico, también llamado *subjetivo* o *formal*, acto administrativo es el realizado por los órganos administrativos del poder público y no por otros. Conforme a este criterio, sólo los órganos administrativos pueden producir actos administrativos, lo que significaría que los órganos judiciales y los legislativos no podrían hacerlo, lo cual es rechazado en la actualidad por la mayor parte de la doctrina.

2. *El criterio material*

De acuerdo con el criterio material, llamado también *objetivo* o *sustancial*, independientemente de la naturaleza del órgano que lo realiza, acto administrativo es aquel cuya sustancia es administrativa, por lo que todos los órganos del poder público, ya sean administrativos, judiciales o legislativos producen actos administrativos, caracterizados por su contenido material de naturaleza administrativa. De esta suerte, conforme al criterio material:

a) El acto administrativo lo pueden realizar no sólo los órganos administrativos sino también los legislativos y los jurisdiccionales.

b) El acto legislativo lo pueden realizar no sólo los órganos legislativos sino también los administrativos y los jurisdiccionales.

c) El acto jurisdiccional lo pueden realizar no sólo los órganos jurisdiccionales sino también los legislativos y los administrativos.

d) En consecuencia, los órganos administrativos no realizan únicamente actos administrativos sino, además, actos legislativos y jurisdiccionales.

A la luz de este criterio, la emisión de un reglamento por parte del titular de un órgano administrativo, como es el presidente de la República, es un acto materialmente legislativo, por establecer una norma de conducta abstracta, impersonal, general, obligatoria y coactiva; el que dicho funcionario otorgue el indulto a un sentenciado, es un acto materialmente jurisdiccional, que modifica en sus efectos a otro igual como es la sentencia dictada por un tribunal, que es un órgano jurisdiccional. Juan Carlos Cassagne, señala a este respecto:

> La concepción objetiva permite deslindar el acto administrativo tanto del acto jurisdiccional de la Administración, como del reglamento, los cuales, a pesar de ser emitidos ambos, por sujetos administrativos, traducen el ejercicio de las funciones jurisdiccional y legislativa, respectivamente, en sentido material. Desde otro punto de vista, se abre también -como hemos señalado- la posibilidad de considerar la existencia de actos administrativos en los órganos legislativo y judicial, cuando ellos sean producto de una actividad materialmente administrativa.[1]

3. *Acto administrativo en sentido lato*

Un extenso sector de la doctrina, con un criterio objetivo, material o sustancial, considera que, en sentido amplio, el acto administrativo es el realizado en ejercicio de la función de administración, que produce efectos jurídicos. Como dice el profesor argentino Agustín A. Gordillo: "Acto administrativo es el dictado en ejercicio de la función administrativa, sin interesar qué órgano la ejerce".[2]

[1] Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 87.

[2] Agustín A Gordillo, *El acto administrativo*, 2a. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 40.

4. *Acto administrativo en sentido restringido*

Para fines metodológicos resulta de poca utilidad el sentido amplio de la noción de acto administrativo porque en una misma categoría engloba actos realizados en ejercicio de la función administrativa, de muy diversa índole, como son, por ejemplo, los unilaterales y los bilaterales. Por ello conviene formular una noción de acto administrativo en un sentido restringido, que permita, como dice Renato Alessi:

> [...] aislar una categoría homogénea de actos a los que pueda aplicarse el mayor número posible de principios, pero que sea suficientemente amplia para evitar excesivos fraccionamientos y que se presente como la más significativa e importante entre las distintas categorías de actos administrativos, de manera que se pueda construir lo que podría ser una teoría principal entre las teorías parciales de los actos administrativos.[3]

Acorde con estas ideas, un extenso sector de la doctrina admite la formulación de una definición restringida de acto administrativo que excluya a los actos contractuales y a los actos generales de la administración, es decir, a los contratos y a los reglamentos administrativos, para referirse tan sólo a sus actos unilaterales individuales.

De esta manera, en sentido restringido, podemos definir al **acto administrativo** como *la declaración unilateral de voluntad de un órgano del poder público en ejercicio de la función administrativa, con efectos jurídicos directos respecto de casos individuales específicos.*

Los efectos jurídicos de referencia se traducen en la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones en favor o a cargo de sujetos individuales específicos, o en la determinación de las condiciones para la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones para un caso específico.

[3] Renato Alessi, *Instituciones de derecho administrativo,* traducción de Buenaventura Pellis, Prats, Barcelona, Bosch, 1970, t. I, p. 249.

II. Caracteres del acto administrativo

La mayoría de los autores que se ocupan de este tema considera a la presunción de legitimidad y a la ejecutoriedad como caracteres jurídicos del acto administrativo en sentido restringido; el profesor Agustín Gordillo, a la luz de la Ley argentina de Procedimientos Administrativos No. 19.549, agrega los caracteres de estabilidad y de impugnabilidad.

1. *La presunción de legitimidad*

Uno de los caracteres jurídicos esenciales que distinguen al acto administrativo es la presunción de legitimidad, también llamada presunción de justicia, presunción de legalidad, presunción de validez o pretensión de legitimidad; expresiones con las que se trata de significar que el acto administrativo se ha producido con apego al Derecho positivo vigente que regula el que hacer administrativo.

A este respecto, como dice José Roberto Dromi, *presunción de legitimidad*: "Quiere decir que la actividad administrativa ha sido emitida conforme al Derecho; que su emisión responde a todas las prescripciones legales o se han respetado las normas que regulan la producción de la actividad administrativa".[4]

2. *La ejecutoriedad*

El carácter de ejecutoriedad del acto administrativo puede interpretarse en dos sentidos, en el primero, que es obligatorio o exigible y por tanto debe cumplirse; y, en un segundo sentido, que entraña una fuerza especial, gracias a la cual la Administración puede ejecutar coactivamente el acto contra la oposición de los interesados, sin tener que contar con el concurso del órgano jurisdiccional. Sobre este punto, Manuel María Díez opina: "En cuanto a la ejecutoriedad puede considerarse como una manifestación especial de la eficacia de los actos administrativos, en cuanto éstos imponen deberes o restricciones a los administrados, que pueden ser realizados, aun contra la voluntad de los mismos, por

[4] José Roberto Dromi, "Presunción de legitimidad", en *Acto y procedimiento administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1975, p. 80.

medio de los órganos administrativos sin intervención previa de los órganos jurisdiccionales".[5]

3. *Otros caracteres jurídicos del acto administrativo*

Como ya señalamos, el profesor Agustín A. Gordillo incluye dentro de los caracteres del acto administrativo a la estabilidad y la impugnabilidad, no sin advertir que tal inclusión la hace a la luz de la legislación argentina y, por tanto, puede no ser valedera para otros países.

A. La estabilidad

Considerada equivalente a la irrevocabilidad, la estabilidad es uno de los caracteres adicionales del acto administrativo mencionados por el profesor Gordillo, cuyos requisitos reconocidos en la jurisprudencia argentina son:

- Que se trate de un acto administrativo unilateral.
- Que sea individual, o sea no general.
- Que declare derechos subjetivos.
- Que haya sido notificado al interesado.
- Que sea regular, o sea que reúna las condiciones esenciales de validez.
- Que no haya una ley de orden público que autorice su revocación.[6]

B. La impugnabilidad

Para el profesor Gordillo, el carácter de impugnabilidad del acto administrativo, consiste en la posibilidad que tiene el interesado de inconformarse con, y defenderse de, tal acto, bien mediante procedimiento administrativo, ya por medio de procedimiento judicial.

Desde luego, no riñe la impugnabilidad del acto administrativo con su estabilidad, porque para la existencia de esta última se requiere que el acto reúna las condiciones esenciales de validez, y la impugnabilidad

[5] Manuel María Díez, *El acto administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1961, pp. 261 y 262.

[6] Agustín A. Gordillo, *op. cit.*, pp. 146 a 150.

permite, en su caso, demostrar que no se reúnen tales condiciones y, por ende, hay ausencia de estabilidad. Sobre este punto, Gordillo explica:

> Por lo demás, dado que la estabilidad no existe cuando el acto está gravemente viciado, siempre debe reconocerse al tercero afectado la facultad de discutir que el acto no goza de estabilidad por tener un vicio de tal índole, y que debe por ende ser revocado; del mismo modo, dado que la estabilidad juega a favor del interesado pero no en su contra, tampoco puede negarse al beneficiario del acto poder recurrir de él, pidiendo que sea modificado en su favor.[7]

III. ELEMENTOS Y REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La doctrina no ha logrado unificar su criterio respecto de cuáles son los elementos esenciales del acto administrativo en sentido restringido, ni tampoco acerca de la interpretación del sentido de los mismos; desacuerdo que se complica aún más porque algunos autores consideran requisitos o modalidades lo que otros interpretan como elementos del acto administrativo y viceversa.

La Ley Federal de Procedimiento Administrativo soslaya está controversia, puesto que, sin aclarar cuáles son unos y cuáles son otros, en su artículo 3o. dice que son elementos y requisitos del acto administrativo:

I. Ser expedido por órgano competente, a través de servidor público, y en caso de que dicho órgano fuere colegiado, reúna las formalidades de la ley o decreto para emitirlo;
II. Tener objeto que pueda ser materia del mismo, determinado o determinable, preciso en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar, y previsto por la ley;
III. Cumplir con la finalidad de interés público regulado por las normas en que se concreta, sin que puedan perseguirse otros fines distintos;
IV. Hacer constar por escrito y con la firma autógrafa de la autoridad que

[7] *Idem*, pp. 163 y 164.

lo expida, salvo en aquellos casos en que la ley autorice otra forma de expedición;

v. Estar fundado y motivado;

vi. Derogada;

vii. Ser expedido sujetándose a las disposiciones relativas al procedimiento administrativo previstas en esta Ley:

viii. Ser expedido sin que medie error sobre el objeto, causa o motivo, o sobre el fin del acto;

ix. Ser expedido sin que medie dolo o violencia en su emisión

x. Mencionar el órgano del cual emana;

xi. Derogada;

xii. Ser expedido sin que medie error respecto a la referencia específica de identificación del expediente, documentos o nombre completo de las personas;

xiii. Ser expedido señalando lugar y fecha de emisión;

xiv. Tratándose de actos administrativos deban notificarse deberá hacerse mención de la oficina en que se encuentra y puede ser consultado el expediente respectivo;

xv. Tratándose de actos administrativos recurribles deberá hacerse mención de los recursos que procedan; y

xvi. Ser expedido decidiendo expresamente todos los puntos propuestos por las partes o establecidos por la ley.

En la doctrina, aun cuando no existe unanimidad, se mencionan con insistencia como elementos del acto administrativo en sentido restringido el sujeto, la voluntad, el objeto, el motivo, el fin, y la forma.

1. *El sujeto*

En el acto administrativo en sentido restringido se detecta un sujeto activo y otro pasivo, el primero viene a ser el órgano competente del Estado, que produce el acto mediante la emisión de la declaración unilateral de voluntad con efectos jurídicos subjetivos; el papel de sujeto pasivo corresponde al particular a quien afecta el acto jurídicamente. En referencia al sujeto activo, el profesor de la UNAM Rafael I. Martínez Morales, apunta:

> El sujeto emisor del acto, un órgano administrativo, debe tener la competencia que la ley le asigne, para actuar en el caso concreto. El servidor público por cuyo medio el ente estatal produzca el acto, ha de estar facultado legalmente para tomar y externar decisiones públicas; y además de contar con el respectivo nombramiento, debe haber satisfecho los requisitos necesarios para el ejercicio del cargo, incluyendo la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen.[8]

2. *La voluntad*

Para muchos autores, la voluntad es considerada como un elemento esencial del acto administrativo, mientras que otro sector importante de la doctrina entiende que no es un elemento sino un presupuesto de tal acto.

Al margen de la discusión doctrinal, en el acto administrativo la voluntad está referida al sujeto activo, o sea, al órgano emisor; no puede ser tácita y debe declararse expresamente en los términos previstos por la norma jurídica aplicable, a efecto de que el sujeto pasivo quede debidamente enterado y, por tanto, en condiciones de cumplir con las obligaciones que el acto le impone y de ejercer los derechos que le confiere.

A juicio del doctor Miguel Acosta Romero, en la producción del acto administrativo la voluntad del sujeto activo debe ser espontánea y libre; figurar dentro de las facultades del órgano; no debe estar viciada por error, dolo, violencia u otra causa; y debe expresarse en los términos previstos en la ley. En su opinión:

> La manifestación de voluntad, o sea la expresión del proceso volitivo del titular del órgano administrativo que está actuando como tal, creemos debe tener una exteriorización que pueda ser perceptible, o sea que se manifieste objetivamente esa voluntad. Es pertinente aclarar que no se confunde el hecho de que la manifestación de voluntad sea externa con la forma como se objetiva ésta, que es otro elemento del acto administrativo.[9]

[8] Rafael Martínez Morales, *Derecho administrativo. Segundo curso,* Harla, México, 1994, p. 219.

[9] Miguel Acosta Romero, *op. cit.* p. 143.

3. *El objeto*

Según diversos autores, el objeto en el acto administrativo –en sentido restringido– consiste en lo que el sujeto activo del mismo "decide, certifica u opina"[10], debiendo ser lícito, cierto, determinado, física y jurídicamente posible, razonable y moral. En la autorizada opinión del doctor Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez: "El objeto se identifica como la materia o contenido del acto, el cual De acuerdo con el derecho común, debe ser cierto y jurídicamente posible, es decir, que la materia a que se refiere el acto sea real y pueda ser objeto de la actuación de la administración, De acuerdo con la ley".[11]

4. *El motivo*

Uno de los presuntos elementos más discutidos del acto administrativo en sentido restringido es el motivo –al que algunos identifican como la causa–, habida cuenta que eminentes tratadistas como Guido Zanobini, Renato Alessi y Miguel Acosta Romero no lo admiten como elemento de tal acto, en tanto que otros, no menos distinguidos, como Maurice Hauriou, Andrés Serra Rojas y Juan Carlos Cassagne si le reconocen ese carácter.

El motivo del acto administrativo puede interpretarse como la apreciación y valoración de los hechos y de las circunstancias en que se realizan, que el sujeto activo lleva a cabo para emitir su correspondiente declaración unilateral de voluntad. En opinión del profesor Rogelio Martínez Vera:

> El motivo del acto administrativo consiste en aquellas condiciones o circunstancias que el órgano estatal ha tomado en cuenta para manifestar su voluntad en determinado sentido. En materia administrativa nos encontramos que cuando la autoridad (sujeto activo) dicta una resolución (manifestación de la voluntad) debe exponer los motivos que ha tenido, a fin de que el gobernado (sujeto pasivo) esté en posibilidad de conocer las razones, causas y fundamentos de dicha resolución.[12]

[10] Agustín Gordillo A., *op. cit.,* p. 244.

[11] Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez, *Elementos de derecho administrativo*, LIMUSA, México, 1991, p. 174.

[12] Rogelio Martínez Vera, *Nociones de derecho administrativo*, 5a. ed., Editorial Banca y Comercio, México, 1978, pp. 139 y 140.

5. *El fin*

Incluido por diversos autores dentro de los elementos del acto administrativo, el fin o finalidad del mismo viene a ser el efecto que el sujeto activo se propone alcanzar con su realización; a este respecto, el profesor español José María Boquera Olivar, explica: "El fin, como elemento del acto administrativo, es aquello que pretende la voluntad del titular de poder administrativo con los efectos jurídicos que unilateralmente crea e impone".[13]

Sin perjuicio de que se reconozca o no como un elemento del acto administrativo, la doctrina señala que el fin debe ser de interés general o público, estar apegado a la ley, figurar dentro de la competencia del sujeto activo, y tratar de alcanzarse mediante actos establecidos en la ley. Cuando falta cualquiera de estos requisitos se dice que hay desvío de poder, es decir que el sujeto activo del acto administrativo ha aplicado la potestad de que está investido para fines distintos a los previstos en la ley.

6. *La forma*

La gran mayoría de los autores que estudian el tema, reconoce a la forma, es decir, a la exteriorización de la voluntad del sujeto activo que realiza el acto, como uno de los elementos del acto administrativo. Según observa el maestro Gabino Fraga: "A diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, la forma en el derecho administrativo tiene normalmente el carácter de una solemnidad necesaria no sólo para la prueba sino principalmente para la existencia del acto y es que en esta última rama del Derecho el elemento formal constituye una garantía automática de la regularidad de la actuación administrativa".[14]

7. Otros elementos del acto administrativo

Manuel María Díez, como otros autores, incluye dentro de los elementos del acto administrativo al ***mérito*** y a la ***oportunidad***; se entiende

[13] José María Boquera Oliver, *Estudios sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 1982, p. 78.

[14] Gabino Fraga, *op. cit.,* p. 270.

por el primero la conveniencia del acto en razón de su utilidad; y por oportunidad, la conveniencia del acto en razón de tiempo.

El acto administrativo que ordena la clausura de un expendio de cohetes y fuegos artificiales, por ejemplo, tiene como mérito el evitar explosiones y daños a los gobernados en sus personas y bienes, lo cual resulta conveniente por su indudable utilidad para la población; y su oportunidad consiste en dictar esa clausura en la época de las fiestas patrias en que, sin duda, hay una marcada tendencia de muchas personas por detonar cohetes y encender fuegos artificiales, por cuya razón la clausura es conveniente en razón del tiempo.

IV. Clasificación de acto administrativo *stricto sensu*

Las clasificaciones del acto administrativo en sentido restringido que registra la doctrina son muy variadas, entre ellas destacan las que atienden a los criterios de su esfera de aplicación, de su finalidad, de su contenido o efectos, y de su relación con la ley.

1. *Por su esfera de aplicación*

El acto administrativo en sentido restringido se clasifica, por su esfera de aplicación, en *interno* y *externo*. En el primer caso sus efectos se producen al interior de la administración pública, como ocurre en la asignación de labores y determinación de horario de trabajo para cada servidor público. El acto administrativo externo, en cambio, trasciende la esfera de la administración pública por producir efectos jurídicos respecto de los gobernados, como acontece, por ejemplo, en el otorgamiento de una licencia de construcción.

2. *Por su finalidad*

En atención a su finalidad, el acto administrativo en sentido restringido puede ser preliminar o de instrucción, decisorio o de resolución, y de ejecución. Acto administrativo preliminar o de instrucción es aquél que prepara las condiciones para realizar otro posterior decisorio o resolutivo, por lo que viene a ser un primer paso en la adopción de

una resolución administrativa que establece, ratifica, modifica o extingue derechos u obligaciones. Un acto administrativo preliminar o de instrucción viene a ser, por ejemplo, el que ordena la práctica de una inspección a una estación radiodifusora.

Acto administrativo decisorio o resolutivo es el que establece, ratifica, modifica o extingue obligaciones o derechos a cargo o a favor de un particular, por ejemplo, la imposición de una multa o el otorgamiento de una concesión para uso de bienes de dominio público.

Acto administrativo de ejecución es el realizado en cumplimiento del decisorio o resolutivo; como dice Serra Rojas "Los actos de ejecución tienen por objeto dar cumplimiento a las determinaciones del acto principal".[15]

3. *Por su contenido y efectos*

En razón de su contenido y efectos los actos administrativos en sentido restringido se clasifican en actos que incrementan los derechos de los particulares, actos que restringen tales derechos, y actos que dan testimonio de una situación de hecho o de derecho.

A. Actos que incrementan los derechos de los particulares

Incrementan o fortalecen los derechos de los particulares, o propician el ejercicio de los mismos, entre otros, los actos administrativos de aprobación, de admisión, de condonación, de concesión, de permiso, de licencia o de autorización.

Un acto administrativo de *aprobación* es aquel por medio del cual una autoridad superior autoriza que surta efectos el acto de una autoridad inferior.

Un ejemplo del acto de *admisión*, el realizado por el responsable de un servicio público de acceso controlado, prestado directamente por el Estado, para conferir el acceso al mismo a cada solicitante, como ocurre en las escuelas cuando se inscribe un alumno, y en los hospitales públicos, cuando se interna a un enfermo.

[15] Andrés Serra Rojas, *op. cit.*, p. 248.

Consiste el acto de *condonación* o *dispensa* en eximir a un particular del cumplimiento de una obligación de carácter general, como la del servicio militar obligatorio, por ejemplo.

Un acto administrativo que incrementa los derechos de los particulares viene a ser la *concesión*, porque faculta a un particular denominado concesionario a realizar actividades originalmente atribuidas al Estado, como la explotación de sus bienes o la prestación de los servicios públicos propiamente dichos.

Llamado también *licencia* o *autorización*, el permiso viene a ser un acto administrativo en sentido restringido, que retira un obstáculo previamente impuesto por motivos de seguridad, tranquilidad o salubridad públicas, para que un particular pueda ejercitar un derecho preexistente; ejemplo de ello viene a ser el permiso para instalar un anuncio luminoso, visible desde la vía pública, en la azotea de una casa. El maestro Gabino Fraga explica la distinción entre concesión y permiso o autorización, también llamado licencia, en los términos siguientes: "La doctrina ha subrayado los caracteres de la autorización contrapuestos a los de la concesión, porque ésta se emplea para aquellos casos en los que no hay ningún derecho previo del particular a la materia que es objeto de la concesión, en que ninguna facultad le corresponde, en que ninguna actividad puede desarrollar si no es por virtud de la propia concesión que es la que crea directamente tales derechos o facultades"[16]

Con frecuencia, la legislación mexicana no respeta esta distinción que hace la doctrina entre concesión y permiso; por ejemplo, algunos ordenamientos legales disponen la expedición de permiso para prestar servicio público propiamente dicho, y de concesión para el expendio de vinos y licores, cuando según la doctrina debiera ser al revés.

B. Actos que restringen derechos de particulares

En ocasiones, los derechos de los particulares se ven limitados o disminuidos por actos administrativos realizados en beneficio del interés general o público; las órdenes, la expropiación, y la sanción, son algunos de tales actos restrictivos.

[16] Gabino Fraga, *op. cit.*, p. 237.

Se entienden por *órdenes* los actos administrativos en sentido restringido traducidos en mandatos o en prohibiciones que crean a cargo de los particulares obligaciones de dar, de hacer o de no hacer.

Las órdenes no deben ser confundidas con las advertencias porque estas últimas no crean obligaciones, sino sólo hacen referencia o llaman la atención respecto de las ya existentes; tampoco deben confundirse las órdenes con los apercibimientos porque éstos, como las advertencias, no crean obligaciones y se reducen a prevenir al particular que se le impondrá una sanción si incumple una obligación preexistente positiva o negativa.

La más importante restricción legal al derecho de propiedad viene a ser la *expropiación*, consistente en el acto administrativo por el cual el Estado dispone imperativamente, por razones de utilidad pública, la adquisición de la propiedad de un bien ajeno mediante la privación singular de la propiedad privada, pagando por ello una indemnización a manera de compensación por la pérdida de la propiedad. El artículo 27 constitucional, en su segundo párrafo, establece al respecto: "Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización".

El acto administrativo por el cual se impone un castigo al infractor de una norma legal o reglamentaria se conoce como *sanción*, la cual representa otra forma de restringir los derechos de los particulares.

C. Actos que certifican una situación de hecho o de derecho

Destacan, entre los actos administrativos que dan testimonio de una situación de hecho o de derecho, las inscripciones en registros de instituciones públicas, como el Registro Civil, y el catastro; descuellan también entre tales actos, las certificaciones o constancias expedidas por autoridades administrativas acerca de diversos aspectos relativos a personas o cosas, como el certificado de estudios o la constancia de no tener antecedentes penales.

Asimismo, figuran entre los actos administrativos en sentido restringido que dan testimonio de una situación de hecho o de derecho, las notificaciones y publicaciones que informan de aspectos relativos a otros actos administrativos y, en ocasiones, abren plazos para la realización de otros actos o la interposición de inconformidades.

4. Por su relación con la Ley

Los actos administrativos en sentido restringido se agrupan, desde el punto de vista de su relación con la ley, en actos reglados y en actos discrecionales.

Se consideran *actos reglados* aquellos que se producen con apego a lineamientos muy precisos establecidos en los ordenamientos legales o reglamentarios.

Se dice que son *actos discrecionales* los generados en ejercicio de un amplio margen de subjetividad y de libertad de actuación previsto en la ley.

V. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Miguel S. Marienhoff considera importante distinguir entre la extinción del acto administrativo y la cesación de sus efectos, porque esta última, en su opinión, entraña la idea de algo que ha de ocurrir normalmente conforme a lo previsto con antelación, pues se considera que el acto administrativo ha existido legalmente hasta el momento en que cesa de producir efectos. "En cambio, la "extinción" del acto generalmente se produce por causas no precisamente queridas *ab-initio* sino que son "consecuencias" de hechos o circunstancias advertidos o surgidos posteriormente".[17]

En este orden de ideas, según Marienhoff, cesan los efectos del acto administrativo en sentido restringido cuando expira el plazo de su vigencia o se cumple su finalidad, en tanto que la extinción de dicho acto se produce por revocación o por anulación. Sobre este asunto, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, dispone en su artículo 11:

> El acto administrativo de carácter individual se extingue de pleno derecho, por las siguientes causas:
>
> I. Cumplimiento de su finalidad;
>
> II. Expiración del plazo;

[17] Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, t. II, pp. 560 y 561.

III. Cuando la formación del acto administrativo esté sujeto a una condición o término suspensivo y éste no se realiza dentro del plazo señalado en el propio acto;

IV. Acaecimiento de una condición resolutoria;

V. Renuncia del interesado, cuando el acto hubiere sido dictado en exclusivo beneficio de éste y no sea en perjuicio del interés público; y

VI. Por revocación, cuando así lo exija el interés público, de acuerdo con la ley de la materia.

1. *Revocación del acto administrativo*

Se entiende que la *revocación* de un acto administrativo en sentido restringido constituye en sí otro acto administrativo y, por ende, una declaración unilateral de voluntad de un órgano del poder público en ejercicio de la función administrativa, cuyo efecto jurídico directo consiste en desaparecer del ámbito del derecho a un acto administrativo anterior, por motivos de legalidad, o de interés público. En opinión de Serra Rojas:

> Los elementos del acto de revocación son los siguientes:
>
> 1. Una manifestación de voluntad o decisión de la autoridad administrativa manifestada legalmente.
> 2. Unilateral; la Administración tiene derecho a cambiar para reparar errores o mantener el interés general; sin implicar discrecionalidad.
> 3. Extintiva de un acto administrativo anterior; válido y eficaz, `con la completa aptitud para producir los efectos queridos por el agente y garantizados por la norma'. Romanelli, ob. cit., p. 98. Esto se denomina el retiro del acto jurídico;
> 4. Inspirada en motivos de mera oportunidad o por motivos supervinientes de interés general;
> 5. O sustituyéndolo por otro cuya amplitud es diferente en los casos de revocación expresa o tácita.[18]

Conforme a lo establecido en el capítulo primero del título sexto de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, los afectados por ac-

[18] Andrés Serra Rojas, *op. cit.*, t. I, p. 361.

tos administrativos que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, podrán interponer recurso de revisión, respecto del cual, la autoridad encargada de resolverlo está facultada para declarar su inexistencia, nulidad o anulabilidad o revocarlo total o parcialmente.

2. *Anulación del acto administrativo*

La anulación representa otra forma de extinción del acto administrativo a la que se considera una figura jurídica muy cercana a la de revocación, a grado tal que existe gran confusión en la ley, en la jurisprudencia y en la doctrina, acerca de cuál es una y cuál otra, porque a veces se consideran equivalentes y en ocasiones lo que para unos autores es revocación para otros es anulación y viceversa.

Tratándose de actos administrativos, en algunas legislaciones, la revocación es atribución del órgano administrativo, en tanto que la anulación compete al órgano jurisdiccional, mientras que en otras, el primero puede tanto revocar como anular tales actos.

Por lo que ve a la anulación del acto administrativo, la doctrina, como la legislación y la jurisprudencia reconocen distintos grados que en orden descendente suelen ser: *inexistencia*, *nulidad* y *anulabilidad*, como lo hace la Ley Federal de Procedimiento Administrativo en su antes citado artículo 91, en relación con el recurso de revisión, al disponer:

> La autoridad encargada de resolver el recurso podrá: [...]
>
> III. Declarar la inexistencia, nulidad o anulabilidad del acto impugnado o revocarlo total o parcialmente; y
>
> IV. Modificar u ordenar la modificación del acto impugnado o dictar u ordenar uno nuevo que lo sustituya, cuando el recurso interpuesto sea total o parcialmente resuelto a favor del recurrente.

A. La inexistencia del acto administrativo

Para Gabino Fraga, es innecesario que la ley establezca expresamente la figura de la *inexistencia* de los actos administrativos, ya que opera "como una necesidad lógica" cuando el acto carece de sus elementos esenciales. Según su criterio, la inexistencia del acto administrativo se

origina por falta de voluntad, de objeto, de competencia para la realización del acto, y por omisión de sus formas constitutivas.[19]

B. La nulidad y la anulabilidad

En su capítulo segundo, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo distingue entre nulidad y anulabilidad y, en consecuencia, dispone:

> Art. 6. La omisión o irregularidad de cualquiera de los elementos y requisitos establecidos en las fracciones I a XI del artículo 3 de la presente Ley, producirá la nulidad del acto administrativo, la cual será declarada por el superior jerárquico de la autoridad que lo haya emitido, salvo que el acto impugnado provenga del titular de una dependencia, en cuyo caso la nulidad será declarada por el mismo.
>
> El acto administrativo que se declare jurídicamente nulo será inválido; no se presumirá legítimo ni ejecutable; será subsanable, sin perjuicio de que pueda expedirse un nuevo acto. Los particulares no tendrán obligación de cumplirlo y los servidores públicos deberán hacer constar su oposición a ejecutar el acto, fundando y motivando tal negativa. La declaración de nulidad producirá efectos retroactivos. (...)
>
> Art. 7. La omisión o irregularidad en los elementos y requisitos señalados en las fracciones XII a XVI del artículo 3 de esta Ley, producirá la anulabilidad del acto administrativo.
>
> El acto declarado anulable se considerar válido; gozar de presunción, de legitimidad y ejecutividad; y será subsanable por los órganos administrativos mediante el pleno cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la plena validez y eficacia del acto. Tanto los servidores públicos como los particulares tendrán obligación de cumplirlo.
>
> El saneamiento del acto producirá efectos retroactivos y el acto se considerará como si siempre hubiera sido válido.

3. *Extinción del acto administrativo por renuncia*

La fracción V del artículo 11 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo condiciona la renuncia del interesado, como forma de ex-

[19] Gabino Fraga, *op. cit.*, pp. 292 y 293.

tinción del acto administrativo, a que éste se hubiere dictado en su exclusivo beneficio y no sea en perjuicio del interés público. Dicho de otra manera, el beneficiario exclusivo de un acto administrativo puede provocar su extinción renunciando al beneficio respectivo, siempre y cuando no sea en perjuicio del interés público.

4. *Extinción del acto por cumplimiento de su finalidad*

Cuando se cumple la finalidad del acto administrativo en sentido restringido, éste pierde su razón de ser y, por tanto se extingue. Por ejemplo concluida la construcción de un edificio y dado el aviso de terminación de obra correspondiente, la licencia de construcción respectiva se extingue porque se agota su razón de ser.

5. *Por expiración del plazo fijado para que subsista el acto*

El acto administrativo en sentido restringido se extingue también por expiración del plazo establecido para su vigencia.

Así, el acto administrativo por el cual se otorga permiso a un vendedor ambulante para expender su mercancía en la vía pública del Centro Histórico de la Ciudad durante el mes de diciembre de este año, se extinguir precisamente al concluir el año porque en ese momento expirar el plazo de vigencia del permiso otorgado, por cuya razón, el día primero del siguiente año, el comerciante ambulante referido ya no podrá expender su mercancía en el lugar mencionado, a menos que le sea otorgado nuevo permiso.

6. *Por no realizarse oportunamente la condición suspensiva*

Según lo dispuesto por la fracción III del artículo 11 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, el acto administrativo de carácter individual se extingue "Cuando la formación del acto administrativo esté sujeto a una condición o término suspensivo y éste no se realiza dentro del plazo señalado en el propio acto".

En mi opinión la referida falta de realización oportuna, más que causa de extinción del acto administrativo en sentido restringido es un impedimento para su conformación y perfeccionamiento, habida cuen-

ta que se condicionó su existencia a la realización de cierta condición que no llega a producirse dentro del plazo señalado para tal efecto en el propio acto en gestación.

Por ejemplo, si el otorgamiento de un permiso para instalar una radiodifusora cultural se condiciona al otorgamiento de una fianza por cierta cantidad, dentro de un plazo determinado, que transcurre sin que se constituya dicha garantía, el permiso no llega a tener vigencia porque no alcanza a perfeccionarse ese acto administrativo, por culpa del interesado.

7. Por acaecimiento de una condición resolutoria

Asimismo, el acto administrativo en sentido restringido se extingue por el acaecimiento de una condición resolutoria, como se dispone en la fracción IV del artículo 11 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, lo cual quiere decir que la vigencia del acto administrativo se sujeta a que no se produzca tal condición resolutoria.

Por ejemplo, el otorgamiento de una beca por parte de una institución pública, es un acto administrativo que se sujeta a la condición resolutoria de que si el becario obtiene una calificación promedio inferior a 8.5 se cancelará automáticamente la beca, lo que significa la extinción del acto.

VI. El silencio administrativo

El transcurso del tiempo sumado al silencio administrativo –entendido como la falta de respuesta de la administración pública a las peticiones de los administrados–, el recurso administrativo –para impugnar las resoluciones de la administración pública–, y la jurisdicción administrativa, son factores que repercuten, de una u otra manera, en el procedimiento administrativo.

Acontece con indeseable frecuencia que el órgano administrativo se abstiene durante largo tiempo de manifestar su voluntad, pese a ser requerido para tal efecto por algún particular y a estar obligado a contestarle; tal abstención, conocida como silencio administrativo, tiene diversas interpretaciones en la doctrina y en la ley.

Para la conformación de la categoría jurídica del silencio administrativo se requiere de la concurrencia de varios elementos y requisitos esenciales, por lo que la ausencia de cualquiera de ellos impide la conformación de tal categoría, y, consiguientemente, de sus consecuencias jurídicas.

En la normativa jurídica mexicana, los elementos esenciales del silencio administrativo son, en primer lugar, la petición del particular que debe cubrir los requisitos de formularse de manera respetuosa y de forma escrita; otro elemento será la presentación de la petición del particular a un órgano de la administración pública; otro elemento más: la falta de respuesta de la respectiva administración pública, y un último elemento consistente en el transcurso de un lapso de tiempo determinado en ley durante el cual la administración pública mantenga su silencio respecto de la petición recibida.

Para configurar el silencio administrativo se requiere, además, que se satisfaga el requisito de que esté previsto en ley, y el de que la administración pública presuntamente silente esté en posibilidad de dar respuesta.

Es importante advertir que puede haber falta de pronunciamiento de la administración pública en alguna etapa de un procedimiento iniciado de oficio, no obstante a estar a obligada a pronunciarse, sin que por ello se configure la categoría jurídica del silencio administrativo, sino otra distinta relacionada con el transcurso del tiempo, como pudiera ser, por ejemplo, la caducidad o la prescripción.

1. *Concepto de silencio administrativo*

Desde la perspectiva doctrinal se interpreta al silencio administrativo como la prolongada abstención del órgano administrativo de manifestar su voluntad, pese a ser requerido para tal efecto por un particular, y a estar obligado a contestarle. En opinión de Julio Massip Acevedo, "Este silencio consiste en una abstención de la autoridad administrativa para dictar un acto previsto por la ley, y tiene como nota esencial la de su ambigüedad, que no autoriza a pensar que dicha autoridad ha adoptado una actitud afirmativa ni una negativa".[20]

[20] Massip Acevedo, Julio, *El silencio en el derecho administrativo español*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1934, p. 5.

2. *Consecuencias del silencio administrativo*

Da lugar el silencio administrativo a tres posibles consecuencias: la negativa, la positiva y la indefinida.

A. La negativa ficta

De acuerdo con la consecuencia negativa del silencio administrativo, se supone que la instancia o petición formulada por el particular al órgano administrativo ha sido resuelta en sentido negativo, es decir, en forma adversa al interés del solicitante por negar lo solicitado; por lo que a dicha consecuencia se le conoce como negativa ficta.

Es indispensable para que opere la negativa ficta, que el órgano administrativo tenga obligación de manifestar su voluntad o resolución respecto de lo solicitado, y que haya transcurrido el plazo fijado por la ley para resolver dicha instancia o petición. De conformidad con el artículo 17 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo:

> Artículo 17. Salvo que en otra disposición legal o administrativa de carácter general se establezca otro plazo, no podrá exceder de tres meses el tiempo para que la dependencia u organismo descentralizado resuelva lo que corresponda. Transcurrido el plazo aplicable, se entenderán las resoluciones en sentido negativo al promovente, a menos que en otra disposición legal o administrativa de carácter general se prevea lo contrario. A petición del interesado, se deberá expedir constancia de tal circunstancia dentro de los dos días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud respectiva ante quien deba resolver; igual constancia deberá expedirse cuando otras disposiciones prevean que transcurrido el plazo aplicable la resolución deba entenderse en sentido positivo.

B. La afirmativa ficta

Consiste la consecuencia afirmativa o positiva de resolver el silencio de la administración, en suponer que la instancia o petición presentada por el particular al órgano administrativo ha sido resuelta por éste en sentido afirmativo, por interpretarse que la autoridad accedió a lo solicitado por el gobernado; a dicha consecuencia se le denomina afirmativa ficta o tácita.

Se requiere para que opere la afirmativa ficta que, como en la negativa ficta, el órgano administrativo tenga obligación de manifestar su voluntad o resolución acerca de lo solicitado, dentro de un plazo señalado por la ley, y que haya transcurrido ese plazo sin que la haya manifestado.

En la fracción III de su artículo 2o., la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal la define en los siguientes términos: "Afirmativa ficta: Figura jurídica por virtud de la cual, ante la omisión de la autoridad de emitir una resolución de manera expresa, dentro de los plazos previstos por esta Ley o los ordenamientos jurídicos aplicables al caso concreto, se entiende que resuelve lo solicitado por el particular, en sentido afirmativo".

Requisito indispensable para que opere la afirmativa ficta es que, como en la negativa ficta, el órgano administrativo tenga obligación de manifestar su voluntad o resolución acerca de lo solicitado, dentro de un plazo señalado por la ley, y que haya transcurrido ese plazo sin que la haya manifestado.

En su artículo 48, párrafo tercero, la Ley Aduanera incluye la afirmativa ficta como reconocimiento de un derecho del contribuyente, pues dispone:

> Artículo 48. Para resolver las consultas que presenten los importadores, exportadores y agentes aduanales sobre la correcta clasificación arancelaria a que se refiere el artículo 47 de esta Ley, las autoridades aduaneras escucharán previamente la opinión del Consejo de Clasificación Arancelaria, el cual estará integrado por la autoridad aduanera y los peritos que propongan las confederaciones, cámaras y asociaciones industriales e instituciones académicas. El Servicio de Administración Tributaria establecerá mediante reglas la conformación y las normas de operación del Consejo. Los dictámenes técnicos emitidos por el Consejo y respecto de los cuales el Servicio de Administración Tributaria se apoye para emitir sus resoluciones, deberán publicarse como criterios de clasificación arancelaria dentro de los 30 días siguientes a aquél en que la autoridad hubiere emitido la resolución.
>
> Las autoridades aduaneras podrán resolver conjuntamente las consultas formuladas cuando la descripción arancelaria de las mercancías sea la misma. En estos casos se dictará una sola resolución, la que se notificará a los interesados. Las resoluciones sobre clasificación arancelaria que emitan las autori-

dades aduaneras, de carácter individual o dirigida a agrupaciones, surtirán efectos con relación a las operaciones de comercio exterior que se efectúen a partir del día siguiente a aquel en que se notifique la resolución de que se trate, salvo lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 47 de esta Ley.

Las resoluciones deberán dictarse en un plazo que no excederá de cuatro meses contados a partir de la fecha de su recepción. Transcurrido dicho plazo sin que se notifique la resolución que corresponda, se entenderá que la fracción arancelaria señalada como aplicable por el interesado es la correcta. En caso que se requiera al promovente para que cumpla los requisitos omitidos o proporcione elementos necesarios para resolver, el término comenzará a correr desde que el requerimiento haya sido cumplido.

La Secretaría podrá demandar ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, la nulidad de la clasificación arancelaria favorable a un particular que resulte cuando transcurra e plazo a que se refiere el párrafo anterior sin que se notifique la resolución que corresponda y dicha clasificación ilegalmente lo favorezca.

La Secretaría mediante reglas dará a conocer los criterios de clasificación arancelaria y serán publicados en el Diario Oficial de la Federación.

Cuando las autoridades aduaneras modifiquen los criterios de clasificación arancelaria, estas modificaciones no comprenderán los efectos producidos con anterioridad a la nueva resolución.

C. La indefinida

Diversa consecuencia del silencio administrativo es la de no suponer respuesta, sino simplemente advertir la obligación del órgano administrativo a contestar la instancia o petición del particular, habida cuenta que se trata de uno de los derechos humanos que nuestra Constitución federal protege mediante una de las garantías individuales, concretamente la contenida en el artículo 8o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En el Estado de Jalisco, su servidor público que no respete el derecho de petición, por no dar debida y oportuna respuesta a alguna solicitud formulada por escrito, pacífica y respetuosamente por un particular, se hace acreedor a una sanción de las previstas en el artículo 64 de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado de Jalisco, en razón de la infracción a una de las obligaciones impuestas a los servidores públicos, como es la contenida en la fracción XXIV,

del artículo 61 de dicho ordenamiento legal, consistente en respetar el derecho de petición de los particulares en los términos del artículo 8o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

3. *El derecho de petición*

En atención al derecho de petición, el artículo 8o. constitucional impone a los titulares de los órganos administrativos, la obligación de dar pronta respuesta a las peticiones o instancias de los gobernados, al disponer:

> Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que éste se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa, pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República.
>
> A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario.

Se infiere del precepto constitucional antes trascrito que toda persona pueda ejercer el derecho de petición; empero, en materia política, el uso de tal derecho se reserva, en nuestro país, a los ciudadanos de la República.

En consecuencia, en los términos del citado artículo 8o. constitucional, todos los funcionarios y empleados públicos están obligados a respetar el ejercicio del derecho de petición, y además, toda autoridad está obligada a dictar un acuerdo escrito por cada petición que reciba, así como a hacerla del conocimiento del peticionario en breve término.

Queda supeditado el ejercicio del derecho de petición a que se formule por escrito y se haga de manera pacífica y respetuosa. Por tanto, la petición formulada mediante un mitin o manifestación pública no cubre el requisito de presentarlo por escrito, por lo que en todo caso, al planteamiento oral expuesto en el mitin, deberá agregarse la petición escrita, presentada ante la autoridad competente. Además, la petición deberá presentarse en forma pacífica y respetuosa, requisitos que no cubren las peticiones presentadas con violencia, con amenazas, o de manera insultante.

Del mismo modo, se desprende del artículo 8o. constitucional, que la respuesta de la autoridad también debe ser por escrito y dirigirse preci-

samente al peticionario y hacerla de su conocimiento dentro de un breve término, el que conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no deberá exceder de cuatro meses, aun cuando en los casos en que las leyes establezcan plazos menores deberán respetarse.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado jurisprudencia en el sentido de que la respuesta de la autoridad ha de ser congruente con la petición del solicitante, ya para resolver afirmativamente, accediendo a lo solicitado, bien para resolver negativamente.

En consecuencia, la falta de respuesta oportuna y pertinente a cualquier solicitud que satisfaga los requisitos del derecho de petición es una violación al mismo y a la correspondiente garantía constitucional consagrada en el artículo 8 de nuestra Ley Fundamental, la cual puede combatirse mediante el juicio de amparo y, tratándose de omisiones de este tipo que sean de naturaleza administrativa –salvo las de carácter electoral o laboral– se pueden denunciar ante la Comisión Estatal de Derechos Humanos, o ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos, según se trate de autoridades del fuero común o del fuero federal.

