

INTRODUCCIÓN

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

En términos generales, la doctrina acepta que el Estado moderno —entendido como unidad conformada por la población, el territorio y el gobierno— surge en el siglo XV de nuestra era, en las ciudades-estado italianas; a esta entidad se le asigna la función directiva de la comunidad social y política.

Para el logro de sus objetivos la comunidad se otorga una Constitución, documento en el que se plasma la estructura de los diversos órganos del poder público, así como la competencia para el desarrollo de sus tareas y los derechos mínimos que se garantizan a los gobernados. En este documento jurídico-político se da corporeidad a un órgano trascendente del poder: la administración pública.

A lo largo de su historia, la administración pública ha estado ligada a la corrupción; así, se afirma que la corrupción es tan antigua como la humanidad; conductas como la perversión de la justicia, el causar daño a mujeres y niños y la toma de *shohadh* o regalos, son condenadas por la Biblia, el Código de Manú y el de Hammurabi. En Grecia y Roma, cunas de la civilización occidental, se sufrió también el flagelo de la corrupción. En la primera los sofistas hacían de lo negro, blanco y de lo blanco, negro; en la segunda el pretor Verres, quien dictaba sus sentencias según el dinero que le era ofrecido por las partes, son un claro ejemplo de ello. En su *Divina Comedia* Dante condena a los *barattieri*, esto es, a los que aceptan dinero o a los jueces que venden la justicia; tampoco se puede olvidar el gran problema de la simonía, que se da durante la Edad Media con la venta de indulgencias en el seno de la Iglesia Católica.

Mal endémico de nuestra época, la corrupción ha obligado a buscar los caminos para su control. En principio los controles fueron de tipo ju-

rídico, pero con la evolución de las entidades económicas se refinan las formas de corrupción y se requieren, para hacerle frente, nuevos controles. Así, instituciones como la partida doble —que ya aparece en algunos libros en 1340, refinada posteriormente por Luca de Boigo Paciulus, mejor conocido como fray Luca Pacioli (1445-1517), en su libro *Suma de Aritmética, Geometría y Contabilidad*— van a ser el antecedente de los modernos auditores y de la contabilidad. La *Magna Charta* de 1215 tiene como eje motor los abusos del monarca inglés. La Ilustración, con su llamado a la razón, pone el acento en el control del poder. La teoría de la *división de poderes*, que en esta época adquiere relevancia, tiene como propósito que *el poder controle al poder*.

México no ha sido ajeno a este problema. La administración pública, en sus tres niveles, se ha encontrado ligada a la palabra *corrupción*, a pesar de los múltiples esfuerzos realizados en materia normativa y control administrativo.

Con la Revolución Mexicana de 1910 se sustituye a un régimen autoritario por otro que pretende ser más justo. El Constituyente de 1916-1917 aprueba una constitución de avanzada en materia de ejercicio del poder, haciendo hincapié en los depositarios del mismo. Así, en los términos del título segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 39, *La soberanía reside esencial y originariamente en el pueblo...* Por su parte, el artículo 41 de nuestra ley básica prescribe que el pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión. Desarrollando las ideas políticas de John Locke y de Montesquieu, el artículo 49 de la propia carta magna establece que: *El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial*. La moderna teoría constitucional y administrativa ha considerado al poder público como único e indivisible; en concordancia con lo anterior, alude a una colaboración entre funciones, más que a una *división de poderes*.

Existen dos criterios para determinar cuál es la actividad que se encomienda a cada una de las funciones del poder público: la formal y la material. En el primero se considera como actividad del órgano del Estado la función que le corresponde jurídicamente; así, según este criterio, al poder legislativo, le corresponde elaborar las leyes; al poder judicial dirimir las controversias y al poder ejecutivo aplicar y ejecutar las leyes en la esfera administrativa. En cambio, en el segundo criterio se atiende a la naturaleza intrínseca de la actividad que realizan cada uno

de los órganos que integran el poder público; en este sentido, se afirma que el Poder Legislativo, el Judicial y el Ejecutivo realizan actos que pueden ser considerados de naturaleza administrativa, legislativa y jurisdiccional, formal y materialmente.

