

REGLAS Y PRINCIPIOS EN EL SISTEMA JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DEL DISTRITO FEDERAL

Yamile MEDINA PÉREZ
Santiago NIETO

I. A manera de introducción	1
1. Replantear la responsabilidad de los servidores públicos	1
2. Responsabilidad, reglas y principios. Breves consideraciones desde la teoría del derecho . . .	11
3. El concepto de responsabilidad	16
4. Delimitaciones conceptuales: control, responsa- bilidad, rendición de cuentas y fiscalización . . .	22
II. Principios jurídicos de la responsabilidad de los servi- dores públicos	26
1. Responsabilidad y democracia. Un alegato sobre la legalidad y la discrecionalidad de los servido- res públicos en el Estado democrático	26
2. La costumbre administrativa y el principio de legalidad	30
3. Discrecionalidad y arbitrariedad. Las esferas no controladas	31
4. La interpretación en materia de responsabilidades .	34

5. Responsabilidad y principios de la administración pública	38
6. Motivación, fundamentación y justificación de las decisiones de la administración pública	43
III. Las reglas en el sistema de responsabilidad de los servidores públicos	45
1. Breves antecedentes del control en México	45
2. El concepto de servidor público	53
3. Tipología de control	56
4. Criterios de clasificación	58
5. La responsabilidad de los servidores públicos en el Distrito Federal	70
IV. Cinco debates en torno a la responsabilidad de los servidores públicos	86
1. El límite constitucional del artículo 113	86
2. La contratación en las mejores condiciones para el Estado. La reserva legal del artículo 134 constitucional	89
3. La autolimitación de las actividades del Estado .	90
4. La responsabilidad resarcitoria	96
5. El debate de los órganos autónomos	97
6. El acceso a la información en el Distrito Federal .	106

REGLAS Y PRINCIPIOS EN EL SISTEMA JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DEL DISTRITO FEDERAL

Yamile MEDINA PÉREZ
Santiago NIETO

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

1. Replantear la responsabilidad de los servidores públicos

Jürgen Habermas, el filósofo alemán creador de la teoría de la acción comunicativa, ha definido los paradigmas como las ideas típicas y ejemplares de una comunidad jurídica en lo tocante a la cuestión de cómo pueden realizarse el sistema de los derechos y los principios del Estado de derecho en el contexto efectivamente percibido de la sociedad dada en cada caso.¹ En ese tenor, los paradigmas son diferentes dependiendo de la cultura jurídica y del desarrollo de dicha cultura. Por tanto, un paradigma está condenado a ser reformulado conforme sus elementos constitutivos inician a su vez el proceso de mutación provocado por la transformación social. Esto último se puede aplicar al sistema de responsabilidades de los servidores públicos mexicano que fue edificado bajo un régimen político autoritario, cerrado, cohesionado y estatista, por lo que, al evolucionar el ré-

¹ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998, p. 263.

gimen por la presión de la transición democrática, los sistemas jurídicos que operaban en su interior también entran en un proceso de reformulación.

En ese sentido, la relación entre régimen político y derecho es simbiótica en muchos aspectos. La influencia del sistema político en la interpretación judicial y en la dogmática constitucional fue evidente, en últimas fechas la doctrina mexicana ha sostenido posiciones interesantes al respecto.² En el régimen anterior, la idea que prevaleció sobre la interpretación y aplicación del derecho entre los operadores jurídicos fue la del Estado de derecho que privilegió la idea de la seguridad jurídica fuerte y la certeza, esgrimiendo la interpretación literal del texto. Sin embargo, en los ámbitos externos al Poder Judicial, esta no fue la única esfera de relación entre el derecho y la política. Paralelamente al formalismo jurídico predominante en la cultura jurídica, existieron otras esferas de convivencia social en las que el Estado de derecho legislativo ni siquiera apareció, perfeccionándose un régimen a través de facultades metajurídicas o, en el peor de los escenarios, con una ausencia de normas jurídicas o un desdén por su aplicación.