VII. El procedimiento administrativo

Se refiere el procedimiento administrativo al conjunto de actos metódicamente articulado con el propósito específico de regular la intervención de quienes pueden participar en la conformación o impugnación de toda declaración de voluntad de un órgano del poder público en ejercicio de la función administrativa, destinada a producir efectos jurídicos respecto de casos individuales específicos. En este sentido, Héctor Jorge Escola afirma: "Comúnmente, para dictar un acto administrativo se requiere seguir un procedimiento, una serie de actos y condiciones, previamente establecidos, como vía que debe adoptarse para formar la voluntad administrativa y expresarla en un acto".[21]

Una adecuada ordenación y sistematización del ejercicio de las competencias y facultades de la administración pública sólo se podrá lograr mediante el establecimiento de un procedimiento administrativo que

[21] Héctor Jorge Escola, *Compendio de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1984, vol. I, p. 503.

determine plazos y términos para la realización de los actos e, incluso, los precise para cada tipo de trámite. En este sentido, Alfredo Gallego Anabitarte y Ángel Menéndez Rexach apuntan:

> La administración no actúa de forma espontánea: el otorgamiento de una licencia de edificación requiere la previa solicitud del particular y la emisión de informes técnicos. La imposición de una sanción por la comisión de una infracción de tráfico se inicia mediante la denuncia de un agente de la autoridad o de otro particular y debe otorgarse al sujeto denunciado la oportunidad de alegar lo que estime pertinente y realizar las pruebas que considere procedentes.[22]

1. *Concepto de procedimiento*

Se refiere el procedimiento a una serie de actos sucesivos que deben efectuarse para lograr un fin específico que no podrá alcanzarse si faltaren alguno o varios de ellos; desde la óptica jurídica, Francesco Carnelutti mira al procedimiento como la manera de combinar actos cuyos efectos jurídicos están causalmente vinculados entre sí.[23]

2. *Definición de procedimiento administrativo*

En el contexto de su género próximo y su diferencia específica, el procedimiento administrativo es la concatenación de diversos actos sucesivos, vertebrados por un propósito específico de la administración pública; por lo cual, el procedimiento administrativo será el camino a seguir para que la administración pública logre sus objetivos.

3. *Requisitos del procedimiento administrativo*

El marco jurídico del procedimiento administrativo le impone normas relativas a la competencia, capacidad y representación de los sujetos interesados, a la legitimidad y formas de sus actos, al expediente, a la pre-

[22] Alfredo Gallego Anabitarte y Ángel Menéndez Rexach, *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 135.

[23] *Vid.*, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, traducción de Jaime Guasp, Barcelona, Bosch, 1942, p. 243.

sentación de escritos, a sus notificaciones, plazos y términos, al silencio administrativo y sus consecuencias, sin circunscribirse sólo a la conformación de su acto final, sino propagarse hacia aspectos colaterales y su posible impugnación, garantizando el derecho de audiencia y la cabal observancia del principio de legalidad y del debido procedimiento, así como su simplicidad.[24]

4. *Terminación del procedimiento administrativo*

Por regla general, la resolución final pone punto final al procedimiento administrativo, sin embargo, éste puede terminarse por otras causas, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, en su artículo 57 prevé seis, a saber: la resolución final del mismo; el desistimiento; la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el ordenamiento jurídico; la declaración de caducidad; la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas, y el convenio de las partes, siempre y cuando no sea contrario al ordenamiento jurídico ni verse sobre materias que no sean susceptibles de transacción, y tengan por objeto satisfacer el interés público, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regula.

VIII. El recurso administrativo

El Estado de derecho predica que los órganos depositarios de las funciones del poder público deben sujetar su actuación a lo dispuesto por su orden jurídico, es por ello que la administración pública ejerce su autocontrol mediante diversos mecanismos, uno de ellos es el recurso administrativo.

En una de sus acepciones, recurso es la acción y efecto de recurrir, verbo español proveniente del latín *recurrere*, que significa retornar. En el contexto jurídico, el recurso se puede entender como la pretensión del interesado de que se modifique o se declare inválida una resolución dic-

[24] *Vid.,* Hernando Morales Molina, "Situaciones subjetivas y legitimación en el procedimiento administrativo", *Procedimiento administrativo*, Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino-Católica de Tucumán, Argentina, 1982, p. 73.

tada en un proceso o procedimiento, o incluso para que se dicte la resolución omitida, pretensión que se hace saber a la autoridad competente.

1. Definición de recurso administrativo

Para quien esto escribe, el **recurso administrativo** es *el requerimiento de la aplicación de una medida correctiva de la actuación de la administración pública concretada en un acto administrativo, promovida por el particular afectado ante un órgano administrativo –generalmente el superior del órgano que llevó a cabo el acto recurrido–, que conlleva el propósito de control de la legalidad en aras del interés legítimo vulnerado por el acto administrativo correspondiente.*

En Argentina, el profesor argentino Horacio Heredia definió al recurso administrativo como "el reclamo jurídicamente organizado, que se promueve, en el seno de la administración activa, contra el acto de un órgano de ésta, para ante al superior jerárquico o la autoridad que sobre él ejerce contralor a fin de que lo revoque, modifique o sustituya, por considerarlo ilegítimo, inoportuno e inconveniente y lesionar un derecho subjetivo o un interés legítimo del recurrente".[25]

2. Naturaleza jurídica del recurso administrativo

Representa el recurso administrativo una etapa más del procedimiento administrativo porque, en rigor, es una prolongación del mismo, cuya resolución queda contenida en un acto administrativo que pondrá punto final a dicho procedimiento, por ello el eminente jurista Héctor Fix-Zamudio considera que: "los recursos administrativos forman parte del procedimiento administrativo y, por lo tanto, su resolución implica también un acto administrativo y no un fallo jurisdiccional".[26]

Es dable afirmar que la naturaleza del recurso administrativo es doble, porque por una parte es un derecho, un medio de defensa del particular agraviado, en tanto que por otro lado es una prerrogativa

[25] Horacio Heredia, "Recurso jerárquico", *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, p. 166.

[26] Héctor Fix-Zamudio, *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, México, El Colegio Nacional, 1983, p. 66.

de la administración pública que le permite perfeccionar su actuación mediante la eliminación de sus errores y dislates.

En consecuencia, el recurso administrativo es, simultáneamente, derecho subjetivo del particular agraviado y prerrogativa de la administración pública, y por tanto medio de defensa y facultad administrativa; como bien apunta Roberto Dromi:

> El recurso, en suma, es una facultad o un derecho que se ejercita como acto de impugnación y defensa de un derecho sustancial. Por lo que frente al recurso-derecho aparece el deber jurídico de la Administración de revisar su propio acto, revocándolo o modificándolo, cuando ha vulnerado, desconocido o incumplido un derecho subjetivo o interés legítimo, por un lado, y, por otro, para restablecer el imperio de la legalidad transgredida por una conducta ilegítima de la propia Administración.[27]

En México, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo prevé un único recurso administrativo: el recurso de revisión, para impugnar los actos y resoluciones de las autoridades administrativas que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, y en su artículo segundo transitorio derogó todas las disposiciones que se opusieran a lo establecido en la misma Ley, en particular los diversos recursos administrativos de las diferentes leyes administrativas en las materias reguladas por el propio ordenamiento, en las que no se incluyen las materias de carácter fiscal, responsabilidades de los servidores públicos, justicia agraria y laboral, ni al ministerio público en ejercicio de sus funciones constitucionales.

IX. La jurisdicción administrativa

La resolución del procedimiento administrativo pone punto final al mismo, lo que no significa que dicha resolución sea inatacable, habida cuenta la posibilidad de impugnarlo, pero ya no en sede administrativa, sino jurisdiccional.

[27] Roberto Dromi, *El procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 256.

La competencia para conocer y resolver las controversias suscitadas entre la administración pública y los particulares en materia administrativa, se puede asignar a tribunales ubicados fuera del ámbito del Poder Judicial e independientes de la administración pública activa, como ocurre en el modelo francés de jurisdicción administrativa que ha sido imitado con mayor o menor fidelidad en diversos países; o bien, encomendarse a tribunales insertos en el Poder Judicial; en opinión de Jesús González Pérez "La jurisdicción administrativa, pues, consiste en tribunales o juzgados independientes del Poder judicial y de la administración pública –sin la independencia del Ejecutivo no podría hablarse de jurisdicción– a la que se atribuye el conocimiento o decisión de las pretensiones fundadas en derecho administrativo".[28]

La Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 18 de julio de 2016, en la fracción XIII de su artículo 3, confiere competencia al mismo para conocer de las resoluciones que resuelvan los recursos administrativos, al disponer:

> Artículo 3. El Tribunal conocerá de los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos que se indican a continuación:
>
> (...)
>
> XIII. Las que resuelvan los recursos administrativos en contra de las resoluciones que se indican en las demás fracciones de este artículo; (...)

•

[28] *Ibid*, p. 379.

Capítulo cuarto

El contrato administrativo

El vocablo español *Contrato* proviene de la voz latina *contractus*, que quiere decir lo contraído, por ser el participio pasivo del verbo *contrahere,* derivado de *cum* y *traho*, traducibles como venir en uno, ligarse, lo que después se entiende, como acuerdo de voluntades. En el derecho romano el contrato venía a ser la convención que, por llevarse a cabo en la forma requerida por el derecho o por derivar de una causa tenida como idónea para crear una obligación, generaba acción.

En los términos del artículo 1793 del Código Civil Federal: "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos". Considerando aisladamente este precepto, nos llevaría a pensar que, para el referido ordenamiento legal el convenio es el género y el contrato es la especie; sin embargo, como en su articulo 1859 dispone que las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios, tal distinción resulta ociosa para efectos prácticos.

I. El concepto de contrato

Con un criterio amplio, Ambrosio Colín y H. Capitant, en un gran esfuerzo de síntesis entendieron el contrato como "Acuerdo de dos o más voluntades, dirigido a producir efectos jurídicos".[1]

[1] Ambrosio Colín y H. Capitant, *Curso elemental de derecho civil*, traducción de Demófilo de Buen, 4a. ed. Madrid, Reus, 1960, p. 568.

En cambio, en sentido estricto, el contrato tiene como punto de partida su diferenciación con el convenio, por considerar a éste el género y al primero la especie; en este contexto, contrato viene a ser el convenio, cuyo propósito es constituir una obligación patrimonial; para decirlo con las palabras de Luis Díez Picazo y Antonio Gullon: "El contrato es el negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral".[2]

Conforme a otro criterio, conocido como criterio de los intereses contrapuestos, el contrato viene a ser la unificación de intereses opuestos y no congruentes entre sí; con esta orientación, el profesor de la universidad de Milán, Francesco Messineo hace notar que: "El contrato, cualquiera que sea su figura concreta, tiene una función y un contenido constante: el que ha de ser el instrumento con el cual se realizan los más diversos fines de la vida económica, mediante la composición de intereses opuestos".[3]

II. División de los contratos

Es evidente que la institución del contrato encontró en el derecho civil su mayor desarrollo, pero tal circunstancia no niega a dicha institución su carácter jurídico general, ni impide a otras ramas del derecho ocuparse de ella, como en la realidad ha sucedido; por ello, de acuerdo con la naturaleza de los ordenamientos jurídicos que los regulan, es dable dividir a los contratos en civiles, mercantiles, bursátiles, internacionales, laborales y administrativos, siendo estos últimos los que interesan a la presente obra.

III. Los contratos de la administración pública

La administración pública no puede realizar por sí sola todas sus encomiendas, por cuya razón recurre a la colaboración de los particulares, la cual obtiene de manera voluntaria o forzosa; en el primer caso, en el

[2] Luis Díez Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1977, p. 30.
[3] Francisco Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, traducción de Santiago Sentís, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa - América, t. IV, p. 433.

libre ámbito de la bilateralidad contractual; en cambio, en el segundo, en el contexto de la unilateralidad.

Obtiene la administración pública la colaboración voluntaria de los particulares cuando compra, arrienda, contrata suministros, obras públicas, publicidad y propaganda, asistencia y servicios técnicos; concesiona servicios públicos, o la ocupación o el uso de bienes del dominio público; y por otra parte, logra la colaboración forzosa de los particulares, mediante la nacionalización, la expropiación, la requisa y la leva.

Se da la colaboración voluntaria bajo el esquema contractual, primero dentro del marco del derecho privado, y más tarde, con sujeción a un régimen jurídico especial, a consecuencia del advenimiento del derecho administrativo.

Obviamente, no todos los contratos que celebra el sector público son de carácter administrativo, los hay también civiles, mercantiles, laborales y bursátiles; los que interesan a esta obra son, desde luego, los contratos administrativos.

IV. Marco teórico de la contratación administrativa

Al surgir el contrato administrativo, un amplio sector de la doctrina negó, o cuando menos, puso en duda la posibilidad jurídica de que la administración pública celebre auténticos contratos, mas, superada tal inquietud, después se discutió la naturaleza y carácter de sus contratos, para poder establecer si existe, o no, un tipo especial de contrato, diferente al de derecho privado, o sea, si existe el contrato administrativo.

Así, como apunta Bartolomé A. Fiorini, "mientras los juristas polemizaban sobre la posibilidad de que el poder público pudiera realizar contratos, la realidad diariamente patentizaba la presencia de relaciones contractuales entre el Estado y los particulares".[4]

[4] Bartolomé A Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1968, t. I, p. 409. Según Héctor Jorge Escola (*El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 158, "La discusión que antaño se había suscitado respecto de si existían o no los contratos administrativos, de si era posible la aparición de un tipo de contrato diferente del que era conocido en el derecho privado, y de la capacidad de la administración pública para celebrarlos, está ya

1. *Debate sobre la existencia del contrato administrativo*

La discusión teórica sobre la existencia del contrato administrativo, muestra dos corrientes doctrinarias, una negativa, que rechaza la existencia de los contratos administrativos, constitutivos de una categoría diferente a la de los del derecho privado; y otra corriente positiva, que sostiene la existencia de ellos, como diferentes a los celebrados entre particulares y sometidos a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado, a causa de un interés público implícito en el objeto del contrato.

Hoy en día ha desaparecido prácticamente la corriente negativa, pero en su momento fue sostenida por juristas tan destacados como Otto Mayer, Fritz Fleiner y León Duguit, cuyos argumentos en contra los resume Fernando Garrido Falla, de la siguiente manera: "la negación del contrato administrativo supone que los ejemplos que normalmente se manejan bajo tal denominación habrían de ser clasificados, bien como contratos civiles de la administración, bien como actos administrativos necesitados del consentimiento de los particulares destinatarios y con frecuentes efectos jurídicos de actos condición".[5]

Militan en la corriente positiva, autores de la talla de Gastón Jèze, Marcel Waline, Rafael Bielsa, Gabino Fraga y Fernando J. López de Zavalía; para este último, los contratos administrativos se caracterizan por ser celebrados por la administración pública, por lo general con un particular, con un fin público o relativo a la satisfacción de una necesidad pública, sometidos al derecho público, con cláusulas exorbitantes del derecho privado, en los que el particular queda en una situación de subordinación jurídica respecto de la administración pública.

Concuerdo con la tesis de esta corriente positiva que sostiene la existencia del contrato administrativo como categoría diferente al contrato de derecho privado; sin embargo, considero que sólo una parte de los celebrados por la administración pública son contratos administrativos, habida cuenta que también celebra otros de derecho privado. En este sentido, Miguel Acosta Romero afirma:

---

definitivamente superada, y actualmente la legislación, la doctrina y la jurisprudencia reconocen esa existencia y esta posibilidad, como algo indubitable".

[5] Fernando Garrido Falla, *op. cit.*, vol. III, p. 35.

> Aun cuando la doctrina ha discutido mucho sobre el particular, creemos que en la actualidad sí se aceptan teóricamente esta clase de contratos, y se explica la intervención del Estado en vista de una autolimitación a su soberanía y a su poder de mando, en función de los objetivos que persigue con la celebración del contrato y que son los de cumplir con sus cometidos.[6]

2. *Criterios para diferenciar el contrato administrativo*

Los criterios doctrinales para diferenciar al contrato administrativo son variados, entre ellos destacan el subjetivo, el de la jurisdicción, el formal, el de la cláusula exorbitante, el legalista, el de los servicios públicos, el de la finalidad, y el mixto.

A. El criterio subjetivo

A la luz del criterio subjetivo, un contrato es administrativo si uno de los contratantes forma parte de la administración pública; por lo que, para los promotores de este criterio, "un contrato es administrativo por el hecho de que es celebrado por la administración pública, obrando como tal y relacionándose, por este conducto, con los particulares".[7]

Sin duda, los contratos celebrados exclusivamente entre particulares no pueden ser de naturaleza administrativa, pero ello no implica que todo contrato celebrado por la administración pública sea administrativo, habida cuenta que en muchos de los que ella es parte son contratos de derecho privado, como lo demuestran, entre otros, los contratos de compraventa que el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores celebra con los clientes de sus tiendas.

Independientemente de lo anterior, debe rechazarse la tesis de que sea administrativo todo contrato que celebre la administración pública obrando como tal y relacionándose, por ese medio, con los particulares, porque está basada en la obsoleta teoría de la doble personalidad del Estado, la cual distingue, entre los actos de la administración pública, los de autoridad, en los que actúa como persona de derecho

[6] Miguel Acosta Romero, *op. cit.*, p. 245.
[7] Héctor Jorge Escola, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1977, vol. I. p. 100.

público, y los actos de gestión, en los cuales [según esta teoría] obra como particular.

B. El criterio de la jurisdicción

Al igual que otros autores, Alejandro Oliván y Borruel,[8] sostiene el criterio de la jurisdicción, conforme al cual, a diferencia del contrato de derecho privado, cuyas controversias se dirimen en los tribunales judiciales, la competencia relativa al contrato administrativo corresponde a los tribunales de lo contencioso administrativo.

Dados sus débiles fundamentos, el criterio jurisdiccional, que hace radicar en la competencia de los tribunales de lo contencioso administrativo el carácter administrativo de un contrato, obtuvo poco eco y muchos detractores; estos últimos subrayaron que la competencia de dichos tribunales respecto de las controversias relativas a los contratos puede derivar de la ley, de la resolución jurisdiccional en atención a las características de un contrato específico, o de pacto entre las partes; además, en algunos sistemas jurídico políticos no existen tribunales administrativos.

El profesor Recaredo Fernández de Velazco hace notar que el criterio jurisdiccional pretende convertir lo adjetivo en lo sustantivo, y lo accidental en lo esencial de los contratos, siendo inaceptable que el accidente jurisdiccional altere la esencia contractual, como inadmisible resulta que la voluntad del legislador, del juez o de las partes hagan variar artificialmente la esencia o naturaleza de un contrato, por supeditarla a su competencia jurisdiccional.[9]

C. El criterio formal

Conforme al criterio formal, el acento administrativo de un contrato dado lo pone la observancia de ciertas formalidades específicas y predeterminadas, tales como la licitación previa o el apego a bases o con-

[8] Alejandro Oliván y Borruel, *De la administración pública con relación a España*, Madrid, Civitas, 1954, pp. 221-223.

[9] Recaredo Fernández de Velazco, *Los contratos administrativos*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1927, p. 15.

diciones preestablecidas, entre otras. Este criterio es objetado porque las formalidades no son exclusivas de los contratos administrativos, los cuales, por cierto, en ocasiones quedan exentos de su cumplimiento.

D. El criterio de la cláusula exorbitante

En consonancia con este criterio, un contrato será administrativo a condición de que estipule cláusulas que rebasen la órbita del derecho ordinaerio, por ejemplo, por atribuirse a la administración pública contratante, prerrogativas [respecto del particular con el que contrata] que no se pueden conferir a ninguna de las partes en contrato ordinario alguno; o bien, por otorgar al particular con quien contrata, poderes o facultades específicas respecto de terceros, imposibles de conferir conforme al derecho privado. Como dice el profesor Héctor Jorge Escola: "la nota propia de este tipo de contratos radica en la existencia, en ellos, de cláusulas exorbitantes del derecho privado, es decir, de cláusulas que no tendrían cabida dentro del derecho común y que ponen de manifiesto la existencia de un régimen especial de derecho público".[10]

Se objeta el criterio de la cláusula exorbitante, porque pudiera ser innecesaria la inserción de tales cláusulas en los contratos administrativos para alcanzar los mismos efectos, por disfrutar la administración pública de especiales prerrogativas establecidas en las leyes y reglamentos.

E. El criterio teleológico

De conformidad con el criterio teleológico, el carácter público de un contrato lo determina su *telos*, su finalidad; de suerte que un contrato será administrativo si tiene determinados fines –distintos a los propios de los contratos de derecho privado–, como pudiera ser el logro de la utilidad pública. Este criterio teleológico registra en la doctrina versiones diferentes; destacan entre ellas la de los servicios públicos, la del interés público y la de la utilidad pública.

Según la modalidad de los servicios públicos del criterio teleológico, es administrativo todo contrato cuya finalidad consista en la prestación de un servicio público. A esta modalidad se le censura su

[10] Héctor Jorge Escola, *op. cit.*, vol. I, p.103.

imprecisión derivada de la falta de consenso en torno al concepto de servicio público.[11]

De acuerdo con la versión del interés público del criterio teleológico, para la diferenciación de los contratos administrativos, dicho interés representa la finalidad de los mismos. Como explica Héctor Jorge Escola:

> Todas esas singularidades características, todas las peculiaridades que le son asignadas y contribuyen a perfilar los contratos administrativos, nacen de su específica finalidad de interés público, por lo que es ése propósito de alcanzar de manera directa e inmediata la satisfacción de ese interés público el que define de manera contundente e irrefutable un contrato como contrato administrativo.[12]

Haciendo a un lado la imprecisión del concepto de interés público, éste no basta a dar la diferencia específica del contrato administrativo, toda vez que los contratos celebrados entre particulares, y por tanto de derecho privado, también pueden tener ese propósito; así lo reconoce el propio Escola al asirse del criterio subjetivo para complementar su caracterización de los contratos administrativos, cuando dice: "Es por esa circunstancia, por tener una finalidad de interés público, por lo que en los contratos administrativos una de las partes que lo celebran debe ser siempre la administración pública actuando como tal, esta vez, en cumplimiento de una función administrativa".[13]

F. El criterio legal

Indudablemente, el más pragmático de todos los criterios empleados para establecer el carácter administrativo de un contrato, es el criterio legal, conforme al cual sólo serán administrativos los contratos que la ley determine como tales. El criterio legal es objetable porque podría el legislador llegar a considerar como administrativos contratos estrictamente de derecho ordinario celebrados por la administración pública.

[11] Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez y Manuel Lucero Espinosa, *Compendio de derecho administrativo. Primer curso*, México, Porrúa, 1994, p. 273.

[12] Héctor Jorge Escola, *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 160 y 161.

[13] *Idem*, p. 160.

G. El criterio mixto

En razón de que ninguno de los mencionados criterios propuestos es suficiente para determinar el carácter administrativo de un contrato, en mi opinión, debe prevalecer el criterio mixto, conforme al cual se pueden considerar contratos administrativos aquellos en los que una de las partes es una persona de derecho público, en ejercicio de una función administrativa, con observancia de formalidades especiales, y posible contenido de cláusulas exorbitantes del derecho privado y no contrarias al derecho público, destinados a la satisfacción de necesidades de carácter general o del interés público, o al logro de la utilidad pública, cuyas controversias que susciten deberán ser de la competencia de órgano jurisdiccional facultado para conocer de asuntos de derecho administrativo.

3. *Caracteres esenciales del contrato administrativo*

Existen ciertos rasgos distintivos esenciales, sin los cuales un acto jurídico no se configura como negocio contractual o, al menos, como contrato administrativo; entre ellos, podemos destacar los relativos a su juridicidad, su bilateralidad y contractualidad, la desigualdad de sus partes, su formalidad, su régimen jurídico exorbitante del derecho privado, y, sobre todo, su finalidad.

A. Juridicidad

Puesto que implica la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones, el contrato administrativo es, a todas luces, un acto jurídico y, en consecuencia, voluntario.

Se pueden separar los actos de la administración pública en dos grandes segmentos, según produzcan o no consecuencias jurídicas: los jurídicos y los actos no jurídicos; estos últimos, aun siendo manifestaciones de voluntad, por tratarse generalmente de informes u opiniones de servidores públicos de la administración pública, no producen efectos jurídicos, o si los llegan a producir, como en el caso de los dictámenes o peritajes, no son efectos jurídicos directos.

El contrato administrativo es, pues, un acto jurídico, mas no se trata de un acto jurídico cualquiera, sino de cierta especificidad que lo

ubica –junto al acto administrativo unilateral-, en el sentido amplio del acto administrativo, como acto realizado por la administración pública en ejercicio de función administrativa para producir efectos jurídicos.

Así pues, en sentido amplio, el acto administrativo incluye, tanto al acto unilateral, que puede ser individual [en cuyo caso se le tiene como acto administrativo en sentido restringido], o general, y entonces se le conoce como reglamento; como también incluye al acto bilateral, que en la mayoría de las veces se identifica como contrato administrativo.

B. Bilateralidad

Parecería ocioso hacer hincapié en la bilateralidad y contractualidad del contrato administrativo, pues todo negocio contractual debe tener tales caracteres por definición; mas, en la especie, considero conveniente insistir en ellos, en virtud de las objeciones formuladas en la primera mitad del siglo XX por Otto Mayer y Fritz Fleiner, al sostener que el contrato administrativo era en realidad un acto administrativo unilateral; y las de Oreste Ranelletti y Walter Jellinek, para quienes, admitiendo su bilateralidad, negaban su contractualidad, por considerar que se trataba de la yuxtaposición de dos actos unilaterales: uno de la administración pública y otro de su cocontratante.

Se enfatiza la bilateralidad de los contratos administrativos por ser sinalagmáticos, dado que ambas partes acuerdan en virtud del contrato, obligaciones mutuas y reciprocas, razón por la cual los contratantes tienen el mutuo y reciproco carácter de deudores y acreedores entre sí, al haberse obligado los unos recíprocamente respecto de los otros.

C. Desigualdad de las partes

La diferenciación de diferentes categorías contractuales implica el reconocimiento de disimilitudes entre las mismas; así, mientras la igualdad de las partes llegó a ser una característica de los contratos privados, en la doctrina imperante en la actualidad su desigualdad representa un carácter esencial de los contratos administrativos.

De no ser así, como ocurre cuando ambas partes son personas de derecho público, no se está, en rigor, frente a un contrato administra-

tivo, sino ante un convenio de coordinación, o ante lo que Bercaitz llama "acto complejo o colectivo",[14]

D. Restricción de la libertad de las partes

Tratándose del contrato administrativo, la administración pública contratante enfrenta serias restricciones a su libertad contractual, que van desde la selección del cocontratante hasta la estructura y términos mismos del propio contrato, pasando por el procedimiento de contratación.

De igual modo, la cocontratante ve restringida también su libertad contractual, al ser marginada en la elaboración y redacción del clausurado del contrato, mismo que es formulado por la administración pública contratante de acuerdo con la normativa jurídica en vigor, por lo que su libertad se ve reducida a su mínima expresión: contrata o no.

Asimismo, el cocontratante carece de libertad para subcontratar, transferir o ceder el contrato administrativo que suscribe, por ser *intuitu personae*, independientemente de que sería una forma de evadir la restricción impuesta a la administración pública contratante para elegir al contratista.

E. Interés público prevaleciente

Indudablemente es carácter esencial del contrato administrativo, el predominio del interés público sobre el interés privado, por ser tal preponderancia guía que orienta el ejercicio de la función administrativa de la que el contrato administrativo viene a ser una de sus manifestaciones.

En suma, el interés público, invariablemente presente en la obra pública, el dominio público, el crédito público o cualquier actividad a que se refiera el contrato administrativo, prevalece en éste, en todo momento, de ahí su mutabilidad y su régimen del derecho privado.

F. Régimen jurídico exorbitante del derecho privado

Configura otro carácter esencial del contrato administrativo, el régimen jurídico exorbitante del derecho privado al que se somete, porque

[14] *Vid*. Miguel Ángel Bercaitz, *op. cit*., p. 151

la razón de ser de esa clase de negocio contractual deriva de su régimen jurídico que rebasa la órbita, los límites del derecho ordinario, por generar derechos y obligaciones impensables y aun inadmisibles es éste, como son la posibilidad de su modificación, o de su ejecución directa y, aun, de su rescisión o revocación unilateral, por parte de la administración pública contratante.

Si el derecho privado fuese suficiente para regular los negocios contractuales que la administración pública celebra en los términos previstos en el troquel del contrato administrativo, éste no tendría razón de ser, ya que sólo se justifica siempre y cuando su régimen jurídico sea sustancialmente distinto del que rige las relaciones contractuales de los particulares.

Considero exorbitante del derecho ordinario al régimen jurídico regulador del contrato administrativo, ya por ser de derecho público, o bien por ser en parte de éste y en parte del primero, pero que en ambos casos rebasa la órbita del derecho ordinario.

4. *Principios rectores del contrato administrativo*

Sustentan a la teoría del contrato administrativo, entre otros, los principios de legalidad, continuidad, mutabilidad, y equilibrio financiero, cuya sistematización está pendiente de realizar.

A. Principio de legalidad

Conforme al principio de legalidad, el contrato administrativo debe sujetarse estrictamente a un régimen jurídico determinado, habida cuenta que la administración sólo puede hacer lo que la ley expresamente le autoriza.

B. Principio de continuidad

De acuerdo con el principio de continuidad, la ejecución de los contratos administrativos no debe interrumpirse ni retrasarse, a efecto de que puedan alcanzar cabal y oportunamente su finalidad.

C. Principio de mutabilidad

El contrato administrativo, en los términos del principio de mutabilidad, puede ser unilateralmente modificado dentro de ciertos límites

por la administración pública contratante, en aras del interés público, y en clara contradicción al principio contractual proveniente del derecho romano *pacta sunt servanda*, por lo cual se considera al de mutabilidad, como el más importante de los principios rectores del contrato administrativo.

D. Principio del equilibrio financiero

En razón del principio del equilibrio financiero, también conocido como principio de la ecuación financiera, en el contrato administrativo se debe mantener el equilibrio financiero establecido en su celebración, a efecto de que las partes no resulten perjudicadas [o que los perjuicios ocasionados se reduzcan a su mínima expresión], por una relación que se torna inequitativa, ya por causas imputables al Estado o a la administración pública, bien por causas no imputables al Estado, para lo cual se emplean mecanismos diversos como aquellos a que se refieren el llamado "hecho del príncipe", y la teoría de la imprevisión.

a. El "hecho del príncipe"

Se entiende por "hecho del príncipe" la alteración provocada en las condiciones de un contrato administrativo, imprevisible para el gobernado contratante, y en su perjuicio, derivada de decisiones adoptadas o conductas asumidas por la autoridad contratante, no como parte del contrato, sino en ejercicio de las atribuciones derivadas de su carácter de autoridad pública.

b. Teoría de la imprevisión

Conocida asimismo como teoría de la lesión sobreviniente, la moderna teoría de la imprevisión, toma como punto de partida para su desarrollo la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, epítome o resumen de "*contractus qui habent tractuma successivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*", traducible como "todo contrato de tracto sucesivo o dependiente de lo futuro, lleva implícito que su cumplimiento sólo es exigible mientras las cosas sigan siendo iguales".

La teoría de la imprevisión con la expresión tradicional de cláusula *rebus sic stantibus*, ha sido adoptada por el derecho administrativo,

especialmente en lo relativo a la concesión de servicio público y al contrato de obra pública. Respecto de esta teoría, la Quinta Conferencia Interamericana de Abogados, realizada en Lima en 1947, aprobó la siguiente resolución:

> 1o. Que la teoría del riesgo imprevisible que se aplica a la concesión de servicios públicos, es también de aplicación a los demás contratos administrativos, particularmente en los de obras públicas y de suministro.
>
> 2o. Que si en ocasión de sobrevenir hechos extraordinarios que alteren las circunstancias de la relación obligacional, independientes de la voluntad de las partes e imprevisibles, que subviertan la economía del contrato, si el contratante no deja de cumplir con la obligación contraída, tiene derecho a exigir que la administración cubra total o parcialmente los aumentos producidos, conforme a los principios de la equidad.
>
> 3o. Que debe, por consiguiente, incluirse en la legislación normas que permitan en los contratos a largo plazo la aplicación de la teoría de la imprevisión, a fin de reajustar el orden jurídico a la realidad y evitar así la grave lesión que importaría para una de las partes mantener en esta emergencia la inflexibilidad de los contratos.
>
> 4o. Que el mecanismo correctivo que se prevea en estos casos, debe contemplar un reajuste equitativo por revisión administrativa, con recurso ante el Poder Judicial, que comprenda las variaciones en más en los precios de los bienes y servicios.[15]

Roberto Dromi, entre otros autores, opina que la teoría de la imprevisión es aplicable a todo contrato administrativo, "ya sea de obra pública, servicios, suministro, locación, concesión de servicios públicos, etc. En consecuencia se aplica a los contratos celebrados por el Estado (nacional, provincial y municipal) y por sus entidades autárquicas, empresas del Estado, sociedades del Estado y otras modalidades de descentralización administrativa y económica".[16]

Entre otros efectos, la teoría de la imprevisión puede dar lugar a una modificación tarifaria o a una ampliación del plazo de vigencia; a

[15] Citado por Enrique Sayagués Laso, *op. cit.*, p. 572.

[16] José Roberto Dromi, "La imprevisión en los contratos de la administración", en *Contratos administrativos. Régimen de pago y actualización*, Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 132.

una prórroga al plazo de ejecución de un contrato de obra pública, o a una indemnización al contratista de la misma; a la actualización o reajuste de precios, en el contrato de suministro, y al reajuste del monto del alquiler en el contrato de locación.

5. *Elementos y requisitos del contrato administrativo*

Los vocablos elemento y requisito no son sinónimos, el primero es la parte de un todo, en tanto que requisito es la condición de validez de algo, como puede ser un contrato o un elemento del mismo. En lo relativo a los contratos, por elemento entendemos cada una de sus partes integrantes algunas de las cuales, por ser indispensables para su existencia, reciben la denominación de esenciales, a diferencia de las no esenciales, así llamadas porque el contrato puede existir careciendo de ellas; en tanto que requisito viene a ser toda condición indispensable para la validez del contrato.

Diversos autores apoyan la clasificación bipartita de los elementos del contrato administrativo para distinguir simplemente los elementos esenciales de los no esenciales o naturales; sin cualquiera de los primeros el contrato no puede existir; en cambio, la ausencia de los no esenciales no impide que el contrato exista.

Un amplio sector de la doctrina considera como elementos esenciales del contrato administrativo, los sujetos, el consentimiento, el objeto y la causa; aun cuando de manera aislada y poco frecuente, también se mencionan como elementos esenciales del contrato, la forma, la competencia y capacidad, la finalidad, el régimen jurídico especial, y la licitación.[17] Como elementos no esenciales del contrato administrativo se señalan el plazo de duración, las garantías y las sanciones.[18]

Se pueden distinguir, entre los elementos esenciales del contrato, los básicos y los presupuestos; los primeros son los elementos esenciales en sentido estricto: consentimiento y objeto; en tanto que los ele-

[17] Pedro Guillermo Altamira, *op. cit.*, pp. 509 a 515; Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez y Manuel Lucero Espinosa, *op. cit.*, pp. 276 a 278; Héctor Jorge Escola, *Tratado integral de los contratos administrativos*, *op. cit.*, pp. 183 a 208; Rafael I. Martínez Morales, *op. cit.*, pp. 128 a 130.

[18] Miguel Ángel Bercaitz, *op. cit.*, pp. 303.

mentos presupuestos son aquellos que están implícitos en los básicos, como es el caso de los sujetos, que vienen a ser un elemento esencial presupuesto en el consentimiento, al igual que la causa lo viene a ser en el objeto.

A. Los sujetos

Un contrato, sin los sujetos o partes que lo celebran, es inimaginable; en los contratos administrativos una de las partes, que pueden ser dos o más, habrá de ser un órgano del poder público en cumplimiento de una función administrativa; el otro sujeto puede ser un particular o, en el caso del llamado contrato interadministrativo, otro órgano del poder público.

Indistintamente, el órgano del poder público contratante podrá ser uno administrativo, lo mismo que uno legislativo o uno jurisdiccional, pero siempre en ejercicio de una función administrativa, y dotado de competencia, o sea, de facultad, para la celebración del contrato respectivo. Por tal razón, en mi opinión, la competencia es un requisito que debe satisfacer el órgano público contratante y no un elemento del contrato.[19]

Excepción hecha de un contrato interadministrativo, el otro sujeto del contrato administrativo, será un particular, el cual deberá satisfacer el requisito de tener capacidad [entendida como aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones] para contratar, y lo mismo podrá ser una persona física que una persona jurídica. Además puede quedar sujeto a satisfacer requisitos especiales, como sería, por ejemplo, su inscripción en un padrón de proveedores.

B. El consentimiento

Existe unanimidad en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia para considerar al consentimiento [acuerdo de voluntades en torno a un fin común] como elemento esencial del contrato administrativo, creador de derechos y obligaciones, para cuya existencia se requiere de la volun-

[19] Andrés Serra Rojas (*Derecho administrativo,* t. II, p. 496) considera elementos del contrato administrativo a la competencia del órgano y a la capacidad del particular.

tad de los sujetos o partes y de su coincidencia para generar el consentimiento y, con él, el contrato mismo.

La voluntad del órgano del poder público, o voluntad administrativa, en cumplimiento de una función administrativa, representa su determinación deliberada de producir un acto bilateral específico, generador de derechos y obligaciones, en concurrencia con su cocontratante; voluntad que se exterioriza a través de una manifestación realizada en la forma señalada en la norma jurídica aplicable.

C. La forma

Visualizo a la forma no como un elemento del contrato, sino como un requisito que habrá de satisfacerse tanto respecto al consentimiento y en particular a la manifestación de la voluntad, como a la implementación del contrato, pues siendo éste, por definición, *el acuerdo de dos o más personas para crear obligaciones patrimoniales,* existirá desde el momento en que acuerdan crear, modificar o extinguir obligaciones de ese tipo, sin perjuicio de que para su validez se deban satisfacer los requisitos [por ejemplo, los de forma] que la norma jurídica señale respecto de la manifestación de la voluntad.[20]

En lo atinente a la voluntad, recordemos también la necesidad de preservarla contra todo vicio que la violente o deforme; el error, el dolo y la violencia son los vicios más señalados en la doctrina, que afectan al consentimiento, respecto de los contratos administrativos.

D. El objeto

Elemento esencial de todo contrato es el objeto, y debe ser cierto, posible, lícito y determinado o determinable en cuanto a su especie, consistente en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones –objeto directo– o, tratándose del objeto indirecto, en la cosa que el obligado debe dar o en el hecho que debe hacer o no hacer.

[20] Héctor Jorge Escola (*Tratado integral de los contratos administrativos*, vol. I, p. 186) no considera a la forma como requisito sino: "Como elemento esencial complementario, concurrente a veces para la existencia y otras para la mejor eficacia del contrato administrativo, aparece la `forma' tan trascendente siempre en el campo del derecho administrativo".

E. La causa

Se interpreta como causa del contrato administrativo, el móvil o principio impulsor de la voluntad de las partes para su celebración, siendo diferente la causa del órgano público a la de su cocontrante, cuando éste es un particular, en cuyo caso no tiene mayor relevancia; no así la causa del órgano público contratante, cuya importancia es de tal magnitud que si desaparece, el contrato administrativo se extingue, lo cual significa que es la causa impulsora de la voluntad del órgano público, y no la del particular cocontratante, la que configura a este elemento esencial de dicho contrato.

Consideran algunos autores a la causa como un elemento esencial presupuesto o implícito en el objeto; en este sentido, Héctor Jorge Escola afirma: "La existencia del objeto, a su vez, implica la de una causa y la de una finalidad, implícitos en él y condicionados, en cuanto a su ser, por los mismos sujetos".[21]

F. La finalidad

Otros autores estiman que la finalidad o *telos* del contrato es uno de sus elementos esenciales, por cierto, implícito o presupuesto en el objeto del mismo, habida cuenta que la finalidad explica el porqué de tal objeto; como bien dice Miguel S. Marienhoff, "La 'finalidad' constituye la 'razón' que justifica la emisión del acto. De modo que la 'finalidad' en relación al objeto o contenido del acto, actúa teleológicamente".[22]

G. Otros presuntos elementos esenciales

De manera aislada, algunos autores sostienen la existencia de otros elementos esenciales del contrato administrativo, los cuales no han sido aceptados como tales por el grueso de la doctrina; entre ellos figuran la forma, la competencia y la capacidad, que ya hemos visto que no son elementos sino requisitos del contrato administrativo; y además, el régimen jurídico especial, y la licitación.

[21] Héctor Jorge Escola, *Tratado integral de los contratos administrativos*, *op. cit.*, t. I, p. 186.
[22] Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, *op. cit.*, t. II, p. 344.

Hay quienes ven, en el régimen jurídico especial, un elemento esencial del contrato administrativo; señalan que éste es regido por reglas exorbitantes del derecho privado, de tal suerte que aun cuando determinados privilegios del órgano público contratante no consten expresamente en el contrato, deberán hacerse valer cuando sea necesario, destacando entre ellos su posible modificación y aun su rescisión unilateral, así como su ejecución directa.

Sin poner en duda los referidos privilegios del órgano del poder público en los contratos administrativos que celebre, no me parece razonable considerar al régimen jurídico especial que los establece, como elemento esencial de tales contratos, por no ser parte integrante de ellos, sino un requisito indispensable de los mismos contratos, toda vez que deben ser regulados por normas jurídicas exorbitantes del derecho privado, so pena de no ser contratos administrativos.

Por lo que hace a la licitación, me ocuparé de ella después de definir y clasificar al contrato administrativo.

6. *Definición del contrato administrativo*

La idea del contrato administrativo parte del supuesto de que, en ciertos casos, los actos bilaterales en que participa la administración pública son contratos cuyas peculiaridades propias impiden asimilarlos a los moldes contractuales del derecho privado.

En este orden de ideas, el profesor venezolano Allan Randolph Brewer Carías observa cómo la administración pública realiza actos bilaterales, que de acuerdo con su contenido, son de naturaleza contractual; de ellos deriva una relación jurídica de derecho administrativo, lo cual evidencia su sometimiento a ciertas normas jurídicas, muchas de las cuales son distintas de las del derecho privado. "Estos contratos forman, dentro de los contratos de la administración, la categoría particular de los contratos administrativos".[23]

En suma, el contrato administrativo [*marchés publics*, en Francia: *public procurement*, en el Reino Unido; y *óffentliche aufräge*, en Ale-

[23] Allan Randolph Brewer Carías, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p 182.

mania] es una forma de crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones, y sus correlativos derechos, como resultado de una relación plurilateral consensual, frecuentemente caracterizada por la situación privilegiada que una de las partes [la administración pública] guarda respecto de la otra [un particular], en lo concerniente a las obligaciones pactadas, sin que por tal motivo disminuyan los derechos económicos atribuidos a la otra parte.

Así pues, el contrato administrativo es *el acuerdo de un particular con un órgano del poder público en ejercicio de función administrativa, para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones patrimoniales, en aras del interés público, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho ordinario.*

7. Clasificación de los contratos administrativos

Entre otras clasificaciones de los contratos administrativos propuestas en la doctrina, recordamos las que los agrupan, por el número de partes que resultan obligadas, en unilaterales [una sola de la dos partes se obliga hacia la otra sin que ésta contraiga obligación alguna]; y bilaterales o sinalagmáticos [en los que ambas partes acuerdan obligaciones mutuas y recíprocas, por lo que asumen el mutuo y recíproco carácter de acreedores y deudores entre sí.

Por las prestaciones pactadas, los contratos pueden ser: a título gratuito [en el que una de las partes otorga a la otra un provecho o beneficio sin compensación equivalente ni contraprestación alguna]; o a título oneroso [ambas partes se proponen obtener un provecho o ventaja a cambio de una contraprestación].

Por el momento de su perfeccionamiento, los contratos se clasifican en consensuales [cuyo perfeccionamiento se logra por el sólo consentimiento de las partes]; reales [los que su perfeccionamiento requiere de un principio de ejecución, como es la entrega y tradición de la cosa]; formales [cuya validez queda supeditada a la observancia de una forma determinada, por ejemplo, que el consentimiento conste por escrito]; solemnes [cuya existencia se condiciona a observar cierta solemnidad].

Por su previsión en la ley, los contratos pueden ser nominados o innominados, según estén expresamente previstos, o no, en el ordenamiento legal.

Por la certeza de sus prestaciones, serán conmutativos los contratos onerosos cuando las prestaciones que se deban las partes sean ciertas desde que se celebra el contrato; y serán aleatorios cuando la prestación debida dependa de un acontecimiento incierto que impida, al momento de celebrarlo, saber si habrá ganancia o pérdida, lo que se conocerá cuando el acontecimiento se realice.

Por su relación con otro contrato, serán principales los contratos que existan por sí solos; y se consideran accesorios los que dependan jurídica y lógicamente de otro.