Uno de los *poderes* o funciones que mayor contacto tiene con la ciudadanía, puesto que ejerce su actividad en forma cotidiana, es el poder ejecutivo. A esta función pública se le encomienda la administración pública, esto es, la estructura organizada jerárquicamente que realiza tareas de complejidad técnica diarias, de carácter permanente, prescritas en el orden jurídico, con el propósito de satisfacer las necesidades colectivas. A esta función se le dota de recursos humanos, patrimoniales, orden normativo y procedimientos técnicos para el mejor desarrollo de sus tareas. Es pertinente destacar que en México, en los términos del artículo 90 de la carta magna, la administración pública se divide para su ejercicio en centralizada y paraestatal. Tampoco puede soslayarse que, atendiendo al régimen de competencia horizontal, en nuestro país coexisten la federación, los estados y municipios como unidades a las que se les encarga satisfacer las necesidades colectivas en las diversas demarcaciones geográficas en que se encuentra dividido.

Todo lo anterior nos lleva a una cuestión problemática: la del ejercicio del poder y su control. Para el constitucionalista mexicano Diego Valadés:

Los instrumentos de control son sólo una de las funciones del poder en un sistema constitucionalista democrático. Pero el poder es de una complejidad extrema, y conducir su comportamiento o procurar su entendimiento sólo a través de prescripciones invariables más que un ejercicio científico fallido es un acto de ingenuidad. Los mecanismos del poder requieren de ajustes incesantes para los que la norma nos ofrece un encajamiento que, esencialmente, tutela el interés de la sociedad y de los individuos.¹

En este sentido, México ha impulsado diversas medidas para enfrentar el ejercicio ilegal del poder público, y en particular la corrupción; adoptando la doctrina francesa, plasmada en la Ley de Organización Judicial 16-24 de agosto de 1790, se estructura al contencioso administrativo; en 1936 se crea el Tribunal Fiscal de la Federación; en 1982 se

1 Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 40.

creó la institución globalizadora del control administrativo: la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, antecedente de la actual Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo.

Otro paso importante en materia de control es el nacimiento de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en 1990, institución plasmada en el artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que posee competencia para conocer de quejas en contra de actos u omisiones en que incurra la autoridad administrativa que vulneren los derechos humanos. Tampoco puede dejarse de lado que en 1995 surge a la vida jurídica la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, instrumento que pretende sistematizar la materia del procedimiento en la administración pública, reuniendo diversas normas dispersas en otros ordenamientos, para evitar la discrecionalidad y dar certeza jurídica a los gobernados. Otras reformas de trascendencia para el control fueron: la de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y la de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales del 24 de diciembre de 1996, por medio de las cuales se adscriben orgánica y funcionalmente a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo a los titulares de los órganos internos de control, a los de las áreas de atención ciudadana, responsabilidades y auditoría, otorgándoles el rango de autoridad y facultándolos para realizar la defensa jurídica de sus determinaciones en la esfera administrativa y ante los órganos jurisdiccionales. Por último, no podemos soslayar que en 1999 se creó la Entidad Superior de Fiscalización y se ampliaron las atribuciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. La relación anterior no pretende constituir un catálogo de reformas legales relacionadas con la materia del control en la administración pública, sino que es únicamente el marco referencial que nos permite entender la preocupación que el control de la administración pública despierta en los gobernantes y los gobernados.

A pesar de los múltiples estudios que se han ocupado de la administración pública y sus instituciones, persisten diversas polémicas en la doctrina relacionadas con la naturaleza intrínseca de la justicia administrativa. ¿Es una de las especies del acto administrativo?, ¿es formal y materialmente un acto administrativo o, por el contrario, es un acto de naturaleza formal administrativa, pero materialmente jurisdiccional? La respuesta a estas cuestiones es importante, pues una manera de aplicar

mejor las instituciones jurídicas administrativas consiste en delimitar su sentido, con lo que se podrían diseñar mejores herramientas jurídicas que permitan un uso más eficaz y eficiente de las estructuras y órganos encargados de la justicia administrativa.

Otra polémica se ubica en el contexto de la aplicación de la norma administrativa, y va en el sentido de si se debe aplicar literal o gramaticalmente la ley o, por el contrario, dado que realiza ciertos valores sociales, se debe justificar la aplicación de la norma administrativa acudiendo a consideraciones metajurídicas. Es evidente que estas cuestiones aún no han sido resueltas. En la actualidad los teóricos discuten modernas concepciones de lo normativo. Sin embargo, si deseamos arribar a un marco de lo jurídico en el que el derecho sea obedecido porque representa el sentir de la colectividad, se deben explorar otras formas de aplicar el orden jurídico; a esta circunstancia no escapa la administración.