En ese tenor, el sistema de responsabilidad de los servidores públicos no fue la excepción. Legislativamente, el ordenamiento jurídico estructuró un abigarrado sistema de responsabilidad de los servidores públicos que, sin embargo, no eliminó los problemas de corrupción de la administración pública. En los primeros años, su aplicación se reconoce como selectiva, más como mecanismos de control político de la burocracia o de ajuste de cuentas

² Sobresale la obra de Cossío Díaz, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, México, Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, núm. 71, 2000, así como *La interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, núm. 12, colección Doctrina Jurídica Contemporánea, 2002. En el tema de la mutación del principio de legalidad, Cárdenas, Jaime, "Remover los dogmas", *Cuestiones constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 6, enero-junio de 2002.

de disidentes. Doctrinalmente, los estudiosos del derecho explicaron desde un punto de vista interno los antecedentes históricos, debate legislativo, y redacción constitucional, legal y posteriormente, jurisprudencial del sistema de responsabilidades de los servidores públicos. Por consiguiente, el debate doctrinal quedó inmerso en el aspecto de las reglas jurídicas, sin duda indispensable para conocer el sistema constitucional de responsabilidades, pero a nuestro parecer dicho criterio aprincipalista se confeccionó sin tomar en cuenta la transición democrática y la consecuente transición jurídica del país.

El concepto de transición jurídica implica el avance de un determinado paradigma a otro. En México, el paradigma sería la evolución de un Estado de derecho legislativo, con una Constitución nominal, a un Estado constitucional de derecho. Evidentemente esta transición no ha concluido, pero ha iniciado su proceso con la reelaboración del ordenamiento jurídico nacional. La transición jurídica no sólo puede contentarse con la reforma de las leyes, aun cuando se sabe que el avance es grande. Fix-Fierro y López Ayllón³ han señalado que el ordenamiento jurídico mexicano ha sido reformado o emitido un setenta por ciento en los últimos treinta años. Sin embargo, en el ámbito argumentativo y de interpretación, todavía queda tramo por recorrer. El sistema jurídico debe modificar su interpretación literal por una funcional que deje atrás los modelos de principio de legalidad fuerte.

Lo mismo ocurre en el ámbito de las responsabilidades de los servidores públicos, la transformación democrática obliga a evolucionar los criterios interpretativos y la forma de abordar su estudio. En este último aspecto se puede estudiar el fenómeno desde un enfoque multidisciplinario integral que tome en cuenta los resultados del sistema y sus efectos en la sociedad, así como las transformaciones propias del derecho, o estudiarlo desde el punto de vista del derecho positivo que lo regula, argumentando, en

³ Fix-Fierro, Héctor y López Ayllón, Sergio, *Tan cerca, tan lejos, Estado de derecho y cambio jurídico en México (1970-1999)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Cuaderno de Trabajo, 1999.

el mejor de los casos, los vicios del ordenamiento. Evidentemente siempre es mejor la evolución jurídica y el análisis integral.

En ese orden de ideas, los textos sobre el sistema de la responsabilidad administrativa de los servidores públicos en el ordenamiento jurídico mexicano repiten la validez de ciertas premisas: la división tetrapartita de la responsabilidad de los servidores públicos, la sanción como fundamento de la responsabilidad y del sistema de responsabilidades, el adecuado control del principio de legalidad a través del sistema y el papel de dicho principio en el mismo, la responsabilidad y la democracia como elementos intrasistémicos indisolubles, y el carácter volitivo del cumplimiento de los principios democráticos por parte de los servidores públicos. Los principios siguen siendo válidos, sin embargo en este trabajo se pretenden reformular algunos de sus elementos constitutivos.

A. La división tetrapartita de la responsabilidad de los servidores públicos

Los doctrinarios mexicanos mencionan que a partir de la reforma constitucional de 1982 se ha establecido un sistema tetrapartita de responsabilidad de los servidores públicos cuyo objetivo ha sido prevenir y sancionar la inmoralidad social y la corrupción. Los tipos de responsabilidad son civil, penal, administrativa y política.⁴

Pese a que lo anterior es cierto, también lo es que éstos no son los únicos tipos de responsabilidad que el ordenamiento jurídico mexicano reporta. Consideramos que la reformulación del sistema de responsabilidad implica el análisis de las formas de responsabilidad no contempladas en el título IV de la Constitución

⁴ En ese punto coinciden, por ejemplo, Ortiz Soltero, Sergio Monserrit, *Responsabilidades legales de los servidores públicos*, 2a. ed., México, Porrúa, 1991, p. 73. Asimismo, Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, *El sistema de responsabilidades de los servidores públicos*, México, Porrúa, 2001, p. XIV.

política, tanto la que existía con anterioridad a la reforma de 1982 que es la responsabilidad derivadas de la aplicación de las leyes laborales, como la producida con la reforma a los artículos 73, 74, 78 y 79 de la Constitución que es⁵ la responsabilidad resarcitoria. Esta última reforma estableció en la carta magna la facultad de la Auditoría Superior de la Federación de fincar directamente la responsabilidad por daños al erario público. Por consiguiente, la división de la responsabilidad individual de los servidores públicos se amplía a seis tipos diferenciados que guardan, sin embargo, relación entre sí.