Por el tiempo en que se realizan las prestaciones: de ejecución inmediata [cuya consumación efectúan las partes en el momento mismo de su celebración]; de ejecución instantánea [cuyo efecto se produce en un solo acto, aun cuando éste no se realice en el momento mismo de su celebración]; y de ejecución diferida, cuyas obligaciones habrán de cumplirse en uno o varios episodios posteriores a su celebración, como ocurre en los contratos de tracto sucesivo cuya eficacia perdura en un tiempo más o menos prolongado, y que pueden ser de ejecución de ejecución continua, como ocurre en el comodato; de ejecución periódica, como acontece en la suscripción a periódicos; o de ejecución escalonada, en los que el cumplimiento se prevé en momentos separados, con intervalos desiguales, como en la compraventa con entrega de mercaderías por lotes en fechas diferentes.

En razón a la formación del consentimiento; contratos negociados, en los que las partes se sitúan jurídicamente en un mismo plano; y de adhesión, en que una de las partes impone sus condiciones a la otra, la que sólo puede aceptarlas íntegramente, o rechazarlas, en cuyo caso el contrato no se celebra.

En atención al origen de las obligaciones pactada: contratos base, en los que alguna de las partes adquiere derechos y asume obligaciones que eventualmente podrá transferir mediante subcontratación; y contratos derivados o sub contratos.

En relación con las cualidades específicas del cocontratante, los contratos administrativos pueden ser o no *intuito personae*; lo serán cuando se exija que el cocontratante tenga ciertas cualidades de carácter legal, técnico, financiero, económico o moral; en consecuencia, el contrato *intuito personae* no puede ser cedido o transferido por el

cocontrante a otra persona, ni tampoco subcontratar a un tercero para que asuma las obligaciones por cumplir, salvo que lo autorice la administración contratante.

8. *La licitación pública*

Suele usarse la palabra "licitación" como sinónimo de subasta, concurso y remate; así, por ejemplo, el texto vigente del artículo 134 constitucional habla de licitaciones para la adjudicación de los contratos del gobierno, en tanto que su texto original utilizó el término "subasta".

Mas, independientemente de que exista o no tal sinonimia, lo que interesa precisar es si la licitación es un elemento del contrato administrativo, como lo consideran algunos autores.[24]

Considero que la licitación no es un elemento, y mucho menos esencial, del contrato administrativo, sino que se trata de un requisito procedimental exigible en muchos de tales contratos, porque si fuese un elemento esencial sería imprescindible en todos ellos, lo cual no ocurre así, entre otras razones por urgencia, por existir un único posible cocontratante, o por su escasa cuantía.

Consiguientemente, la licitación no constituye ni siquiera un elemento no esencial del contrato administrativo, sino, en alguno casos, un requisito previo a su celebración que se satisface a través de un procedimiento administrativo específico mediante el cual se selecciona –de entre todos los aspirantes cuya idoneidad moral, técnica y financiera quedó previamente comprobada– al cocontratante que haya presentado la mejor oferta, que no necesariamente la más baja.

El 7 de mayo de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se reforma y adiciona el artículo 134 constitucional, en cuya virtud sus disposiciones son obligatorias no sólo para la Federación y el Distrito Federal, sino también para los estados y los municipios, los cuales no estaban mencionados en dicho artículo hasta

[24] Entre otros Rafael I. Martínez Morales (*Derecho administrativo. Segundo curso*, *op. cit.*, p. 129) "*Licitación*. Este elemento es introducido en los contratos administrativos como un mecanismo de control al gasto que realizan los entes públicos; encuentra su justificación en disposiciones legales, las que también establecen las excepciones a la licitación pública".

antes de la referida modificación que contiene la regla general de que las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudiquen o lleven a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública; pero prevé la posibilidad de que la ley establezca excepción para cuando la licitación no sea idónea para asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, etcétera.

Cabe observar que la modificación a este numeral de la Constitución, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 29 de enero de 2016, no alteró estas disposiciones relativas a la licitación pública.

9. *Tipos de contratos administrativos*

La doctrina jurídico administrativa registra diversos tipos de contratos administrativos, entre los que destacan los de obra pública, de adquisición de bienes muebles, de arrendamiento de bienes muebles, de enajenación de bienes muebles, de prestación de servicios, de préstamo y de empréstito públicos, además de otras figuras afines al contrato administrativo, como son las de incorporación al empleo público, y la concesión administrativa.

En el ámbito federal mexicano, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, considera el contrato de obra pública y el de servicios relacionados con las mismas; la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, contempla los contratos administrativos de adquisiciones, arrendamientos, y servicios; en tanto que la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público se ocupa de regular la enajenación [bajo los procedimientos (que implican contratos) de donación, compraventa e incluso permuta] de los bienes que sean transferidos al Sistema de Administración y Enajenación de Bienes; la Ley General de Bienes Nacionales prevé la venta, la donación y el comodato de los bienes muebles de propiedad federal que estén a su servicio y que por su uso, aprovechamiento o estado de conservación no sean ya adecuados o resulte inconveniente su utilización en el mismo, así como la venta y donación de los desechos respectivos. Por su parte, la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica regula el contrato de suministro de energía eléctrica.

A. Contrato de obra pública

Es opinión generalizada que el de obra pública es el contrato administrativo por excelencia, mediante el cual un sujeto a quien se denomina contratista, se obliga a construir, reconstruir, reformar, reparar, mantener, o demoler un bien inmueble, mediante el pago de un precio que se obliga a pagarle otro sujeto que siempre será un órgano de la Administración pública. El profesor Rafael Juristo Sánchez lo define como: "aquel tipo de contrato administrativo por virtud del cual una de las partes llamada contratista o empresario se obliga a realizar, con organización y medios propios, una obra inmobiliaria destinada a satisfacer un interés público, a cambio de un precio cierto en dinero que se compromete a pagarle una Administración pública".[25]

En la conformación del contrato de obra pública se puede advertir una etapa preliminar que comprende su planeación, programación y presupuestación; una etapa ejecutiva que inicia con la autorización de la obra e incluye, además, la selección del contratista [y en su caso la licitación respectiva], la adjudicación del contrato, su celebración y firma, la ejecución de la obra, su control y vigilancia, y la recepción de la obra; por último, una etapa final que atañe a la extinción del contrato y a la aplicación de sanciones.[26]

B. Contrato administrativo de adquisición de bienes muebles

En su Diccionario de la Lengua, la Real Academia atribuye a la palabra *adquisición*, las acepciones de *cosa adquirida*, y de *acción de adquirir*, verbo al que le da cuatro significados: ganar, conseguir con el propio trabajo e industria; comprar; así como coger, lograr o conseguir; y con una connotación jurídica: hacer propio un derecho o cosa que a nadie pertenece, o se transmite a título lucrativo u oneroso, o por prescripción.

Desde la perspectiva jurídica, Jorge Sánchez Cordero explica que "En materia de propiedad se puede afirmar que la adquisición es el he-

[25] Rafael Juristo Sánchez, *La ejecución del contrato de obra pública*, 2a. ed., Madrid, Hauser y Menet, 1991, p. 15.

[26] *Vid*. Jorge Ricardo Canals Arenas, *El contrato de obra pública*, México, Trillas, 1991, pp. 130 a 137.

cho o acto jurídico en términos del cual se incorpora al patrimonio de una persona un bien mueble o inmueble,"[27]

Existen diferentes modos de adquirir, o formas o modos de adquisición: por ocupación [apoderamiento de una cosa que carece de dueño, con ánimo de hacerla propia], accesión [derecho del propietario de una cosa de apropiarse todo lo que ella produce o se le incorpora, natural o artificialmente], enajenación [transmisión del dominio de una cosa que hace el propietario a favor de otra persona; por lo que puede ser por compraventa, permuta o donación], prescripción adquisitiva o usucapión [medio de adquirir bienes mediante la posesión continuada durante cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley], y por herencia.

En el orden jurídico mexicano, el contrato de adquisición de bienes muebles celebrado por entes del sector público es, en rigor, un contrato de compraventa con cláusulas exorbitantes del derecho ordinario, en cuya virtud un particular, llamado proveedor, se obliga a transferir la propiedad de un bien mueble [o de un conjunto de bienes muebles] a un ente del sector público, quien se obliga a pagar un precio cierto y en dinero. Se trata, en realidad, de un contrato administrativo de compra, en el que el comprador es siempre un ente del sector público

Debo enfatizar que la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, reduce el contrato de adquisición a la compraventa de bienes muebles, sin dar cabida a ninguna de las otras formas de adquirir; ni siquiera a las otras dos formas contractuales de enajenación: permuta y donación, por cuya razón los contratos de estos últimos dos tipos que celebre el sector público no serán contratos administrativos y se regirán por el Código Civil Federal.

Dado su carácter administrativo, insisto en que el contrato de adquisición de bienes muebles, invariablemente, una de sus partes será el Estado [o alguna de sus personas de derecho público], actuando en ejercicio de función administrativa con una finalidad de interés público, y sujeción a un régimen exorbitante del derecho ordinario.

El contrato administrativo de adquisición de bienes muebles, en los términos de la citada Ley de Adquisiciones, arrendamientos y

[27] Diccionario jurídico mexicano, México, UNAM-IIJ, 1982, t. I. 105.

Servicios del Sector Público, es administrativo, sinalagmático, oneroso, formal, principal e *intuitu personae*.

En mi opinión, resulta equívoco denominar al contrato administrativo de compraventa de bienes muebles, contrato de adquisición de bienes muebles, como lo llama la Ley de Adquisiciones, arrendamientos y Servicios del Sector Público, porque sólo atañe a la compraventa, mas no a la permuta y a la donación, por lo que el nombre es excesivo, vamos, le queda grande. Consecuentemente, debiera llamarse, sin ambages, contrato administrativo de compra de bienes muebles, toda vez que el comprador será siempre el sector público.

De igual modo es equívoco, por excesivo, el título de la Ley de Adquisiciones, arrendamientos y Servicios del Sector Público, porque no regula la ocupación, la accesión, la usucapión y la herencia, que también son formas de adquisición, sino sólo de una de los modos de enajenación [que también es una manera de adquirir]: la compraventa, dejando de lado la permuta y la donación, a las que tampoco regula. Por ello, dicho ordenamiento legal debiera llamarse Ley de Compras, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

C. Contrato administrativo de arrendamiento de bienes muebles

Los mismos ordenamientos jurídicos relativos al contrato administrativo de adquisición de bienes muebles, regulan también al contrato administrativo de arrendamiento de bienes muebles celebrado por la Administración pública para tener el uso temporal de ciertos equipos, por ejemplo equipo de cómputo, o bienes muebles en general, mediante el pago de una renta.

El contrato administrativo de arrendamiento puro se puede entender como el acto jurídico bilateral celebrado entre una administración pública en ejercicio de función administrativa y un particular, en cuya virtud ambas partas se obligan recíprocamente; el particular queda obligado a conceder el uso o goce temporal de un bien mueble, y la administración pública adquiere la obligación de pagar periódicamente un precio cierto por el goce o uso de dicho bien, para satisfacción del interés público, con sujeción de un régimen exorbitante del derecho ordinario.

El contrato administrativo de arrendamiento financiero de bienes muebles es celebrado, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho ordinario, entre una administración pública y un particular, en aras del interés público, con el propósito de financiar la utilización de bienes muebles que requiere para el logro de sus fines, mediante el pago de remuneraciones periódicas durante un plazo determinado, sin predeterminar la traslación de su propiedad, la que eventualmente se realizará al concluir el plazo del contrato, de resolverlo así la arrendataria, entre un conjunto de alternativas, como pueden ser la compra de los bienes arrendados a un precio inferior a su valor de adquisición, fijado en el contrato; la prórroga del plazo para continuar con el uso o goce de los bienes, con reducción del monto de la renta que pagaba inicialmente; o la venta del bien a un tercero, compartiendo el precio con el arrendador en los términos que se pacten en el contrato.

En los términos de la citada Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, el contrato administrativo de arrendamiento de bienes muebles, es administrativo, sinalagmático, oneroso, nominado, formal, principal, *intuitu personae,* de tracto sucesivo y traslativo de uso; eventualmente, en la modalidad de arrendamiento financiero, puede ser traslativo de dominio.

D. Contrato administrativo de venta de bienes muebles

Mes con mes, el sector público deja de emplear bienes muebles de su propiedad que están a su servicio y que por su uso, aprovechamiento o estado de conservación no son ya adecuados o resulta inconveniente su utilización, a los que se agrega un cúmulo de materiales de desecho, que requiere ser dado de baja en los inventarios respectivos y proceder a su venta o destrucción, lo cual ha sido soslayado por la doctrina y mal tratado en la legislación, pese su valiosa cuantía, por lo que se convierte en una importante fuente de corrupción.

Lamentablemente la doctrina jurídica mexicana no se ha ocupado del estudio e investigación del contrato administrativo de venta de bienes muebles, en el que el vendedor es la administración pública y el comprador un particular, bajo un régimen jurídico exorbitante del derecho ordinario; en tanto que la legislación lo ha regulado de manera superficial e inadecuada, como se advierte en la Ley General de Bienes

Nacionales, cuyo artículo 129 indebidamente trata de obviar la expedición de un Reglamento de Baja y Disposición Final de Bienes Muebles de la Administración Pública Federal, al facultar a la Secretaría de la Función Pública a expedir las Normas Generales para el Registro, Afectación, Disposición Final y Baja de Bienes Muebles de la Administración Pública Federal Centralizada, las que prevén la venta de los referidos bienes, mediante contratos que se adjudicarán mediante procedimientos de licitación pública incluyendo subasta (sic), invitación a cuando menos tres personas, o adjudicación directa.

Téngase presente que la facultad del Ejecutivo Federal de reglamentar las leyes que expida el Congreso de la Unión es indelegable, por lo que la sustitución de un Reglamento de la Ley General de Bienes Nacionales mediante las referidas normas generales [que no se limitan a orientar e instruir a los servidores públicos de la administración pública sobre la aplicación de la Ley general de Bienes Nacionales, sino que establecen preceptos que atañen a los particulares interesados en adquirir bienes muebles dados de baja por el sector público, para quienes prevén derechos y obligaciones] que detallan y explican la regulación jurídica del contrato administrativo de venta de bienes muebles de la administración pública, es inconstitucional.

En suma, la normativa federal para la venta de bienes muebles del sector público es deficiente, por lo que urge corregirla, para lo cual se sugiere reformar la Ley General de Bienes Nacionales, incluyendo un capítulo, dentro de su título quinto [relativo a los bienes muebles de la administración pública federal], que contenga los lineamientos generales para contratar la venta de bienes muebles y materiales de desecho del sector público, complementándose con un reglamento que detalle los aspectos de esa ley, relativos a esa contratación, y provea en la esfera administrativa a su exacta observancia.

E. Contrato administrativo de prestación de servicios

Se puede interpretar como contrato administrativo de prestación de servicios, el celebrado por un ente del sector público, en ejercicio de función administrativa, con un proveedor particular, a efecto de que éste realice determinada actividad técnica, destinada a satisfacer un re-

querimiento específico de dicho ente, en aras del interés público, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho ordinario.

En el contrato administrativo de prestación de servicios se pueden incluir los de conservación, mantenimiento o reparación de bienes muebles e inmuebles; maquila; seguros; transportación de bienes; de limpieza; de vigilancia; los de estudios técnicos que se vinculen con la adquisición o uso de bienes muebles; los de cualquier naturaleza cuya prestación genere una obligación de pago para el sector público,

En términos generales, el contrato administrativo de servicios se puede clasificar como sinalagmático, *intuitu personae*, oneroso, nominado, formal, principal y, con frecuencia, de tracto sucesivo, como en tratándose de servicios de mantenimiento de de equipo de oficina, limpieza y vigilancia.

F. Contrato administrativo de suministro

Asignatura pendiente de la doctrina jurídica mexicana es el contrato administrativo de suministro, ya que nuestros grandes tratadistas de derecho administrativo, o lo abordan de soslayo en una cuartilla o menos, equiparándolo al contrato administrativo de adquisición de bienes muebles, o de plano lo ignoran; situación semejante ocurre con los manuales, compendios y obras similares de nuestro derecho administrativo; en tanto que el contrato administrativo de suministro en el que el suministrador es la administración pública, no sólo permanece inexplorado, sino ignorado en nuestra doctrina jurídica, con excepción de mi libro *Derecho administrativo. Contratos.*[28]

No existe consenso doctrinario en torno al concepto de contrato administrativo de suministro, habida cuenta que mientras algunos autores lo consideran equivalente a un contrato de compraventa con la entrega de los bienes en una sola vez o en periodos sucesivos; en cambio, para otros autores el contrato administrativo de suministro tiene perfiles propios, por lo que se diferencia de la compraventa y de cualquier otro contrato.

[28] Jorge Fernández Ruiz, *Derecho administrativo. Contratos*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2009, XV-573 pp.

Para quien esto escribe, el contrato administrativo de suministro se puede explicar de manera omnicomprensiva como *aquel en que una de las partes es una administración pública en ejercicio de función pública, en virtud del cual una de ellas surte a la otra de un determinado bien o producto, en el momento, cantidad o volumen y calidad que esta última lo requiere, a cambio de una remuneración periódica en dinero, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho ordinario.*

En principio, el bien o producto a que se refiere el suministro viene a satisfacer una necesidad del suministrado y, en consecuencia, su entrega se habrá de producir siempre que se presente dicha necesidad, la cual se caracteriza por ser en unos casos periódica o cuando menos repetitiva, y en otros continua, pero siempre duradera; se trata, pues, de una necesidad hasta cierto punto insaciable, que genera en los contratantes un interés permanente de asegurar su satisfacción oportuna; luego entonces, en el contrato de suministro, tanto la necesidad como el interés de satisfacerla y la satisfacción misma son duraderos.

La diferencia entre contrato administrativo de suministro y su análogo de compraventa, consiste en que en este último la administración pública compradora puede adquirir determinados bienes, en unos casos porque los necesita y en otros por si los llegara a necesitar, evento que puede ocurrir después de varios años, pocos o muchos, o incluso pudiera no llegar a necesitar, como suele ocurrir en la compra de refacciones para maquinaria y equipo, que se dan de baja sin haberse usado, porque ya no existe el bien al que estaban destinadas; mientras que en el contrato de suministro, la adquirente –particular o administración pública– busca asegurar una provisión o caudal de bienes que requiere constantemente o con frecuencia, para que no lleguen a faltar y poder disponer de ellos inmediatamente, siempre que los necesite, como ocurre en el suministro de agua potable, en el que puede darse el caso de que el usuario del servicio público no llegue a necesitar el agua, porque no llega ocupar la casa para la que contrató el suministro.

G. Contrato administrativo de préstamo público

El Estado cubre sus erogaciones con los ingresos provenientes del pago de las contribuciones; empero, desde tiempo inmemorial, la suma de tales ingresos suele ser insuficiente para cubrir el gasto público, por lo

que para financiar el déficit se obtienen recursos provenientes del crédito público, ya sea mediante contrato de préstamo público o por medio de contrato de empréstito público.

Para sus propios efectos, la Ley General de Deuda Pública, en su artículo 2o., entiende por financiamiento, la contratación de créditos, empréstitos o préstamos derivados de diversos actos, como la suscripción o emisión de títulos de crédito, la adquisición de bienes, así como la contratación de obras o servicios cuyo pago se pacte a plazos.

Merced al contrato de préstamo el Estado obtiene de una institución bancaria, u otro tercero, una suma de dinero que se obliga a reembolsar, junto con el interés convenido, bien sea en un solo pago o en abonos escalonados. Por tanto, el préstamo público, como observa Juan Carlos Peirano Facio, es un mutuo de dinero caracterizado por su naturaleza contractual, en el que la deuda pública se origina en una entrega de fondos, sin emisión de títulos de crédito.[29]

H. Contrato administrativo de empréstito público

En razón del origen de los recursos, los empréstitos públicos se clasifican en internos y externos o internacionales, según provengan los fondos de ahorradores radicados en el país o de ahorradores o instituciones de otros países o internaciones, como el Banco Mundial, por ejemplo.

El empréstito público es voluntario, –salvo el caso excepcional del empréstito obligatorio–, redituable y reembolsable, lo que significa que es resultado de la coincidencia de voluntades del prestador y del acreditado en un contrato que establecerá la tasa de interés y las fechas de pago del capital y de los intereses.

El empréstito puede entenderse como un mecanismo que permite anticipar el empleo de recursos futuros, para disponer hoy de fondos susceptibles de reunirse en el curso de varios años, habida cuenta que, como apunta Pedro Antonio Lamprea Rodríguez: "La finalidad del contrato empréstito es la provisión a la entidad contratante, por un aparte de una entidad crediticia nacional o extranjera, de recursos en

[29] *Vid*. Juan Carlos Peirano Facio, *Deuda pública y presupuesto*, Montevideo, FCC, 1976, p. 44.

moneda nacional o extranjera, para cuyo pago o amortización se otorga un plazo".[30]

El de empréstito público es un contrato administrativo, toda vez que siempre una de sus partes habrá de ser el Estado o alguna de sus personas de derecho público, en ejercicio de función administrativa, con una finalidad de interés público, invariablemente con sujeción a un régimen exorbitante del derecho privado.

El contrato de empréstito público puede entenderse como aquel por el cual el Estado o alguna de sus personas de derecho público, con miras al cumplimiento de sus fines, recibe de otra persona una cantidad de dinero en moneda nacional o en divisas, que se obliga a devolver en la misma especie, en fecha y lugar determinados, adquiriendo, además, la obligación de pagar periódicamente una renta o interés a tasa determinada o determinable.

Se ubica el contrato de empréstito público dentro de la clasificación contractual como administrativo, bilateral, oneroso, formal, principal, traslativo de propiedad y duradero.

H. Otras figuras afines al contrato administrativo

En las normativas jurídicas de otros países, existen otros tipos de contratos que el orden jurídico mexicano no reconoce como tales; es el caso de la incorporación al empleo público, y de la concesión de servicio público.

a. La incorporación al empleo público

El acceso de las personas físicas al empleo público, es decir, al ejercicio de la función pública, da lugar a una relación jurídica entre el Estado y su funcionario o empleado, cuya naturaleza no ha logrado un consenso en la doctrina, dada la diversidad de teorías que tratan de explicarla, a cuyo respecto André de Laubadere hace notar que:

> El problema de la situación jurídica del funcionamiento público es doble: 1o. Se trata de saber si esta situación es de derecho público o de derecho priva-

[30] Pedro Antonio Lamprea Rodríguez, *Contratos administrativos,* Bogotá, Fondo de Cultura Jurídica, 1979, p. 365.

do; 2o. Por otra parte se trata de saber si el funcionario está dentro de una situación legal y reglamentaria o dentro de una situación jurídica subjetiva, y especialmente si está ligado por una relación de carácter contractual a la colectividad pública que lo emplea. [31]

La doctrina registra ciertas teorías contractualistas que a la luz de derecho civil pretenden explicar la naturaleza jurídica de la relación que se da en el empleo público aluden a diversas figuras contractuales, destacando las que la identifican como una relación propia de un contrato civil de mandato y las que la consideran en el esquema de un contrato de arriendo o localización de servicios.

La teoría del contrato civil de mandato, como explicativa de la relación surgida del empleo o de la función públicos, descansa en los siguientes elementos:

- Representación del Estado mandante, al que pertenece el ente público correspondiente, por parte del mandatario para ejecutar, por cuenta del primero, los actos que le encomiende por conducto del ente público respectivo.
- Consentimiento de las partes, expresado a través del nombramiento expedido por el ente público correspondiente del Estado mandante y de la aceptación del interesado.
- Delegación de las facultades del ente público mandante en favor del mandatario, fuera de las cuales la actividad de ese último no obliga al mandante.
- Por tratarse de un contrato sinalagmático y oneroso, se generan obligaciones recíprocas de las partes: a cargo del mandatario la de representar al mandante en la ejecución de ciertos actos jurídicos, y a cargo del ente público la de remunerar la actividad representativa del mandatario.

Sin duda, un gran número de empleados públicos, por ejemplo los vigilantes, no representan al Estado en la ejecución de actos jurídicos, y tratándose de funcionarios públicos de alta jerarquía, que sí lo representan, sus obligaciones no se reducen a las de representación, pues

[31] André Laubadere, *Traité de Droit administratif*, 7° ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980, t. 2, pp. 23 y 24.

incluyen la prestación de diversos servicios personales, por lo que la naturaleza de la relación existente entre el Estado y sus funcionarios y empleados no es la resultante de un contrato civil de mandato.

Ante el rechazo de la teoría del mandato, los civilistas propusieron la teoría del contrato civil de arriendo o locación de servicios, o como decimos en México, de "prestación de servicios", para explicar la relación existente entre el Estado y sus funcionarios y empleados.

Sin embargo, el contrato de locación o prestación de servicios tampoco puede explicar dicha relación, habida cuenta que en ese contrato, locador y locatario, o prestador y prestatario, se ubican en un plano de igualdad y de libertad, lo que no ocurre en el caso del funcionario y del empleado público, toda vez que quedan sometidos a un código de conducta obligatorio impuesto por el Estado, aun fuera de su horario de labores.

La teoría estatutaria, o teoría del acto unilateral, sostiene que la sola voluntad unilateral del Estado, expresada a través del *nombramiento*, basta para generar la relación entre éste y el empleado o el funcionario públicos.

A la luz de esta teoría, la naturaleza de la relación entre el Estado empleador y el particular empleado, lejos de ser contractual, es legal o reglamentaria, o como dicen algunos autores, estatutaria, en virtud de la cual:

- El funcionario y el empleado públicos quedan sometidos en todo momento a las normas jurídicas que regulan su actuación, o sea a su estatuto jurídico.
- Los deberes y derechos contenidos en el estatuto estarán vigentes en tanto no se modifique éste, sin que los funcionarios y empleados puedan oponerse a su eventual modificación.
- Las normas contenidas en el estatuto no podrán dejar de observarse en beneficio o perjuicio de ningún funcionario o empleado, en razón del principio de legalidad y de la inderogabilidad singular de la norma jurídica.
- La inobservancia del estatuto por parte del Estado es impugnable ante la autoridad competente.

Un análisis, aunque sea somero, de la teoría estatutaria o del acto unilateral, hace notar que no es suficiente para explicar la relación existente

entre el Estado y sus funcionarios y empleados, toda vez que sin el consentimiento de estos últimos no se podrá construir dicha relación, lo cual significa que contra su voluntad nadie podrá ser funcionario o empleado público, excepto en los casos de jurados, cargos o concejiles y demás previstos en el artículo 5° constitucional.

Otra teoría contractual es la del contrato administrativo, asumida por la legislación argentina, conforme a la cual, la relación establecida por el empleo público o la función pública, entre el Estado y el funcionario o empleado es de naturaleza contractual, mas no propia de un contrato civil, sino de un contrato administrativo, dada la desigualdad de las partes –Estado y funcionario o empleado público-, una de las cuales será invariablemente el Estado actuando en ejercicio de función administrativa, con fines de interés público y con sujeción en buena medida a un régimen exorbitante del derecho privado.

Otros doctrinarios, como Alberto Trueba Urbina, consideran también que la relación establecida por el empleo público o la función pública, entre el Estado y el funcionario o empleado es de naturaleza contractual, empero, niegan que el contrato respectivo sea civil o administrativo, porque a su juicio es de derecho social.[32]

El jurista Mario de la Cueva estima que el derecho positivo mexicano adoptó los criterios de esta teoría del contrato laboral a través de la expedición, el 5 de diciembre de 1938, del Estatuto de los Trabajadores al Servicio de los Poderes de la Unión, por afirmarse en su correspondiente iniciativa que la relación jurídica entre el Estado y sus servidores sería una relación de trabajo.[33]

Otra teoría para explicar la naturaleza de la relación del Estado con el empleado público es la del acto-condición, que considera a dicha relación como la subsunción de un sujeto, con su consentimiento, en una situación general estatutaria preexistente, mediante una manifestación de voluntad realizada por un órgano competente del Estado, a través de un nombramiento que, junto con su correspondiente aceptación, configura la condición de aplicación, al caso individual de cualquier

[32] *Vid*. Alberto Trueba Urbina, *Nuevo derecho procesal del trabajo*, 4a ed., México, Porrúa, 1978, p. 596.

[33] *Vid*. Mario de la Cueva, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1972, p. 643.

funcionario o empleado públicos, de la situación general estatutaria preexistente para todos ellos.

Por consiguiente, el que una persona física se incorpore a la situación general estatutaria preexistente que regula la relación dada entre el Estado y sus funcionarios y empleados, con todos los derechos y obligaciones que ello entraña, o sea, que se convierta en funcionario público o en empleado, público, queda condicionado a que el Estado le extienda el nombramiento respectivo y dicha persona lo acepte. Consecuentemente, conforme a la teoría del acto-condición, para la incorporación de un sujeto a la función o al empleo público no se requiere la celebración de contrato alguno, habida cuenta de las obligaciones y los derechos provenientes de los sujetos de esa relación –Estado y funcionario o empleado público– están predeterminados estatutariamente en el ordenamiento jurídico; sin embargo, no basta, para tal efecto, la designación hecha mediante acto unilateral del Estado, porque, salvo que se trate de los agente públicos no voluntarios a que se refiere el cuarto párrafo del artículo 5° constitucional, a nadie se puede obligar a ser funcionario o empleados públicos.

Por su parte, la teoría legalista considera que la naturaleza jurídica de la relación nacida de la función y el empleo públicos la define la ley.[34]

Otra teoría, la del acto mixto, sostiene que la relación surgida de la función y el empleo públicos no es explicable pura y simplemente como una situación estatutaria, ni tampoco como un acto unilateral administrativo, ni sólo como un acto contractual, sino que se trata de un acto complejo, es decir, de un acto mixto, en el que se puede distinguir una parte estatutaria preexistente, otra parte es sin duda un acto administrativo unilateral, y una última parte es de naturaleza contractual y administrativa. [35]

b. La concesión

Desde la óptica jurídica puede explicarse la concesión como el mecanismo mediante el cual, quien tiene la titularidad de determinadas atribu-

[34] *Vid*. Benjamín Villegas Basavilbaso, *op. cit.*, t. III, p. 336.
[35] *Vid*. Andrés Serra Rojas, *Derecho administrativo*, 24a. ed., México, Porrúa, t. I, 1998, p. 381.

ciones y facultades, o de ciertos bienes y derechos, delega su ejercicio o aprovechamiento a favor de un tercero.

La concesión se utiliza tanto en el derecho privado, como en el derecho público. Así, la figura jurídica de la concesión abarca actos de distinta naturaleza encaminados a conferir derechos a sus beneficiarios.

En atención al concedente, las concesiones se pueden dividir en administrativas y en mercantiles. Las primeras son las otorgadas por la administración pública; las segundas, las que confieren los particulares, llamadas también franquicias; en ambos casos versan sobre facultades y derechos atribuidos al concedente. Como para los propósitos de esta obra no interesa la concesión mercantil, exclusivamente nos ocuparemos de la concesión administrativa, en sus diferentes modalidades.

Se puede entender la concesión administrativa como la transferencia que realiza la administración pública a particulares, del desempeño de algunas de las actividades no esenciales que tiene atribuidas, o del aprovechamiento y explotación de bienes del dominio público, mediante la constitución a favor de tales particulares, de derechos o poderes previstos en el ordenamientos jurídico, de los que antes carecían.

En la concesión administrativa también se advierte una marcada controversia doctrinal respecto de su naturaleza jurídica, en la que se presentan las tesis del acto unilateral, las del contrato administrativo y las del acto mixto; y siendo diferente en cada país la legislación relativa a este tipo de concesión, como señala Garrido Falla, "será el Derecho positivo el que resolverá la cuestión en uno u otro sentido".[36]

La concesión administrativa admite diversas modalidades, a saber: la de servicio público, la de obra pública y la de uso, aprovechamiento y explotación de bienes del dominio del Estado; la primera tiene por objeto satisfacer necesidades de carácter general; la segunda trata de satisfacer una necesidad pública, la última en cambio, pretende satisfacer principalmente la necesidad privada o el interés particular del concesionario.

La concesión de servicio público viene a ser la cesión temporal de su gestión, hecha por la administración pública a favor de un particular, a efecto de que éste se encargue de ella, por lo cual percibe una

[36] *Idem.*

remuneración, sometido a la regulación, control y vigilancia del poder de policía.

Otra modalidad de la concesión administrativa, por cierto no prevista en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es la concesión de obra pública, la que, por ser un acto mixto, se compone de dos elementos, a saber: un contrato de obra pública y una concesión de dominio para la explotación de dicha obra.

La concesión de ocupación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio público, o concesión demanial o dominical, sólo versa sobre bienes de dominio público y otorga, como apunta el jurista español Fernando Garrido Falla, el disfrute exclusivo de un dominio público.[37]

•

[37] Fernando Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, 5a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, vol. II, p.546.

Capítulo quinto

El patrimonio del estado

El vocablo español *patrimonio* deriva de la voz latina *patrimonium*, proveniente de *patris*, vocablo alusivo al *pater,* que en el antiguo derecho romano era, por antonomasia, el sujeto de derecho; consiguientemente, *patrimonium* era lo que pertenecía al *pater,* o lo que se heredaba del padre.

1. Concepto de patrimonio

Al ser transferida a las lenguas romances, la voz *patrimonium* hace referencia a los bienes del hijo, heredados del padre o de los abuelos; pero en un sentido más amplio y jurídico se suele entender como el conjunto de bienes, derechos, poderes, deudas, cargas y obligaciones de una persona, apreciables en dinero; se trata, según la explicación personalista del patrimonio, de una universalidad jurídica, distinta de los derechos y obligaciones que la integran, mismas que pueden incrementarse o reducirse. En su *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Joaquín Escriche y Martín explicaba a mediados del siglo xix:

> Se toma algunas veces por toda especie de bienes, cualquiera que sea el título con que se hayan adquirido; mas en un sentido se toma por los bienes o hacienda de una familia; y aun a veces no significa esta palabra sino los bienes que recaen en una persona por sucesión de sus padres o abuelos. De

> aquí es que se llaman bienes patrimoniales los inmuebles o raíces que uno tiene heredados de sus ascendientes, a diferencia de los bienes adquiridos o de adquisición, que son los que se ganan por cualquier otro título que no sea el de sucesión de sus mayores.[1]

Conviene tener presente que el concepto de patrimonio no es el mismo en el derecho privado que en el público, desde la perspectiva de este último, según explica el profesor italiano Gustavo Ingrosso, "se aproxima más al concepto económico que considera el patrimonio de una persona como su riqueza estática, en torno a la cual, como punto firme inicial, se envuelve y desarrolla el flujo de la riqueza en movimiento".[2]

Un sector de la doctrina entiende al patrimonio del Estado, como el conjunto de bienes del que es titular el ente estatal. En este sentido, Gustavo Ingrosso lo define como "el conjunto de las cosas (incluidos los bienes demaniales) que son objeto y materia de posesión estática por parte del Estado".[3]

II. Las leyes generales de bienes nacionales

Los bienes inmuebles de la Federación se regularon, durante las primeras cuatro décadas del siglo XX. por la porfiriana Ley del dieciocho de diciembre de 1902, la cual fue abrogada en julio de 1942 por la Ley General de Bienes Nacionales, en los términos de su artículo sexto transitorio, de la cual el Congreso de la Unión emitió nuevas versiones en 1968, en 1981 y en 2004, esta última vigente en la actualidad.

1. *Primera Ley General de Bienes Nacionales*

Publicada el 3 de julio de 1942, la primera versión de la Ley General de Bienes Nacionales, consideró como bienes del dominio público, en los términos de su artículo 2o:

[1] Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, Librería de Ch. Bouret, 1888, p. 1334.
[2] Gustavo Ingrosso, *Diritto finanziario*, 2a. ed., Nápoles, Ed. Jovene, 1956, p. 75.
[3] Gustavo Ingrosso, "Patrimonio dello Stato e degli enti pubblici", en *Novísimo Digesto Italiano*, Turín, UTET, 1957, t. XII, p. 666.

I. Los de uso común;
II. Los señalados en los párrafos cuarto y quinto del artículo 27 constitucional;
III. Los inmuebles destinados por la Federación a un servicio público y los equiparados a éstos, conforme a la presente ley;
IV. Cualesquiera otros inmuebles declarados por ley inalienables e imprescriptibles;
V. Las servidumbres cuando el predio dominante sea alguno de los anteriores; y
VI. Los muebles de propiedad federal que por su naturaleza normalmente no sean sustituibles, como los expedientes de las oficinas y archivos públicos, los libros raros, las piezas históricas o arqueológicas, las obras de arte de los museos, etc.

Conforme a la fracción VII del artículo 22 de esa primera versión de la Ley General de Bienes Nacionales, se consideraron destinados a un servicio público, los inmuebles constitutivos del patrimonio de los establecimientos públicos creados por la Ley Federal, con la salvedad indicada en el artículo 24, que disponía:

> Los bienes a que se refiere la fracción VII del artículo 22, excepto los que por disposición constitucional sean inalienables, sólo podrán gravarse por autorización expresa del Ejecutivo Federal, que se dictará a través de la Secretaría de Hacienda, cuando a juicio de ésta así convenga para el mejor financiamiento de las obras o servicios a cargo de la institución propietaria. Podrán igualmente emitirse bonos u obligaciones que se regirán, en lo conducente, por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En el artículo 3o. de la ley en comentario se consideraron bienes de dominio privado de la Federación:

I. Las tierras y aguas comprendidas dentro del territorio nacional que sean susceptibles de enajenación a los particulares, entre tanto que no salgan del patrimonio nacional;
II Los que ingresen al patrimonio federal por la aplicación de la fracción II del artículo 27 constitucional y de su legislación reglamentaria;
III. Los bienes vacantes situados en el Distrito y en los Territorios Federales;

iv. Los que hayan formado parte de una corporación pública, creada por ley federal, que se extinga; y
v. Los demás inmuebles y muebles que por cualquier título jurídico adquiera la Federación.

Asimismo, el referido ordenamiento legal dispuso en su artículo 49, que los actos o contratos relativos a los inmuebles de la Hacienda pública federal, que requirieran la autorización de notario se pasarían ante la fe de los de Hacienda, designados libremente por el Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

2. *Segunda Ley General de Bienes Nacionales*

En esencia, las referidas disposiciones de la primera se recogieron en la segunda versión de la Ley General de Bienes Nacionales, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del treinta de enero de 1969, recogió, en esencia, las referidas disposiciones de la primera, y además, impuso a las entidades paraestatales la obligación de proporcionar a la Secretaría del Patrimonio Nacional, los datos relativos a los bienes y recursos de las mismas, para incluirlos en el Catálogo y en el Inventario General de los Bienes y Recursos de la Nación.

3. *Tercera Ley General de Bienes Nacionales*

Se amplió, en la tercera Ley General de Bienes Nacionales publicada el ocho de enero de 1982, el catálogo tanto de los bienes de dominio público como del dominio privado, y se impuso a las entidades paraestatales la obligación de informar a la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología acerca de los inmuebles federales que tuvieran a su disposición, cuyo uso o aprovechamiento no se tuviera previsto para el cumplimiento de sus funciones.

Además, la Ley de 1982 obligó a los organismos descentralizados a inscribir en el Registro Público de la Propiedad Federal los títulos por los cuales adquirieran, transmitieran, modificaran, gravaran o extinguieran el dominio, la posesión y demás derechos reales de sus inmuebles.

4. *Cuarta Ley General de Bienes Nacionales*

La nueva Ley General de Bienes Nacionales, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 20 de mayo de 2004, hace consistir su objeto, en establecer, en primer término, los bienes que constituyen el patrimonio de la nación; además, determina el régimen de dominio público de los bienes de la Federación y de los inmuebles de los organismos descentralizados de carácter federal; la distribución de competencias entre las dependencias administradoras de inmuebles; las bases para la integración y operación del Sistema de Administración Inmobiliaria Federal y Paraestatal, incluyendo la operación del Registro Público de la Propiedad Federal; las normas para la adquisición, titulación, administración, control, vigilancia y enajenación de los inmuebles federales y los de propiedad de las entidades paraestatales, y la normativa para regular la realización de avalúos sobre bienes nacionales.

Conforme a lo dispuesto en la Ley General de Bienes Nacionales, son bienes nacionales:

- Los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas.
- Los minerales o substancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria.
- Los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas.
- Los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos.
- Los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos.
- El petróleo y todos los carburos de hidrogeno sólidos, líquidos o gaseosos.
- El espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el derecho internacional.
- Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije derecho internacional.
- Las aguas marinas interiores.
- Las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar.

- Las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes.
- Las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional.
- Las de las corrientes constantes o intermitentes y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cauce de aquellas en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de limite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la república.
- Las de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas, estén cruzados por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la república y un país vecino; o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la republica con un país vecino.
- Las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional, y las que se extraigan de las minas; y los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fije la ley.
- La zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial y adyacente a éste, que se extenderá a doscientas millas náuticas, medidas a partir de la línea de base desde la cual se mide el mar territorial. En aquellos casos en que esa extensión produzca superposición con las zonas económicas exclusivas de otros Estados, la delimitación de las respectivas zonas se hará en la medida en que resulte necesario, mediante acuerdo con estos Estados.
- La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes.
- Los fuertes, los cuarteles, almacenes de depósito y demás bienes inmuebles destinados por el gobierno de la Unión al servicio público o al uso común.
- El espacio aéreo situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el derecho internacional.
- Las aguas marinas interiores, conforme a la Ley Federal del Mar.
- El mar territorial en la anchura que fije la Ley Federal del Mar.
- Las playas marítimas, entendiéndose por tales las partes de tierra que por virtud de la marea cubre y descubre el agua, desde los límites de mayor reflujo hasta los límites de mayor flujo anuales.
- La zona federal marítimo-terrestre.

- Los puertos, bahías, radas y ensenadas.
- Los diques, muelles, escolleras, malecones y demás obras de los puertos, cuando sean de uso público.
- Los cauces de las corrientes y los vasos de los lagos, lagunas y esteros de propiedad nacional.
- Las riberas y zonas federales de las corrientes.
- Las presas, diques y sus vasos, canales, bordos y zanjas, construidos para la irrigación, navegación y otros usos de utilidad pública, con sus zonas de protección y derechos de vía, o riberas en la extensión que, en cada caso, fije la dependencia competente en la materia, de acuerdo con las disposiciones legales aplicables.
- Los caminos, carreteras, puentes y vías férreas que constituyen vías generales de comunicación, con sus servicios auxiliares y demás partes integrantes establecidas en la ley federal de la materia.
- Los inmuebles considerados como monumentos arqueológicos conforme a la ley de la materia.
- Las plazas, paseos y parques públicos cuya construcción o conservación esté a cargo del Gobierno Federal y las construcciones levantadas por el Gobierno Federal en lugares públicos para ornato o comodidad de quienes los visiten.
- Los bienes muebles e inmuebles de la Federación.
- Los bienes muebles e inmuebles propiedad de las entidades.
- Los bienes muebles e inmuebles propiedad de las instituciones de carácter federal con personalidad jurídica y patrimonio propios a las que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos les otorga autonomía, y
- Los demás bienes considerados por otras leyes como nacionales.