Por lo anterior, en la presente obra nos ocuparemos de estudiar el control administrativo desde el punto de vista interno y externo, incorporando la cuestión relacionada con la naturaleza intrínseca de los procedimientos administrativos estudiados y el problema de su aplicación dogmática, entendiéndolo por ésta aquella en la que la norma jurídica se interpreta letra a letra y a conveniencia de quien la aplica, para justificar determinados intereses; para ello acudiremos a ideas recientes que se han generado en el campo del derecho. En el ámbito del control interno, como procedimientos específicos estudiaremos a las Leyes Federal de Procedimiento Administrativo y Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; por lo que hace al control externo, analizaremos el Código Fiscal de la Federación. La idea fundamental consiste en abordar el campo del control de la administración pública federal, desde una visión crítica y propositiva.

En este sentido, nos plantearemos las siguientes hipótesis de trabajo: si los procedimientos administrativos, acatando las garantías de audiencia y debido proceso contenidas en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se siguen en forma de proceso, y si existen medios de impugnación que permitan a los particulares inconformarse con las determinaciones contrarias a la legalidad, emitidas en dichos procesos, entonces constituyen actos materialmente jurisdiccionales. Y si los procedimientos administrativos materialmente jurisdiccionales, como son: el procedimiento administrativo, el disciplinario

y el juicio de nulidad, tutelan la legalidad en los actos de la administración pública federal, entonces constituyen verdaderos medios de control de la actividad administrativa. Ahora bien, si estos medios resultan insuficientes para garantizar el apego a la legalidad en la administración pública, al permitir parcialidad, corrupción, impunidad e ilegalidad, debido a la aplicación dogmática de los mismos, entonces deben reformarse para permitir que cumplan con su función de medios de control de la legalidad en el ámbito de la administración pública federal.

Para lograr nuestro objetivo, en el capítulo primero delinearemos algunas ideas fundamentales relacionadas con nuestro tema; nos ocuparemos de los conceptos de administración, control, proceso, procedimiento y jurisdicción, como marco referencial de nuestro trabajo. En el capítulo segundo abordaremos el estudio de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, enfatizando las cuestiones relacionadas con el control y la pretensión de justicia, contenida en el autocontrol que la administración realiza de su actividad; también veremos el medio de impugnación contenido en esta ley. En el capítulo tercero estudiaremos la cuestión derivada de la potestad administrativa jerárquica: el procedimiento disciplinario, contenido en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, como medio de control y justicia dado el amplio espectro de posibilidades que posee. En nuestro apartado cuarto analizaremos el contencioso administrativo que regula el Código Fiscal de la Federación, como representativo del control externo de la legalidad y de la justicia en la administración. En el capítulo quinto realizaremos un breve ejercicio de derecho comparado, estableciendo las similitudes y diferencias entre la legislación nacional y las legislaciones de España, Francia, Inglaterra e Italia; en el capítulo sexto abordaremos las cuestiones sociales y jurídicas relacionadas con el control y la justicia, y después propondremos una reforma a los ordenamientos jurídicos nacionales analizados. Es pertinente acotar que la delimitación del control de la administración no se agota en los procedimientos que nos proponemos estudiar; sin embargo, consideramos que son representativos del control de la legalidad y de la justicia en la administración pública, además de que, atendiendo a su naturaleza, se prestan para el proceso metodológico que nos hemos propuesto como tarea. También, en estos ordenamientos subyacen cuestiones de carácter axiológico, que son acordes para nuestro plan de trabajo.

Entendemos que la administración pública es un ente dinámico, que puede ser objeto de estudio de la sociología, la ciencia política, la filosofía, la historia y, por supuesto, del derecho. Es insoslayable que en los albores del siglo XXI México requiere mejores herramientas jurídicas en materia de control de sus órganos administrativos, en los que se siga cierto criterio de justicia que permita a sus destinatarios considerar el procedimiento administrativo como uno de los de mejor calidad en cuestiones de solución de controversias; a esta tarea pensamos dedicar el presente libro.