Otro criterio para estudiar las responsabilidades es el de enlace entre operador jurídico (el servidor público) y la actividad que desarrolla, o más propiamente, de los destinatarios de esa actividad. Si se concibe al servicio público como una forma de satisfacer necesidades sociales, entonces los destinatarios de esos mecanismos de satisfacción deben contar con herramientas jurídicas para señalar, desde un ámbito colectivo y no sólo individual, la responsabilidad de los administradores y de la administración en su conjunto por su incumplimiento. De tal suerte que encontramos responsabilidades individuales y colectivas como un segundo criterio de clasificación. Conjugando ambos criterios, la responsabilidad de los servidores públicos sería la siguiente:

a. Responsabilidad jurídica individual⁶ (política, civil, penal, administrativa, laboral y resarcitoria)

Las responsabilidades política; civil, penal y administrativa han sido analizadas por la doctrina. Nos centraremos en las restantes. En el caso de la responsabilidad laboral, el tipo de sanción es la destitución del empleo. La responsabilidad laboral se actua-

⁵ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de julio de 1999.

⁶ Sólo se menciona brevemente el tipo de responsabilidades que serán desarrolladas en su oportunidad en el apartado relativo a las reglas del sistema de responsabilidad de los servidores públicos.

liza por el incumplimiento de la legislación reglamentaria: la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado. En este punto es dable incluir la relacionada con las prestaciones sociales que regula la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.⁷

Por su parte, la responsabilidad resarcitoria tiene su origen en el artículo 79 constitucional, fracción IV, que establece como facultad de la Auditoría Superior de la Federación determinar los daños y perjuicios que afecten a la hacienda pública o al patrimonio de los entes públicos federales, y fincar directamente a los responsables las sanciones, indemnizaciones y sanciones pecuniarias correspondientes. La diferencia con la administrativa radica en el acto que le da origen, no sólo implica el incumplimiento de obligaciones administrativas, como en la primera, sino que adicionalmente se causa un daño al erario público que exige su resarcimiento. Como ha señalado Mijangos, toda jurisdicción se identifica por su objeto, y en la contable el resultado de la fiscalización ha de conllevar la declaración de regularidad en el manejo de fondos públicos o la declaración cuantificada e individualizada de la responsabilidad patrimonial en que haya podido incurrir.⁸ Otra diferencia radica en el órgano encargado de realizar la investigación, toda vez que deviene de las facultades de control externo de la Auditoría Superior de la Federación, de las contadurías mayores o contadurías de glosa de los estados, por lo que el órgano de origen es distinto.

⁷ Juan Francisco Arroyo Herrera incorpora un análisis de la legislación laboral dentro del régimen jurídico del servidor público, no específicamente del régimen de responsabilidades. *El régimen jurídico del servidor público*, 3a. ed., México, Porrúa, 2000.

⁸ Mijangos Borja, María de la Luz, “La fiscalización de los recursos públicos”, en García Colorado, Gabriel y Palomino Ortega, Francisco (coords.), *El Órgano Superior de Fiscalización y sus repercusiones institucionales*, México, Instituto de Investigaciones Legislativas de la Cámara de Diputados, 2000, p. 211.

b. Responsabilidad colectiva

i) Política (arriba-abajo)

Luigi Ferrajoli implementó el concepto de que la responsabilidad jurídica podría estar dirigida en dos direcciones: arriba y abajo.⁹ Ambas se distinguen en relación con la forma en cómo el servidor público (Ferrajoli se refiere al juez) accede al cargo. La responsabilidad política hacia arriba proviene cuando el nombramiento del funcionario proviene de órganos del poder político. Por su parte, la responsabilidad política hacia abajo deviene del nombramiento del funcionario por sufragio universal. En un sistema de no reelección como el mexicano, este tipo de responsabilidad sólo opera indirectamente para el partido político. Un mal servidor público perjudicará probablemente a su partido para el siguiente proceso electoral. Cabe señalar que los servidores públicos de los órganos de control externo no cuentan con este tipo de responsabilidad al carecer de legitimidad democrática de origen.