Quedan sujetos los bienes nacionales al régimen de dominio público o a la regulación específica que señalen las leyes respectivas. De conformidad con lo dispuesto por la Ley General de Bienes Nacionales, se sujetan al régimen de dominio público de la Federación:

- Los bienes señalados en los artículos 27, párrafos cuarto, quinto y octavo; 42, fracción IV, y 132 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- Los bienes de uso común a que se refiere el artículo 7 de la Ley General de Bienes Nacionales;
- Las plataformas insulares en los términos de la Ley Federal del Mar y,

en su caso, de los tratados y acuerdos internacionales de los que México sea parte;

- El lecho y el subsuelo del mar territorial y de las aguas marinas interiores;
- Los inmuebles nacionalizados a que se refiere el Artículo Decimoséptimo Transitorio de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- Los inmuebles federales que estén destinados de hecho o mediante un ordenamiento jurídico a un servicio público y los inmuebles equiparados a éstos conforme a esta Ley;
- Los terrenos baldíos, nacionales y los demás bienes inmuebles declarados por la ley inalienables e imprescriptibles;
- Los inmuebles federales considerados como monumentos arqueológicos, históricos o artísticos conforme a la ley de la materia o la declaratoria correspondiente;
- Los terrenos ganados natural o artificialmente al mar, ríos, corrientes, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional;
- Los inmuebles federales que constituyan reservas territoriales, independientemente de la forma de su adquisición;
- Los inmuebles que formen parte del patrimonio de los organismos descentralizados de carácter federal;
- Los bienes que hayan formado parte del patrimonio de las entidades que se extingan, disuelvan o liquiden, en la proporción que corresponda a la Federación;
- Las servidumbres, cuando el predio dominante sea alguno de los anteriores;
- Las pinturas murales, las esculturas y cualquier obra artística incorporada o adherida permanentemente a los inmuebles sujetos al régimen de dominio público de la Federación;
- Los bienes muebles de la Federación considerados como monumentos históricos o artísticos conforme a la ley de la materia o la declaratoria correspondiente;
- Los bienes muebles determinados por ley o decreto como monumentos arqueológicos;
- Los bienes muebles de la Federación al servicio de las dependencias, la Procuraduría General de la República y las unidades administrativas de la Presidencia de la República, así como de los órganos de los Poderes Legislativo y Judicial de la Federación;
- Los muebles de la Federación que por su naturaleza no sean normalmente sustituibles, como los documentos y expedientes de las oficinas, los manuscritos, incunables, ediciones, libros, documentos, publicacio-

nes periódicas, mapas, planos, folletos y grabados importantes o raros, así como las colecciones de estos bienes; las piezas etnológicas y paleontológicas; los especímenes tipo de la flora y de la fauna; las colecciones científicas o técnicas, de armas, numismáticas y filatélicas; los archivos, las fonograbaciones, películas, archivos fotográficos, magnéticos o informáticos, cintas magnetofónicas y cualquier otro objeto que contenga imágenes y sonido, y las piezas artísticas o históricas de los museos;
- Los meteoritos o aerolitos y todos los objetos minerales, metálicos pétreos o de naturaleza mixta procedentes del espacio exterior caídos y recuperados en el territorio mexicano en términos del reglamento respectivo;
- Cualesquiera otros bienes muebles e inmuebles que por cualquier vía pasen a formar parte del patrimonio de la Federación, con excepción de los que estén sujetos a la regulación específica de las leyes aplicables, y
- Los demás bienes considerados del dominio público o como inalienables e imprescriptibles por otras leyes especiales que regulen bienes nacionales.

III. Teorías acerca del patrimonio

Respecto del patrimonio, destacan en la doctrina jurídica dos grandes corrientes: la personalista y la finalista.

1. *Las teorías personalistas*

Se advierte en las teorías personalistas sobre el patrimonio una fuerte vinculación entre la idea de patrimonio y la de persona, lo que ha dado lugar a ciertos supuestos, algunos bastante discutibles, a saber:

- Sólo las personas pueden tener patrimonio.
- Toda persona tiene un patrimonio.
- Cada persona sólo tiene un patrimonio
- El patrimonio es inseparable de la persona

Desmiente la tesis de que sólo las personas puedan tener patrimonio la existencia de patrimonios asignados a sujetos que no son personas, como el fideicomiso y el *de cuyus*.

En lo concerniente a la tesis de que toda persona tiene un patrimonio, sólo es admisible en el sentido de que toda persona puede llegar a tener bienes, lo que evidencia una confusión entre patrimonio y capaci-

dad de tenerlo, situación que exponen Aubry y Rau de la siguiente manera: "El patrimonio, siendo en su más alta expresión la personalidad misma del hombre, considerada en sus relaciones con los objetos sobre los cuales puede o podrá tener derechos que ejercitar, comprende no solamente en *in actu* los bienes ya adquiridos, sino también, en potencia, los bienes a adquirir en lo futuro".[4]

La suposición de que cada persona sólo tiene un patrimonio la contradice la existencia de personas con diversos patrimonios constituidos por masas autónomas, por contar con distintos fines económicos a realizar, circunstancia que permite trasmitir cualquiera de ellos por acto entre vivos.

2. Las teorías finalistas

Impulsadas por autores de gran prestigio como Raymond Saleilles, surgen las teorías finalistas, según las cuales, así como existen patrimonios pertenecientes a alguien, también existen patrimonios pertenecientes a algo y carentes de sujeto, por estar destinados a un fin específico. En las teorías finalistas está implícita la tesis de la existencia de derechos sin sujeto, que permite entender al patrimonio, desde una perspectiva mercantil, como garantía de los acreedores.[5]

Es dable inferir de las ideas sostenidas por las referidas teorías patrimoniales que al lado de los patrimonios personales existen otras formas patrimoniales, ya por carecer de sujeto, como en el caso de la herencia, o bien, por estar destinados a un fin, como pueden ser los patrimonios afectos a una fundación de beneficencia en tanto ésta no se constituye como persona jurídica.

IV. Del dominio eminente

Desde la perspectiva moderna, el *dominium eminens* consiste en la potestad soberana del Estado sobre su territorio, lo que conlleva la lla-

[4] Charles Aubry y J Rau, *Cours de droit civil francais d'aprés la méthode de Zacariae*, París, Librairie de Ch. Bouret, 1897, p. 573.

[5] Raymond Saleilles, *De la personalité juridique*, París, Librairie Arthur Rousseau, 1922, p. 131.

mada propiedad originaria y representa la expresión jurídico-política de la soberanía interna. Según Miguel S. Marienhoff: "El dominio eminente es un poder supremo sobre el territorio; vincúlase a la noción de soberanía. Se ejerce, potencialmente, sobre todos los bienes situados dentro del Estado, ya se trate de dominio privado o público del mismo o de la propiedad de los particulares o administrados".[6]

Se originó la locución "dominio eminente" en el derecho feuda, mas luego, fue adoptada por el absolutismo iusnaturalista, sobrevivió en el liberalismo constitucional, y se actualizó, con nuevas características, en el derecho contemporáneo.

Durante la etapa colonial, el régimen jurídico patrimonial se fundó en el principio de que la propiedad de lo descubierto correspondía al monarca, como observa Pastor Rouaix:

> En las ordenanzas de Minería de 1793 se ratificó este principio. Se consideraban como minas propias de la Real Corona 'no sólo las minas de oro y plata, sino también las de piedras preciosas, cobre, plomo, estaño, azogue, antimonio, piedra calaminar, bismuto, sal gema y cualesquiera otros fósiles, ya sean metales perfectos o medios minerales, bitúmenes o jugos de la tierra". Estas mismas Ordenanzas de Minería fueron las leyes que rigieron la industria minera durante sesenta y tres años de vida independiente de la República mexicana, sin más modificación de importancia que la sustitución del Real Tribunal de Minería en sus funciones de titulación de minas por las diputaciones de minería que funcionaban en cada entidad federativa. El Rey, el real Patrimonio y la real Corona por su propia naturaleza se transformaron en entidad 'Nación´, que fue la que tomó los derechos, propiedades y obligaciones que se habían conferido a sí mismos los monarcas españoles por el derecho de conquista y que fueron sancionados por las costumbres y por las leyes durante trescientos años".[7]

Dada su proclividad a favorecer los intereses extranjeros, el porfiriato renunció al dominio eminente ejercido por centurias, y durante el interregno de Manuel González expidió el 22 de noviembre de 1884 el

[6] Miguel S. Marienhoff, *Tratado del dominio público*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1960, p. 37.

[7] Pastor Rouaix, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución política de 1917*, Puebla, Gobierno del Estado de Puebla, 1946, p. 26.

Código de Minería, cuyo artículo 1o. disponía: "Son de la exclusiva propiedad del dueño del suelo, quien por lo mismo, sin necesidad de denuncio o adjudicación especial, podrá explotar y aprovechar: I. Los criaderos de las diversas variedades de carbón de piedra. IV. Las sales que existan en la superficie, las aguas puras y saladas, superficiales o subterráneas, el petróleo y los manantiales gaseosos o de aguas termales o medicinales".

Se requirió de una revolución para que la nación reivindicara, a través de su Congreso Constituyente, el dominio eminente y la soberanía nacional en el ámbito interno.

V. Incremento de los bienes pertenecientes al Estado por procedimientos de derecho público

Los bienes pertenecientes al Estado se pueden incrementar a través de procedimientos de derecho privado como son los contratos civiles de compraventa y de donación, o por medio de procedimientos de derecho público, dentro de los cuales figuran, además de los contratos administrativos de obra pública de los que me he ocupado en el capítulo sexto de este libro, los procedimientos de expropiación, extinción de dominio y decomiso.

1. *Expropiación forzosa*

En sentido amplio, la expropiación se puede entender como la acción de quitar a alguien la propiedad de lo que le pertenece, por lo que incluye el robo y el despojo, pero en un sentido más restringido, el Diccionario de la Real Academia la explica como privar a una persona de la titularidad de un bien o de un derecho, dándole a cambio una indemnización; su legitimación requiere que se realice por causa de utilidad pública.

Por medio del procedimiento de derecho público de la expropiación forzosa, el Estado adquiere la propiedad de un bien, sin necesidad de la anuencia de su propietario [toda vez que es un acta de soberanía], mediante la indemnización correspondiente. Como explica Gabino Fraga: "La expropiación viene a ser, como su nombre lo indica, un medio por

el cual el Estado impone a un particular la cesión de su propiedad por existir una causa de utilidad pública y mediante la compensación que al particular se le otorga por la privación de esa propiedad.[8]

La expropiación forzosa tiene fuerte raigambre en el constitucionalismo mexicano pues aparece en la Constitución de Apatzingán que dispuso:

> Art. 34. Todos los individuos de la sociedad tienen derecho a adquirir propiedades y disponer de ellas a su arbitrio con tal de que no contravengan la ley.
>
> Art. 35. Ninguno debe sr privado de la menor porción de las que posea, sino cuando lo exija la pública necesidad; pero en este caso tiene derecho a justa compensación.[9]

De igual modo, la expropiación forzosa está considerada en la Constitución Federal de 1824, que al respecto disponía en la fracción III de su artículo 112: "El presidente no podrá ocupar la propiedad de ningún particular ni corporación, ni perturbarle en la posesión, uso o aprovechamiento de ellas; y si en algún caso fuere necesario, para un objeto de conocida utilidad general, tomar la propiedad de un particular o corporación, no lo podrá hacer sin previa autorización del Senado, y en sus recesos, del consejo de gobierno, indemnizando siempre a la parte interesada a juicio de hombres buenos elegidos por ella y el gobierno".[10]

El segundo párrafo del artículo 27 constitucional en vigor, ordena: "Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización".

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido la siguiente jurisprudencia, acerca de la utilidad pública: "Solamente la hay cuando en provecho común se sustituye la colectividad, llámese municipio, estado o nación, en el goce de la cosa expropiada. No existe cuando se priva a una persona de lo que legítimamente le pertenece,

[8] Gabino Fraga, *Derecho administrativo*, 35a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 375.
[9] Felipe Tena Ramírez, *Leyes fundamentales de México*, 24a. ed., México, Porrúa, 2005, p.35.
[10] *Idem*, p. 184.

para beneficiar a un particular, sea individuo, sociedad o corporación, pero siempre particular".[11]

2. *Extinción de dominio*

En Colombia, su Constitución de 1991 prohíbe en el artículo 34 la confiscación, empero permite declarar, por sentencia judicial, extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social. Consecuentemente el artículo 1 de la Ley 333 de 1996, por la cual se establecieron las normas de extinción de dominio sobre los bienes adquiridos en forma ilícita, entendía por extinción del dominio, la pérdida de este derecho en favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular.

La Ley 793 del 27 de diciembre de 2002, por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio, mantiene el criterio de que la extinción de dominio consiste en la pérdida de este derecho a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular.

Inspirado en la normativa jurídica colombiana, en México el artículo 22 constitucional, a partir de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 18 de junio de 2008, prohíbe, entre otras penas, la de confiscación, y aclara que no se considerará confiscación la aplicación a favor del Estado de bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia.

Previene el citado precepto constitucional que en el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que será jurisdiccional y autónomo del de materia penal, y procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de los bienes siguientes que sean instrumento, objeto o producto del delito; de los que aun cuando no sean instrumento, objeto o producto del delito, hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito; de los que

[11] Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1975 del *Semanario judicial de la federación*, México, Mayo de 1975, tercera parte, Segunda Sala, p. 904.

estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo; así como de aquellos que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño.

En los términos de la Ley Federal de Extinción de Dominio, Reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 29 de mayo de 2009, la extinción de dominio es la pérdida de los derechos sobre los bienes muebles e inmuebles que no estén excluidos del comercio, y de todo aquel derecho real o personal, sus objetos, frutos y productos, susceptibles de apropiación, relacionados o vinculados con los delitos, sin contraprestación ni compensación alguna para su dueño ni para quien se ostente o comporte como tal. La sentencia en la que se declare tendrá por efecto que los bienes se apliquen a favor del Estado.

3. *Decomiso*

Es dable decir que decomisar es privar a alguien de un bien como consecuencia de la relación del mismo con un delito o falta administrativa. El decomiso es considerado actualmente una sanción impuesta por un órgano jurisdiccional, consistente en la privación permanente de un bien relacionado con un delito, como pueden ser las armas o los vehículos utilizados para su comisión, o las utilidades que derivan del mismo. Como explica Raúl Plascencia Villanueva, las características del decomiso son: "a) sólo puede ser decretado por la autoridad judicial; b) los bienes materia del decomiso se aplican a favor del Estado; c) Se aplica como pena en virtud de la comisión de un delito; d) sólo se aplica a bienes objeto, producto o instrumento del delito; y e) es una pena accesoria".[12]

[12] Raúl Plascencia Villanueva, "Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito", en *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2000, t. D-H, p. 996.

Como acabo de señalarlo, el artículo 22 constitucional prohíbe, entre otras penas, la de confiscación, y aclara que no se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109.

VI. EL PATRIMONIO Y LA HACIENDA DE LOS MUNICIPIOS

Inmersos en la ambigüedad, patrimonio y hacienda son dos conceptos imprecisos acerca de los cuales no hay consenso en la doctrina, la legislación, y la jurisprudencia, pues se ha interpretado que el primero incluya a la segunda, y también a la inversa, sin faltar quienes los consideren sinónimos, es decir, vocablos de igual significado. A este respecto el municipalista Carlos Quintana Roldán afirma:

> Se habla de patrimonio del Estado, por ende, del Municipio, haciendo alusión a todo tipo de bienes, materiales o inmateriales, que le pertenecen y sobre los que tiene dominio, En este sentido el concepto de patrimonio es más amplio que el de hacienda. Es más, en el patrimonio se incluirá, a mi juicio, también la hacienda.
>
> En cuanto al concepto de hacienda, estimo que implica fundamentalmente la idea de recursos económicos, esto es, del numerario con el que cuenta la municipalidad para proveer a su propia existencia y para atender a sus funciones. La hacienda por lo tanto es una parte del patrimonio y no a la inversa.

Para la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos pareciera que patrimonio y hacienda son dos conceptos distintos, pues de conformidad con la fracción II de su artículo 115, los municipios manejarán su patrimonio [sin explicar cómo se integra] conforme a la ley; en tanto que De acuerdo con su fracción IV, los municipios administrarán libremente su hacienda.

•

Capítulo sexto

El servicio público

El derecho administrativo se ha desarrollado en torno a un corto número de temas torales, uno de los más prominentes es el del servicio público, forjado en el marco de la solidaridad social como una técnica de protección al usuario, basada en la división del trabajo, que entraña la aspiración solidaria de la administración pública de poner al alcance de todo individuo, al menor costo posible y bajo condiciones que garanticen su seguridad, el aprovechamiento de la actividad técnica que satisface una necesidad de carácter general, suma de muchas necesidades individuales similares en la que cada cual puede identificar su propia necesidad individual, y escindirla del resto.

Algunos autores, persuadidos por las ideas neoliberales y globalizadoras de época recientes, han llegado a considerar que la idea del servicio público ha perdido su razón de ser, habida cuenta de la transformación radical de las circunstancias económicas, sociales, políticas y culturales que le dieron origen; en esta tesitura, el profesor español Gaspar Ariño Ortiz ha señalado: "El servicio público fue un instrumento de progreso y también de socialización, especialmente en los Estados pobres, a los que permitió mejorar la situación de todos. Pero su ciclo ha terminado. Cumplió su misión y hoy –como dice José Luis Villar– hay que hacerle un digno entierro".[1]

[1] Gaspar Ariño Ortiz, *et al*, "Significado actual de la noción del servicio público", *El nuevo servicio público*, Sevilla, Instituto García Oviedo

La opinión del jurista hispano quizá pudiera ser aplicable a España –aun cuando contradiga al artículo 128 de la Constitución española–, en su calidad de miembro de la Unión Europea, mas considero que no es válida para todos los países, dada la asimetría de sus economías y la diversidad de desarrollo económico, social, político y cultural de los mismos, toda vez que en algunos, la idea de servicio público se mantiene como un instrumento de indiscutible utilidad.

Mas esta idea no surge súbitamente, sino que resulta ser producto de un laborioso proceso teórico de elaboración en el que coparticipan la legislación, la jurisprudencia y la doctrina.

A principios del siglo XX, la noción del servicio público, adquirió una importancia capital en algunos países, merced a los planteamientos de Georges Teissier, Leon Duguit, Gastón Jèze, Roger Bonnard, Vicente Errico Presutti y Arnoldo de Valles, entre otros autores, algunos de los cuales empezaron a publicar sus ideas acerca de este asunto, desde finales del siglo XIX.

Paralelamente, también los legisladores se adueñaron de la locución "servicio público", utilizándola con muy distintas acepciones y significados aun en un mismo ordenamiento legal, al grado de que la expresión servicio público o servicios públicos se encuentra a cada momento, tanto en los textos constitucionales, como en los artículos de las leyes y de los reglamentos, de donde ha pasado a la vida cotidiana a través de los medios de comunicación masiva, en los que no hay día en que no se mencionen los servicios públicos.

Empero, la doctrina de a mediados del siglo XX no sólo impugnó la noción de servicio público de sus antecesores inmediatos, sino que le escatimó tiempo y espacio, lo cual propició un estancamiento en la investigación jurídica de este tema, que en tales condiciones poco pudo avanzar en el desentrañamiento de la esencia del servicio público; pareciera que se hubiese llegado al término de su investigación, asignándose a su noción un sitio mucho más modesto que el otorgado por la doctrina a principios del siglo.

De esta suerte, pasada la euforia inicial desatada por el lanzamiento de la tesis duguitiana del servicio público, la noción enjutó su dimensión, disminuyó su peso, redujo su importancia en el plano de la teoría jurídica y de la administrativa, lo cual no obsta para que al estableci-

miento, operación y mantenimiento de los servicios públicos se apliquen, hoy en día, recursos sumamente cuantiosos.

I. Origen de la idea del servicio público

La idea del servicio público empieza a conformarse, de manera vaga e imprecisa, en Francia y en España, en la primera mitad del siglo XIX, aun cuando desde la centuria anterior se hubiese utilizado la locución "servicio público". En Francia, la idea del servicio público emerge en el ámbito jurisprudencial como un subproducto del deslinde de competencias. En España es también un producto marginal, originado al regularse la desamortización de los bienes eclesiásticos.

El mayor aporte para el desarrollo definitivo de la noción del servicio público lo constituyen, sin duda alguna, las conclusiones del comisario de gobierno David y, bajo su influencia, el célebre *arrêt Blanco* del Tribunal de Conflictos, dictado en el mismo asunto el 6 de febrero de 1873, cuyo texto, breve y poco conocido, es el siguiente:

> CONSIDERANDO: Que la acción ejercida por el señor Blanco contra el Prefecto del Departamento de la Gironda, representante del Estado, tiene por objeto que se declare al Estado civilmente responsable, por aplicación de los artículos 1382, 1383 y 1384 del Código Civil, del daño ocasionado por la lesión de su hija, causada por actos de los obreros empleados en la Administración de Tabacos.
>
> CONSIDERANDO: Que las responsabilidades que pueden incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por los actos de personas que emplea en el servicio público no puede estar regulado por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular.
>
> CONSIDERANDO: Que esta responsabilidad no es ni general ni absoluta, y tiene sus propias reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y las necesidades de conciliar los intereses del Estado con los intereses privados.
>
> RESUELVE que según las leyes antes citadas (L. 24 de agosto y 16 fructidor, año III) la autoridad administrativa es la única competente para conocer del asunto.[2]

[2] Tomado de Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant y Sylvie Hubac, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1962, p. 6.

Propician de manera relevante la gestación y el desarrollo de la idea del servicio público, entre otros factores que podemos citar: *a)* La teoría de la separación de poderes o separación de funciones del poder público; *b)* la separación de la jurisdicción administrativa de la judicial; *c)* el desarrollo tecnológico que entraña la revolución industrial; *d)* la secularización de las actividades eclesiásticas relativas a la salud, la educación y el bienestar social; *e)* la apertura al público de la *posta real*; *f)* la desamortización de los bienes eclesiásticos; *g)* el intervencionismo del *Welfare State* o *Estado de bienestar*; *h)* La creación de una jurisdicción administrativa separada de la jurisdicción judicial y de la administración activa; *i)* La necesidad de dar fundamento a la atribución administrativa del gobierno; *j)* la necesidad de contar con una pauta para el reparto de competencias entre los órganos administrativos y judiciales.

La locución "servicio público" se recibió en México al través de la Constitución de Cádiz de 1812, como sinónimo de ramo de la administración pública; fue la Constitución de 1857 el primer texto constitucional que la utilizó.

Envuelta en las tendencias de secularización de actividades y bienes eclesiásticos inherentes a la expulsión de los jesuitas, la idea del servicio público llegó a la Nueva España en pleno despotismo ilustrado, en la época de Carlos III. Aun sin utilizar la expresión "servicio público", la idea respectiva subyace en diversas disposiciones de la Constitución española de 1812, del Reglamento Político del Imperio iturbidista y de la Constitución mexicana de 1824. La secularización de actividades eclesiásticas, para convertirlas en servicios públicos, se intenta en México durante la estancia del doctor Valentín Gómez Farías en la Presidencia de la Republica en l833.

Como puede comprobarse fácilmente, la noción de servicio público tiene una aparición tardía en la doctrina mexicana; el primero en ocuparse de ella con alguna profundidad, por cierto para impugnarla, es el maestro Gabino Fraga, en su obra clásica *Derecho administrativo*, cuya primera edición aparece ya en el segundo tercio del siglo XX; y quien primero promueve y apoya la idea del servicio público en México es el profesor emérito de la UNAM, Andrés Serra Rojas en su libro intitulado *Derecho administrativo*, indispensable en toda biblioteca jurídica mexicana.

II. Principales vertientes teóricas de la noción de servicio público

Una vez configurada la idea del servicio público, tanto el legislador como el juzgador empezaron a referi6se a ella como si fuese un concepto plenamente conocido, generalmente aceptado e indiscutido; otro tanto hizo el teórico del derecho. Empero, era indebido el manejo de la expresión "servicio público" como una idea universalmente aceptada, cuando apenas era una noción en ciernes, muy distante de alcanzar claridad y precisión, necesitada de aclararse, precisarse y definirse, como se puede apreciar en la noción propuesta en el último tercio del siglo XIX por Marcelo Martínez Alcubilla, al señalar: "Conócese bajo la denominación de servicios públicos los que están llamados a satisfacer cualquiera de las necesidades u obligaciones del Estado".[3]

Con el criterio anterior, sería servicio público tanto el cobro de impuestos como la remuneración de los trabajadores al servicio del Estado; y en cambio, la satisfacción de necesidades de carácter general, como las relativas al suministro de agua potable, o a la recolección de basura, no encuadraba en esta interpretación del servicio público.

En la tarea definitoria del servicio público participaron un gran número de autores, lo que lejos de precisar la noción respectiva produjo confusión, pues se formularon tantas definiciones de servicio público como autores se ocuparon de él, por cierto en diferentes sentidos y con criterios distintos. De ahí que una de las nociones capitales del derecho administrativo, como es la del servicio público, sea así mismo una de las más discutidas, por lo cual, en opinión de varios autores, es difícil que exista una noción o idea más imprecisa que la relativa al servicio público.[4]

Pese a que cada autor que se ocupa del tema elabora su propio concepto o definición de servicio público, un examen detenido de tales interpretaciones evidencia que muchas son muy parecidas entre sí,

[3] Marcelo Martínez Alcubilla, *Diccionario de la administración española peninsular y ultramarina*, 2a. ed., Madrid, Imprenta de la V. e hijos de D. A. Peñuelas, 1870, t. 12, p. 654.

[4] *Vid*. Manuel María Diez, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1979, t. III, p. 323.

es decir, uno o varios autores repiten con ligeras variaciones la noción propuesta por otro, quien, a su vez, abrevó en la explicación del servicio público dada por un tercero, lo cual no quita que, de sus inicios a la fecha, la vaga idea del servicio público, en términos generales, haya sufrido una profunda transformación, porque como apunta Miguel Acosta Romero: "Su evolución es en la doctrina muy característica, lo que originalmente se consideró servicio público posteriormente dejó de serlo y nuevos contenidos fueron ocupando el vaso de cristal de los vocablos 'servicio público', sin que los autores se hayan puesto de acuerdo en aquello que con esas palabras quieren significar (...)" [5]

La similitud existente entre diversas nociones de servicio público elaboradas por diferentes autores permite advertir cuatro grandes vertientes en la formulación de la noción de servicio público, cada una de las cuales le asigna desigual dimensión y distinto peso; atendiendo a la importancia que le confieren –al servicio público– habremos de resumirlas en orden decreciente.

A. Teoría propuesta por León Duguit, que considera al servicio público como toda actividad que deba ser asegurada, reglada y controlada por los gobernantes.

B. Teoría formulada por Gastón Jèze, conforme a la cual el servicio público viene a ser toda actividad de la administración pública.

C. Teoría promovida por Maurice Hauriou, que entiende al servicio público como una parte de la actividad de la administración pública.

D. Teorías que conceden escasa o ninguna importancia a la noción de servicio público, entre las que figura la presentada por Henri Berthélemy.

Conviene enfatizar que la configuración y el diseño de la noción de servicio público se han visto afectados seriamente por un problema de carácter semántico, cuya consecuencia consiste en denominar de distinta manera una misma actividad; por tal motivo, lo que para unos autores es servicio público, para otros viene a ser función pública o cometido esencial, que con esos y otros nombres llaman a una misma actividad, sin ponerse de acuerdo en ese "diálogo de sordos" a que se refiere Marcel Waline, en el que "no hay posibilidad de entendimien-

[5] Miguel Acosta Romero, *Teoría general del derecho administrativo*, 2a. ed., México, unam, 1975, p. 186.

to cuando cada uno de los que discuten da diferente significado a las mismas palabras".[6]

No menos importante en la tarea de configurar la noción de servicio público ha sido el determinar si el acento público lo pone el órgano que presta el servicio, o la necesidad cuya satisfacción pretende, o el régimen jurídico al que se somete, o si es la ley la que lo imprime.

Mas, a pesar de tanta controversia en torno a la noción del servicio público, se da una realidad innegable: el derecho positivo de muchos países del mundo, acorde con la corriente doctrinaria que considera servicio público a tan sólo una parte de las actividades de la administración pública, ha asignado dicho carácter a un número importante de actividades que son desempeñadas directamente por las instituciones públicas, o se delega su realización a los particulares mediante el régimen de concesión u otro parecido.

Resulta impresionante la cantidad de recursos humanos, financieros, tecnológicos y materiales destinados a la instalación y funcionamiento de los servicios públicos municipales, por lo que no deja de ser preocupante que actividades de la administración municipal, tan importantes en el aspecto económico, en el tecnológico, en el cultural, en el social y en el jurídico, como son las referidas a la prestación de los servicios públicos, provoquen actualmente, y desde hace más de una década, tan escaso interés en la investigación jurídica.

Sin duda es necesario un mayor empeño de los estudiosos del derecho a la tarea de escudriñar los aspectos jurídicos de los servicios públicos, en especial de los de carácter municipal, que en muchos países representan una porción muy elevada del producto nacional bruto; satisfacen importantes necesidades económicas, culturales y sociales de la población, al grado de que posiblemente, no haya quien se abstenga de utilizar tales servicios: transporte urbano, agua potable, drenaje, recolección de basura, rastros, panteones, alumbrado público, estacionamientos, mercados y centrales de abasto, entre otros.

Importa enfatizar que la prestación de los servicios públicos estimula la investigación tecnológica, por lo que la falta de investigación jurídica

[6] Marcel Waline, "La noción de servicio público", en *La Ley*, Buenos Aires, t. 75, julio-septiembre de 1954, p. 1.

redunda en un marco legal deficiente para la estructuración y funcionamiento de tales servicios, por ir a la zaga del avance tecnológico.

III. Criterios para determinar el caracter público de un servicio

Un análisis somero de los conceptos de servicio público propuestos por diversos autores pone de manifiesto la discrepancia existente en la doctrina acerca del criterio para determinar el carácter público de un servicio, porque, para unos, el acento público lo pone el órgano a cuyo cargo corre su prestación, pues, a su juicio, sólo los órganos públicos pueden gestionar tal servicio; para otros, el calificativo público lo aporta el régimen jurídico exorbitante del derecho privado a que se somete el procedimiento de su organización y funcionamiento.

Empero, no termina ahí el disenso, porque no son pocos los que rechazan ambos criterios definitorios del carácter público del servicio, porque, en su opinión, tal rasgo lo habrá de imprimir el objeto del mismo, o como proponen otros, su finalidad, su *telos*, o en fin, su reconocimiento por la ley; diferencia doctrinaria que permite hablar del criterio orgánico, del formal, del funcional, del técnico, del jurídico, y del legal, entre otros, aun cuando, en algunos casos, dos o más denominaciones se refieren a un mismo criterio.

1. *El criterio orgánico*

Diversos autores consideran al "servicio", básicamente, como una organización, o sea, como un órgano que, obviamente, es capaz de actuar, de funcionar, de realizar actividades. Otros tratadistas entienden al servicio, primordialmente, como una actividad, como una función. En cuanto al vocablo "público", un criterio –el orgánico– lo deriva del carácter del sujeto u órgano a cuyo cargo queda la prestación del servicio; lo cual significa que el servicio público sólo puede ser atribuido a persona pública.

Por tanto, el criterio orgánico ubica en el punto definitorio al elemento orgánico, es decir: a la persona, al órgano o a la institución a cuyo cargo queda la prestación del servicio. Porque, como señala Mi-

guel S. Marienhoff, "define o caracteriza al servicio público en atención al ente o persona que lo satisface o realiza".[7]

Para la interpretación del servicio público el criterio orgánico se basa, pues, en el carácter de la institución o del órgano a cuyo cargo está la prestación del servicio. Si el órgano es público, el servicio que presta será igualmente público. Si la institución o la persona que lo presta son privadas, el servicio también será privado. Dicho de otra manera: sólo los órganos públicos pueden gestionar los servicios públicos. Como dice Marienhoff: "... Cuando en esta materia se habla de criterio 'orgánico' se entiende referir al que sólo considera servicio público la actividad satisfecha por la administración pública, directamente por sí o indirectamente por concesionarios".[8]

Lo que cuenta en la determinación del servicio, para el criterio orgánico, no es la actividad a desarrollar, sino el órgano encargado de su prestación, lo cual motiva al profesor argentino Manuel María Díez a señalar: "En esta concepción orgánica, la expresión servicio público es utilizada para designar no una actividad, sino más bien una organización, vale decir, el aparato administrativo del servicio y el organismo que lo dirige. Así se dirá que un hospital constituye un servicio público".[9]

Se le critica al criterio orgánico su excesiva amplitud que resulta en ocasiones injustificada, porque diversos órganos públicos pueden no prestar –y de hecho en diversos casos no prestan– servicios públicos. Entre los muchos partidarios del criterio orgánico figura Roger Bonnard, para quien "los servicios públicos son organizaciones que forman la estructura misma del Estado".[10]

La Suprema Corte de Justicia de la Nación empleó en diversas resoluciones, el criterio orgánico respecto del servicio público, tal como se advierte en la siguiente resolución del año de 1924:

> En derecho administrativo, se entiende por servicio público, un servicio técnico prestado al público, de una manera regular y continua, para la satisfacción del orden público, y por una organización pública. Es indispensable,

[7] Miguel S. Marienhoff, *op. cit.*, t. II, p. 20.
[8] *Ibidem.*
[9] Manuel María Díez, *op. cit.*, t. III, p. 185.
[10] Roger Bonnard, *Précis de Droit Administratif*, París, Sirey, 1935, p. 235.

> para que un servicio se considere público, que la administración pública lo haya centralizado y que lo entienda directamente y de por sí, con el carácter de dueño, para satisfacer intereses generales; y que consiguientemente, los funcionarios y empleados respectivos sean nombrados por el Poder Público y formen parte de la administración, quedando sujetos al estatuto respectivo, o, en otros términos, al conjunto de reglas que norman los debates y derechos de los funcionarios y empleados públicos, entre los cuales figuran la obligación de su encargo, y el derecho de recibir la retribución, que será fijada, forzosamente por la Cámara de Diputados, en los presupuestos de Egresos.
>
> (Suprema Corte de Justicia de la Nación: Amparo penal directo, Blackaller, Ricardo, 6 de diciembre de 1924, mayoría 7 votos, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XV, p. 1251). A efecto de reducir la diversidad de criterios para determinar el carácter público del servicio, conviene señalar que se identifican con el criterio orgánico: el formal y el subjetivo.

2. *El criterio funcional*

Conforme al criterio funcional –que con ligeras variantes también se le denomina objetivo, material o teleológico–, lo público del servicio deriva de la índole de la necesidad a satisfacer mediante la actividad desarrollada en la prestación del mismo; si tal actividad satisface una necesidad de carácter general, estaremos frente a un servicio público; en consecuencia, De acuerdo con el criterio funcional, un servicio será público si, y sólo si, la necesidad que satisface es de carácter general. Con este criterio funcional, Miguel S. Marienhoff define: "Por servicio público se ha de entender toda actividad de la administración pública o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general cuya índole o gravitación, en el supuesto de actividades de los particulares o administrados, requiera el control de la autoridad estatal."[11]

3. *El criterio jurídico*

Con el argumento de que el servicio público reclama un régimen jurídico especial para asegurar la adecuada protección de los intereses generales, Gastón Jèze infirió que el carácter público de un servicio dado lo

[11] Miguel S. Marienhoff, *Derecho administrativo*, *op. cit.*, t. II, p. 27.

imprime el régimen jurídico de orden público que lo regula;[12] se trata de un régimen en el que se subordinan los intereses privados al interés general, por lo que la regulación jurídica de dicho servicio es permanentemente modificable en aras de las necesidades que satisface; así, tal régimen está conformado mediante actos legislativos o reglamentarios que vienen a ser las normas del servicio. Acerca del criterio jurídico, Carlos García Oviedo explica: "Para que la finalidad propia del servicio público –la satisfacción de una necesidad colectiva– se cumpla debidamente, menester será que acompañe a la empresa una serie de notas determinantes de un régimen jurídico especial, que discrepan como es lógico, del régimen jurídico general de los servicios privados".[13]

Entre las consecuencias de la utilización del criterio jurídico figuran diversas prerrogativas en favor de la Administración Pública, cuales son, entre otras, el ejercicio de su potestad imperativa —incluida la tarifaria y la expropiatoria–, el poder de policía, y la situación jurídica especial de los bienes afectos a la prestación del servicio.

4. *El criterio legal*

Desde luego, el más pragmático de los criterios para determinar el carácter público de un servicio es el criterio legal; en la práctica, el derecho positivo de muchos países dispone que no hay más servicio público que el establecido por la ley. Empero, este criterio legal para determinar el carácter público de un servicio, no da lugar a suponer que todos los órganos creados, o las actividades desarrolladas, por disposición legal representan o significan un servicio público. El criterio legal acerca del concepto de servicio público lo expresa Serra Rojas en los siguientes términos: "Desde el punto de vista legal, la creación de un servicio público es la obra del legislador, que en una ley general de servicios públicos, o en una ley que organiza un servicio público especializado, determina la posibilidad de atención de dicho servicio. La creación de un servicio público se verifica por ley".[14]

[12] Gastón Jèze, *op. cit.*, t. II-1, p. 4.

[13] Carlos García Oviedo y Enrique Martínez Useros, *Derecho administrativo*, 9a. ed., Madrid, EISA, 1968, t. II, p. 2031.

[14] Andrés Serra Rojas, *Derecho administrativo*, *op. cit.*, t. I, p. 108.

A partir de las adiciones y reformas a la Constitución –cuyo decreto promulgatorio se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de febrero de 1983–, el artículo 28 constitucional, adopta el criterio legal en el párrafo que dispone: "La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley".

El tratadista argentino José Canasi hace notar, con toda razón, que el solo hecho de que el Estado norme cualquier actividad o servicio no es suficiente para convertirlos en servicio público: "No basta que el Estado reglamente una actividad o un servicio cualquiera, para que por este hecho se convierta en servicio público. Es necesario que el legislador los erija en servicio público, cualquiera que sea el objeto de esa actividad o el de ese servicio en forma específica o genérica".[15]

En la doctrina, el criterio legal para la determinación del servicio público es rechazado por muchos autores, por considerar que la determinación del legislador de considerar servicio público a cierta actividad, será una decisión arbitraria si no se da en la realidad la satisfacción de una necesidad de carácter general; sin embargo, como la consecuencia práctica de que determinadas actividades u órganos se consideren servicios públicos, consiste en que se sujeten a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado, únicamente serán reguladas por esa normativa especial las actividades u órganos que la ley reconozca como servicios públicos.

En fin, conforme al criterio legal, no hay más servicio público que el determinado por la ley, por lo cual la voluntad del legislador monopoliza la creación del servicio público.

En síntesis, podríamos resumir los criterios empleados en la determinación del carácter público de un servicio dado, en el orgánico, el funcional, el jurídico y el legal, con la aclaración de que suelen emplearse varios criterios en la elaboración de cada concepto o definición de servicio público.

[15] José Canasi, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1974, vol. II, p. 12.

IV. Servicios públicos propios e impropios

Como dijimos, el servicio público se ha tratado de explicar de acuerdo con diversos criterios, entre los que destacan el orgánico y el funcional, cuya contraposición resolvió el profesor italiano Arnaldo de Valles mediante la distinción de los servicios públicos propios y los servicios públicos impropios.

1. *Servicio público propio*

El servicio público puede explicarse como una actividad técnica destinada al público para satisfacer una necesidad de carácter general, bajo un régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado. Si tal actividad la reconoce la ley como servicio público y la desempeña directamente la Administración pública o, indirectamente, por medio de particulares en quienes delega su ejecución –por ejemplo, bajo el régimen de concesión–, estaremos frente a un servicio público en estricto sentido, o sea propiamente dicho.

2. *Servicio público impropio*

Empero, cuando dicha actividad no está considerada por la ley como servicio público y, por tanto, puede ser desarrollada directamente por particulares, por no estar atribuida a la Administración pública ni al Estado, estaremos entonces ante un servicio público impropiamente dicho, y para el que la doctrina emplea diversas denominaciones, como servicio público impropio, servicio público virtual, servicio de interés público o servicio reglamentado.

Conviene aclarar que el servicio público impropio no es una creación de la ley, sino que deriva de un permiso, de una licencia o autorización de carácter administrativo que destraba el ejercicio de un derecho individual limitado, de realizar una actividad privada que, a diferencia de la actividad comercial ordinaria, obliga a su titular a prestar el servicio a quienquiera que lo requiera y en el orden en que se presente, con apego a una regulación jurídica especial que incluye –salvo contadas excepciones– la fijación de una tarifa obligatoria.

En México, entre las principales manifestaciones del servicio público impropio o impropiamente dicho, figuran a nivel municipal: las farmacias, lecherías, panaderías y los servicios prestados por los alijadores, cargadores y estibadores en los centros de abasto.

V. Caracteres esenciales del servicio público

En opinión generalizada de la doctrina, el servicio público está investido de ciertos caracteres jurídicos esenciales, sin los cuales se desnaturaliza o desvirtúa, por cuya razón el Estado tiene la obligación de asegurar que dicho servicio revista tales rasgos distintivos o caracteres esenciales, para garantizar la idónea satisfacción de la necesidad de carácter general que trata de satisfacer, en cualquier caso en que ésta se individualice, pues como apunta Marcel Waline: "El servicio público es el más enérgico de los procedimientos de intervención administrativa, última *ratio* del Estado para asegurar la satisfacción de una necesidad colectiva cuando la iniciativa privada, por una razón cualquiera, no es suficiente para asegurarla".[16]

Existe consenso doctrinario de que los caracteres jurídicos esenciales del servicio público son la generalidad, la igualdad, la regularidad y la continuidad; algunos autores agregan la obligatoriedad, otros la adaptabilidad; no falta quien mencione la permanencia y, alguien más, la gratuidad.

1. *Generalidad*

También conocida como universalidad, la generalidad del servicio público consiste en la posibilidad de que toda persona lo use, previa satisfacción de los requisitos señalados en su normativa jurídica, sin más límite que la capacidad del propio servicio.

El carácter esencial de generalidad de todo servicio público se vincula con los derechos humanos, porque, en principio, por el sólo hecho de serlo, todo ser humano, mediante la satisfacción de los requisitos legalmente establecidos, tiene derecho a usar el servicio público, sin más

[16] Marcel Waline, *Manuel Elementaire de Droit Administratif*, París, Sirey, 1933, p. 333

límite que el proveniente de la capacidad instalada para la prestación del servicio.

2. *Igualdad*

Llamada también ***uniformidad***, la igualdad es consustancial a todo servicio público, y estriba en el trato igual o uniforme que debe darse indiscriminadamente a todos sus usuarios, sin que ello impida establecer diversas clases o categorías de usuarios, siempre y cuando, dentro de cada categoría se dé el mismo trato a todos los comprendidos en la misma.

La ***generalidad***, tanto como la igualdad del servicio público son reconocidas y apoyadas por el derecho internacional de los derechos humanos, al través de diversos instrumentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana de Derechos Humanos.

3. *Regularidad*

En razón del carácter esencial de regularidad, el servicio público se debe prestar conforme a la normativa jurídica que lo regula. Si no se da la regularidad, por prestarse sin la observancia de su regulación jurídica, el servicio podrá ser general y uniforme, pero irregular, o sea, anormal, anómalo y deficiente.

Merced a su carácter esencial de regularidad, el servicio público contribuyó en buena medida al rompimiento del principio secular que erigía a la voluntad de las partes en máxima ley de los contratos, al sustraer del ámbito del consenso de los contratantes de dicho servicio, aspectos fundamentales del mismo, cuales son su calendario, su horario, sus condiciones técnicas, sus medidas de seguridad y su tarifa, los que no son materia de negociación de las partes, sino unilateralmente predeterminadas en una regulación jurídica exorbitante del derecho privado.

En la irregularidad del servicio público, o sea, en la inobservancia de las normas que regulan su prestación, independientemente de la responsabilidad del prestador del mismo, también puede haber culpa de la autoridad a cuyo cargo está su control y vigilancia. Contra uno y otra puede intentar acción legal el usuario del servicio, en caso de irregularidad del mismo; por ello tiene razón Georges Vedel, cuando afirma: "Esta acción contractual dirigida contra el que administra el servicio,

que puede ser un concesionario, no supone un obstáculo para los recursos abiertos contra la Administración de que depende el servicio y fundados en el desconocimiento por parte de la misma de sus propias obligaciones de control del servicio".[17]

4. *Continuidad*

El carácter esencial por antonomasia del servicio público es el de continuidad, en cuya virtud dicho servicio no debe interrumpirse dentro de los horarios y de las fechas o circunstancias previstas en su propia regulación.

Debemos hacer hincapié en el hecho de que algunos servicios públicos tienen un programa de prestación intermitente, sin que jurídicamente se pueda interpretar como interrumpido el servicio cuando, conforme a su programa, no se realiza la prestación del mismo, tal es el caso del servicio de alumbrado público, cuya prestación se suele programar de la puesta a la salida del Sol del día siguiente. De esta suerte, la índole de la necesidad de carácter general que cada servicio público está destinado a satisfacer, habrá de determinar el matiz de la continuidad del mismo; conforme a esa modalidad deberá evitarse toda interrupción y, en caso de producirse, proceder a subsanarla para reanudar el servicio a la brevedad posible.

5. *Otros presuntos caracteres esenciales del servicio público*

Además de los cuatro caracteres que acabamos de explicar, que a juicio de la generalidad de la doctrina son esenciales para todo servicio público, sea propio o impropio, algunos autores agregan otros que no han recibido el consenso generalizado de la doctrina, a los cuales nos referiremos a continuación.

A. La obligatoriedad

Para quienes la proponen como otro carácter esencial del servicio público, la obligatoriedad del servicio público entraña tanto el deber del

[17] Georges Vedel, *Derecho administrativo*, traducción de Juan Rincón Jurado, Madrid, Aguilar, 1980, p. 71.

Estado de asegurar su prestación por todo el tiempo que subsista la necesidad de carácter general que está destinado a satisfacer, como la obligación del prestador del servicio a proporcionarlo mientras subsista dicha necesidad, si no hay un plazo establecido y el servicio está a cargo de la Administración pública, o durante el plazo señalado en la concesión o permiso, si se trata de servicios a cargo de particulares.

B. La adaptabilidad

Conocida también como mutabilidad, la adaptabilidad del servicio público consiste en la constante posibilidad de modificar su regulación a efecto mejorar las condiciones del servicio y de aprovechar los adelantos tecnológicos.

C. La permanencia

La permanencia del servicio público, que puede considerarse como una faceta de su obligatoriedad, se refleja en la obligación de mantener la prestación del servicio mientras subsista la necesidad de carácter general que pretende satisfacer.

D. La gratuidad

Por lo que ve a la gratuidad, que algunos autores han sugerido como uno de los caracteres esenciales del servicio público, creemos que no puede considerarse como tal, porque el servicio público a cargo de particulares, por definición está animado por el propósito de lucro, lo cual es antinómico de la gratuidad.

VI. Elementos indispensables del servicio público

El servicio público se configura con un conjunto de elementos indispensables, sin cualquiera de los cuales no es posible su integración y prestación, entre los que figuran: la necesidad a cuya satisfacción se destina el servicio, la actividad destinada a satisfacer dicha necesidad, el universo de usuarios potenciales del servicio público, la intervención

estatal, el sujeto que desarrolla la actividad satisfaciente, los recursos empleados en la prestación del servicio y su régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado.

1. La necesidad a cuya satisfacción se destina el servicio

Es dable decir que el servicio público nace de la necesidad humana, mas no de cualquiera, sino de la común carencia insatisfecha que tienen una y muchas personas respecto de algo, lo que no significa que sean todas las integrantes de una sociedad, pero sí tantas, que la convierten en una necesidad de carácter general cuya satisfacción se inserta en el *telos* del Estado, quien tiene el deber ético de asegurar su satisfacción, cuyo cumplimiento se logra precisamente mediante el desarrollo de la actividad técnica que implica la prestación del servicio público.

No existe consenso en la doctrina, ni en la legislación, ni en la jurisprudencia, acerca de la índole, o por lo menos de la denominación de la necesidad que satisface, porque no todos le reconocen su carácter general, sino que algunos, como Hauriou, la consideran una necesidad pública; otros –entre ellos Charles Blaevoet– la entienden como necesidad esencial; también hay quienes –Villegas Basavilbaso, por ejemplo– sostienen que la necesidad de referencia es de carácter colectivo; sin faltar los que, como Jèze, le llamen interés general.

No nos parece adecuado calificar de pública a la necesidad cuya satisfacción se da mediante la prestación del servicio público, porque se trata de la suma de necesidades individuales iguales que tiene un gran número de personas particulares, de ahí su carácter general; por ello consideramos conveniente reservar la locución de necesidad pública, no para la suma de necesidades particulares individuales, sino para las que tienen el Estado, la Administración pública o cualquier ente de derecho público.

Necesidad pública es, por tanto, la que tiene cualquier institución pública, ya sea Estado, municipio, administración pública, órgano legislativo o judicial, órgano constitucional autónomo u organismo descentralizado. Así, sería necesidad pública la que tiene el municipio de cobrar impuestos para cubrir los gastos municipales.

Tampoco nos parece aceptable la locución *interés general* en lugar de la de *necesidad de carácter general*, porque el servicio público debe

estar destinado a satisfacer las necesidades, o sean, las carencias de las cosas indispensables para una vida digna, decorosa y acorde con los adelantos de la civilización, y no el interés, es decir, el provecho o la utilidad general, cuya obtención se procura mediante el ejercicio de las funciones públicas o de las obras publicas. Sobre este asunto, Villegas Basavilbaso expresa: "El interés general –interés público– es diferente de la necesidad general, desde que no todos los intereses generales son necesarios, aunque toda necesidad general es de interés público. Desde este punto de vista, el interés general es el *genus* y la necesidad general es la *species*".[18]

Para el mismo Villegas Basavilbaso, como para otros autores, la necesidad que satisface el servicio público debe denominarse *colectiva*, porque no es suficiente que sea una necesidad general, por ser indispensable que derive de la vida colectiva. La necesidad de alimentarse, arguyen, es sin duda general, más no colectiva, porque el hombre la siente independientemente de vivir en soledad o en sociedad; en cambio, la necesidad de transporte sólo se concibe en una vida comunitaria.

La argumentación referida en el párrafo anterior no nos parece razonable, por considerar que la suma de necesidades individuales iguales integrantes de la necesidad de carácter general debe ser satisfecha mediante el servicio público, independientemente de que quienes la tengan, vivan o no en una colectividad, si y sólo si requiere del desarrollo de una actividad técnica; porque toda persona tiene las necesidades de respirar y de dormir, más para satisfacerlas no se requiere normalmente de la realización de actividades técnicas, sin las cuales, en cambio, no se puede lograr la satisfacción de otras muchas necesidades, como las de abastecerse de agua potable y de energía eléctrica, las cuales suele tener casi toda persona, así viva sola en un medio rural, pues como dice Marienhoff:

> No debe referirse o circunscribirse aquí el concepto de "necesidad" al hecho de que tal necesidad responda a un requerimiento de la vida en comunidad, en sociedad. El concepto de necesidad "colectiva" debe referírsele al de una necesidad sentida por una porción apreciable del respectivo conglomerado

[18] Benjamín Villegas Basavilbaso, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951, t. III, p. 52.

> de personas... En la época actual, la necesidad de luz, mediante "alumbrado", no sólo la siente quien viva en un gran centro urbano, sino también quienes vivan en una zona rural... En lugar de necesidad o interés "colectivo" corresponde hablar de necesidad o interés "general", entendiendo por tal una "suma apreciable de concordantes intereses individuales".[19]

La expresión "necesidad colectiva" convendría reservarla para aquellas necesidades que tiene la sociedad como ente distinto a los individuos que la integran, como puede ser la de constituirse en Estado, o la de hacer imperar un orden jurídico, o de que exista una moral pública.

Consideramos que la necesidad cuya satisfacción constituye la razón de ser del servicio público es de carácter general, por tratarse de una necesidad individual que se generaliza, o sea, que adquiere carácter general a fuerza de ser registrada simultáneamente por muchas personas para quienes viene a ser una necesidad común, de la cual cada una de ellas puede escindir su necesidad individual, por ello la satisfacción puede darse de manera idéntica para todas ellas, a través de la actividad que implica la prestación del servicio público.[20]

En síntesis, reafirmamos nuestra opinión de considerar a la necesidad de carácter general, cuya satisfacción requiere del desarrollo de una actividad técnica, como el primer elemento del servicio público, por las razones que acabamos de exponer, mismas que estimamos válidas para rechazar las otras denominaciones de *necesidad pública*, *esencial* o *colectiva*, o la locución *interés general* que diversos autores usan en lugar de la *necesidad de carácter general*. En conclusión: sin una necesidad de carácter general qué satisfacer, mediante una actividad técnica, no se justifica ningún servicio público.[21]

2. La actividad destinada a satisfacer la referida necesidad

Es indiscutible que la actividad destinada a satisfacer la respectiva necesidad de carácter general es un elemento indispensable del servicio

[19] Miguel S. Marienhoff, *op. cit.*, t. II, pp. 31-32.

[20] . Agustín A. Gordillo *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1980, t. 2, p. XIII-6-.

[21] *Vid*. Jorge Fernández Ruiz, "Apuntes para una teoría jurídica de la necesidad", en *Actualización jurídica*, año 1, núm. 1, México, febrero 1997, pp. 19-22.

público, porque sin el desempeño del conjunto de operaciones o tareas que implica, éste no puede prestarse. Empero, es importante determinar las características o rasgos específicos de tal actividad, toda vez que no puede ser de cualquier tipo.

Nos referimos no a una actividad cualquiera sino a aquella cuya realización requiere de un procedimiento o conjunto de procedimientos propios de ciencias, artes, industrias u oficios, específicos, así como del empleo de ciertos elementos, tales como personal especializado, equipos, instrumentos y materiales determinados, lo que significa que nos referimos a una actividad técnica que está diseñada para producir efectos útiles en un ámbito determinado, habida cuenta que la técnica dirige la actividad hacia su fin natural o reflexivo; de ahí que las cosas producidas de acuerdo con la técnica sean superiores a las realizadas de manera empírica.

Luego entonces, la actividad adecuada del servicio público viene a ser de carácter técnico, porque su realización requiere del desarrollo de un conjunto de operaciones o tareas cuya ejecución se sujeta a procedimientos privativos de determinadas artes, ciencias, industrias u oficios, de acuerdo con las características y modalidades específicas del servicio público de que se trate.

El *telos* del servicio público viene a ser otro factor determinante de su actividad, habida cuenta que la finalidad a la que se destina consiste precisamente en la satisfacción de una necesidad de carácter general, lo que nos permite considerarla como una actividad satisfaciente, además de técnica.

Para que efectivamente resulte satisfaciente la actividad propia del servicio público, se requiere, además, que sea pertinente, en el sentido de que sea a propósito de lograr su fin. Por ejemplo, la actividad de transportar en andas a personas no puede considerarse a propósito de lograr el fin de una actividad técnica de transporte masivo de pasajeros en una gran ciudad, por lo cual resulta impertinente para tal efecto. En cambio, será pertinente dicha actividad si se realiza con el empleo de trenes eléctricos, por ejemplo.

De igual manera, la actividad propia del servicio público habrá de ser capaz, en el sentido de apta, proporcionada y suficiente para alcanzar sus fines. Así, la actividad de transporte en andas resultaría incapaz

como actividad técnica de transporte masivo, por ser inepta, desproporcionada e insuficiente para su fin. Por el contrario, la actividad de transporte masivo de pasajeros en una gran ciudad, por medio de trenes eléctricos, es capaz, por suficiente y proporcionada a una gran demanda, así como apta, por idónea para lograr su finalidad satisfactora.

Por último, la actividad satisfaciente elemento indispensable del servicio público, habrá de ser adecuada al servicio público correspondiente. En este orden de ideas, el transporte de pasajeros en andas, como actividad de transporte masivo en una gran ciudad, resulta actualmente inadecuado por ser inapropiado a las condiciones, circunstancia y objeto exigidas por un servicio público de ese tipo en una gran urbe, tanto por anacrónico como por su reducido aforo, corto alcance y escasa velocidad.

En resumen, la actividad, como elemento indispensable del servicio público, debe ser técnica y satisfaciente, por lo cual habrá de ser, además, pertinente, capaz y adecuada para alcanzar el logro de su fin satisfaciente.

3. *El universo de usuarios potenciales del servicio público*

El servicio público es inimaginable sin usuarios, porque, por definición, se destina a satisfacer ciertas necesidades humanas de carácter general, suma de muchas necesidades individuales similares, cuyos sujetos que las sienten constituyen su universo de usuarios potenciales que se convertirán en usuarios efectivos cuando accedan a su utilización, una vez cubiertos los requisitos correspondientes, en el caso de que los haya; en fin, sin usuarios no se genera la necesidad de carácter general y, por tanto, el servicio sería absurdo e injustificado.

4. *La intervención estatal*

Sin duda, la intervención estatal constituye otro elemento indispensable del servicio público, porque sólo mediante ella se puede crear y, además, someterlo al régimen jurídico especial que le permite asumir sus caracteres esenciales de generalidad, regularidad, uniformidad y continuidad.

Entre otras formas de intervención estatal está la realizada a través del régimen jurídico exorbitante del derecho privado, cuya elaboración

e interpretación, así como el control y vigilancia de su aplicación y observancia, competen a sus órganos de gobierno.

Otra manifestación de la intervención estatal se manifiesta en la prestación misma de los servicios públicos, cuando éstos están a cargo directo de la administración pública; así como a través del otorgamiento de las concesiones para la instalación, funcionamiento y explotación de los llamados *propios*; o por medio de la expedición, revocación, cancelación o anulación de los permisos, licencias o autorizaciones para el funcionamiento de los servicios públicos conocidos como *impropios* o *virtuales.*

En fin, sin la intervención del Estado perdería el servicio público su régimen jurídico exorbitante del derecho privado que conlleva el aseguramiento de sus caracteres esenciales de generalidad, regularidad, uniformidad y continuidad, por cuya razón, la intervención estatal es indispensable para la configuración y prestación del servicio público.

5. *El sujeto que desarrolla la actividad satisfaciente*

No puede operar un servicio público sin un sujeto a cuyo cargo esté su prestación, quien por tal razón viene a ser el prestador del servicio, sin cuya actuación el servicio no puede funcionar, por lo cual el sujeto a cuyo cargo está dicha prestación también viene a ser uno de sus elementos indispensables, por ser imposible una actividad sin un sujeto que la desarrolle.

Importa aclarar que el sujeto a cuyo cargo queda la prestación del servicio público puede ser de derecho público o de derecho privado. Es de derecho público cuando el servicio está a cargo de la propia administración pública; el sujeto prestador del servicio público será de derecho privado cuando se trate de servicio público *propiamente dicho* que opere bajo el régimen de concesión, así como cuando se trate de los servicios públicos *impropios.*

6. *Los recursos necesarios para la prestación del servicio*

Tampoco es posible la prestación de un servicio público sin destinar para ello los recursos mínimos requeridos para tal efecto, los cuales pueden agruparse en recursos humanos –conjunto de personas dedicadas a realizar las tareas imprescindibles para tal efecto–, recursos

materiales –bienes muebles e inmuebles, maquinaria, herramienta, mobiliario y equipo indispensables– y recursos financieros, cuya obviedad no requiere comentarios adicionales.

7. Un régimen jurídico exorbitante del derecho privado

El último de los elementos esenciales que analizamos del servicio público, es el régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado, que algunos catalogan como de derecho público y otros autores consideran como en parte de derecho privado y en parte de derecho público, pero que en uno y en otro caso resulta exorbitante del derecho privado, lo cual se comprueba aun en el servicio público impropio o virtual, el cual queda sujeto a una norma de derecho público, por lo menos, mediante la imposición de un tope tarifario. Para Enrique Silva Cimma, ese régimen jurídico especial: "consiste en el conjunto de disposiciones legales y reglamentarias, que dictan los Poderes del Estado –con competencia para ello– cuando comprenden que una determinada necesidad general debe satisfacerse mediante el procedimiento del servicio público. Se trata, generalmente, de un régimen de Derecho Público".[22]

La base fundamental del régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado, radica en la indiscutible desigualdad de los principales intereses involucrados en el servicio público, a saber: los intereses de los usuarios cuya necesidad de carácter general es la razón de ser del servicio, los intereses del prestador del servicio, los intereses de la sociedad y los intereses del Estado. A juicio de Gastón Jèze:

> Decir que, en determinada hipótesis, existe servicio público, equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos del derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico.[23]

[22] Enrique Silva Cimma, *Derecho administrativo chileno y comparado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1969, t. II, p. 145.

[23] Gaston Jèze, *op. cit.*, t. II, vol. 1, p. 4.

Vale decir que el régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado, que rige al servicio público, a pesar de no ser el mismo en todos los casos, por adecuarse específicamente a cada uno de ellos, tiene en común ciertos rasgos característicos que lo diferencian del referido a los servicios privados, y versan sobre la regularidad, la continuidad, la adaptabilidad, la obligatoriedad y el financiamiento del servicio, de los cuales ya nos hemos ocupado en páginas anteriores; así mismo, se refieren al poder de policía, al dominio público, a las restricciones al dominio privado, y a la expropiación.

A. El poder de policía

Respecto del servicio público, el poder de policía se traduce en la llamada policía de gestión de los servicios públicos cuyas labores pueden clasificarse en tres rubros, según se relacionen con los prestadores del servicio, con los usuarios, o con los bienes y la operación del servicio.

En lo relativo al prestador del servicio, la policía de gestión realiza una labor técnica permanente encaminada a exigir el cumplimiento de la norma vigente, en la prestación del servicio. En lo concerniente al usuario del servicio, la policía de gestión se limita a verificar que al acceder al servicio, el usuario cumpla los requisitos exigibles conforme a la normativa vigente y, durante el uso del servicio, guarde la actitud y la conducta previstas en ella. En lo tocante a la operación del servicio y a los bienes afectos al mismo, la policía de gestión se ejerce contra quienes indebidamente tratan de impedir, perturbar o interrumpir la prestación del servicio.

En relación con la labor de la policía de gestión del servicio público, Fritz Fleiner considera que los órganos del mismo, son competentes para defender directamente el servicio y están facultados para rechazar, sin más trámite y con uso de la coacción, cualquier traba al funcionamiento del servicio.[24]

[24] *Vid*. Fritz Fleiner, *Instituciones de derecho administrativo*, traducción de Sabino Álvarez Gendín, Barcelona, Editorial Labor, 1953, p. 127.

B. El dominio público

Otra característica del régimen jurídico especial del servicio público versa sobre el dominio público, porque, como es fácilmente comprobable, los bienes afectos al servicio público guardan una situación jurídica especial. Según la opinión de Benjamín Villegas Basavilbaso, con la cual coincidimos, los bienes afectos a los servicios públicos propiamente dichos, guardan una situación jurídica especial que, de no existir, posibilitaría la libre enajenación de tales bienes por parte de sus propietarios, o su embargo y, en su caso, su remate, lo cual podría provocar la interrupción o suspensión del servicio público, en clara contradicción a sus caracteres esenciales de continuidad y permanencia. "Así, pues —afirma Villegas Basavilbaso—, la indisponibilidad de las cosas afectadas a los servicios públicos, en ausencia de ley que la establezca, deberá ser declarada judicialmente en cada caso de acuerdo con las circunstancias y la naturaleza física de aquéllas".[25]

C. Restricciones al dominio privado

La prestación del servicio público y, por ende, la satisfacción de las necesidades de carácter general que atiende, requiere en ocasiones de la imposición de restricciones y servidumbres al dominio privado –otro de los rasgos característicos del régimen jurídico especial del servicio público–, mediante las cuales se limita el ejercicio del derecho de propiedad privada en beneficio del servicio público. Con toda razón, Villegas Basavilbaso, dice: "A los efectos de la cuestión en examen debe observarse que, en principio, estas limitaciones a la propiedad privada que el Estado ejerce, en ciertos casos, para contribuir a la satisfacción de las necesidades colectivas, constituyen una nota específica que califica el servicio de público, y deben ser establecidas por acto legislativo".[26]

D. La expropiación

La posibilidad de la expropiación forzosa representa otro rasgo característico del régimen jurídico especial del servicio público, la que,

[25] Benjamín Villegas Basavilbaso, *op. cit.*, t. III, p. 73.
[26] *Idem*, p. 75.

como severa limitación a la propiedad privada, suele imponerse para lograr la instalación y el funcionamiento del servicio público, cuando no puede satisfacerse la necesidad de carácter general a la que se destina, sin la incorporación de la propiedad privada de los particulares al dominio público.

Habida cuenta que, como lo reconoce el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, "Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad", el instituto de la expropiación forzosa debe establecerse y regularse en la ley. En México, la misma Ley Fundamental tutela el derecho humano a la propiedad mediante la garantía contenida en el segundo párrafo del artículo 27 constitucional, al disponer: "Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización".

Si bien la regulación del instituto de derecho público de la expropiación debe regularse en la ley, la aplicación al caso concreto se lleva a cabo mediante un acto administrativo fundado en la ley correspondiente.

VII. La definición del servicio público

El servicio público se ha tratado de definir tanto en la ley como en la jurisprudencia y en la doctrina, y como se puede comprobar fácilmente, es en la legislación en donde se ha registrado el menor número de intentos definitorios de esta categoría jurídica, lo que contrasta con la doctrina, en la que existen tantas definiciones como autores se han ocupado del servicio público.

1. *La definición del servicio público en la legislación*

Poco propenso ha sido el legislador a incluir definiciones en el ordenamiento legal, por ello llama la atención la definición de servicio público contenida en la *Ley que establece las bases para el régimen de permisos, licencias y concesiones para la prestación de servicios públicos y la explotación y aprovechamiento de bienes de dominio del Estado y los Ayuntamientos*, publicada en el *Periódico Oficial del Estado de Guerrero*, de 10 de octubre de 1989, cuyo tenor es el siguiente:

> Artículo 2o. Para efectos de la presente Ley, se entiende por servicio público la actividad técnica que puede prestarse en forma directa o indirecta para satisfacer necesidades colectivas conforme a principios de igualdad, generalidad, regularidad, adecuación y continuidad.

Como es evidente, en esta definición legal se incluyen los caracteres esenciales básicos de generalidad, igualdad, regularidad y continuidad que postula la doctrina, así como la finalidad de satisfacer necesidades *colectivas* mediante una actividad técnica que puede prestarse de forma directa o indirecta, mas no dice a cargo de quién, o sea a quién se atribuye la prestación del servicio, aun cuando pueda interpretarse que tal sujeto sea el Estado o el municipio, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones.

Desde luego, una definición no requiere incluir todos los caracteres esenciales y los elementos indispensables de lo definido, sino sólo los necesarios para exponer el género próximo -actividad-, y la diferencia específica –técnica y satisfactora de necesidades colectivas–, aclarada con sus circunstancias de tiempo –continua– y de modo –igual, general, regular y adecuada–, sin ser tautológica, negativa, ni excesivamente larga.

En España, el artículo 85 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, definió: "Son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia local de las entidades locales".

2. *La definición del servicio público en la jurisprudencia*

En Francia, la jurisprudencia viene a ser la principal protagonista en la conformación tanto de la idea como del concepto y de la definición del servicio público, mediante *arrêts* tan sonados como los relativos a los casos Rothschild, Dekeister, Blanco, Therond, Terrier, Feutry y el de Radio Atlantic, para no citar sino algunos de los más conocidos, cuya influencia ha trascendido las fronteras de Francia, respecto de la institución jurídica universal del servicio público.

En cambio, en México, la jurisprudencia no ha tenido una participación tan relevante, como en Francia y en España, en la configuración del concepto y de la definición del servicio público, lo cual no ha sido obstáculo para hacer algunos pronunciamientos que incluyen defini-

ciones del servicio público, inicialmente formulados a la luz del criterio orgánico, como el contenido en la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitida hace más de medio siglo, cuya parte medular señalaba:

> En derecho administrativo se entiende por servicio público un servicio técnico prestado al público, de una manera regular y continua, para la satisfacción del orden público y por una organización pública. Es indispensable, para que un servicio se considere público, que la administración pública lo haya centralizado y que lo atienda directamente y de por sí, con el carácter de dueño, para satisfacer intereses generales y que, consiguientemente, los funcionarios y empleados respectivos sean nombrados por el poder público y formen parte de la administración...[27]

Como salta a la vista, la anterior dista mucho de cumplir las reglas más elementales de la definición, por incluir en ella a lo definido, carecer de diferencia específica, ser obscura e innecesariamente extensa. En descargo de sus deficiencias debe tenerse presente que fue formulada en una época –1942–, en la cual las teorías relativas al servicio público eran poco conocidas en nuestro país, mas no así las reglas de la lógica.

Posteriormente, la Suprema Corte se ha pronunciado con mucha mayor propiedad y acierto en el tema, al hacer consistir al servicio público:

> (...) en la actividad que se desarrolla para satisfacer una necesidad colectiva de carácter económico o cultural, mediante prestaciones que por virtud de norma especial del poder público, deben ser regulares, continuas y uniformes. (LEY DE VIAS GENERALES DE COMUNICACION, SERVICIO PÚBLICO EN RELACION CON LA. *Apéndice de Jurisprudencia* de 1917 a 1965 del *Semanario Judicial de la Federación*, tercera parte, Segunda Sala, pág. 191).

3. *La definición del servicio público en la doctrina*

Dado el gran número de definiciones propuestas en la doctrina acerca del servicio público, no vamos a examinar aquí todas ellas, porque además de ser tantas como autores se han ocupado de él, sería un ejercicio

[27] Tomado de: Andrés Serra Rojas, *op. cit.*, t. I, p. 120.

de poco provecho; por ello, apenas nos ocuparemos de algunas de las más representativas.

A. La definición de Duguit

En opinión del decano de la Universidad de Burdeos, el servicio público es "toda actividad cuyo cumplimiento deba ser asegurado, reglado y controlado por los gobernantes".[28] El género próximo en esta definición viene a ser toda actividad, sin importar quien la realice, lo cual significa que no se trata forzosamente de una actividad del Estado; la diferencia específica la circunscribe a un sector de las actividades posibles: aquellas cuyo cumplimiento deba ser asegurado, reglado y controlado no por quien sea, sino, en una circunstancia de modo, por los gobernantes.

La anterior definición es más clara que lo definido, lo cual no se incluye en ella, además es breve y positiva; empero no equivale a lo definido, porque, al menos en la actualidad, a la luz de la doctrina jurídica imperante en materia administrativa, es mucho más que lo definido, por incluir prácticamente todo tipo de actividades del Estado como son, por ejemplo, las concernientes a las funciones administrativa, legislativa y jurisdiccional.

B. La definición de Jèze

En opinión de Gastón Jèze, el *enfant terrible* (niño terrible) de la llamada "Escuela del Servicio Público":

> Decir que, en determinada hipótesis, existe servicio público, equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés gneral, pueden aplicar los procedimientos de derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico.[29]

[28] Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3a. ed., París, Editions E. de Boccard, 1927-1930, t., II, p. 55.

[29] Gastón Jèze, *Principios generales de derecho administrativo*, ed. cit., t. II, vol. 1, p. 4.

Jèze considera, pues, al servicio público como un procedimiento técnico cuyo objeto consiste en dar satisfacción regular y continua a necesidades de interés general, con sujeción a un régimen jurídico especial, de derecho público. El género próximo viene a ser aquí un procedimiento, mas no cualquiera, sino el precisado por la diferencia específica, en dos aspectos: técnico y satisfactor de necesidades de carácter general. Esta *definitio* se complementa con las circunstancias de modo, relativas a la satisfacción de la necesidad: regular y continua, y con sujeción a un régimen jurídico especial de derecho público, capaz de modificar en todo momento la organización del procedimiento.

El tratadista argentino Benjamín Villegas Basavilbaso, considera a la referida construcción definitoria de Jèze sobre el servicio público "una de las más sistematizadas del derecho administrativo";[30] mas, aun cuando sea más clara que lo definido, sea positiva, esté exenta de vicios tautológicos y no sea muy larga, no es equivalente a lo definido, al incluir, por una parte más y, por otra, menos de lo definido.

Afirmamos que comprende más de lo definido, porque incluye los procedimientos que satisfacen todas las necesidades de interés general, como son las del Estado y del municipio, ambas de indudable interés general, pero que en la mayoría de los casos se satisfacen mediante el ejercicio de funciones públicas o a través de la celebración de contratos administrativos de servicios personales, de arrendamientos, de adquisiciones y de obra pública, entre otros, que desde luego no son servicios públicos; de menos, porque no considera a los procedimientos sujetos a regímenes jurídicos mixtos, en parte de derecho público y en parte de derecho privado, pero siempre exorbitantes de este último, característicos de los servicios públicos propiamente dichos prestados bajo el régimen de concesión, o de los servicios públicos impropios o virtuales.

C. La definición de Díez

El prestigiado jurista argentino Manuel María Díez ha definido al servicio público como "la prestación que efectúa la administración

[30] Benjamín Villegas Basavilbaso, *op. cit.*, t. III, p. 13.

en forma directa o indirecta para satisfacer una necesidad de interés general".[31]

Además del establecimiento del género próximo y de la determinación de la diferencia específica, se aprecia su claridad, concisión y positividad; igualmente se cuida de incurrir en el vicio de incluir lo definido en la *definitio*, sin embargo, uno y otra no son equivalentes, porque el primero incluye la prestación que no efectúa la administración –sino los particulares– para satisfacción de necesidades de carácter general, la cual no figura en la definición, por lo que ésta sólo resulta válida para una parte del servicio público, que es la del propio o propiamente dicho, pero no abarca al impropio o virtual.

D. La definición de Olivera Toro

El profesor mexicano Jorge Olivera Toro, propone la siguiente definición, parecida a la de Díez: "el servicio público es la actividad de la que es titular el Estado y que, en forma directa o indirecta satisface necesidades colectivas, de una manera regular, continua y uniforme".[32]

En la anterior definición, el género próximo es la actividad estatal, en tanto que la especie viene a ser la actividad del Estado satisfactora de necesidades colectivas. Erróneamente, el autor indica que tal actividad satisface en forma directa o indirecta necesidades colectivas, pues lo que debió expresarse es que el Estado, como titular de tal actividad, la podrá desarrollar directa o indirectamente, porque las referidas necesidades siempre las habrá de satisfacer directamente la actividad; además, esta definición, al igual que la de Díez, tampoco es aplicable al servicio público impropio, porque excluye a las actividades cuya titularidad no corresponde al Estado, sino a los particulares, como acontece en el servicio público impropio.

E. Definición de Alcides Greca

El profesor santafecino, en su renombrada obra *Derecho y ciencia de la administración municipal*, plantea la siguiente definición omnicomprensiva del servicio público:

[31] Manuel María Díez, *op. cit.*, t. III, p. 198.
[32] Jorge Olivera Toro, *Manual de derecho administrativo*, México, Porrúa, 1967. p. 57.

> Toda prestación concreta del Estado o de la actividad privada, que tendiendo a satisfacer necesidades públicas es realizada directamente por la administración pública, o indirectamente por los particulares, mediante concesión, arriendo o una simple reglamentación legal, en la que se determinen las condiciones técnicas y económicas en que debe prestarse, a fin de asegurar su menor coste, efectividad, continuidad y eficacia.[33]

En relación con la anterior definición, habremos de hacer notar que en los casos de concesión, subrogación o arriendo del servicio público, efectivamente el Estado realiza indirectamente la prestación que le está atribuida, no así en los casos de servicios públicos impropios, pues tratándose de ellos, la prestación no es atribución del Estado, quien se concreta a otorgar un permiso o una licencia o autorización al particular, para que sea éste quien directamente –no por delegación del Estado ni del municipio– preste el servicio.

F. Mi propuesta de definición

Para establecer el género próximo del servicio público diremos que se trata de una actividad, no de la organización que la tiene a su cargo; no se trata de una prestación, pues el servicio se presta mediante la realización de la actividad; ni mucho menos es un procedimiento, porque es la actividad la que, en algunos casos, precisamente requiere de un procedimiento o de un conjunto de procedimientos, propios de ciencias, industrias u oficios específicos, así como del empleo de ciertos elementos, tales como personal especializado, equipos, instrumentos y materiales determinados.

Una primera diferencia específica que nos conducirá a un nuevo género próximo, consiste en que la actividad relativa al servicio público es técnica, por lo que requiere de un procedimiento o conjunto de procedimientos, en los términos señalados en el párrafo anterior. Para los efectos del servicio público, podemos considerar a la "actividad técnica" como un nuevo género próximo, dado la gran diversidad de ac-

[33] Alcides Greca, *Derecho y ciencia de la administración municipal*, 2a. ed., Santa Fe, Argentina, 1943, p. 194. *Vid*. en sentido parecido: Alcides Agustín Peduran, *Los municipios del siglo XXI*, Hurlingham, Provincia de Buenos Aires, Editorial Aguilar, s/f., p. 88.

tividades técnicas posibles, las cuales podemos clasificar en dos grupos: las que satisfacen necesidades de carácter general y las que no satisfacen dichas necesidades; la actividad técnica relativa al servicio público es del primer grupo.

En cuanto a lo que se pretende satisfacer mediante la actividad técnica del servicio público, afirmamos que es la necesidad de carácter general y no el interés general, ni la necesidad colectiva o de carácter colectivo, ni tampoco la necesidad pública, por las razones expuestas en páginas anteriores al referirnos a la necesidad como elemento del servicio público, en el apartado 6-A de este subcapítulo.

A la luz de los caracteres esenciales del servicio público y de la clasificación de las actividades estatales que las agrupa en funciones públicas, servicios públicos, actividades de interés público, obras públicas y actividades socioeconómicas simples, hemos propuesto la siguiente definición:

Servicio público es toda actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, cuyo cumplimiento uniforme y continuo deba ser permanentemente asegurado, reglado y controlado por los gobernantes, con sujeción a un mutable régimen jurídico exorbitante del derecho privado, ya por medio de la Administración pública, bien mediante particulares facultados para ello por autoridad competente, en beneficio indiscriminado de toda persona.

VIII. La división y clasificación del servicio público

En atención al sujeto a quien está atribuido, el servicio público se divide en propiamente dicho o servicio público propio, y en impropio o servicio público impropiamente dicho.

El servicio público es uno de los diversos tipos en que se clasifican las actividades estatales, otro tipo distinto es el de la función pública; las actividades socioeconómicas residuales, ya sean de interés público o simples, configuran también sendos tipos de actividades estatales.

El servicio público es clasificado por la doctrina en atención a diferentes criterios, dentro de los principales podemos citar los relativos a las características de sus usuarios: de *uti singuli* y de *uti universi*; por el ejercicio de autoridad: de gestión pública y de gestión privada;

por su aprovechamiento: voluntarios y obligatorios; por el carácter de la prestación: también voluntarios y obligatorios; por su importancia; indispensables, secundarios y superfluos; por el carácter de la necesidad: constantes, cotidianos, intermitentes y esporádicos; por razón de su cobro: gratuitos y onerosos; por su régimen jurídico: de régimen jurídico público y de régimen jurídico mixto; por razón de la competencia económica: de régimen de monopolio, de régimen de oligopolio y de régimen de competencia abierta; por el prestador del servicio: de gestión pública indiferenciada sin órgano especial, de gestión a cargo de establecimiento público sin personalidad jurídica propia, o como servicio público personificado, y en forma de sociedad privada; y por la titularidad o jurisdicción del servicio; conforme a este último criterio, los servicios públicos se pueden clasificar en generales, regionales, municipales y concurrentes.

1. *Generales*

Se consideran servicios públicos generales, también conocidos como nacionales –o, en el caso de México, federales–, aquellos cuya prestación, regulación y control está atribuida al gobierno general del país; en tales casos hablamos de un servicio público general, llamado federal cuando se trata de un régimen de este tipo, como es el caso de México, entre cuyos servicios públicos federales podemos citar, entre otros, el del suministro de energía eléctrica, el de correos y el de teléfonos.

2. *Regionales*

Se clasifican como servicios públicos regionales, los que se atribuyen al, y quedan bajo el control, del gobierno del departamento, región, provincia o entidad federativa y no del gobierno general del país; en México, para distinguirlos de los federales, se les denominan servicios públicos estatales, entre los cuales se puede mencionar al servicio público de taxis.

3. *Municipales*

Lógicamente, los servicios públicos municipales son los atribuidos a la administración pública municipal; en México, por disposición con-

tenida en la fracción III del artículo 115 constitucional, el municipio atiende los de agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de aguas residuales; alumbrado público; limpia, recolección, traslado y disposición final de residuos; mercados y centrales de abasto; panteones, y rastro; además, incluye calles, parques y jardines, que en rigor no son servicios públicos sino obras públicas.

4. *Coincidentes y coexistentes*

En razón de la autoridad a quien compete el control de su prestación, en los servicios públicos se pueden distinguir los de la federación, los de las entidades federativas, los de los municipios, así como los atendidos simultáneamente por la federación, las entidades federativas y los municipios, los cuales, a la luz de la explicación hecha por el doctor Jorge Carpizo acerca de la división de competencias, los podemos a su vez clasificar en coincidentes y coexistentes.

Estaremos frente a un servicio público coincidente cuando su control se atribuye a dos o a las tres instancias de gobierno –federación, entidades federativas, municipios–, mas sólo a una de ellas se confiere establecer los criterios para distribuir su prestación y control; así ocurre, por ejemplo, con el servicio público de educación, atribuido por el artículo 3o. constitucional a la Federación, los Estados y los municipios, ya que en su fracción VIII confiere al Congreso de la Unión la expedición de las leyes destinadas a distribuir entre ellos la prestación de dicho servicio.

Consideramos servicios públicos coexistentes, los que en parte se asignan a la Federación, en parte a las entidades federativas, y en parte a los municipios, los servicios públicos de salud y de transporte colectivo de pasajeros, son ejemplos de esta clasificación.

IX. Precios, tasas y tarifas del servicio público

Los servicios públicos, con excepción de los clasificados como gratuitos, deben ser remunerados o retribuidos, lo cual significa que el usuario del servicio público deberá pagar un precio o tasa por el uso o aprovechamiento del servicio, determinado en una tarifa. Servicios

gratuitos son los atendidos con recursos fiscales, como suelen ser los llamados *uti universi* –alumbrado público, entre otros–, y algunos de los denominados *uti singuli*, como el servicio público de educación a cargo del Estado, por ejemplo.

1. *La remuneración al prestador del servicio*

Por definición, el servicio público oneroso implica que el usuario debe hacer el pago de una cantidad determinada a quien tiene a su cargo la prestación del mismo, o sea que los servicios públicos onerosos deben ser retribuidos por los usuarios en la medida y frecuencia con que los aprovechen. La retribución al prestador del servicio se denomina precio o tasa, según se trate de servicios voluntarios u obligatorios y se refleja en una tarifa determinada De acuerdo con diferentes factores y criterios.

2. *El precio*

En relación con los usuarios potenciales, los servicios públicos se clasifican en optativos o facultativos y en obligatorios. Los primeros son aquéllos que el usuario potencial resuelve si utiliza o no; los obligatorios son los que determinadas personas se ven compelidas a convertirse en sus derecho-habientes, aun en el caso extremo de que jamás los lleguen a aprovechar.

La retribución hecha por el uso de un servicio público oneroso se denomina precio, cuando su aprovechamiento es optativo para el usuario potencial, es decir, cuando éste no tiene la obligación legal o reglamentaria de utilizarlo. Así ocurre en el servicio público de rastro, entre otros; por ello, para Marienhoff: "Precio es la retribución correspondiente a los servicios *`uti singuli'* de utilización facultativa para el usuario; por ejemplo: ferrocarriles, teléfonos, gas, energía eléctrica, etc".[34]

La orientación del criterio para la determinación del precio de un servicio público dado variará según se trate de un servicio de gestión directa o concesionado, porque en el primer caso el precio estará encaminado a cubrir la amortización y la depreciación, más los gastos de mantenimiento, operación, administración y financiamiento; en tanto

[34] Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, *op.* cit., t. II, p. 134.

que en el servicio concesionado a particulares o a empresas de economía mixta, el precio habrá de procurar, además, la obtención de una ganancia o utilidad, porque lo anima el espíritu de lucro, a diferencia del servicio público, que por carecer de tal propósito, debe tender a su punto de equilibrio.

De igual manera, variará el precio por el uso del servicio público, según se le apoye o no con exenciones, franquicias o recursos fiscales; obviamente, siempre deberá ser inferior el precio de un servicio si se apoya con subvención o subsidio.

3. *La tasa*

Siempre que el aprovechamiento de los servicios públicos sea obligatorio para los usuarios potenciales, la retribución por la utilización del servicio, se le podrá denominar tasa, dado el carácter fiscal o parafiscal de la retribución, tal como ocurre en los servicios públicos municipales de agua potable y alcantarillado, entre otros; así, Marienhoff define: "Tasa es la retribución correspondiente a los servicios públicos cuya utilización es legalmente obligatoria para el administrado".[35]

Cabe hacer hincapié en que la tasa sólo rige en los servicios públicos onerosos de carácter obligatorio para el usuario, y que es una especie de tributo, género en el que también figuran el impuesto y la contribución de mejoras; se caracteriza por ser un tributo especial y referirse a un servicio público específico, así como por destinarse a compensar pecuniariamente una prestación pública determinada con miras a cubrir su costo, respecto del cual debe ser proporcional para lograr el punto de equilibrio, por no considerarse, por lo menos en la doctrina, fuente de recursos para el erario. En cambio, el impuesto es un tributo de tipo general, sin contraprestación, destinado a cubrir el gasto público sin especificidad.

El uso de la locución "tasas parafiscales" se hizo frecuente durante la segunda mitad del siglo XX para referirse a las que se aplican en los entes públicos distintos de la Administración central, por la prestación de servicios públicos obligatorios. En Francia, la ordenanza número

[35] *Ibidem.*

59-2, del 2 de enero de 1959, en su artículo 4 definió: "las tasas parafiscales son tasas obligatorias percibidas, para un fin concreto, en beneficio de una persona moral distinta del Estado, de las colectividades locales y de los establecimientos públicos locales".[36]

Con un concepto más amplio de las tasas parafiscales, Maurice Duverger las consideró como "extracciones efectuadas sobre sus usuarios, por algunos organismos públicos o semipúblicos, económicos o sociales, con miras a asegurar su financiación autónoma, siendo el ejemplo más importante los aportes de la seguridad social".[37]

En los términos de la Ley del Seguro Social, las personas vinculadas a otras por una relación de trabajo, son sujetos del régimen de aseguramiento obligatorio del servicio público de seguridad social, cualquiera que sea la personalidad jurídica o la naturaleza económica del patrón. El personal de la Administración pública federal y de las fuerzas armadas tiene sus respectivos sistemas de seguridad social de régimen también obligatorio.

Lo anterior significa que a todo trabajador, inexcusablemente lo debe inscribir su empleador en el servicio público de seguridad social que le corresponda y pagar ambos las cuotas o aportaciones, que dado su carácter obligatorio se identifica con las tasas parafiscales.

En principio, el monto tanto de la tasa como del precio del servicio público en mano pública, debe tender a lograr el punto de equilibrio en la prestación del servicio para no producir beneficios al erario, lo cual no se opone a que se generen remanentes en algunos ejercicios fiscales, bien para compensar los déficit de otros ejercicios, ya para realizar mejoras o ampliaciones al servicio. La obtención de remanentes excesivos y reiterados representaría un impuesto disfrazado.

4. *El poder tarifario*

Como lo he reiterado antes, los servicios públicos están sujetos a un régimen exorbitante del derecho privado, como se evidencia en la determinación de los precios públicos, tasas o tarifas aplicables en cada

[36] Ministere des Finances, *Statistiques et études financiéres*, núm. 160, París, 1962, p. 362.
[37] Maurice Duverger, *Finances publiques*, Presses Universitaires, 1963, p. 92.

caso, acción reservada al Estado que así expresa su poder tarifario en esta materia, fincado en su potestad para determinar la política general del país, como lo explica Gaspar Ariño Ortiz, al afirmar:

> (...) el poder tarifario sobre los servicios público surge históricamente en momentos de intervencionismo del Estado y como una consecuencia o manifestación más del poder general de ordenación económica. (...) De ahí que, con o sin expresa declaración formal, a éste corresponda su fijación unilateral, sin que sean hoy pensables condicionamientos o limitaciones contractuales. Esta conclusión constituye hoy un *principio general de derecho público con valor y vigencia propios, aplicable a cualquier servicio público, aun sin norma específica habilitante.*[38]

Cabe señalar que los derechos, tasas, o aportaciones que deben cubrirse por el uso de los servicios públicos de gestión directa del Estado, son expresiones del referido poder tarifario estatal cuyo sustento se ubica en la fracción VI del artículo 73 constitucional, que, en una manifestación de la potestad tributaria o impositiva del Estado, faculta al Congreso de la Unión a imponer las contribuciones necesarias a cubrir el presupuesto, las cuales, según el Código Fiscal de la Federación, se clasifican en impuestos, aportaciones de seguridad social, contribuciones de mejoras y derechos; a las segundas, como ya vimos, la doctrina las denomina tasas parafiscales, y a los últimos les llama tasas.

De igual manera, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, prevé otra manifestación del poder tarifario del Estado al disponer, en su artículo 31, que corresponde a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público: "Establecer y revisar los precios y tarifas de los bienes y servicios de la administración pública federal, o bien, las bases para fijarlos (...)".

5. *La tarifa*

El pago que corresponda –precio o tasa– por el uso de un servicio público dado, se fija en una tarifa que, debidamente autorizada por

[38] Gaspar Ariño Ortiz, *Las tarifas de los servicios públicos*, Sevilla, Instituto García Oviedo, pp. 75-76.

autoridad competente, da a conocer al usuario el importe a pagar para utilizar el servicio.

A. Etimología y concepto de tarifa

Proveniente de la voz árabe *tárif*, infinitivo del verbo *tarrafa*, traducible como publicar o dar a conocer, el vocablo *tarifa* comúnmente se explica como una lista de precios. En lo relativo a los servicios públicos, podemos entender por tarifa, la lista de precios o tasas legalmente aprobada, que debe hacerse del conocimiento de los potenciales usuarios.