ii) Solidaria Estado-servidor público

El Estado no es ajeno a la responsabilidad de los servidores públicos. Al actuar en ejercicio de sus funciones y ocasionar un daño a los particulares, éstos tienen la facultad de exigir al Estado su resarcimiento, en lo que se denomina la responsabilidad patrimonial. La reforma al artículo 77 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos (LFRSP) ha establecido este proceso, y a nivel constitucional se plasmó con la reforma al artículo 113 de la carta magna, publicada el 14 de junio de 2002 en el *Diario Oficial de la Federación*.¹⁰

⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1994, p. 607. Rentería retoma el planteamiento. Rentería, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, México, Fontamara, 2001, pp. 192 y 193.

¹⁰ El artículo 77 bis de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos señala:

iii) Constitucional

El control colectivo de la constitucionalidad de la actuación de la administración pública se actualiza a través de los mecanismos de control previstos en las normas constitucionales y legales. El juicio de amparo, las controversias constitucionales y, en general, los mecanismos de justicia constitucional, incluyendo las comisiones de derechos humanos, son las herramientas con las que cuentan los particulares (y las propias autoridades) para vigilar los actos de los servidores públicos.

iv) Social

En términos de Ferrajoli, la responsabilidad social consiste en la sujeción de las decisiones administrativas a la crítica de la opinión pública.¹¹ En todo caso se trata de una crítica argumentada, sostenible desde casi cualquier punto de vista. Sirve como forma de deslegitimación del régimen. Ferrajoli considera como presupuestos para este tipo de responsabilidad la madurez civil y política de los ciudadanos, su atención y participación en la vida pública, su conflictividad y solidaridad social, la independencia y veracidad de la información administrativa en los medios de co-

“Cuando en el procedimiento administrativo disciplinario se haya determinado la responsabilidad del servidor público y que la falta administrativa haya causado daños y perjuicios a particulares, éstos podrán acudir a las dependencias, entidades o a la Secretaría de la Contraloría de la Federación para que ellas directamente reconozcan la responsabilidad de indemnizar la reparación del daño en cantidad líquida y, en consecuencia, ordenar el pago correspondiente, sin necesidad de que los particulares acudan a la instancia judicial o a cualquier otra.

El Estado podrá repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización hecha por los particulares.

Si el órgano del Estado niega la indemnización, o si el monto no satisface al reclamante, se tendrán expeditas, a su elección, la vía administrativa o judicial”.

¹¹ Rentería, Adrián, *op. cit.*, nota 9, p. 204; Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 9, p. 616.

municación, el empeño civil y la costumbre de oposición de la cultura jurídica.

*B. El impacto de la mutación conceptual
del principio de legalidad*

Los doctrinarios del sistema de responsabilidad de los servidores públicos señalan que éste se fundamenta en el Estado de derecho, cuyo elemento fundamental es el principio de legalidad. Esto implica que los actos de gobernantes y gobernados se ajusten al mandato de la ley, principalmente las autoridades. Negar la sumisión a la ley de los representantes del gobierno en sus ramas, lastima el Estado de derecho y se convierte en acto arbitrario.¹² Por consiguiente, el sistema de responsabilidad de los servidores públicos, a través de normas generales y abstractas, es un freno a la extralimitación o a la omisión en sus actividades o funciones. En este sentido se funda en el Estado de derecho, actúa en él, lo fortalece y desarrolla, y este Estado de derecho fortalecido perfecciona el sistema de responsabilidades.¹³

Las consideraciones anteriores son perfectamente válidas y aplicables. Sin embargo, se considera que podrían reformularse sus elementos constitutivos. En primer lugar, el principio de legalidad que se esgrime es propio de un Estado de derecho legislativo, cuyo valor principal es la eliminación de la arbitrariedad. No así del Estado constitucional de derecho, en el cual la norma podría desaplicarse por ser contraria al texto constitucional, en términos de Ferrajoli. Una visión cerrada del Estado de derecho obligaría a las autoridades a cumplir la norma a pesar de que fuera notoriamente inconstitucional o, en última instancia y entrando al ámbito de lo moral, injusta. Desde la perspectiva del Estado constitucional de derecho esto es inadmisibles, pues se

¹² Juárez Mejía, Godolfino Humberto, *La constitucionalidad del sistema de responsabilidades de los servidores públicos*, México, Porrúa, 2002, p. XIX.