B. Principios fundamentales de las tarifas

En la justipreciación o tasación justa y equitativa de los servicios públicos onerosos, es decir, en la determinación de los precios públicos o de las tasas que conformen las tarifas respectivas, conviene tener presentes los principios de igualdad, justicia, equidad, proporcionalidad, razonabilidad y certeza que se exponen a continuación.

a. Igualdad

De acuerdo con el principio de igualdad, las tarifas de los servicios públicos deben tener como punto de partida el apotegma "a servicio igual precio o tasa igual", lo que no impide la existencia de tarifas diferenciadas, siempre y cuando se establezcan, ya sea con base en la distinción de características o modalidades del servicio, como puede ser una tarifa mayor, para el uso del servicio de taxis en horario nocturno; o bien, con criterios de redistribución del ingreso y de la riqueza, como puede ser una tarifa inferior para los usuarios del servicio de agua potable de las zonas marginadas.

Tal diferenciación tarifaria podría expresarse para el primer caso, de la siguiente forma: trato igual en condiciones iguales y trato desigual en condiciones desiguales; en tanto que para el segundo caso podría enunciarse como trato igual para los iguales y desigual para los desiguales.

b. Justicia

Podrá considerarse justa la tarifa de un servicio público dado, si el monto del precio o de la tasa del mismo se determina bajo el supuesto

de una eficiente administración y, por tanto, la hipótesis de insumos a precios corrientes del mercado, para operar en punto de equilibrio los servicios de gestión directa, y con una utilidad equitativa para los concesionados. Con esto se logra que los servicios públicos sean pagados por los usuarios en la frecuencia y medida que los usen o estén a su disposición, sin subsidiar su prestación con recursos fiscales.

El subsidio del servicio público, en principio, se puede considera injusto, porque implica destinar recursos fiscales para cubrirlo, lo que significa que contribuyentes no usuarios del servicio aporten recursos para abatir artificialmente el monto de su tasa o de su precio, en beneficio de quienes sí lo usan. Así, se consideraría injusta la tarifa que subsidiase un servicio público de transporte aéreo de lujo, porque la mayoría de los contribuyentes jamás utilizaría tal servicio y. por tanto, injustamente contribuiría a disminuir su precio o tasa, en beneficio de unos pocos usuarios de grandes recursos económicos.

En cambio, si la tarifa de un servicio público de transporte colectivo urbano de pasajeros, como el del Metro, se subsidia, será una minoría de económicamente pudientes la que contribuya a abatir artificialmente la tasa de un servicio público que nunca usará, pero que sí aprovechará la mayoría de contribuyentes, y que además beneficiará a toda la población, por contribuir a disminuir el uso de transporte automotor particular y, por ende, a abatir la contaminación ambiental.

Para que la tasa o precio de un servicio público dado sea justo, los salarios de los trabajadores que lo operan, habrán de ser similares a los de los trabajadores que realizan tareas semejantes, para no formar ni una elite laboral de salarios desmesurados que lesionen al erario o a la economía de los usuarios, ni tampoco un grupo explotado con remuneraciones por abajo de la media. Por el mismo motivo, los precios a que se adquieran los demás insumos del servicio público no deben ser superiores a los que rijan en el mercado.

De igual manera, la justicia tarifaria predica la eficiencia y la eficacia del servicio público, por ser injusto que el usuario sufra las consecuencias de una administración inepta o corrupta, lo que significa que las tarifas deben calcularse sobre el supuesto de una correcta y adecuada administración, independientemente de que el servicio esté a cargo de una institución pública o privada.

Tratándose de servicio público operado bajo el régimen de concesión, es de justicia que el concesionario perciba una utilidad razonable, la cual debe considerarse al fijar el monto de la tarifa, bajo el supuesto de una sana, correcta y adecuada administración; por tanto, es inadmisible que repercutan en la tarifa las fallas o deficiencias administrativas del prestador del servicio, por lo cual le deberán mermar su utilidad o representarle pérdida.

En los servicios públicos prestados bajo gestión directa de la administración pública, de haber deficiencias administrativas que produzcan resultados financieros deficitarios, es de justicia la remoción de los servidores públicos responsables, a quienes, en su caso, se les habrá de fincar la responsabilidad correspondiente.

Asimismo será de estricta justicia la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* o teoría de la imprevisión, para modificar una tarifa vigente, cuando por causas imprevisibles y no imputables al prestador del servicio, se alteren de manera substancial y significativa las circunstancias en que se aprobó, o alguno o algunos de los fundamentos esenciales que sustentaron la aprobación de la tarifa cuya modificación se pretende.

c. Equidad

Desde la perspectiva matemática, una tarifa será equitativa si lo que cuesta la operación del servicio público, más la respectiva amortización y depreciación y, en su caso, la justa utilidad del concesionario, se reparte alícuotamente entre sus usuarios para su pago.

d. Proporcionalidad

La tarifa del servicio público, para ser equitativa, deberá ser, además, proporcional, lo cual se logra mediante su determinación en función de la medida de su aprovechamiento, aun cuando no se logre una proporcionalidad matemáticamente exacta, porque, como señala Marienhoff:

> Desde luego, lo expuesto no significa que la tasa o el precio del servicio deban equivaler matemáticamente a la prestación recibida por el usuario, pues tal exigencia sería insensata; sólo significa: 1o. que la tarifa ha de aplicarse a prestaciones efectivamente recibidas por el usuario, aunque el monto de lo que éste abone por ello no equivalga matemáticamente a la prestación que

> recibe, bastando que entre el precio o tasa y la prestación recibida exista una 'discreta equivalencia' 2o. que la `proporcionalidad' en materia de tarifas también debe existir en la determinación del módulo en cuyo mérito se cobrará la tasa o el precio.[39]

e. Razonabilidad

Sin duda resulta irrazonable una tarifa cuya aplicación en un servicio público dado dé lugar a utilidades o remanentes desmesurados; lo que no ocurrirá si, por el contrario, la utilidad o remanente que produce al prestador del servicio, no representa un exceso.

Tratándose de servicios públicos concesionados, una tarifa sería irrazonable si –en el supuesto de una sana, correcta y eficiente administración– generase pérdidas, o utilidades menores a las tasas bancarias, porque es absurdo que la empresa privada subsidie a un servicio público o corra riesgos y despliegue un esfuerzo considerable para lograr, cuando mucho, el equivalente a lo que paga una inversión bancaria de renta fija. Por contra, una utilidad que rebase el doble de la tasa bancaria más alta, seguramente sería irrazonable, dada la exclusividad que, en mayor o menor medida, implica la actividad de prestación del servicio público.

En el caso de servicios públicos de gestión directa, cuya prestación no está animada por el espíritu de lucro, no deben reportar utilidades; pero si la aplicación de una tarifa calculada para lograr el punto de equilibrio financiero, en la práctica da lugar a remanentes, con toda razón, éstos podrán aplicarse a cubrir déficit de ejercicios anteriores o a crear reservas para déficit de ejercicios subsiguientes. Mas, si tales remanentes fueren excesivos, o reiterados e importantes en varios años consecutivos, denunciarían la irrazonabilidad de la tarifa en cuestión.

f. Certeza

A fin de que, tanto el prestador del servicio como el potencial usuario de un servicio público determinado, puedan tener certeza de la correspondiente tarifa de precios o de tasas, ésta deberá ser debidamente aprobada y publicada por la autoridad competente, en la forma y tér-

[39] Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, *op. cit.*, t. II, p. 146.

minos previstos en la ley o, en su caso, en el propio título de la concesión. En nuestra opinión, la tarifa debiera mantenerse en exhibición permanente, a la vista de los potenciales usuarios, en las instalaciones y oficinas del prestador del servicio, de acceso al público.

6. *Naturaleza jurídica de la tarifa*

En la doctrina, como en la práctica, la tarifa del servicio público admite, respecto de su naturaleza jurídica, cuando menos tres versiones que conviene conocer: la tarifa contrato, la tarifa acto administrativo y la tarifa ley; porque como fundadamente hace notar Manuel María Díez: "El estudio de la naturaleza jurídica de las tarifas en lo relativo a las relaciones entre concesionario y concedente, tiene una gran importancia, porque de ella resultarán los principios aplicables al control del Estado en esa materia".[40]

A. La tarifa contrato

Admite la tarifa contrato dos modalidades distintas; conforme a la primera, la tarifa es un contrato o el resultado de un contrato celebrado entre el Poder público y el operador del servicio. Conforme a la segunda versión, la tarifa se pacta entre el prestador y el usuario del servicio público.

a. Contrato entre Poder público y prestador del servicio

En opinión de George Dereux, el contrato que genera la tarifa de un servicio público se perfecciona cuando el Poder público aprueba el proyecto de tarifa propuesto por el prestador del servicio.[41] De acuerdo con este criterio, la tarifa del servicio público requiere siempre de un proyecto o propuesta de tarifa que debe formular el operador o prestador del mismo, así como de la aprobación del Poder público.

Semejante interpretación contractual de la tarifa tiene numerosos detractores y, en la actualidad, está casi olvidada. Se le objeta en razón

[40] Manuel María Díez, *Régimen jurídico de las comunicaciones*, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, t. III, p. 81.

[41] , George Dereux, *De la nature juridique des tarifs de de chemins de fer*, París, Ed. Thése, 1906, p. 99.

de que el proyecto formulado por el operador del servicio no pasa de ser una propuesta que la autoridad va a considerar, pero no necesariamente a aprobar, porque puede ser modificada de manera importante e incluso desechada y sustituida totalmente por la autoridad. De esta suerte, conforme a tales argumentos, la aprobación y creación de la tarifa sería un acto unilateral de autoridad.

Se aduce también, para impugnar dicha versión contractual de la tarifa, que los contratos únicamente producen efectos entre las partes y no respecto de terceros, como serían los usuarios del servicio público, sin que ello se pueda convalidar mediante el mecanismo jurídico de la "estipulación por otro", porque éste sólo puede operar para dar o hacer algo en provecho de un tercero extraño al contrato, mas no para imponerle obligaciones, como es en el caso de la tarifa.

b. Contrato entre operador y usuario del servicio

En la otra modalidad contractual de la tarifa, ésta se considera pactada de común acuerdo entre el prestador y el usuario del servicio público, tesis ampliamente impugnada, por considerarse que el servicio público siempre está sujeto a un régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado, en virtud del cual el Estado impone el precio o tasa del servicio público, dadas las circunstancias de mayor o menor exclusividad en que se desarrolla su actividad, con lo cual se pretende proteger los intereses del usuario.

B. La tarifa como acto administrativo

La tarifa se determina, conforme a esta modalidad, también conocida como tarifa reglamento, mediante un acto administrativo, debidamente previsto y autorizado por la ley, porque el legislador autoriza a la Administración pública a determinar las tarifas de los servicios públicos, dentro de ciertos lineamientos, sin que ello impida que el prestador del servicio proponga a la autoridad competente un proyecto de tarifa.

C. La tarifa Ley

Cuando la tarifa es determinada por la ley, adquiere una fuerza obligatoria incontrastable, superior a la generada por un acto administrativo

o de derecho privado, por lo que las convenciones que se pactasen para variar o evitar su aplicación serían nulas; además contra de ella nadie podría alegar ignorancia y podría incluir sanciones, incluso penales, por su incumplimiento.

En la práctica, diversos servicios públicos han sido tarifados mediante ley, así, la Ley Federal de Derechos, determina las tasas o derechos de diversos servicios públicos de gestión directa, como los de telégrafos y de correos.

De igual manera, los servicios públicos de seguridad social son tarifados mediante ley, por ejemplo, la tarifa aplicable en el caso del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado –ISSSTE–, está contenida en su Ley.

7. Consecuencias de la naturaleza jurídica de la tarifa

En el supuesto de que las tarifas fuesen determinadas mediante contratos privados celebrados entre concesionario y usuario del servicio público, serían modificables mediante acuerdo de las partes, quedarían subordinadas a las leyes y reglamentos que pudieran oponérseles, y las controversias a que dieren lugar serían de la competencia de los tribunales judiciales correspondientes.

De fijarse las tarifas mediante contratos administrativos celebrados entre concedente y concesionario del servicio público, igualmente serían modificables por medio de acuerdo entre las partes; también se subordinarían a las leyes y reglamentos que se les pudiesen oponer, y la competencia para conocer de las controversias que generasen correspondería a los tribunales administrativos.

En rigor, la tarifa acto administrativo constituye, junto con sus reglas de aplicación, una tarifa reglamento, unilateralmente determinada por la autoridad facultada por la ley para tal efecto, pese a la posibilidad de que el concesionario o prestador del servicio proponga un proyecto tarifario, por cuya razón su modificación sólo se dará mediante otro acto administrativo o por medio de una ley, y las controversias que su aplicación genere serán resueltas por los tribunales administrativos. Las convenciones que en contra de la tarifa reglamento pactasen los usuarios con los prestadores del servicio público estarían viciadas de nulidad.

La tarifa ley sólo puede modificarse mediante otra ley, por cuya razón los convenios que pudieren efectuarse para alterar u obstruir su aplicación carecerían de validez, al igual que los actos administrativos encaminados a tal fin. La competencia para conocer de las controversias que su aplicación llegare a suscitar, la habrá de determinar la propia ley, la cual puede señalar sanciones para su incumplimiento.

No obstante sus evidentes ventajas, la tarifa ley tiene el grave inconveniente de su rigidez, lo cual puede provocar que su aprobación y, lo que es peor, su modificación, lleve largo tiempo, circunstancia que se agravaría en épocas de inestabilidad financiera, en las cuales se requiere de rápidas modificaciones tarifarias para que los precios y tasas de los servicios públicos recuperen, a la brevedad posible, sus caracteres de justicia, equidad y razonabilidad. De ahí que, en muchos casos se opte por la tarifa reglamento, cuya actualización es mucho más ágil.

8. *Vigencia de la tarifa*

La vigencia de la tarifa suele ser indefinida y, en principio, no debe modificarse en tanto no varíen substancialmente las condiciones o circunstancias que motivaron su determinación, salvo en los casos a que se refiere la llamada cláusula *rebus sic stantibus* o teoría de lo imprevisible; empero, es conveniente proceder a su revisión con alguna periodicidad, aun sin petición del prestador del servicio, tanto para evitar que se produzcan en exceso utilidades o remanentes, como para realizar ajustes que permitan mantener la igualdad, justicia, equidad, proporcionalidad y razonabilidad de la tarifa, en beneficio de los usuarios.

•

Capítulo séptimo

El control de la administración pública

Requisito indispensable para la existencia de una buena administración pública resulta ser su control permanente, sin el cual se corre el riesgo de que los servidores públicos a cuyo cargo está dejen de atender el interés público y se dediquen a colmar su interés particular.

La terca realidad muestra que uno de los peligros permanentes en todo Estado es la posible corrupción de sus agentes; el propósito de prevenirla y evitarla demanda el ejercicio de la función pública de fiscalización o control, encomendada a diversos órganos del propio Estado.

No existe organización política o social que no requiera de órganos de control y vigilancia que permitan descubrir las desviaciones de su actuación respecto de las disposiciones establecidas en las normas abstractas e impersonales fijadas para su desempeño, y, en consecuencia, corregir tales desviaciones, a efecto de alcanzar los fines, metas y objetivos previstos.

La vigilancia, fiscalización o control, verificación, comprobación y evaluación de las actividades de los órganos, dependencias y servidores públicos a cuyo cargo está el manejo de los fondos, valores, recursos, bienes y derechos del propio estado tiene por propósito determinar si su actuación se hizo con apego a la normativa jurídica vigente, a efecto de alcanzar los fines, objetivos y metas previstos.

La vigilancia y control de la administración pública se da desde fuera y desde dentro de la misma administración; en el primer caso, por medio de los órganos jurisdiccionales, del órgano Legislativo, del órgano de fiscalización superior, que en el ámbito federal de nuestro país es la Auditoría Superior de la Federación, y del *ombudsman*; desde dentro, nuestra administración pública federal ejerce la función de fiscalización a través de la Secretaría de la Función Pública –que en breve debe ser sustituida por la Fiscalía Anticorrupción–, de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de los órganos internos de control de cada una de sus dependencias y entidades de la administración pública federal.

Entre los objetivos del ejercicio de la función pública de fiscalización figura el control de la administración pública, con la pretensión de que sus operaciones se efectúen de conformidad con los planes, programas y presupuestos aprobados previamente, con la normativa en vigor y con las instrucciones impartidas. En opinión de José Trinidad Lanz Cárdenas, "en el campo de la función pública, por control debe entenderse el acto contable o técnico que realiza un poder, un órgano o un funcionario que tiene atribuida por la ley, la función de examinar la conveniencia o la legalidad de un acto o una serie de actos y la obligación de pronunciarse sobre ellos".[1]

I. El control externo de la administración pública

No se puede mantener el orden constitucional sin el control de los órganos depositarios de las funciones del poder público; al igual que la separación de las funciones del poder del Estado, el control de los órganos referidos tiene por propósito la acotación del poder y el aseguramiento de la racionalidad de su ejercicio, lo que predica la sujeción de la administración pública a un régimen de control que conviva con su autonomía.

En el control externo de la administración pública participan dos sujetos: el activo o controlador y el sujeto pasivo que es la administra-

[1] José Trinidad Lanz Cárdenas, *La contraloría y el control interno en México*, México, FCE, 1987, p. 32.

ción pública controlada. En el orden jurídico mexicano, son sujetos activos del control externo: el órgano Legislativo, el órgano de fiscalización superior, el *ombudsman*, y los órganos jurisdiccionales.

1. *Por medio del órgano legislativo*

El control y fiscalización de la administración pública por parte del órgano legislativo Congreso del estado, están previstos principalmente en la Constitución Federal y en las constituciones particulares de los Estados, que confieren a dicho órgano facultades para:

- Determinar, a través del presupuesto anual de Egresos– sus respectivos gastos para cada ejercicio fiscal, así como las contribuciones para cubrirlos; para revisar, examinar y fiscalizar las cuentas públicas correspondientes, apoyándose para ello en los correspondientes órganos de fiscalización superior;
- Erigirse en Jurado de Acusación y de Sentencia o de Procedencia en materia de responsabilidad de los servidores públicos;
- Verificar y realizar la fiscalización superior del desempeño y el cumplimiento de los objetivos contenidos en los planes y programas de los órganos, dependencias y entidades públicas, y vigilar el desempeño de las funciones de la respectiva Auditoría Superior;
- Citar a los titulares de las dependencias y organismos descentralizados, para que informen sobre los avances en relación con sus planes de desarrollo;
- Expedir su Ley Orgánica, formar sus reglamentos y dictar las disposiciones necesarias para el buen funcionamiento de sus oficinas.

2. *Por medio de la Auditoría Superior*

Para la fiscalización que debe realizarse desde el ámbito exterior de las instituciones públicas, existen en la Federación y en los estados sendos entes de fiscalización superior que suelen llevar el nombre genérico de Auditoría Superior, generalmente instituido como organismo técnico, profesional y especializado, de revisión y examen del Poder Legislativo,

investido de autonomía técnica y de gestión, dotado de personalidad jurídica, patrimonio propio y capacidad de decisión; integrado por personal profesional.

3. *Por medio del Ombudsman*

Tal vez la mayor contribución de Suecia a la humanidad sea la defensa universal de los derechos humanos, mediante la institución del *ombudsman*, cuyos orígenes se remontan a las postrimerías del siglo XVI, cuando apareció el *Konnungens Hogste Ombudsmannen* (procurador supremo de la Corona) encargado de supervisar la legalidad de los actos de los funcionarios públicos.[2]

Dejando intactas sus funciones, en 1719, el *Hogste Ombudsmannen* cambió su denominación por la de *Justitiekansler* (Canciller de Justicia), mismo que de 1766 a 1772, dejó de ser representante del rey para serlo de la asamblea estamental, cuerpo que tuvo a su cargo su nombramiento.

Irrumpe el *ombudsman,* con el nombre específico de *Justitieombudsman,* en la Constitución de Suecia de 1809, en la que, como hace notar Álvaro Gil-Robles y Gil-Delgado, las funciones que le asignó esa ley fundamental en su artículo 96 consistían en: controlar la observancia de las leyes por los tribunales y los funcionarios, y demandar ante los tribunales competentes, de acuerdo con las leyes, a aquellos que en el ejercicio de su función hubieran, por parcialidad, favor o cualquier otro motivo, cometido ilegalidades o descuidado el correcto desempeño de los deberes propios de su cargo.[3]

La internacionalización del *ombudsman* se inicia cuando Finlandia adoptó, en la segunda década del siglo XX, esta institución sueca. Después de la Segunda Guerra Mundial, lo prohijaron Noruega y Dinamarca, lo que a los ojos de los demás países de la comunidad internacional dio a dicha institución un carácter escandinavo, que más tarde se convirtió en universal, cuando Nueva Zelanda, Israel, Portu-

[2] Víctor Fairén Guillén, *El defensor del pueblo; ombudsman*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, p. 35.

[3] Álvaro Gil-Robles y Gil-Delgado, *Control parlamentario de la administración,* Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1977, p. 33.

gal, España, México y un gran número de países incorporaron a sus ordenamientos jurídicos dicha institución.

El instrumento constitucional de Suecia de 1974, cuya vigencia se inicia en 1975, refrenda en lo fundamental la figura del *ombudsman* delineada en su Constitución de 1809. Algunos rasgos se consideran esenciales en el *ombudsman,* pues sin ellos esta institución no se constituye como tal o se confunde con otra; esos caracteres esenciales son los siguientes:

- Receptor de quejas populares contra el poder público.
- Mecanismo de defensa de los derechos humanos.
- Órgano autónomo de vigilancia del poder público.
- Órgano apolítico.
- Sus resoluciones no son vinculatorias.
- Tiene acceso a toda documentación e información oficial.
- Sus requisitos procesales son mínimos.

En México, el *ombudsman* se ha establecido de acuerdo con un esquema federal estructurado en dos ámbitos: el de las entidades federativas, y el ámbito nacional; juntos integran el sistema nacional de *ombudsman* para protección de los derechos humanos. En el referido sistema encontramos a los organismos públicos creados por las legislaturas de los estados en cada una de las entidades federativas, para la protección de los derechos humanos. Tales organismos locales conocen de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa, cometidos por cualquier autoridad o servidor público local, salvo que se trate de asuntos electorales, y jurisdiccionales.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos se encarga de la segunda instancia, a cuyo efecto conoce de inconformidades que se presentan respecto de las recomendaciones, de los acuerdos y de las omisiones de los organismos que tienen a su cargo la primera instancia, por medio de dos recursos distintos: el recurso de queja y el de impugnación.

En lo concerniente a quejas presentadas contra actos u omisiones de naturaleza administrativa, cometidos por autoridad o servidor público federal, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación,

existe una única instancia, la cual está a cargo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

4. *Por medio de los órganos jurisdiccionales*

Participan como sujetos activos del control externo de la administración pública ciertos órganos jurisdiccionales, caracterizados: *i*. por ser independientes de la administración pública; *ii*. porque su control versa sobre la posible inconstitucionalidad o ilegalidad del acto impugnado de la administración pública; *iii*. porque actúan en razón de una acción procesal ejercida por un demandante que lo mismo puede ser una autoridad o un administrado, y *iv*. porque sus resoluciones pueden anular o dejar insubsistente el acto administrativo viciado.

En lo atinente al control externo de la administración pública por medio de los órganos jurisdiccionales, puede ser de dos tipos: el control de constitucionalidad y el control de legalidad, que admiten diversas modalidades, como son la controversia constitucional, el amparo administrativo, y el contencioso administrativo; los dos primeros se dilucidan en el ámbito federal, en tanto que el último, tiene lugar tanto en el ámbito local como en el federal.

A. La controversia constitucional

Por controversia constitucional se entiende la contienda jurídica suscitada entre órdenes normativos diferentes o entre distintos órganos depositarios de las funciones del poder público;[4] el artículo 105 constitucional confiere competencia a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer de controversias constitucionales, salvo las relativas a la materia electoral, en once supuestos específicos previstos en la fracción II de dicho numeral, de los cuales pueden involucrar al orden normativo o a los órganos depositarios del poder público jalisciense porque se den entre:

- La Federación y un estado.
- La Federación y un municipio de un estado.

[4] Juventino Castro y Castro, *El artículo 105 constitucional*, México, Porrúa, 1997, p. 34.

- Dos estados de la República.
- Un municipio de un estado y otro de un estado distinto.
- Dos poderes de un estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.
- Un estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.
- Un estado y un municipio de otro estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que declaren inválida una disposición general de los estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los estados, o entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión o de sus Cámaras o Comisión Permanente; o entre dos poderes de un mismo estado; o entre dos órganos de gobierno de la Ciudad de México, tendrán efectos *erga omnes*, a condición de que sea aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos. En los casos restantes, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sólo surtirán efectos respecto de las partes en la controversia.

El máximo órgano jurisdiccional del país, en los términos antes señalados, puede ejercer el control externo sobre las administraciones públicas de los estados y las de sus municipios, a instancias de los órganos legislativos federales: Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, Cámara de Senadores y Comisión Permanente; o de un estado, o de un municipio, respecto de la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

B. El amparo administrativo

El juicio de amparo constituye la última instancia de impugnación de los procedimientos administrativos y contencioso administrativo, por actos realizados en violación de los derechos de una persona por la administración pública del estado o de sus municipios. Cuando la sentencia que pone fin al mismo concede el amparo, y el acto reclamado es de carácter positivo, deberán volver las cosas al estado que guardaban antes de la realización del acto; y cuando el acto reclamado sea de carácter negativo, es decir, que se trate de una omisión, el efecto del

amparo, como señala el artículo 80 de la Ley de Amparo, será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija. En ambos casos la protección sólo beneficia al quejoso, o sea, a la parte actora en el juicio de amparo, pues no tiene efectos *erga omnes*.[5]

Siempre que los actos o las resoluciones administrativas no sean impugnables ante un tribunal administrativo, podrán combatirse en la vía de amparo, ante un juzgado de distrito, y será optativo para el particular agotar ante la propia administración los recursos administrativos oponibles, como excepción al principio de definitividad, dado que el artículo 73, de la Ley de Amparo, establece:

El juicio de amparo es improcedente: (…)

> XV. Contra actos de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, que deban ser revisados de oficio, conforme a las leyes que los rijan, o proceda contra ellos algún recurso, juicio o medio de defensa legal por virtud del cual puedan ser modificados, revocados o nulificados, siempre que conforme a las mismas leyes se suspendan los efectos de dichos actos mediante la interposición del recurso o medio de defensa legal que haga valer el agraviado, sin exigir mayores requisitos que los que la presente Ley consigna para conceder la suspensión definitiva, independientemente de que el acto en sí mismo considerado sea o no susceptible de ser suspendido de acuerdo con esta Ley.

No existe obligación de agotar tales recursos o medios de defensa, si el acto reclamado carece de fundamentación.

La sentencia o resolución que ponga fin al juicio de amparo en el juzgado de distrito, podrá impugnarse mediante el recurso de revisión, que por lo general, se llevará en segunda instancia en el tribunal colegiado de circuito que corresponda. Excepcionalmente en los términos del artículo 84 de la Ley de Amparo, será competente para conocer del recurso de revisión la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando habiéndose impugnado en la demanda de amparo –por estimarlos inconstitucionales–, reglamentos expedidos por el Ejecutivo Federal o por los gobernadores de los estados, o cuando en la sentencia se

[5] Ignacio Burgoa Orihuela, *El juicio de amparo*, 32a. ed., México, Porrúa, 1995, p. 184.

establezca la interpretación directa de un precepto de la Constitución, subsista en el recurso el problema de constitucionalidad.

Cuando el acto o resolución administrativa se pueda impugnar ante un tribunal administrativo o ante un tribunal judicial ordinario, procederá el juicio de amparo directo, que podrá interponerse ante un tribunal colegiado de circuito, contra la sentencia definitiva o resolución de dichos tribunales que ponga fin al juicio respectivo. Es competente la Suprema Corte de Justicia de la Nación contra las resoluciones pronunciadas en materia de amparo administrativo directo, siempre que decidan sobre la constitucionalidad de reglamentos expedidos por el Ejecutivo federal o por los gobernadores de los estados, o cuando establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución, según ordenan los artículos 83, fracción V, y 84 fracción II.

C. El contencioso administrativo

Impulsa al contencioso administrativo la idea de controversia, derivada de la actividad de la administración pública puesta en juicio ante un órgano jurisdiccional en virtud de la pretensión de su contraparte, habida cuenta que la administración goza de la prerrogativa que le permite hacerse justicia a sí misma, a condición de actuar de acuerdo con los lineamientos de procedimiento preestablecido, lo que se traduce en una actuación legítima.

Según Francesco Carnelutti, la controversia deviene litigio como consecuencia de la actitud asumida por las partes, una de las cuales *pretende*, en tanto la otra resiste a la *pretensión*, entendida ésta como "la exigencia de la subordinación de un interés ajeno a un interés propio".[6]

Carnelutti considera que la pretensión es un acto, una manifestación, una declaración de voluntad, mas no un poder, o superioridad de su querer, y tampoco un derecho, habida cuenta que la pretensión puede ser hecha valer tanto por quien tenga el derecho como por quien carezca de él, puesto que tan pretensión es la fundada como la infundada, y así como puede haber pretensión sin derecho, también es posible

[6] Francesco Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, UTEHA, 1944, t. II, p. 7.

el derecho sin pretensión, lo que da lugar tanto a la pretensión infundada como al derecho inerte.[7]

De conformidad con el artículo 73 constitucional, el Congreso tiene facultad para:

> **XXIX-H.** Para expedir la ley que instituya el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, dotado de plena autonomía para dictar sus fallos, y que establezca su organización, su funcionamiento y los recursos para impugnar sus resoluciones.
>
> El Tribunal tendrá a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares.
>
> Asimismo, será el órgano competente para imponer las sanciones a los servidores públicos por las responsabilidades administrativas que la ley determine como graves y a los particulares que participen en actos vinculados con dichas responsabilidades, así como fincar a los responsables el pago de las indemnizaciones y sanciones pecuniarias que deriven de los daños y perjuicios que afecten a la Hacienda Pública Federal o al patrimonio de los entes públicos federales.
>
> El Tribunal funcionará en Pleno o en Salas Regionales.
>
> La Sala Superior del Tribunal se compondrá de dieciséis Magistrados y actuará en Pleno o en Secciones, de las cuales a una corresponderá la resolución de los procedimientos a que se refiere el párrafo tercero de la presente fracción.
>
> Los Magistrados de la Sala Superior serán designados por el presidente de la República y ratificados por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes del Senado de la República o, en sus recesos, por la Comisión Permanente. Durarán en su encargo quince años improrrogables.
>
> Los Magistrados de Sala Regional serán designados por el presidente de la República y ratificados por mayoría de los miembros presentes del Senado de la República o, en sus recesos, por la Comisión Permanente. Durarán en su encargo diez años pudiendo ser considerados para nuevos nombramientos.
>
> Los Magistrados sólo podrán ser removidos de sus cargos por las causas graves que señale la ley.

En los términos vigentes de la fracción V del artículo 116 constitucional, "Las constituciones y leyes de los Estados podrán instituir tribu-

[7] *Ibidem*, pp. 8 y 9.

nales de lo contencioso administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública estatal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones. (...)".

5. *La jurisdicción administrativa*

La función jurisdiccional es una de las funciones primarias del Estado, conocida desde los tiempos de Pericles y de Sócrates, cuyo ejercicio se traduce en la declaración unilateral de un órgano del poder público que resuelve una controversia planteada entre dos partes contrapuestas, y genera consecuencias jurídicas concretas y personales, en aras de preservar el orden jurídico. En opinión de Jesús González Pérez:

> Cuando es el Estado la parte que deduce o frente a la que se deduce la pretensión, únicamente existirá proceso –y función jurisdiccional– en la medida en que se dé una independencia real del órgano estatal al que se confía la satisfacción de la pretensión, en la medida que el sujeto que administra y el sujeto que juzga, aun siendo Estado, aun formando parte de ese ente único que es el Estado, son realmente distintos e independientes.[8]

La competencia para conocer y resolver las controversias suscitadas entre la administración pública y los particulares en materia administrativa puede asignarse a tribunales ubicados fuera del ámbito del Poder Judicial e independientes de la administración pública activa, como ocurre en el modelo francés de jurisdicción administrativa que ha sido imitado con mayor o menor fidelidad en diversos países, o bien, encomendarse a tribunales insertos en el Poder Judicial.

Como quiere que sea, según atinadamente observa González Pérez, "La jurisdicción administrativa, pues, consiste en tribunales o juzgados independientes del Poder judicial y de la administración pública –sin la independencia del Ejecutivo no podría hablarse de jurisdicción–

[8] Jesús González Pérez y José Luis Vázquez Alfaro, *Derecho procesal administrativo mexicano*, 3a ed., México, Porrúa, 2005, t. I, p. 47.

a la que se atribuye el conocimiento o decisión de las pretensiones fundadas en derecho administrativo".[9]

En Francia surgió la jurisdicción administrativa a consecuencia primordialmente de dos factores: la versión francesa del principio de separación de poderes y la desconfianza de los revolucionarios franceses de fines del siglo XVIII hacia los tribunales judiciales, los cuales, al final del absolutismo francés, habían opuesto una resistencia sistemática al poder real y a las reformas que pretendía llevar a cabo, circunstancia que produjo un inmovilismo que dio lugar a la Revolución.

A. La teoría de la separación de poderes

La esencia de la teoría de la separación de poderes, de Charles de Secondat, barón de la Brede y de Montesquieu, se resume en el siguiente párrafo: "Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares".[10]

Los líderes ideológicos de la Revolución francesa retomaron, medio siglo más tarde, la teoría de la separación de poderes de Montesquieu; con ella en mente, el abate Emmanuel Sieyés escribió:

> Así pues, debe ser básico en la asociación y dado por sentado para toda alma digna de ser libre que, con anterioridad a cualquier ley aprobada por la mayoría, ha de existir una unánime voluntad de alzar un freno ante el legislador que le impida encaminarse al despotismo o la tiranía. Esta voluntad previa debe formar parte esencial del acto de asociación y no puede encontrarse sino en la división de poderes y la organización, por separado, de cada uno de ellos, esto es, en la Constitución.[11]

La célebre Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, consagró el principio de la separación de poderes al

[9] *Ibidem*, p. 379.

[10] Charles de Secondat, barón de la Brede y de Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, traducción de Mercedes Vázquez y Pedro de la vega, Madrid, Sarpe, 1984, p. 169.

[11] Emmanuel José Sieyes, *Escritos y discursos de la Revolución*, traducción de R. Ruiz, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 248.

asentar en su artículo 16: "Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución".[12]

B. La desconfianza de los revolucionarios en los tribunales judiciales

Una vez que terminó en Francia la era del llamado reinado del terror de la Revolución francesa, dio principio una etapa de paz interna en el país galo, durante la cual los dolidos partidarios del *ancien régime* conspiraban para destruir la Primera República Francesa, apoyados por los monarcas extranjeros que veían amenazados sus respectivos sistemas políticos por la propagación de las ideas republicanas y democráticas, en sus propios países.

En las postrimerías del siglo XVIII, la nobleza francesa, a pesar de estar herida de muerte, conservaba el control de cargos importantes en el aparato estatal de la naciente república, de ahí su influencia en los cuerpos judiciales donde, sin duda, se encontraba incardinada, lo cual traía como consecuencia una sistemática obstrucción de la actividad administrativa revolucionaria por parte de los tribunales.

Para impedir la obstrucción de la nobleza encaminada a paralizar el régimen revolucionario y provocar su derrocamiento, los gobiernos revolucionarios adoptaron, entre otras, tres medidas trascendentales: la expedición de la ley 16-24, de agosto de 1790, sobre la organización judicial; la promulgación del decreto del 16 *fructidor* del año III, para prohibir a los tribunales conocer de los actos de la administración, de cualquier especie que fueren; y la creación del Consejo de Estado mediante el artículo 52 de la Constitución del 22 frimario del año VIII.

En concordancia con el referido principio de la separación de poderes, en plena Revolución francesa, la Asamblea Constituyente expidió la ley del 16-24 de agosto de 1790, sobre la organización judicial, cuyo artículo 10, del título segundo, prohibió a los tribunales participar en el ejercicio del Poder Legislativo u obstaculizar el cumplimiento de los decretos del mismo.

[12] Tomado de: *1789-1989 Bicentenario de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, México, Secretaría de Gobernación, 1989, p. 15.

> Artículo 10. Los tribunales no podrán tomar directa ni indirectamente ninguna parte en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir ni suspender la ejecución de los decretos, sin incurrir en delito de prevaricación.[13]

De igual modo, la referida ley, en su artículo 13, establecía una separación entre las funciones judiciales y las administrativas, por la cual vedaba a los jueces perturbar de cualquier forma las operaciones de los cuerpos administrativos, así como hacer comparecer ante ellos a los encargados de los mismos, por razón de sus funciones.

> Artículo 13. Las funciones judiciales son independientes y permanecerán siempre separadas de las administrativas. No podrán los jueces, sin incurrir en delito de prevaricación, perturbar de ninguna manera las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores en razón de sus funciones.[14]

Poco después, con la preocupación de hacer más efectivo en la vida cotidiana el principio de la separación de poderes, para lograr el desmantelamiento definitivo del antiguo régimen, la Convención Nacional prohibió a los tribunales judiciales tomar conocimiento de los asuntos de la administración pública, lo cual, en opinión de Jean-Louis De Corail, dio lugar a admitir la existencia de una jurisdicción reservada a conocer los conflictos administrativos.[15]

Según Roger Bonnard, el pensamiento revolucionario francés interpretó el principio de la separación de poderes compuesto de dos corolarios básicos, a saber: el primero, la separación, diríamos, en compartimentos estancos de los órganos legislativo, administrativo y Judicial; el segundo: la separación de la administración activa de la administración contenciosa.

El primer corolario se puso en práctica mediante la ley 16-24 de agosto de 1790, que acabó con la costumbre de los tribunales judiciales de intervenir en los quehaceres legislativos y administrativos.

[13] Tomado de Charles Debaasch y Marcel Pinet, *Les grands textes administratifs*, París, Sirey, 1976, p. 487.

[14] *Idem*.

[15] Jean-Louis De Corail, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif francais*, París, Librairie Genérale de Droit et de Jurisprudence, 1954, p. 2.

Además, la referida ley de agosto de 1790 abonó el terreno para implementar el segundo corolario, al prohibir a los tribunales perturbar las operaciones de los cuerpos administrativos y hacer comparecer ante ellos a los administradores, lo cual daba lugar a una jurisdicción especial para la materia administrativa, asignada durante pocos años, por determinación de la ley 7-11 de septiembre de 1790, al jefe de Estado y a los ministros, situación que no podía durar, porque el doble papel de juez y parte atribuido a tales funcionarios administrativos contradecía abiertamente la idea de la separación de la administración activa de la administración contenciosa, indispensable para una auténtica y efectiva separación de poderes.

La expedición del decreto del 16 fructidor del año III reforzó la prohibición impuesta a los tribunales judiciales para conocer de los actos de la administración; en consecuencia, se hizo más urgente la creación de una jurisdicción exclusiva para la materia administrativa, al disponer: "Se reiteran con sanciones jurídicas las prohibiciones impuestas a los tribunales para conocer de los actos de la administración, de cualquier especie que fueren".[16]

En cuanto al segundo corolario, consistente en la separación de la administración activa de la administración contenciosa, se hizo efectivo en la Constitución del 22 frimario del año VIII (25 de diciembre de 1799), que creó al Consejo de Estado, que con el correr de los años se convertiría en la base de todo un sistema de tribunales administrativos, integrado por el propio Consejo y los Consejos de prefecturas; más tarde se perfeccionaría con la creación del Tribunal de Conflictos, encargado de zanjar las controversias que se presentaran por razones de competencia entre los tribunales judiciales y los tribunales administrativos.

En los términos del artículo 52, de la Constitución francesa de 1799, al Consejo de Estado se le otorgaron originalmente dos funciones fundamentales que debía ejercer bajo la dirección de los cónsules, o sea, del Ejecutivo; una, era la de redactar los proyectos de leyes y los reglamentos de la administración pública; la otra función consistía en "resolver las dificultades que se presenten en materia administrativa".

[16] Charles Debaasch y Marcel Pinet, *op. cit.*, p. 59.

El 5 nivoso del mismo año VIII se expidió una disposición reglamentaria en cuya virtud el Consejo de Estado se encargó de los asuntos contenciosos, en un esquema de justicia retenida, ya que su función se reducía a proponer, al primer cónsul, la solución a cada reclamación administrativa presentada por los gobernados. "Sin embargo –afirma Georges Vedel– el prestigio y la autoridad jurídica del Consejo de Estado son tales que durante los tres cuartos de siglo en que perdurara esta sistema, apenas hay un par de casos en los que el jefe del ejecutivo, primer cónsul, emperador o monarca, se haya apartado, en materia contenciosa, de las propuestas del mismo".[17]

Un aspecto trascendente en la evolución del Consejo de Estado consistió en la creación en su seno, en 1806, de una Comisión Contenciosa, a efecto de separar la materia de conflictos del resto de asuntos que conocía dicho Consejo; la creación de esa Comisión dio lugar a la especialización y profesionalización de sus integrantes, lo que redundó en el perfeccionamiento del desempeño de sus tareas y a un bien ganado prestigio, porque en la práctica quien impartía justicia era el Consejo de Estado, pese al esquema de justicia retenida, pues el jefe del Ejecutivo se concretaba a firmar los proyectos de resolución elaborados por la Comisión Contenciosa del Consejo de Estado.

La razón de ser de una jurisdicción administrativa distinta de la judicial, en un esquema de justicia delegada, se reforzó con el alegato pronunciado por León Miguel Gambetta en la tribuna de Asamblea Nacional Francesa, al discutirse en la época de la III República el proyecto de ley sobre "Reorganización del Consejo de Estado", finalmente promulgada el 24 de mayo de 1872, cuyo argumento medular fue el siguiente:

> En la jurisdicción administrativa yo veo una protección especial para los empresarios que contratan con el Estado, pues éste es juzgado por un juez con conocimientos especiales, que no posee el simple juez que juzga a los particulares. Además, en realidad, el juez administrativo es un juez independiente

[17] Georges Vedel, *Derecho administrativo*, traducción de Juan Rincón Jurado, Madrid, Agular, 1980, nota 75, p. 60.

> de la administración activa. En fin, el Estado tiene perfectamente derecho a no permitir que se produzcan perturbaciones en la marcha de los servicios públicos, para no dejarse lesionar en su soberanía, en su poder administrativo superior. Por consiguiente, el Estado tiene perfecto derecho a comparecer ante una jurisdicción especial y esa es la jurisdicción del Consejo de Estado.[18]

6. *Los tribunales administrativos en México*

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra el derecho de los mexicanos a contar con tribunales que estén expeditos para impartir justicia de manera completa, gratuita e imparcial, en los plazos y términos que fijen las leyes; y la obligación de las legislaturas locales, de emitir leyes que fijen los medios para garantizar la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

En su texto vigente, los artículos 73, fracción XXIX H y 116, fracción V de la Constitución federal disponen la existencia del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. y de Tribunales de lo Contencioso Administrativo en los Estados, respectivamente.

7. El proceso en los tribunales administrativos

Proceso viene a ser la concatenación de hechos sucesivos de un fenómeno natural o de actos de una operación artificial, por cuya razón existen procesos biológicos, químicos y, desde luego, jurídicos, urbanos y muchos otros.

En este orden de ideas, podemos entender al proceso jurídico como un conjunto de actos vertebrados por un propósito específico, cuya variedad da lugar a distintos tipos o variedades de procesos jurídicos, a saber: legislativos, administrativos y jurisdiccionales, Este último se desarrolla antes los órganos jurisdiccionales y admite diferentes clases, de acuerdo con el tipo de tribunal en el que se ventilan, entre otros: civil, penal, laboral, agrario, y administrativo, en este último, los aspectos más importantes son los que se analizan a continuación.

[18] Tomado de Luis H. Farías Mata, "El Consejo de Estado francés", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, año XXXV, 1990, núm. 78, p. 20.

A. Las partes

Es imposible un proceso sin partes contendientes: una, llamada actora, en razón de que pretende la aplicación de un precepto jurídico, y otra, respecto de la cual se exige la aplicación de dicho precepto, identificada como demandada.

En el derecho procesal administrativo comparado se consideran partes del proceso: el actor, el demandado, y el tercero que, dentro del procedimiento administrativo, aparezca como titular de un derecho incompatible con la pretensión del actor; en tanto que se asigna el carácter de demandado, tanto a la autoridad que dicte u ordene, ejecute o trate de ejecutar la resolución o tramite el procedimiento impugnado, como a la que la sustituya legalmente, como el particular a quien favorezca la resolución cuya modificación, extinción o nulidad pide la autoridad administrativa,

Además, también contempla que pueda presentarse en el juicio como coadyuvante de las autoridades administrativas, quien tenga interés jurídico en la anulación de un acto favorable a un particular, sin que por ello se le prive de la legitimación para ejercer la acción por sí mismo.

En el derecho comparado es común prever que sólo puedan intervenir en el proceso contencioso administrativo las personas que tengan un interés jurídico que funde su pretensión. La doctrina apoya sin reserva tal determinación, en lo que atañe a la parte actora. En opinión de Giuseppe Chiovenda:

> El interés en conseguir por obra de los órganos públicos el bien que se debería conseguir mediante la prestación de un obligado, consiste precisamente en la falta de prestación de éste. No se requiere que la falta de prestación sea culposa y ni siquiera voluntaria; basta que por ella se produzca un estado de hecho contrario al derecho; que la expectativa del actor se encuentre en la situación de no satisfacción.[19]

[19] Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil*, traducción de E. Gómez Orvaneja, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1936, vol. I, p. 204.

Se justifica la exigencia del interés jurídico, en razón de que la instalación de los tribunales administrativos obedece al propósito de hacer justicia, no para resolver cuestiones técnicas o académicas ni para promover procesos innecesarios.

B. Causas de improcedencia

Las leyes procesales suelen establecer una serie de requisitos para que el órgano jurisdiccional entre al examen de la pretensión de fondo planteada por el actor; en este contexto, la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco establece en su artículo 29 la improcedencia del juicio en materia administrativa contra actos:

- Que no afecten los intereses jurídicos del demandante o que se hayan consumado de un modo irreparable;
- Cuya impugnación no corresponda conocer al Tribunal de lo Administrativo;
- Que hayan sido materia de sentencia de fondo pronunciada en un procedimiento judicial, siempre que hubiere identidad de partes;
- Respecto de los cuales hubiera consentimiento expreso o tácito. Se entiende que hay consentimiento tácito únicamente cuando no se promueva el juicio en materia administrativa en los términos previstos en esta ley;
- Que sean materia de un recurso o juicio que se encuentre pendiente de resolución ante la autoridad administrativa estatal, municipal, sus organismos descentralizados, o ante las autoridades jurisdiccionales en materia administrativa;
- De cuyas constancias de autos apareciere, claramente, que no existe la resolución o el acto impugnado;
- Respecto de los cuales hayan cesado los efectos del acto impugnado o éste no pueda surtir efecto legal o material alguno, por haber dejado de existir el objeto o materia del mismo;
- Contra actos o resoluciones dictados en materia electoral o de los cuales corresponda conocer a alguna jurisdicción ordinaria distinta de la especializada en materia administrativa; y
- En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la ley

C. La demanda

En su artículo 6o., la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo no admite la gestión de negocios, por cuya razón, quien promueva a nombre de otro deberá acreditar que la representación le fue otorgada, a más tardar, en la fecha de presentación de la demanda o de la contestación, en su caso.

En cuanto hace a la demanda, la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo previene:

> ARTÍCULO 13. El demandante podrá presentar su demanda, mediante Juicio en la vía tradicional, por escrito ante la sala regional competente o, en línea, a través del Sistema de Justicia en Línea, para este último caso, el demandante deberá manifestar su opción al momento de presentar la demanda. Una vez que el demandante haya elegido su opción no podrá variarla. Cuando la autoridad tenga este carácter la demanda se presentará en todos los casos en línea a través del Sistema de Justicia en Línea.
>
> Para el caso de que el demandante no manifieste su opción al momento de presentar su demanda se entenderá que eligió tramitar el Juicio en la vía tradicional.
>
> La demanda deberá presentarse dentro de los plazos que a continuación se indican:
>
> I. De treinta días siguientes a aquél en el que se dé alguno de los supuestos siguientes:
>
> a) Que haya surtido efectos la notificación de la resolución impugnada, lo que se determinará conforme a la ley aplicable a ésta, inclusive cuando se controvierta simultáneamente como primer acto de aplicación una regla administrativa de carácter general.
>
> b) Hayan iniciado su vigencia el decreto, acuerdo, acto o resolución administrativa de carácter general impugnada cuando sea auto aplicativa.
>
> II. De treinta días siguientes a aquél en el que surta efectos la notificación de la resolución de la Sala o Sección que habiendo conocido una queja, decida que la misma es improcedente y deba tramitarse como juicio. Para ello, deberá prevenirse al promovente para que, dentro de dicho plazo, presente demanda en contra de la resolución administrativa que tenga carácter definitivo.
>
> III. De cinco años cuando las autoridades demanden la modificación o nulidad de una resolución favorable a un particular, los que se contarán a

partir del día siguiente a la fecha en que éste se haya emitido, salvo que haya producido efectos de tracto sucesivo, caso en el que se podrá demandar la modificación o nulidad en cualquier época sin exceder de los cinco años del último efecto, pero los efectos de la sentencia, en caso de ser total o parcialmente desfavorable para el particular, sólo se retrotraerán a los cinco años anteriores a la presentación de la demanda.

Cuando el demandante tenga su domicilio fuera de la población donde esté la sede de la Sala, la demanda podrá enviarse a través de Correos de México, correo certificado con acuse de recibo, siempre que el envío se efectúe en el lugar en que resida el demandante, pudiendo en este caso señalar como domicilio para recibir notificaciones, el ubicado en cualquier parte del territorio nacional, salvo cuando tenga su domicilio dentro de la jurisdicción de la Sala competente, en cuyo caso, el señalado para tal efecto, deberá estar ubicado dentro de la circunscripción territorial de la Sala.

Cuando el interesado fallezca durante el plazo para iniciar juicio, el plazo se suspenderá hasta un año, si antes no se ha aceptado el cargo de representante de la sucesión. También se suspenderá el plazo para interponer la demanda si el particular solicita a las autoridades fiscales iniciar el procedimiento de resolución de controversias contenido en un tratado para evitar la doble tributación, incluyendo en su caso, el procedimiento arbitral. En estos casos cesará la suspensión cuando se notifique la resolución que da por terminado dicho procedimiento, inclusive en el caso de que se dé por terminado a petición del interesado.

En los casos de incapacidad o declaración de ausencia, decretadas por autoridad judicial, el plazo para interponer el juicio contencioso administrativo federal se suspenderá hasta por un año. La suspensión cesará tan pronto como se acredite que se ha aceptado el cargo de tutor del incapaz o representante legal del ausente, siendo en perjuicio del particular si durante el plazo antes mencionado no se provee sobre su representación.

ARTÍCULO 14. La demanda deberá indicar:

I El nombre del demandante, domicilio fiscal, así como domicilio para oír y recibir notificaciones dentro de la jurisdicción de la Sala Regional competente, y su dirección de correo electrónico.

Cuando se presente alguno de los supuestos a que se refiere el Capítulo XI, del Título II, de esta Ley, el juicio será tramitado por el Magistrado Instructor en la vía sumaria.

II. La resolución que se impugna. En el caso de que se controvierta un decreto, acuerdo, acto o resolución de carácter general, precisará la fecha de su publicación.
III. La autoridad o autoridades demandadas o el nombre y domicilio del particular demandado cuando el juicio sea promovido por la autoridad administrativa.
IV. Los hechos que den motivo a la demanda.
V. Las pruebas que ofrezca.

En caso de que se ofrezca prueba pericial o testimonial se precisarán los hechos sobre los que deban versar y señalarán los nombres y domicilios del perito o de los testigos.

En caso de que ofrezca pruebas documentales, podrá ofrecer también el expediente administrativo en que se haya dictado la resolución impugnada.

Se entiende por expediente administrativo el que contenga toda la información relacionada con el procedimiento que dio lugar a la resolución impugnada; dicha documentación será la que corresponda al inicio del procedimiento, los actos administrativos posteriores y a la resolución impugnada. La remisión del expediente administrativo no incluirá las documentales privadas del actor, salvo que las especifique como ofrecidas. El expediente administrativo será remitido en un solo ejemplar por la autoridad, el cual estará en la Sala correspondiente a disposición de las partes que pretendan consultarlo.

VI. Los conceptos de impugnación.
VII. El nombre y domicilio del tercero interesado, cuando lo haya.
VIII. Lo que se pida, señalando en caso de solicitar una sentencia de condena, las cantidades o actos cuyo cumplimiento se demanda.

En cada demanda sólo podrá aparecer un demandante, salvo en los casos que se trate de la impugnación de resoluciones conexas, o que se afecte los intereses jurídicos de dos o más personas, mismas que podrán promover el juicio contra dichas resoluciones en una sola demanda.

En los casos en que sean dos o más demandantes éstos ejercerán su opción a través de un representante común.

En la demanda en que promuevan dos o más personas en contravención de lo dispuesto en el párrafo anterior, el Magistrado Instructor requerirá a los promoventes para que en el plazo de cinco días presenten cada uno de ellos su demanda correspondiente, apercibidos que de no hacerlo se desechará la demanda inicial.

Cuando se omita el nombre del demandante o los datos precisados en las fracciones II y VI, el Magistrado Instructor desechará por improcedente

> la demanda interpuesta. Si se omiten los datos previstos en las fracciones III, IV, V, VII y VIII, el Magistrado Instructor requerirá al promovente para que los señale dentro del término de cinco días, apercibiéndolo que de no hacerlo en tiempo se tendrá por no presentada la demanda o por no ofrecidas las pruebas, según corresponda.
>
> Si en el lugar señalado por el actor como domicilio del tercero, se negare que sea éste, el demandante deberá proporcionar al Tribunal la información suficiente para proceder a su primera búsqueda, siguiendo al efecto las reglas previstas en el Código Federal de Procedimientos Civiles.
>
> Cuando no se señale dirección de correo electrónico, no se enviará el aviso electrónico que corresponda.

En los términos del artículo 15 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, la demanda debe ir acompañada de un conjunto de documentos, entre los que destacan una copia de la misma y de sus anexos para cada una de las partes.

D. Las medidas cautelares

El propósito de las medidas cautelares o precautorias consiste en preservar la materia del litigio y evitar un daño irreparable a las partes del mismo con motivo de su tramitación; se trata, pues, de herramientas que puede emplear el juzgador, de oficio, o a petición de las partes, a efecto de que la resolución definitiva no sea inútil.

La medida cautelar por excelencia, en materia administrativa, es la suspensión de la ejecución de los actos que se reclaman; esta medida está prevista en el capítulo noveno de la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco, que faculta al particular actor a solicitar la suspensión de la resolución o del acto administrativo, a efecto de mantener las cosas en el estado en que se encuentren, mientras se pronuncia la sentencia, pudiendo decretarse a solicitud del particular actor, o de oficio, cuando de llegar a consumarse el acto o resolución impugnado, dificultaría restituir al particular en el goce de su derecho.

La suspensión podrá otorgarse siempre y cuando no se siga perjuicio a un evidente interés social o se contravengan disposiciones de orden público, y sean de difícil reparación los daños y perjuicios que se causen al particular con la ejecución del acto.

Tratándose de multas, impuestos, derechos o cualquier otro concepto que de conformidad con las leyes sea considerado crédito fiscal, podrá concederse la suspensión del procedimiento administrativo de ejecución, a condición de que quien la solicite garantice su importe ante la Secretaría de Finanzas del Estado cuando el crédito fuere Estatal, o ante la Tesorería del municipio que corresponda, en el caso de un crédito municipal; empero, la garantía no se exigirá si se tratare de sumas que, a juicio de la Sala, excedan las posibilidades de quien deba prestarla, o cuando se trate de persona distinta del obligado directamente al pago, caso en el cual podrá garantizarse el crédito en cualquiera de las formas permitidas por la normativa fiscal.

De igual modo, cuando la suspensión pueda ocasionar daños y perjuicios a terceros se concederá en los casos en que proceda, a condición de que el actor otorgue garantía bastante para reparar el daño e indemnizar los perjuicios que con ella se causaren, si no obtiene sentencia favorable en el juicio.

Podrán hacerse efectivas las garantías otorgadas con motivo de la suspensión, mediante solicitud del interesado, presentada, dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la sentencia, ante la Sala, misma que dará vista a las demás partes por un término de cinco días, y citará a una audiencia de pruebas y alegatos, a celebrarse dentro de los cinco días siguientes, en la que se dictará la sentencia correspondiente.

E. La contestación de la demanda

Dispone el artículo 19 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, que una vez admitida la demanda, deberá correrse traslado de la misma al demandado, quien será emplazado para que, dentro del término de treinta días, la conteste. En caso de que hubiere ampliación de la demanda, el plazo para contestarla será de diez días siguientes a aquel en que surta efectos la notificación del acuerdo que la admita. Cuando no se presente la contestación en tiempo, o ésta no se refiere a todos los hechos, se tendrán como ciertos los que no hubieren sido contestados, excepción hechas de que resulten desvirtuados en razón de las pruebas rendidas o por hechos notorios. Siempre que una autoridad que deba ser parte en el juicio no sea señalada como deman-

dada por el actor, de oficio deberá corrérsele traslado de la demanda para que la conteste en el plazo de treinta días. Además, la ley en cita previene:

> ARTÍCULO 20. El demandado en su contestación y en la contestación de la ampliación de la demanda, expresará:
> I. Los incidentes de previo y especial pronunciamiento a que haya lugar.
> II. Las consideraciones que, a su juicio, impidan se emita decisión en cuanto al fondo o demuestren que no ha nacido o se ha extinguido el derecho en que el actor apoya su demanda.
> III. Se referirá concretamente a cada uno de los hechos que el demandante le impute de manera expresa, afirmándolos, negándolos, expresando que los ignora por no ser propios o exponiendo cómo ocurrieron, según sea el caso.
> IV. Los argumentos por medio de los cuales se demuestra la ineficacia de los conceptos de impugnación.
> V. Los argumentos por medio de los cuales desvirtúe el derecho a indemnización que solicite la actora.
> VI. Las pruebas que ofrezca.
> VI. En caso de que se ofrezca prueba pericial o testimonial, se precisarán los hechos sobre los que deban versar y se señalarán los nombres y domicilios del perito o de los testigos. Sin estos señalamientos se tendrán por no ofrecidas dichas pruebas.
>
> ARTÍCULO 22. En la contestación de la demanda no podrán cambiarse los fundamentos de derecho de la resolución impugnada.
>
> En caso de resolución negativa ficta, la autoridad demandada o la facultada para contestar la demanda, expresará los hechos y el derecho en que se apoya la misma.
>
> En la contestación de la demanda, o hasta antes del cierre de la instrucción, la autoridad demandada podrá allanarse a las pretensiones del demandante o revocar la resolución impugnada.

F. Pruebas

En los juicios regulados por la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco se admiten toda clase de pruebas, salvo la confesional mediante absolución de posiciones, así como las que no guarden relación directa con los hechos controvertidos, lo mismo que las contrarias a la

moral y al derecho, al igual que las que no hayan sido ofrecidas ante la autoridad demandada en el procedimiento administrativo, a no ser que en éste no se le hubiera dado oportunidad razonable de hacerlo; en tanto que las supervenientes podrán admitirse a condición de que no se haya dictado sentencia.

Regula la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco la admisión, recepción y valoración de las pruebas en los juicios por ella regulados, en su capítulo séptimo, cuyas principales reglas son:

- La Sala tendrá la más amplia libertad podrá ordenar de oficio la práctica de cualquier diligencia que tenga relación con los puntos controvertidos o acordar la exhibición de cualquier documento, notificando oportunamente a las partes a fin de que puedan intervenir en caso de que a sus intereses convenga.
- Asimismo, la Sala podrá designar un perito de los registrados ante el Departamento de Auxiliares de la Administración de Justicia del Tribunal; tal designación deberá notificarse a las partes. En caso de que el perito requiera ciertos informes o documentos que se encuentren en poder de las partes, la Sala las prevendrá para que los presenten.
- A condición de que tengan relación directa con los puntos sobre los que verse el dictamen, la Sala podrá convocar a los peritos para que comparezcan y respondan a las preguntas que se les formulen,
- Cuando alguna de las partes ofrezca prueba pericial, el nombramiento de los peritos designados por ellas, podrá hacerse en cualquier tiempo hasta tres días hábiles antes de la celebración de la audiencia de desahogo de la prueba, sin contar el día de la audiencia ni el del ofrecimiento. El perito designado por el órgano judicial debe tener aceptado su cargo en forma previa al desahogo de la pericial.
- No será recusable el perito designado por el órgano judicial que conozca del asunto, sin embargo, deberá excusarse cuando tenga parentesco por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado, con alguna de las partes; o interés directo o indirecto en el litigio; o sea acreedor, deudor, inquilino, arrendador, tenga amistad estrecha o enemistad manifiesta con las partes, o tenga dependencia económica con cualquiera de ellas.
- En cuanto a la prueba testimonial, para su desahogo se requerirá a la parte que la hubiera ofrecido, a efecto de que presente un máximo de tres testigos y, cuando la misma manifieste no poder hacer que se pre-

senten, mediante el actuario se citará a los testigos, para que comparezcan el día y hora señalados para la celebración de la audiencia de recepción de la prueba correspondiente.

- Por lo que hace al desahogo de la prueba testimonial, se asentará acta detallada de los cuestionarios que en forma verbal y directa formulen las partes, así como de las declaraciones de los testigos, a quienes, la Sala podrá formular las preguntas que estime necesarias, las que, junto con las respuestas que den los testigos, se asentarán en el acta.
- El oferente de la prueba testimonial podrá sustituir a sus testigos en cualquier tiempo anterior al desahogo de la prueba, en cuyo caso deberá presentar directamente a los testigos sustitutos, sin que pueda pedir que sean citados por el tribunal. No será motivo para diferir el desahogo de la prueba la sustitución de testigos.
- Las autoridades tienen la obligación de expedir con toda oportunidad las copias de los documentos que les soliciten las partes para poder rendir sus pruebas; si dichas autoridades no cumplieren con esta obligación, la parte interesada solicitará que requiera a las mismas. Si todavía no lo hicieren, se hará uso de los medios de apremio que establece esta ley; haciéndose del conocimiento del Ministerio Público, si aún así no se cumpliere.
- Al interesado que con el propósito de demorar la tramitación del juicio, informe que se le ha denegado la expedición de las copias, se le impondrá multa de hasta el equivalente de un mes de salario mínimo general vigente en el municipio de Guadalajara.
- Siempre que la naturaleza de la prueba lo requiera, se señalará el lugar, fecha y hora en los cuales, dentro de los treinta días que sigan a la providencia que los señale, deberá tener verificativo la audiencia de recepción, ante la presencia del magistrado, de cada una de las pruebas ofrecidas.
- Cuando en un mismo asunto fueren varias las pruebas ofrecidas, el hecho de que alguna de ellas no pueda desahogarse en la fecha señalada no será motivo para que dejen de recibirse las restantes.
- Desahogadas que sean las pruebas, deberá dictarse auto para que dentro del término de cinco días las partes formulen por escrito sus alegatos. El auto de referencia, aun cuando no lo mencione expresamente, tendrá efectos de citación para sentencia.
- Cuando por el enlace de las pruebas rendidas y de las presunciones resultantes, se adquiera convicción distinta acerca de los hechos materia

del litigio, podrán valorarse las pruebas sin sujetarse a lo dispuesto en el párrafo anterior, debiendo fundarse razonadamente esta parte de la sentencia.

- El ofrecimiento y desahogo de pruebas, con excepción de lo expresamente previsto en la Ley de Justicia Administrativa del Estado, así como la valoración de las pruebas, se regirá por las disposiciones relativas del Código de Procedimientos Civiles del Estado.

G. Los incidentes

El artículo 29 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo previene que se tramiten como de previo y especial pronunciamiento, los incidentes de incompetencia por materia, de acumulación de juicios, de nulidad de notificaciones, de recusación por causa de impedimento, de reposición de autos, y de interrupción por causa de muerte, disolución, declaratoria de ausencia o incapacidad; además ordena que: "Cuando la promoción del incidente sea frívola e improcedente, se impondrá a quien lo promueva una multa de diez a cincuenta veces el salario mínimo general diario vigente en el área geográfica correspondiente al Distrito Federal".

H. La sentencia

Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco dispone que dentro de los veinte días que sigan a la notificación del auto en que se cite para sentencia deberá ser dictada ésta. En los casos en que se hagan valer diversas causales de ilegalidad, la sentencia de la Sala deberá examinar en primer término aquellas que puedan conducir a declarar la nulidad lisa y llana del acto o de la resolución impugnada.

Pese a que las sentencias no requieren formalismo alguno, de acuerdo con el artículo 73 de la ley de la materia, cuando menos deberán establecer:

- La fijación clara y precisa de los puntos controvertidos, así como el examen y valoración de las pruebas que se hayan rendido;
- Los fundamentos legales en que apoyen para producir la resolución;
- Los puntos resolutivos en que se expresen, con claridad, las resoluciones o actos administrativos cuya nulidad o validez se declare; y

- Los términos en que deberá ser cumplimentada la sentencia por parte de la autoridad demandada.

Podrá emitirse la sentencia definitiva en el sentido de reconocer la validez de la resolución o del acto impugnado; o de declarar la nulidad de la resolución o acto combatido; o bien, de decretar el sobreseimiento.

La Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco contempla como causas de anulación de una resolución, de un acto o de un procedimiento administrativo:

- La incompetencia de la autoridad que haya dictado u ordenado la resolución o el acto impugnado;
- Si los hechos que la motivaron no se realizaron:
- Si los hechos que la motivaron, fueron distintos o se apreciaron de forma errónea;
- Si se dictó en contravención de las disposiciones aplicables o se dejaron de aplicar las debidas;
- La violación o restricción de un derecho público subjetivo previsto en la Constitución Política del Estado o en las leyes administrativas, cuando afecte sustancialmente el sentido del acto o resolución impugnado;
- La omisión o incumplimiento de las formalidades que legalmente debe revestir la resolución o el acto, cuando afecte las defensas del particular y trascienda el sentido de la resolución o acto impugnado; y
- Tratándose de sanciones o actos discrecionales, el desvío de poder, entendiendo por tal, el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los previstos en la ley.

De conformidad con el artículo 76 de la ley en cita, en los casos en que el acto impugnado fuere de carácter positivo, la sentencia que declare la nulidad del mismo tendrá por objeto nulificar las consecuencias de éste y, en su caso, restituir al particular en el goce del derecho violado, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de que hubiere ocurrido el acto o resolución impugnada;

Cuando el acto impugnado fuere de carácter negativo, tendrá el efecto de obligar a la autoridad responsable a que subsane las omisiones en que hubiere incurrido.

Podrá decretarse lisa y llanamente la nulidad de la resolución o acto que se impugna, o bien, para determinado efecto, caso este último en el que se deberá precisar con claridad la forma y términos en que la autoridad deba cumplir.

Siempre que la nulidad sea declarada por causas distintas a los vicios de forma o a la incompetencia de la autoridad, y tenga que dictarse una nueva resolución, deberá señalarse de manera concreta el sentido en que la autoridad habrá de dictar la nueva resolución.

En los casos ya señalados, de omisión o incumplimiento de las formalidades que legalmente debe revestir la resolución o el acto, o de desvío de poder, se declarará la nulidad para el efecto de que se reponga el procedimiento o se emita nueva resolución; en los demás casos, también podrá indicar los términos conforme a los cuales debe dictar su resolución la autoridad administrativa, salvo que se trate de facultades discrecionales.

En las sentencias relativas al cese o remoción de sus cargos de elementos de los cuerpos de seguridad pública del estado o sus municipios, por ningún motivo procederá su reinstalación o restitución y, en su caso, sólo procederá la indemnización constitucional, si resultó inocente su reinstalación será a juicio del titular de la corporación respectiva.

Sin perjuicio de la aclaración de sentencia, la Sala no podrá variar ni modificar ésta después de notificada, y quedará firme cuando no fuere recurrida en los plazos y términos previstos en la ley en comento; así como cuando no admita recurso; o el recurrente se desista del recurso que hubiere interpuesto.

El Pleno dictará sus sentencias por unanimidad o por mayoría de votos de los magistrados; si hubiere empate su presidente tendrá voto de calidad. En los casos en que la mayoría de los magistrados esté de acuerdo con el proyecto, los magistrados disidentes podrán limitarse a expresar que votan en contra del mismo, o a formular voto particular razonado, en un plazo que no excederá de diez días, transcurrido dicho término, si no lo hacen, perderán ese derecho. Cuando el proyecto del magistrado ponente no fuere aceptado por los otros magistrados, el secretario general de acuerdos engrosará el fallo con los argumentos de la mayoría y el proyecto podrá quedar como voto particular del Ponen-

te. Adquieren firmeza las sentencias pronunciadas por el Pleno cuando fueren notificadas a las partes en el procedimiento.

I. Otras formas de terminación del proceso

El proceso puede terminarse sin que llegue a dictarse sentencia en el mismo, por desistimiento del demandante, o sobreseerse en cualquier etapa procesal, de oficio o a petición de parte, por cualquiera de las siguientes causas previstas en el artículo 30 de la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco:

- Cuando durante el juicio apareciere o sobreviniere alguna de las causas de improcedencia a que se refiere el Artículo anterior.
- Cuando el demandante muera durante el juicio si el acto impugnado sólo afecta a su persona.
- Cuando la autoridad demandada satisfaga la pretensión del actor o revoque el acto impugnado.

J. Recursos

La Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco prevé dos distintos recursos procesales, a saber, el recurso de reclamación, y el recurso de apelación; el primero de ellos tiene por objeto modificar o revocar las resoluciones que:

- Admitan, desechen o tengan por no interpuesta la demanda, la contestación, la ampliación de demanda, su contestación o las pruebas;
- Decreten o nieguen el sobreseimiento del juicio, con excepción de cuando se trate de sentencias definitivas;
- Admitan o rechacen la intervención del coadyuvante o del tercero;
- Concedan o nieguen la suspensión del acto o resolución impugnada, o contra las que fijen las garantías en el trámite de la suspensión;
- Resuelvan sobre la posibilidad o imposibilidad de la autoridad para cumplir con la sentencia; o
- Resuelvan sobre la procedencia o improcedencia del cumplimiento sustituto, o fijen en cantidad líquida la indemnización por tal concepto.

Se interpondrá el recurso de reclamación ante la autoridad judicial que hubiere dictado la resolución recurrida, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que surta efectos la notificación de la resolución que la motive, salvo cuando se interponga contra las resoluciones que concedan o nieguen la suspensión del acto o resolución impugnada, en cuyo caso podrá proponerse en cualquier tiempo anterior al inicio del plazo previsto para los alegatos, cuando el recurso se funde en la variación de las condiciones que motivaron el sentido de la resolución impugnada.

Pueden impugnarse las sentencias definitivas mediante el recurso de apelación, cuyo objeto consiste en modificar o revocar la sentencia impugnada, siendo procedente:

- Cuando el asunto al que corresponde la sentencia impugnada sea de una cuantía determinada o determinable que exceda de setecientos días de salario mínimo general vigente en el municipio de Guadalajara;
- Cuando el asunto sea de cuantía indeterminable; y
- Cuando la controversia que motivó el juicio sea entre entidades públicas.

La apelación deberá interponerse por escrito ante la sala que hubiere dictado la sentencia, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que surta efectos la notificación de la sentencia, debiendo contener el señalamiento de la sentencia que se recurre y la expresión de los agravios que, en concepto de la autoridad, se hubieren causado. La Sala tramitará el expediente hasta dejarlo en estado de resolución para remitirlo al Pleno del Tribunal de lo Administrativo. La admisión de la apelación se decretará en ambos efectos.

El Pleno, una vez que reciba el recurso, designará un magistrado ponente, sin que pueda ser el mismo que hubiere pronunciado la sentencia impugnada, para que, dentro del término de veinte días, elabore el proyecto de sentencia que se someterá al Pleno, a efecto de que, dentro de otros veinte días dicte la misma; en el entendido de que deberá abstenerse de votar y de participar en la discusión del asunto el magistrado que hubiese dictado la sentencia impugnada.

8. *Perspectiva actual del contencioso administrativo*

Coexisten actualmente en el derecho comparado dos esquemas distintos para el desempeño de la tarea de juzgar a la administración: el monista y el esquema dual francés. En el esquema monista o judicialista, el control se asigna, en última instancia, a los tribunales judiciales, y admite varias modalidades, como la del sistema monista puro, que es el tradicional de los países anglosajones, conforme al cual los tribunales ordinarios conocen y resuelven los conflictos en los que es parte la administración pública.

Una de las variantes del esquema monista no impide que, como ocurre en México en el ámbito federal y de algunas entidades federativas, en ciertas materias especiales, tengan competencia tribunales contencioso administrativos destinados a ejercer el control de los actos de la administración, en lo que viene a ser una primera instancia, la que, por tanto, no es definitiva, habida cuenta que contra sus sentencias se prevé un recurso oponible ante tribunales judiciales –en México en la vía de amparo–, que son quienes deciden en definitiva.

Una distinta modalidad del esquema monista o judicialista, empleada en el Estado de Jalisco, atribuye el conocimiento y resolución de los conflictos en que es parte la administración pública, a tribunales autónomos que forman parte del Poder Judicial, especializados en materia administrativa, cuyas resoluciones no son revisables por otros órganos del mismo Poder Judicial.

Se percibe en el inicio del tercer milenio una tendencia mundial, cada vez más significativa, de fusionar ambos esquemas; lo advertimos, por ejemplo en el Proyecto de Constitución para la Unión Europea, cuyo artículo II-47 propone una conciliación entre el esquema monista y el dualismo francés, conciliación que en esencia trata de asegurar el acceso a un juicio justo ante un tribunal imparcial e independiente, en un contexto transparente cuya audiencia debe ser pública.

Como quiera que sea, independientemente de la eventual fusión de los modelos existentes para juzgar a la administración, lo más importante es que todo sistema de justicia administrativa garantice un juicio justo ante un juzgador imparcial, probo, especializado e independiente.

II. El Control interno de la administración pública

Entre los medios de control interno de la administración pública figura la utilización del recurso administrativo y la realización de diversas acciones desarrolladas, en el ámbito federal, principalmente por medio de la Secretaría de la Función Pública y de los órganos de control de cada una de las dependencias y entidades del Poder Ejecutivo.

1. *Por medio del recurso administrativo*

La institución del recurso administrativo abre la posibilidad de que los errores y excesos de la administración pública en perjuicio de los particulares sean corregidos por ella misma, sin la intervención de otros órganos del poder público, institución de la que ya me he ocupado con amplitud en el capítulo tercero de esta obra, al que me remito en obvio de repeticiones innecesarias

2. *Por medio de la Secretaría de la Función Pública*

En tanto no sea sustituida por la Fiscalía General Anticorrupción, compete a la Secretaría de la Función Pública practicar la auditoría de la administración pública federal, tanto centralizada como paraestatal, y aplicar el régimen jurídico disciplinario a los servidores públicos; las atribuciones de la Secretaría de la Función Pública están señaladas en el artículo 37 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal que dispone:

> Artículo 37. A la Secretaría de la Función Pública corresponde el despacho de los siguientes asuntos:
>
> I. Organizar y coordinar el sistema de control interno y la evaluación de la gestión gubernamental; inspeccionar el ejercicio del gasto público federal y su congruencia con los presupuestos de egresos, así como concertar con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y validar los indicadores para la evaluación de la gestión gubernamental, en los términos de las disposiciones aplicables;
>
> II. Expedir las normas que regulen los instrumentos y procedimientos de

control interno de la Administración Pública Federal, para lo cual podrá requerir de las dependencias competentes la expedición de normas complementarias para el ejercicio del control administrativo. Lo anterior, sin menoscabo de las bases y principios de coordinación y recomendaciones emitidas por el Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción;

III. Vigilar, en colaboración con las autoridades que integren el Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción, el cumplimiento de las normas de control interno y fiscalización, así como asesorar y apoyar a los órganos internos de control de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal;

IV. Coordinar y supervisar el sistema de control interno, establecer las bases generales para la realización de auditorías internas, transversales y externas; expedir las normas que regulen los instrumentos y procedimientos en dichas materias en las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y en la Procuraduría General de la República, así como realizar las auditorías que se requieran en éstas, en sustitución o apoyo de sus propios órganos internos de control;

V. Vigilar el cumplimiento, por parte de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y de la Procuraduría General de la República, de las disposiciones en materia de planeación, presupuestación, ingresos, financiamiento, inversión, deuda, patrimonio;

VI. Organizar y coordinar el desarrollo administrativo integral en las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y emitir las normas para que los recursos humanos, patrimoniales y los procedimientos técnicos de la misma, sean aprovechados y aplicados, respectivamente, con criterios de eficacia, legalidad, eficiencia y simplificación administrativa; así como, realizar o encomendar las investigaciones, estudios y análisis necesarios sobre estas materias;

VII. Conducir las políticas, establecer las normas y emitir las autorizaciones y criterios correspondientes en materia de planeación y administración de recursos humanos, contratación del personal, Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal, estructuras orgánicas y ocupacionales, de conformidad con las respectivas normas de control de gasto en materia de servicios personales;

VIII. Realizar, por sí o a solicitud de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o la coordinadora de sector correspondiente, auditorías, revisiones y evaluaciones a las dependencias y entidades de la Administración

Pública Federal, con el objeto de examinar, fiscalizar y promover la eficiencia y legalidad en su gestión y encargo;

IX. Fiscalizar directamente o a través de los órganos internos de control, que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y la Procuraduría General de la República cumplan con las normas y disposiciones en materia de sistemas de registro y contabilidad, contratación y remuneraciones de personal, contratación de adquisiciones, arrendamientos, arrendamiento financiero, servicios y ejecución de obra pública, conservación, uso, destino, afectación, enajenación y baja de bienes muebles e inmuebles, almacenes y demás activos y recursos materiales de la Administración Pública Federal;

X. Designar y remover a los auditores externos de las entidades, así como normar y controlar su desempeño;

XI. Designar y remover para el mejor desarrollo del sistema de control y evaluación de la gestión gubernamentales, delegados de la propia Secretaría ante las dependencias y órganos desconcentrados de la Administración Pública Federal centralizada y comisarios públicos de los órganos de vigilancia de las entidades de la Administración Pública Paraestatal y de la Procuraduría General de la República; así como normar y controlar su desempeño;

XII. Designar y remover a los titulares de los órganos internos de control de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y de la Procuraduría General de la República, así como de las unidades administrativas equivalentes en las empresas productivas del Estado, quienes dependerán jerárquica y funcionalmente de la Secretaría de la Función Pública, asimismo, designar y remover a los titulares de las áreas de auditoría, quejas y responsabilidades de los citados órganos internos de control; quienes tendrán el carácter de autoridad y realizarán la defensa jurídica de las resoluciones que emitan en la esfera administrativa y ante los Tribunales Federales, representando al Titular de dicha Secretaría;

XIII. Colaborar en el marco del Sistema Nacional Anticorrupción y del Sistema Nacional de Fiscalización, en el establecimiento de las bases y principios de coordinación necesarios, que permitan el mejor cumplimiento de las responsabilidades de sus integrantes;

XIV. Implementar las acciones que acuerde el Sistema Nacional Anticorrupción, en términos de las disposiciones aplicables;

XV. Informar periódicamente al Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción, así como al Ejecutivo Federal, sobre el resultado de

la evaluación respecto de la gestión de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y de la Procuraduría General de la República, así como del resultado de la revisión del ingreso, manejo, custodia y ejercicio de recursos públicos federales, y promover ante las autoridades competentes, las acciones que procedan para corregir las irregularidades detectadas;

xvi. Llevar y normar el registro de servidores públicos de la Administración Pública Federal, recibir y registrar las declaraciones patrimoniales y de intereses que deban presentar, así como verificar su contenido mediante las investigaciones que resulten pertinentes de acuerdo con las disposiciones aplicables. También registrará la información sobre las sanciones administrativas que, en su caso, les hayan sido impuestas;

xvii. Atender las quejas e inconformidades que presenten los particulares con motivo de convenios o contratos que celebren con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y de la Procuraduría General de la República, salvo los casos en que otras leyes establezcan procedimientos de impugnación diferentes;

xviii. Conocer e investigar las conductas de los servidores públicos de la Administración Pública Federal que puedan constituir responsabilidades administrativas, así como substanciar los procedimientos correspondientes conforme a lo establecido en la Ley General de Responsabilidades Administrativas, por sí, o por conducto de los órganos internos de control que correspondan a cada área de la Administración Pública Federal; para lo cual podrán aplicar las sanciones que correspondan en los casos que no sean de la competencia del Tribunal Federal de Justicia Administrativa y, cuando se trate de faltas administrativas graves, ejercer la acción de responsabilidad ante ese Tribunal; así como presentar las denuncias correspondientes ante la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción y ante otras autoridades competentes, en términos de las disposiciones aplicables;

xix. Establecer mecanismos internos para la Administración Pública Federal que prevengan actos u omisiones que pudieran constituir responsabilidades administrativas;

xx. Aprobar y registrar las estructuras orgánicas y ocupacionales de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y de la Procuraduría General de la República y sus modificaciones; previo dictamen presupuestal favorable de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público;

XXI. Establecer y conducir la política general de las contrataciones públicas

reguladas por la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, propiciando las mejores condiciones de contratación conforme a los principios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia, imparcialidad y honradez; emitir las normas, lineamientos, manuales, procedimientos y demás instrumentos análogos que se requieran en materia de dichas contrataciones públicas; proporcionar, en su caso, asesoría normativa con carácter preventivo en los procedimientos de contratación regulados por las mencionadas leyes que realicen las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y promover, con la intervención que corresponda a otras dependencias de la Administración Pública Federal, la coordinación y cooperación con los Poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos, las entidades federativas y demás entes públicos encargados de regímenes de contratación pública, con excepción de las empresas productivas del Estado, a efecto de propiciar en lo procedente la homologación de políticas, normativas y criterios en materia de contrataciones públicas, que permita contar con un sistema de contrataciones públicas articulado a nivel nacional;

XXII. Definir la política de gobierno digital, gobierno abierto y datos abiertos en el ámbito de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal;

XXIII. Formular y conducir en apego y de conformidad con las bases de coordinación que establezca el Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción, la política general de la Administración Pública Federal para establecer acciones que propicien la integridad y la transparencia en la gestión pública, la rendición de cuentas y el acceso por parte de los particulares a la información que aquélla genere; así como promover dichas acciones hacia la sociedad;

XXIV. Ejercer las facultades que la Constitución le otorga a los órganos internos de control para revisar, mediante las auditorías a que se refiere el presente artículo, el ingreso, manejo, custodia y ejercicio de recursos públicos federales;

XXV. Implementar las políticas de coordinación que promueva el Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción, en materia de combate a la corrupción en la Administración Pública Federal;

XXVI. Emitir normas, lineamientos específicos y manuales que, dentro del ámbito de su competencia, integren disposiciones y criterios que impulsen la simplificación administrativa, para lo cual deberán tomar en

consideración las bases y principios de coordinación y recomendaciones generales que emita el Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción;

xxvii. Seleccionar a los integrantes de los órganos internos de control, garantizando la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública, atrayendo a los mejores candidatos para ocupar los puestos, a través de procedimientos transparentes, objetivos y equitativos;

xxviii. Emitir el Código de Ética de los servidores públicos del gobierno federal y las Reglas de Integridad para el ejercicio de la función pública, y

xxix. Las demás que le encomienden expresamente las leyes y reglamentos.

3. *Por medio de la Contraloría d e cada dependencia y entidad*

Por lo que hace al ámbito interno de cada dependencia y entidad de la administración pública estatal, el control se ejerce también por medio de su contralor interno, quien está facultado por los artículos 16 al 25 para practicar auditorías realizar investigaciones respecto de la actuación de los servidores públicos que puedan constituir responsabilidades administrativas.

•

Capítulo octavo

El empleo público

La noción de empleo público se vincula con la de función pública, actividad reservada a los órganos depositarios del poder público, explicable como la actividad esencial del Estado contemporáneo, fundada en la idea de soberanía, cuya realización satisface las necesidades del Estado, del aparato gubernamental, de la administración pública, en suma, de los entes públicos.

Se distribuye el ejercicio de la función pública entre los diversos órganos o poderes del Estado de acuerdo con sus competencias, más para que éstas la puedan concretar en actos que trasciendan a la realidad cotidiana se requiere de personas físicas que, mediante su actividad intelectual o física, desempeñen el papel de funcionarios o empleados públicos cuyas voluntades o acciones configuran la voluntad o acción del Estado.

Asimiló la Suprema Corte de Justicia de la Nación la noción de función pública a la de empleo público e identificó al órgano depositario de la función pública con el empleado público, al sostener:

> Si por función pública ha de entenderse el ejercicio de atribuciones esenciales del Estado, realizadas como actividades de gobierno, de poder público que implica soberanía e imperio, y si tal ejercicio en definitiva lo realiza el Estado a través de personas físicas, el empleado público se identifica con el órgano de la función pública y su voluntad y acción trascienden como voluntad o

acción del Estado, lo que justifica la creación de normas especiales para su responsabilidad.[1]

I. Naturaleza jurídica de la relación surgida del empleo público

Cuando las personas físicas se incorporan al empleo público, y por ende, al ejercicio de la función pública, se origina una relación jurídica entre el Estado y su funcionario o empleado, cuya naturaleza no ha logrado un consenso en la doctrina, dada la diversidad de teorías que tratan de explicarla, acerca de lo cual André de Laubadere hace notar que:

> El problema de la situación jurídica del funcionario público es doble: 1o. se trata de saber si esta situación es de derecho público o de derecho privado; 2o. Por otra parte se trata de saber si el funcionario está dentro de una situación legal y reglamentaria o dentro de una situación jurídica subjetiva, y especialmente si está ligado por una relación de carácter contractual a la colectividad pública que lo emplea.[2]

1. *Las teorías contractuales de derecho civil*

A diferencia de las teorías medievales que atribuyeron la incorporación al empleo público al usufructo, a la locación, a la donación o a la sucesión hereditaria, las teorías contractuales de derecho civil pretenden explicar la naturaleza jurídica de la relación que se da en el empleo público, mediante diversas figuras contractuales, destacando las que la identifican como una relación propia de un contrato civil de mandato y las que la consideran en el esquema de un contrato de prestación de servicios.

A. Teoría del contrato civil de mandato

De acuerdo con la teoría que interpreta como resultado de un contrato civil de mandato a la relación del empleo público, ésta tiene los siguientes elementos:

[1] Informe del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1959, 1a. Sala, p. 36.
[2] André Laubadére, *Traité de droit administratif*, 7a. ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980, t. 2, pp. 23 y 24.

- Consentimiento de las partes, expresado a través del nombramiento expedido por el ente público correspondiente del Estado mandante y de la aceptación del interesado.
- Representación del Estado mandante, al que pertenece el ente público correspondiente, por parte del mandatario para ejecutar por cuenta del primero los actos que le encomiende por conducto del ente público respectivo.
- Delegación de facultades del ente público mandante a favor del mandatario, fuera de las cuales la actividad de este último no obliga al mandante.
- Por tratarse de un contrato sinalagmático y oneroso, se generan obligaciones recíprocas de las partes; a cargo del mandatario la de representar al mandante en la ejecución de ciertos actos jurídicos, y a cargo del ente público la de remunerar la actividad representativa del mandatario.

Se evidencia lo erróneo de esta teoría en el hecho de que muchos empleados públicos, por ejemplo, los oficinistas, no representan al Estado en la ejecución de actos jurídicos, y tratándose de funcionarios públicos de alta jerarquía sus obligaciones no se reducen a las de representación, pues incluyen diversos servicios personales, lo cual demuestra que la relación existente entre el Estado y sus funcionarios y empleados no es resultado de un contrato civil de mandato.

B. Teoría del contrato civil de prestación de servicios

Tras rechazarse la teoría del mandato, los civilistas propusieron la teoría del contrato civil de locación de servicios, que en México llamamos de prestación de servicios, para explicar la relación existente entre el Estado y sus funcionarios y empleados. Sin embargo, el contrato de prestación de servicios tampoco puede explicar esa relación, toda vez que en dicho contrato, prestador y prestatario se ubican en un plano de igualdad y de libertad, lo que no ocurre en el caso del funcionario o del empleado público, pues quedan sometidos a un código de conducta obligatorio impuesto por el Estado, incluso fuera de su horario de labores. Por ello, como señalara el profesor argentino Benjamín Villegas Basavilbaso:

> Esta teoría de origen exclusivamente civilista no es admitida por casi todos los autores, que encuentran con razón diferencias profundas entre la relación de empleo público y la locación de servicios. Como bien enseña Pietrozziello la relación de empleo público, aunque tenga sus fuentes en la locación de obra, asume tales formas y tal desenvolvimiento que sale de los cauces de las normas tradicionales para adquirir una autonomía propia, que presenta en relación con aquella algunos elementos análogos, otros distintos y otros, en fin, nuevos o más complejos.[3]

2. *Teoría del acto administrativo unilateral*

También llamada teoría estatutaria, la teoría del acto administrativo unilateral sostiene que la sola voluntad unilateral del estado, manifestada a través del nombramiento, basta para general la relación entre éste y el empleado o funcionario público, porque, como dice Villegas Basavilbaso: "El consentimiento del individuo no agrega al acto ningún elemento de bilateralidad. Es suficiente para la construcción y validez de la relación la manifestación de voluntad de la administración pública".[4]

Contrapuesta a las teorías civilistas desarrolladas en torno a la naturaleza jurídica de la relación surgida del empleo público, surge en Alemania la teoría del acto unilateral del Estado. misma que, al paso del tiempo, sufre diversos cambios que la modifican de manera importante; en su inicio, tuvo como punto de partida la sumisión absoluta del agente público al Estado, asignó a éste todos los derechos, dejando a cargo del funcionario o empleado todas las obligaciones de la citada relación, lo cual acusó su propósito de eliminar los derechos de sus agentes, situación incompatible con un Estado de derecho cuya soberanía no le podía eximir de sus elementales deberes para con sus funcionarios y empleados.

La teoría del acto unilateral o estatutaria reconoció posteriormente a la ley como fuente de derechos para los agentes del estado y, correlativamente, de deberes a su cargo, al admitir que la relación derivada del empleo público se basa en la obligación moral de los ciudadanos

[3] Benjamín Villegas Basavilbaso, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951, t. III, p. 293.

[4] *Idem*, p. 302.

de servir al Estado, obligación que incluye la del desempeño de dicho empleo o función, lo que no elimina la libertad del ciudadano para aceptar o rechazar su ingreso al empleo público, ni tampoco excluye el reconocimiento del Estado de los derechos del empleado o funcionario en reciprocidad de la actividad que habrá de desarrollar a su servicio.

De esta suerte, la naturaleza de la relación surgida del empleo público, conforme a la teoría del acto unilateral, lejos de ser contractual, es legal o reglamentaria, o, como dicen algunos autores, en cuya virtud:

- El funcionario o empleado público queda sometido en todo momento a las normas jurídicas que regulan su actuación, o sea a su estatuto jurídico.
- Los deberes y derechos contenidos en el estatuto estarán vigentes en tanto no se modifique éste, sin que los funcionarios y empleados puedan oponerse a su eventual modificación.
- Las normas contenidas en el estatuto no podrán dejar de observarse en beneficio o perjuicio de ningún funcionario o empleado, en razón del principio de legalidad y de la inderogabilidad singular de la norma jurídica.
- La inobservancia del estatuto por parte del Estado es impugnable ante la autoridad competente.

Como se podrá observar, la teoría estatutaria o del acto unilateral es insuficiente para explicar la relación existente entre el Estado y sus funcionarios y empleados, habida cuenta que sin el consentimiento de tales servidores públicos no se podrá constituir dicha relación, lo cual significa que contra su voluntad nadie podrá ser funcionario o empleado público, excepto en los casos de jurados, cargos consejiles y demás previstos en el artículo 5o. constitucional.

3. *Teoría del contrato administrativo*

En los términos de esta teoría, sostenida en algunos países como Argentina, la relación establecida por el empleo público, entre el Estado y su funcionario o empleado es de naturaleza contractual, mas no propia de un contrato civil, sino de un contrato administrativo, dada la desigualdad de las partes –Estado y funcionario o empleado público–, una de las cuales será invariablemente el Estado actuando en ejercicio de

función administrativa, con fines de interés público y con sujeción a un régimen exorbitante del derecho privado. A este respecto, la docente de la Universidad Austral de Buenos Aires, María Paula Rennella, explica:

> La teoría contractual de derecho público entiende que estamos ante un contrato administrativo, porque mientras el funcionario o empleado no acepta la designación no nace el vínculo entre él y el Estado. (...) En esta línea, la tesis contractual, para poder sostener lo que de hecho sucedía y aún sucede en un Estado que necesita, en función del interés público que debe satisfacer, reorganizar sus estructuras, modificar condiciones de trabajo de los agentes públicos y hasta reducir sus remuneraciones, se apoyó en un concepto del contrato administrativo que ha sido sintetizado en la jurisprudencia de la Corte en el caso 'Cinplast´, contrato que –según Marienhoff– tiene como potestad connatural la de un amplio *ius variandi*.[5]

4. Teoría del contrato laboral

Hay quienes estiman que la relación surgida del empleo público, entre el Estado y el funcionario o empleado es de naturaleza contractual, pero niegan que el contrato respectivo sea civil o administrativo, por considerar que se trata de un contrato laboral; en este sentido Alberto Trueba Urbina sostuvo:

> Las relaciones entre el Estado y sus servidores, en nuestro país, dejaron de ser administrativas a partir del 1o. de mayo de 1917, en que entró en vigor nuestra Constitución, que hizo la primera declaración de derecho sociales de los trabajadores en general y específicamente de los empleados públicos y privados. (...)
>
> Las relaciones entre el Estado Federal, los Estados miembros y los Municipios y sus servidores, son de carácter social y por consiguiente éstos son objeto de protección y reivindicación en el artículo 123 y sus leyes reglamentarias, no debiendo confundirse la naturaleza social de esta relación con la función pública que realiza el Estado y sus servidores frente a los particulares. [6]

[5] *Vid*. María Paula Renella, "Empleo público, naturaleza jurídica de la relación de empleo público y sus consecuencias", en *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Universidad Austral, 2005, pp. 249-250.

[6] Alberto Trueba Urbina, *Nuevo derecho procesal del trabajo*, 4a. ed., México, Porrúa, 1978, p. 596.

En opinión de algunos juristas, el derecho positivo mexicano adoptó los criterios de la teoría del contrato laboral, a raíz de la expedición, el 5 de diciembre de 1938, del Estatuto de los Trabajadores al Servicio de los Poderes de la Unión, por afirmarse en su correspondiente iniciativa que la relación jurídica surgida del empleo público, entre el Estado y sus servidores, sería una relación de trabajo.[7]

Matizan otros autores la teoría del contrato laboral al ubicar su naturaleza dentro del derecho burocrático; por ejemplo, el doctor Carlos A. Morales Paulín afirma: "Diversas disciplinas jurídicas se han disputado el tratamiento de la relación laboral del Estado patrón con sus empleados, sin embargo del recorrido realizado podemos concluir que el trabajo burocrático constituye un trabajo especial del derecho del trabajo".[8]

5. Teoría del acto condición

Sostiene, otra corriente doctrinaria, que la relación establecida en el empleo público como un acto-condición no es de naturaleza contractual, ni es producto de un simple acto unilateral del Estado, ya que se trata de un acto-condición, en cuya virtud un sujeto se inserta en una situación general estatutaria preexistente, mediante una manifestación de voluntad realizada por un órgano competente del Estado, a través de un nombramiento que, junto con su correspondiente aceptación, configura la condición de aplicación al caso individual de cualquier funcionario o empleado públicos, de la condición general estatutaria preexistente para todos ellos. En opinión del profesor argentino Manuel María Díez:

> Acto condición: Es una manifestación de voluntad, en ejercicio de un poder legal, que inviste a una persona de una situación general, impersonal y objetiva, de un *status* legal preexistente o hace regular el ejercicio de un poder legal, de una competencia preexistente. Estos actos son la condición de aplicación de un *status* o de una competencia.[9]

[7] *Vid*. Mario de la Cueva, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1972, p. 643.

[8] Carlos A. Morales Paulín, *Derecho burocrático*, México, Porrúa, 1995, p. 523.

[9] Manuel María Díez, *El acto administrativo*, 2a. ed., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1961, p. 149.

En este orden de ideas, el acto condición permite que una persona física se incorpore a la situación general estatutaria preexistente que regula la relación dada entre el Estado y sus funcionarios y empleados, con todos los derechos y obligaciones que ello entraña; dicho de otra manera: el que un individuo se convierta en funcionario o empleado público, queda condicionado a que el Estado le extienda el nombramiento y el interesado lo acepte.

Consiguientemente, De acuerdo con la teoría del acto-condición, la incorporación de un sujeto al empleo público no requiere de la celebración de contrato alguno, habida cuenta que las obligaciones y derechos que los sujetos de esa relación adquieren en razón de la misma, están predeterminados estatutariamente en el ordenamiento jurídico; empero, no basta, para tal efecto, la designación hecha mediante un acto unilateral del Estado, porque, salvo que se trate de los agentes públicos no voluntarios a que se refiere el cuarto párrafo del artículo 5o. constitucional, a nadie se le puede obligar a ser funcionario o empleado público.

6. *Teoría legalista*

De todas las teorías que tratan de determinar la naturaleza jurídica surgida del empleo público, entre el Estado y sus servidores públicos, la más pragmática es la teoría legalista, porque en el ámbito territorial de aplicación de la ley que determine la naturaleza de dicha relación, ésta se regulará como el ordenamiento legal la considere, independientemente de su razón o de su sinrazón. Es decir, la naturaleza jurídica de la relación que genera el empleo público, entre empleador y empleado, será la que la ley diga.

7. Teoría del acto mixto

A la luz de la teoría del acto mixto, la naturaleza de la relación existente en el empleo público entre el Estado y sus servidores públicos no es explicable simplemente y llanamente como un acto contractual, o administrativo unilateral, o como una situación estatutaria concretada por un acto-condición, sino que se trata de un acto mixto, habida cuenta que en él se puede distinguir una parte estatutaria preexistente, otra

parte consistente en un acto administrativo unilateral, y una última parte de naturaleza contractual y administrativa.

II. El empleo público en el orden jurídico mexicano

La naturaleza jurídica de la relación surgida del empleo público en el orden jurídico mexicano no está definida en los ordenamientos que la regulan, entre los cuales destacan el artículo 123 constitucional, la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, y la Ley del Servicio Público de Carrera de la Administración Pública del Distrito Federal, a la luz de las cuales, podemos distinguir en el universo de servidores públicos, varios grupos, entre los que destacan los de confianza y los de base.

1. *Los servidores públicos de confianza*

El artículo 5 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, señala quiénes son trabajadores de confianza, entre los que figuran, en el ámbito del Poder Ejecutivo, aquellos que desempeñen funciones de dirección; inspección, vigilancia, y fiscalización; manejo de fondos o valores; auditoría; control directo de adquisiciones; almacenes e inventarios; asesoría o consultoría; del Ministerio Público del Distrito Federal, y de secretarías particulares y ayudantías. En el Tribunal Superior de Justicia, los secretarios del Tribunal Pleno y de las Salas.

Entre los servidores públicos de confianza, la doctrina distingue dos categorías: los servidores públicos de libre designación, y los del servicio civil de carrera.

A. El personal de confianza de libre designación

En los términos de la Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal, son servidores públicos de libre designación, aquellos que designe el jefe de Gobierno del Distrito Federal o los titulares de las dependencias, unidades administrativas u órganos desconcentrados, en uso de sus facultades legales y reglamentarias, entre los cuales

figuran los secretarios y demás titulares de las dependencias del Poder Ejecutivo, y de los organismos públicos descentralizados, así como los subsecretarios, subprocuradores, directores generales y sus equivalentes.

B. El personal del servicio público de carrera

En teoría, anima al servicio público de carrera del Distrito Federal –en breve, Ciudad de México– el propósito de lograr la profesionalización de cierto sector de los servidores públicos adscritos a la administración pública, para garantizar la continuidad y el funcionamiento efectivo de la misma, mediante el desempeño de las tareas de los miembros de dicho servicio, con apego a los principios de mérito, igualdad de oportunidades, legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, eficiencia, profesionalismo y eficacia.

El servicio público de carrera entraña la profesionalización de los servidores públicos basada en requisitos específicos de ingreso, permanencia y ascenso, que reconocen y valoran los méritos; incluye, por tanto, un proceso de formación profesional integral que conlleva una permanente capacitación y actualización, por lo que puede entenderse como un sistema regulador del ingreso, permanencia y promoción, fundado en el desempeño y capacidad profesional.

La finalidad del servicio público de carrera consiste, pues, en profesionalizar a los servidores públicos a efecto de dar continuidad a los programas del sector público, para lo cual se requiere propiciar la permanencia en el empleo de ciertos servidores públicos, a condición de que se capaciten y se mantengan actualizados en el desempeño idóneo de las tareas a su cargo, habida cuenta que se trata de servidores públicos especializados, ubicados en los mandos medios y en los inmediatos a los mandos superiores del aparato burocrático, respecto de la preparación de tales servidores públicos, el doctor Guillermo Haro Bélchez hace notar: "El objetivo específico de la política de capacitación, adiestramiento y formación es brindar conocimientos teóricos y prácticos al personal directivo, técnico y operativo del sistema, además de impulsar su profesionalización".[10]

[10] Guillermo Haro Bélchez, *Servicio público de carrera*, México, INAP-Miguel Ángel Porrúa, 2000, pp. 224 y 225.

En los términos del artículo 5 de la Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal, son plazas del servicio profesional de carrera las de Director General; Director de Área; Subdirector de Área; Jefe de Departamento, y personal de Enlace.

Con un enfoque sistémico, se pueden determinar como elementos del servicio civil de carrera, los siguientes:

- Un elemento normativo, consistente en la ley o estatuto que lo rige.
- Un elemento meritorio para la selección, permanencia y ascenso del personal, consistente en el catálogo de méritos que deben tomarse en cuenta, con determinación del valor de cada uno de ellos.
- Un esquema de permanencia en el empleo, basado en la calidad de desempeño.
- Una clasificación sistematizada de puestos
- Un tabulador de puestos con inclusión de los correspondientes salarios
- Un programa de capacitación y desarrollo de personal

La Ley del Servicio Público de Carrera de la Administración Pública del Distrito Federal es de orden público, obligatoria para la administración pública central y desconcentrada del Distrito Federal, tiene por objeto establecer y normar el servicio público de carrera de dicha administración pública, cuya organización y desarrollo se llevará a cabo a través de un sistema integral, y de conformidad con su artículo 5o.:

> Son Servidores Públicos de Carrera de la Administración Pública del Distrito Federal, aquellos que siendo personal de confianza hayan cumplido con el proceso de ingreso previsto en la presente Ley y ocupen alguna plaza de los puestos siguientes:
>
> I. Director de Área y homólogos;
> II. Subdirector de Área y homólogos;
> III. Jefe de Unidad Departamental y homólogos, y
> IV. Personal de Enlace y Líder Coordinador de Proyecto.
>
> El desempeño de estos puestos implica requisitos de aptitud, habilidad, preparación y experiencia.
>
> Se exceptúan de lo dispuesto en la fracción I de este artículo los Directores de Área y Homólogos que desarrollan actividades de carácter político, los

cuales serán considerados como cargos de libre designación de conformidad con la lista de puestos que establezca el reglamento de la presente ley.

Excepcionalmente los puestos de estructura con nivel de mandos superiores y homólogos, podrán ser considerados dentro del Sistema de Servicio Público de Carrera, cuando así lo acuerde el Consejo, previa solicitud de los Comités correspondientes.

2. *Los servidores públicos de base*

Una de las peculiaridades que la doctrina atribuye a los servidores públicos de base es la de su inamovilidad en el empleo, después de seis meses de servicios sin nota desfavorable en su expediente; la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, aplicable a los trabajadores de base del Distrito Federal, coincide en este aspecto con la doctrina, al disponer:

> Artículo 6o. Son trabajadores de base:
>
> Los no incluidos en la enumeración anterior y que, por ello, serán inamovibles. Los de nuevo ingreso no serán inamovibles sino después de seis meses de servicios sin nota desfavorable en su expediente.

III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y DEL ESTADO

Se puede entender por responsabilidad, la obligación que tiene una persona de subsanar el perjuicio producido, o el daño causado a un tercero, porque así lo disponga una ley, lo requiera una convención originaria, lo estipule un contrato, o se desprenda de ciertos hechos ocurridos, independientemente de que en ellos exista o no, culpa del obligado a subsanar.

1. *Responsabilidad de los servidores públicos*

En el orden jurídico mexicano se pueden distinguir, respecto de la responsabilidad jurídica de los servidores públicos, diversas categorías, a saber: la política, la penal, la civil y la administrativa, sin que la imposición de cada una de ellas excluya a las demás. Acerca de este tema, el artículo 109 de la Constitución Federal dispone: “Los procedimientos

para la aplicación de las sanciones mencionadas se desarrollarán autónomamente. No podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza".

A. Responsabilidad política.

El artículo 110 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contiene un catálogo de quienes pueden ser sujetos de juicio político, en el que están incluidos diversos funcionarios, a saber:

> Los senadores y diputados al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de Despacho, el Fiscal General de la República, los magistrados de Circuito y jueces de Distrito, el consejero presidente, los consejeros electorales y el secretario ejecutivo del Instituto Nacional Electoral, los magistrados del Tribunal Electoral, los integrantes de los órganos constitucionales autónomos, los directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos.

El juicio político mexicano se inspira en el *impeachment* angloamericano, tal como se concibió en los Estados Unidos, y debe diferenciarse de la responsabilidad política en los sistemas parlamentarios donde alude a la posibilidad de que el Parlamento formule un voto de censura al Gobierno, en virtud de haberle perdido la confianza, en cuyo caso los ministros se encuentran obligados a renunciar.[11] Entonces no se trata de un voto de censura, sino de un procedimiento que deberá de desahogarse en todos su términos para eventualmente culminar, si se determina que el sujeto procesado es responsable políticamente, en la destitución y/o inhabilitación del servidor público.

En este sentido, el juicio político se erige en un instrumento para remover a servidores públicos que se encuentran en las jerarquías más

[11] J. Jesús Orozco Enríquez, "Comentario al artículo 109" en *Constitución de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, Procuraduría General de la República-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1994, p. 507.

altas de los órganos del poderes Públicos de la Federación, de los Estados, de la Administración Pública Federal y de los Organismos Constitucionales Autónomos.

Es procedente el juicio político contra los servidores públicos señalados en el artículo 110 de la Constitución Federal, cuando en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho, en términos del artículo 109 del propio ordenamiento federal. La Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, reglamentaria del Título Cuarto Constitucional, en su artículo 7 señala como conductas que redundan en perjuicio de los intereses públicos fundamentales y de su buen despacho: el ataque a las instituciones democráticas; el ataque a la forma de gobierno republicano, representativo, federal; las violaciones graves y sistemáticas a las garantías individuales o sociales; el ataque a la libertad de sufragio; la usurpación de atribuciones; cualquier infracción a la Constitución o a las leyes federales cuando cause perjuicios graves a la Federación, a uno o varios estados de la misma o de la sociedad, o motive algún trastorno en el funcionamiento normal de las instituciones; las omisiones de carácter grave, que ocasionen dichos perjuicios u originen tales trastornos; y las violaciones sistemáticas o graves a los planes, programas y presupuestos de la Administración Pública Federal o del Distrito Federal y a las leyes que determinen el manejo de los recursos económicos federales y del Distrito Federal.

El procedimiento del juicio político es de carácter jurisdiccional, aun cuando queda a cargo de órganos políticos, como lo son las Cámaras del Congreso de la Unión, y que tiene por objeto destituir, y en su caso, inhabilitar a ciertos servidores públicos de alta jerarquía, sin menoscabo de que la misma conducta pueda producir otro tipo de responsabilidades, como pueden ser la penal, la civil y la administrativa.

Las sanciones que aplique el Senado de la República en el juicio político, son de las típicamente administrativas, y adquieren una connotación política por los servidores públicos que se pueden procesar y juzgar, y los órganos que intervienen.

B. Responsabilidad penal

Cuando se vulneran o ponen en riesgo los fundamentos que dan sustento a la sociedad, ésta reacciona mediante castigos que se imponen a quienes realizaron tales atentados, así se trate de servidores públicos.

Sin embargo, algunos servidores públicos están investidos de inmunidad, por lo que para proceder contra de ellos penalmente es indispensable despojarlos de ella previamente; de conformidad con lo dispuesto por el artículo 111 de la Constitución Política del Estado de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dispone:

> Para proceder penalmente contra los diputados y senadores al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de Despacho, el Fiscal General de la República, así como el consejero presidente y los consejeros electorales del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo, la Cámara de Diputados declarará por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculpado.
>
> Si la resolución de la Cámara fuese negativa se suspenderá todo procedimiento ulterior, pero ello no será obstáculo para que la imputación por la comisión del delito continúe su curso cuando el inculpado haya concluido el ejercicio de su encargo, pues la misma no prejuzga los fundamentos de la imputación.
>
> Si la Cámara declara que ha lugar a proceder, el sujeto quedará a disposición de las autoridades competentes para que actúen con arreglo a la ley.
>
> Por lo que toca al presidente de la República, sólo habrá lugar a acusarlo ante la Cámara de Senadores en los términos del artículo 110. En este supuesto, la Cámara de Senadores resolverá con base en la legislación penal aplicable.

C. Responsabilidad civil

En cambio, tratándose de responsabilidad civil, el orden jurídico mexicano no establece inmunidades, el artículo 111 constitucional previene: “En demandas del orden civil que se entablen contra cualquier servidor público no se requerirá de declaración de procedencia”.

D. Responsabilidad administrativa

Se entiende por responsabilidad administrativa la derivada de faltas administrativas, es decir, infracciones o contravenciones a preceptos legales dirigidos a preservar la administración pública, que no están tipificadas como delitos; se trata de conductas ilícitas relativamente leves, que pueden dar lugar a sanciones impuestas en sede administrativa, sin intervención del aparato judicial. El artículo 109 de la Constitución Federal dispone:

> Los servidores públicos y particulares que incurran en responsabilidad frente al Estado, serán sancionados conforme a lo siguiente:
>
> [...]
>
> III. Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones. Dichas sanciones consistirán en amonestación, suspensión, destitución e inhabilitación, así como en sanciones económicas, y deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos que, en su caso, haya obtenido el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados por los actos u omisiones. La ley establecerá los procedimientos para la investigación y sanción de dichos actos u omisiones.
>
> Las faltas administrativas graves serán investigadas y substanciadas por la Auditoría Superior de la Federación y los órganos internos de control, o por sus homólogos en las entidades federativas, según corresponda, y serán resueltas por el Tribunal de Justicia Administrativa que resulte competente. Las demás faltas y sanciones administrativas, serán conocidas y resueltas por los órganos internos de control.

2. *Responsabilidad patrimonial del Estado mexicano*

El Estado absolutista prohijó la idea de la irresponsabilidad absoluta del Estado, idea íntimamente ligada al autoritarismo característico del antiguo régimen, basado en la tesis a la sazón imperante de soberanía, entendida como poder omnímodo y absoluto que Dios entregaba al monarca quien, de esta suerte, se identificaba totalmente con el Estado, lo que mueve a Francois Senault a aseverar "El rey es el Estado", ins-

pirando a Luis XIV a afirmar posteriormente "El Estado soy yo". Por ello, como apunta Julio I. Altamira Gigena:

> Entendida la soberanía como el poder omnímodo, absoluto del Estado, susceptible de ejercitarse sin cortapisas ni limitaciones, y equiparada en su concepto a la noción jurídica de *imperium*, que supone el derecho de imponer su voluntad a los demás y el deber de éstos de acatarla, se explica que no pueda coexistir la idea de un "Estado responsable", obligado a reparar el perjuicio inferido por sus funcionarios o empleados.[12]

La irresponsabilidad del Estado, salvo contadas excepciones, fue moneda corriente en México hasta 1928,[13] año en que se expidió un nuevo Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Hasta antes de la expedición de dicho ordenamiento, el Estado mexicano no respondía de los daños resultantes de actos provenientes de sus órganos de poder ni de sus funcionarios o servidores públicos en el ejercicio de sus funciones. Quienes resultaban dañados por actos realizados por servidores públicos, no tenían otro camino para intentar resarcirse de los daños recibidos, que demandar en lo personal al agente del poder público autor del acto respectivo, frecuentemente respaldado de manera indebida por los encargados de impartir justicia. En la práctica, de los pocos casos en que el afectado logró vencer en juicio, en un alto porcentaje se encontró con la insolvencia del servidor público vencido, lo que hizo nugatoria su sentencia favorable.

Precisamente mediante su artículo 1928, el mencionado Código de 1928, introdujo en México, si bien tímidamente, la responsabilidad del Estado por la indebida actuación de sus servidores, al establecer: "El Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria, y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado cuando el funcionario directamente responsable no

[12] Julio I. Altamira Gigena, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Astrea, 1973, p. 42.

[13] Varias leyes intentaron instaurar la responsabilidad del Estado, entre otras, las Leyes de Reclamaciones de octubre de 1855 y de noviembre de 1917, que tuvieron por objeto indemnizar a las víctimas de daños ocasionados por acciones bélicas.

tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado".

De modesto alcance fue el reconocimiento de la responsabilidad del Estado, en el Código Civil de 1928, toda vez que, por una parte, no incluyó ni los perjuicios ni el daño moral y, por otra, su carácter subsidiario obligaba al afectado a promover dos juicios sucesivos, el primero para demandar al servidor público responsable y, en caso de obtener sentencia favorable y acreditarse la insolvencia del demandado, iniciar nueva reclamación judicial, esta vez, en contra del Estado, generalmente sobreprotegido por el juzgador. Y en los raros casos en que el afectado lograba obtener las resoluciones favorables en tan complicado procedimiento jurisdiccional, se encontraba con el obstáculo insalvable de la falta de partida presupuestal que impedía realizar el pago respectivo.

Más tarde, en 1982 se extendió la responsabilidad subsidiaria del Estado a resarcir el daño moral, mediante la reforma del artículo 1916 del referido ordenamiento legal. Posteriormente, a propuesta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, inspirada en el nuevo concepto de "víctima del abuso del poder", se aprobó un paquete de reformas, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de enero de 1994, en cuya virtud el Estado mexicano asumió de manera directa y solidaria la responsabilidad derivada de los daños, tanto materiales como morales, causados dolosamente por sus agentes o representantes; tal responsabilidad comprendió el pago de perjuicios; y se estableció la obligación de asignar una partida presupuestal para encarar tal responsabilidad; se simplificaron y ampliaron los mecanismos legales para lograr el pago de indemnizaciones por daños derivados de actuaciones ilícitas de servidores públicos, pudiendo reclamarse mediante el *Ombudsman*.

3. *La reforma constitucional de 2002*

En México, quien ha investigado el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado ha sido el doctor Álvaro Castro Estrada; fue él quien promovió incorporar al orden jurídico mexicano el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado, mediante modificación de la denominación del título cuarto de la Constitución, la adición de un segundo párrafo al artículo 113 constitucional y la expedición de una Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado que desarro-

llara la nueva disposición constitucional, así como reformas a diversos ordenamientos legales;[14] medidas que, con diversas modificaciones, ya se lograron; el texto del párrafo adicionado al artículo 113 constitucional, mediante reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 14 de junio de 2002, es el siguiente:

> La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.

La breve Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 2004, tiene por objeto fijar las bases y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización a quienes, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran daños en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado [entendida como aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate], y determina como objetiva y directa la responsabilidad extracontractual a cargo del Estado.

Desde luego, la ley en comento exceptúa expresamente de la obligación de indemnizar, los daños y perjuicios que no sean consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado, así como los casos fortuitos y de fuerza mayor; también los daños y perjuicios derivados de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su acaecimiento y, además, los casos en los que el solicitante de la indemnización fuere el único causante del daño.

Además, se derogaron el artículo 33 y el último párrafo del artículo 34 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, así como el artículo 1927 del Código Civil Federal

[14] Álvaro Castro Estrada, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 1997, p. 494.

que establecía la responsabilidad subsidiaria y solidaria del Estado, de naturaleza civil.

IV. Responsabilidad patrimonial del Estado del Distrito Federal

El artículo único transitorio del Decreto de adición al artículo 113 constitucional (y la reforma de la denominación del título cuarto de la propia Constitución), publicado el 14 de junio de 2002, que estableció la responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, dispuso:

> La Federación, las entidades federativas y los municipios contarán con el periodo comprendido entre la publicación del presente decreto y su entrada en vigor, para expedir las leyes o realizar las modificaciones necesarias, según sea el caso, a fin de proveer el debido cumplimiento del mismo, así como para incluir dentro de sus respectivos presupuestos, una partida para hacer frente a su responsabilidad patrimonial.
>
> La aprobación de la reforma constitucional implicará necesariamente la adecuación a las disposiciones jurídicas secundarias, tanto en el ámbito federal como en el local, conforme a los criterios siguientes:
>
> a) El pago de la indemnización se efectuaría después de seguir los procedimientos para determinar que al particular efectivamente le corresponde dicha indemnización, y
>
> b) El pago de la indemnización estará sujeto a la disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal de que se trate.

La Ley de Responsabilidad Patrimonial del Distrito Federal fue publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de 21 de octubre de 2008.

•

Fuentes consultadas

Bibliográficas

1789-1989 Bicentenario de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, México, Secretaría de Gobernación, 1989.

Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, México, 13a. ed., México, Porrúa, 1997.

Ahrens, Enrique, *Curso de derecho natural*, traducción de Pedro Rodríguez Hortelano y Mariano Ricardo de Asensi, 6a. ed. México, Librería de A. Bouret, 1876.

Alessi, Renato, *Instituciones de derecho administrativo*, traducción de Buenaventura Pellis, Prats, Barcelona, Bosch, 1970.

Alonso, Martín, *Enciclopedia del idioma*, Madrid, Aguilar, 1982.

Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2a. ed., Buenos Aires, ediar, 1963.

Altamira Gigena, Julio I. *Responsabilidad del Estado.* Buenos Aires, Astrea, 1973.

Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación 1917-1975*, 3a. parte, segunda sala, tesis 352.

Ariño Ortiz, Gaspar, *Las tarifas de los servicios públicos*, Sevilla, Instituto García Oviedo.

Aubry, Charles y Rau, J., *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, París, Librairie de Ch. Bouret, 1897.

Bacacorzo, Gustavo, *Tratado de derecho administrativo*, 4a. ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2000.

Ballbé, Manuel, *Derecho administrativo*, Nueva enciclopedia jurídica, Barcelona, Francisco Seix, editor, 1950.

Bandeira de Mello, Celso Antonio, *Curso de direito administrativo,* 15a. ed., Sao Paulo, Malheiros Editores, 2003.

Bonnard, Roger, *Précis de droit administratif*, París, Sirey, 1935.

Boquera Oliver, José María, *Estudios sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 1982.

Brewer-Carías, Allan Randolph, "Prólogo", en Parejo Alfonso, Luciano, *El concepto del derecho administrativo,* Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984.

Burgoa orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo*, 32a. ed., México, Porrúa, 1995.

———, *Las garantías individuales*, 6a. ed., México, Porrúa, 1970.

Buttgenbach, André, *Manual de droit administratif*, Bruselas, Jarcié, 1966.

Cabrera, Luis y Portes Gil, Emilio, *La misión constitucional del procurador general de la República*, 2a. ed., México, Botas, 1963.

Canasi, José, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1974.

Canals Arenas, Jorge Ricardo, *El contrato de obra pública*, México, Trillas, 1991.

Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, uteha, 1944.

Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 7a. ed. Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003.

———, *El acto administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981.

Castro Estrada, Álvaro, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 1997.

Castro y Castro, Juventino, *El artículo 105 constitucional*, México, Porrúa, 1997.

Cervantes Saavedra, Miguel de, *Don Quijote de la Mancha*, edición del IV Centenario, Alfaguara, 2004.

Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, traducción de E. Gómez Orvaneja, Madrid, Editorial *Revista de Derecho Privado*, 1936.

Colín, Ambrosio y H. Capitant, *Curso elemental de derecho civil*, traducción de Demófilo de Buen, 4a. ed. Madrid, Reus, 1960.

Colmeiro, Manuel, *Derecho administrativo español*, 4a. ed., Madrid, Imprenta y librería de Eduardo Martínez, 1876.

Corail, Jean-Louis De, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif francais*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954.

De la cueva, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1972.

De la torre díaz, Francisco Javier, *Ética y deontología jurídica*, Madrid, Dikinson, 2000.

Debaasch, Charles y Pinet, Marcel, *Les grands textes administratifs*, París, Sirey, 1976.

Delgadillo gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, Compendio *de derecho administrativo. Primer curso*, México, Porrúa, 1994.

———, *Elementos de derecho administrativo*, México, Limusa, 1991.

Dereux, George, *De la nature juridique des tarifs de chemins de fer*, París, Ed. Thése, 1906.

Diccionario jurídico mexicano, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, unam, 1982.

Díez Picazo, Luis y Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1977.

Díez, Manuel María, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1963.

———, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1979.

———, *El acto administrativo*, 2a. ed., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1961.

Dimock, Marshall, "The Meaning of Scope in Public Administration", en Gous, John, et al, *The Frontiers of Public Administration*, Nueva York, Russel and Russel, 1967.

Dos Santos Carvalho Filho, José, *Direito administrativo*, 10a. ed., Río de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2003.

Dromi, José Roberto, "La imprevisión en los contratos de la administración", *Contratos administrativos. Régimen de pago y actualización*, Buenos Aires, Astrea, 1988.

———, "Presunción de legitimidad", en *Acto y procedimiento administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1975.

———, *El procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999.

Du Pasquier, Claude, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Neuchatel, Suiza, Editions Ides et Calendes, 1937.

Duguit, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, 3a. ed., París, Editions E. de Boccard, 1927-1930.

Duverger, Maurice, *Finances publiques*, Presses Universitaires, 1963, p. 92.

Entrena Cuesta, Rafael, *Curso de derecho administrativo*, 8a. ed., Madrid, Tecnos ,1984.

Escola, Héctor Jorge, *Compendio de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1984.

———, *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989.

———, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1977, vol.

Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, Librería de Ch. Bouret, 1888.

Fairén Guillén, Víctor, *El defensor del pueblo; ombudsman*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982.

Farías Mata, Luis H., "El Consejo de Estado francés", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, año XXXV, 1990.

Fernández de Velazco, Recaredo, *Los contratos administrativos*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 192.

Fernández Ruiz, Jorge, "Apuntes para una teoría jurídica de la necesidad", *Actualización jurídica*, año 1, núm. 1, México, febrero 1997.

———, *Derecho administrativo (servicios públicos)*, México, Porrúa, 1995.

———, *Derecho administrativo. Contratos*, 3a. ed., México, Porrúa-unam, 2009.

Fiorini, Bartolomé A., *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1968.

Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, México, El Colegio Nacional, 1983.

Fleiner, Fritz, *Instituciones de derecho administrativo*, traducción de Sabino Álvarez Gendín, Barcelona, Editorial Labor, 1953.

Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 35a. ed., México, Porrúa, 1997.

Gallego Nabitarte, Alfredo y Ángel Menéndez Rexach, *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2001.

García de Enterría, Eduardo, "Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto statutario", en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1960.

García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 34a. ed., México, Porrúa, 1982.

García Oviedo, Carlos y Enrique Martínez Useros, *Derecho administrativo*, 9a. ed., Madrid, eisa, 1968.

Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

Génesis, I, 26-28, *Sagrada Biblia*, versión directa de las lenguas originales por Eloíno Nácar Fuster y Alberto Colunga Cueto, Madrid, Editorial Católica, 1972.

Geny, Bernard, *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, Paris, 1930.

Giannini, Massimo Severo, *Derecho administrativo*, traducción de Luis Ortega, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991.

Gil-Robles y Gil-Delgado, Álvaro, *Control parlamentario de la administración,* Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1977.

González Pérez, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983.

———, *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1986.

——— y José Luis Vázquez Alfaro, *Derecho procesal administrativo mexicano*, 3a. ed., México, Porrúa, 2005.

Gordillo, Agustín A., *El acto administrativo*, 2a. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969.

———, *Tratado de derecho administrativo*, 9a. ed., México, Porrúa, 2004.

Greca, Alcides, *Derecho y ciencia de la administración municipal*, 2a. ed., Santa Fe, Argentina, 1943.

Guerrero, Omar, *La teoría de la administración pública*, México, Harla, 1986.

Guzmán valdivia, Isaac, *Reflexiones sobre la administración. Lo técnico y lo humano en la dirección de empresas*, Barcelona, Reverte, 1961.

Haro Bélchez, Guillermo, *Servicio público de carrera*, México, INAP-Miguel Ángel Porrúa, 2000.

Hauriou, Maurice, *Précis élémentaire de Droit Administratif*, 5a. ed., París, Sirey, 1943.

Heredia, Horacio, "Recurso jerárquico", en *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975.

Informe del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1959, 1a. sala, p. 36.

Ingrosso, Gustavo, *Diritto finanziario*, 2a. ed., Nápoles, Jovene, 1956, p. 75.

———, "Patrimonio dello Stato e degli enti pubblici", en *Novísimo Digesto Italiano*, Turín, utet, 1957.

Instituciones del nuevo proceso civil italiano, traducción de Jaime Guasp, Barcelona, Bosch, 1942.

Jèze, Gastón, *Los principios generales del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1948.

Juristo sánchez, Rafael, *La ejecución del contrato de obra pública*, 2a. ed., Madrid, Hauser y Menet, 1991.

Lamprea Rodríguez, Pedro Antonio, *Contratos administrativos,* Bogotá, Fondo de Cultura Jurídica, 1979.

Lanz Cárdenas, José Trinidad, *La contraloría y el control interno en México*, México, fce, 1987.

Lares, Teodosio, *Lecciones de Derecho Administrativo*, edición facsimilar, México, unam, 1978.

Laubadere, André, *Traité de Droit administratif*, 7° ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980.

Le fur, Louis, *Los fines del derecho*, traducción de Daniel Kuri Breña, 4a. ed., México, unam, 1967.

Long, Marceau; Weil, Prosper; Braibant, Guy, y Hubac, Sylvie, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1962.

Mannori, Luca, *Storia del diritto ammnistrativo*, Roma, Editori Laterza, 2001.

Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966.

———, *Tratado del dominio público*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1960.

Martinez Alcubilla, Marcelo, *Diccionario de la administración española peninsular y ultramarina*, 2a. ed., Madrid, Imprenta de la V. e hijos de D. A. Peñuelas, 1870.

Martínez Morales, Rafael, *Derecho administrativo. Segundo curso.* Harla, México, 1994.

———, *Derecho Administrativo*, 2a. ed., México, Harla, 1997.

Martinez Vera, Rogelio, *Nociones de derecho administrativo*, 5a. ed., Banca y Comercio, México, 1978.

Massip Acevedo, Julio, *El silencio en el derecho administrativo español*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1934.

Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, traducción de Santiago Sentís, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.

Ministere des Finances, *Statistiques et études financières,* núm. 160, París, 1962.

Montesquieu, Charles de Secondat, barón de la Brede y de, *El espíritu de las leyes*, traducción de Mercedes Vázquez y Pedro de la vega, Madrid, Sarpe, 1984.

Morales Molina Hernando, "Situaciones subjetivas y legitimación en el procedimiento administrativo", *Procedimiento administrativo*, Argentina, Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino-Católica de Tucumán, 1982.

Morales Paulín, Carlos A., *Derecho burocrático*, México, Porrúa, 1995.

Münch Galindo, Lourdes y García Martínez, José, *Fundamentos de administración*, 5a. ed., Trillas, México, 1995.

Nava Negrete, Alfonso, *Derecho administrativo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

Oliván y Borruel, Alejandro, *De la administración pública con relación a España*, Madrid, Civitas, 1954.

Olivera Toro, Jorge, *Manual de derecho administrativo*, México, Porrúa, 1967.

Orozco Enríquez, J. Jesús, "Comentario al artículo 109" en *Constitución de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, unam-Procuraduría General de la República, 1997.

Parada Ramón, *Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1991.

Peduran, Alcides Agustín, *Los municipios del siglo xxi*, Hurlingham, Buenos Aires, Editorial Aguilar.

Peirano Facio, Juan Carlos, *Deuda pública y presupuesto*, Montevideo, fcu, 1976.

Plascencia Villanueva, Raúl, "Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito", en *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-unam, 2000.

Quintana Roldán, Carlos, *Derecho municipal*, México, Porrúa, 1995.

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 21a. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1992.

Renella, María Paula, "Empleo público, naturaleza jurídica de la relación de empleo público y sus consecuencias", *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Universidad Austral, 2005.

Romano, Santi, *Principii di diritto amministrativo,* Milán, A. Giuffre, 1912.

Romero Pérez, Jorge Enrique, *Derecho administrativo general*, San José, Costa Rica, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2002.

Rouaix, Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución política de 1917*, Puebla, Gobierno del Estado de Puebla, 1946.

Rousseau, Jean-Jaques, *Contrato social*, traducción de Consuelo Berges, Buenos Aires, Aguilar Argentina, 1965.

Roversi-Mónaco, Favio, *Diccionario de política* dirigido por Norberto Bobbio y Nicola Materucci, traducción de Raúl Crisafio y otros, México, Siglo xxi, 1981.

Ruiz de Velasco, José, "La buena fe como principio rector del ordenamiento jurídico español en relación con las prohibiciones del fraude de la ley y del abuso del derecho", en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 1976.

Ruiz Funes, Mariano, *Delito y libertad*, Madrid, Morata, 1930.

Saleilles, Raymond, *De la personnalité juridique*, París, Librairie Arthur Rousseau, 1922.

Santamaría de Paredes, Vicente, *Curso de derecho administrativo*, 3a. ed., Madrid, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, 1891.

Santaolalla López, Fernando, *Derecho parlamentario español*, Madrid, Espasa-Calpe, 1990.

Sarría, Félix, *Derecho administrativo*, 4a. ed., Córdoba, Argentina, Ediciones Assandri, 1961.

Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, 24a. Ed., México, Porrúa, t. I, 1998.

Sieyes, Emmanuel José, *Escritos y discursos de la Revolución*, traducción de R. Ruiz, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

Silva Cimma, Enrique, *Derecho administrativo chileno y comparado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1969.

Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, 24a. ed., México, Porrúa, 2005.

Trueba Urbina, Alberto, *Nuevo derecho procesal del trabajo*, 4a Ed., México, Porrúa, 1978.

Unamuno, Miguel de, *La dignidad humana*, 4a. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1957.

Vedel, Georges, *Derecho administrativo*, traducción de Juan Rincón Jurado, Madrid, Aguilar, 1980.

Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951.

Vivien, Alexandre Francois Auguste, *Études administratives,* París, Ch. Duriez, 1845.

Waline, Marcel, "La noción de servicio público", en *La ley*, Buenos Aires, tomo 75, julio-septiembre de 1954.

Waline, Marcel, *Manuel élémentaire de droit administratif*, París, Sirey, 1933.

Werner, Fritz, *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht (Derecho administrativo como derecho constitucional concretado)*, Hamburgo, Deutsches Verwaltungsblatt, 1959.

Wilson, Thomas Woodrow, "The study of Administration", en *Political Science Quarterly*, II, 1887.

Zanobini, Guido, *Curso de derecho administrativo*, traducción de Héctor Massnatta Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1954.

Hemerográficas

Apéndice de jurisprudencia de 1917 a 1965 del *Semanario Judicial de la Federación*, 3a. parte, Núm. 47.

Apéndice de jurisprudencia de 1917 a 1975 del *Semanario Judicial de la Federación*, México, mayo de 1975, 3a. parte, segunda sala.

Derecho administrativo

Fue editado por el Instituto Nacional de Estudios Históricos
de las Revoluciones de México, la Secretaría de Gobernación,
y el Instituto de Investigaciones Jurídicas-unam.
Se terminó de imprimir en 2016 en Talleres
Gráficos de México, Av. Canal del Norte,
núm. 80, Col. Felipe Pescador,
Del. Cuautémoc, C.P. 06280,
Ciudad de México.

Su tiraje consta de 1 000 ejemplares
encuadernados en cartoné y 100 en tela.

Como parte de las actividades para conmemorar el Centenario de la Constitución que nos rige, el Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México (INEHRM) tiene la satisfacción de publicar la serie "Grandes Temas Constitucionales", en coedición con la Secretaría de Gobernación y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

En ella destacados especialistas aportan su interpretación sobre las diversas materias contenidas en la Constitución, tanto en su parte dogmática, sobre los derechos fundamentales, como en su parte orgánica, sobre la distribución de las funciones en el Estado mexicano.

El INEHRM se complace en poner a disposición del público lector la serie "Grandes Temas Constitucionales" que forma parte de la colección "Biblioteca Constitucional", creada en el marco de la conmemoración de la Constitución que nos rige desde 1917. El conocimiento de los temas constitucionales fortalece a nuestra ciudadanía y a la democracia como forma de vida.

SEGOB
SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN
CULTURA
SECRETARÍA DE CULTURA
INEHRM
UNAM
9 786078 507450