¹³ *Idem*.

exige del aplicador jurídico un compromiso con el texto constitucional y la desaplicación de normas contrarias al texto fundamental.¹⁴

Por otra parte, los elementos del Estado de derecho han empezado a transformarse. El pluralismo político y social, la creación de centros de poder alternativo al Estado, la institucionalización progresiva de órganos supranacionales y el acceso a ellos por parte de los individuos de un Estado han modificado el concepto de soberanía, en el cual se fundamenta el Estado de derecho legislativo.¹⁵ Lo anterior ha llevado al rompimiento del monopolio legislativo por parte del Estado, y a la reducción de la generalidad y abstracción de las leyes, en este caso, de responsabilidad. Por lo cual, las normas dejan de ser generales y abstractas. Como bien ha mencionado Juárez Mejía, las normas de responsabilidad de los servidores públicos son generales, pero el género es una especie de un género mayor. Por otra parte, el incumplimiento de disposiciones se da generalmente en los manuales de organización o de procedimientos administrativos.

En tercer lugar, el hecho de que una norma prescriba una conducta no implica que ésta se cumpla. En ese sentido, la responsabilidad de los servidores públicos sigue siendo un elemento de buenos deseos, más que una legislación con fuerza normativa. Todo lo cual implica que existen elementos extrajurídicos, como la motivación política, que impiden el cumplimiento de las reglas y principios jurídicos. Por consiguiente, el problema no se resuelve con el sistema de normas actual. En resumen, el control adecuado derivado del principio de legalidad no resulta tan adecuado, baste observar cómo la interpretación judicial ha determinado que existen causales de responsabilidad administrativa (actuar con la máxima diligencia) que no pueden actualizarse.

¹⁴ Al respecto Cárdenas Gracia, Jaime *et al.*, *Estudios jurídicos en torno al Instituto Federal Electoral*, México, UNAM, 2000.

¹⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1997.

Por las consideraciones anteriores, este trabajo pretende mostrar una mirada alternativa al sistema de responsabilidades de los servidores públicos, que incluya por supuesto las reglas de aplicación contempladas por el ordenamiento jurídico mexicano, pero que también repare en los principios que rigen dicho orden normativo en los que la doctrina jurídica mexicana no es precisamente extensa. La intención es demostrar que los argumentos sostenidos por una parte considerable de la doctrina mexicana, argumentos válidos y perfectamente defendibles desde una lectura del derecho, pueden colisionar con una visión principalista.¹⁶

2. Responsabilidad, reglas y principios. Breves consideraciones desde la teoría del derecho

El concepto de responsabilidad puede ser abordado desde dos perspectivas. Por un lado, desde la óptica de la dogmática jurídica administrativa o constitucional para revisar las disposiciones jurídicas que regulan y controlan la actuación del Estado y de los servidores públicos. En la doctrina jurídica mexicana ese camino ha sido el más transitado. Los estudios de derecho administrativo se han concentrado en la interpretación del fenómeno de control bajo el prisma de las reglas jurídicas, describiendo los tipos de responsabilidad que principalmente, a partir de la reforma de 1982, forman parte del ordenamiento jurídico mexicano. Sin embargo, consideramos que han dejado de lado el estudio conceptual del término desde la teoría del derecho. La dogmática mexicana, con algunas excepciones importantes, prácticamente carece de estudios en torno al objetivo, efectos y esquemas de responsabilidad. Lo anterior nos ha llevado a la idea de plantear una visión integral de la responsabilidad de los servidores públicos que abarque tanto el ámbito constitucional y administrativo como la perspectiva conceptual. Una visión que adicionalmente recoja el concepto de res-

¹⁶ Se toma el término principalista en el sentido de Gustavo Zagrebelsky, *op. cit.*, nota anterior.

ponsabilidad visto desde la perspectiva tanto de las reglas como de los principios del ordenamiento jurídico.

Es importante destacar esto último. El concepto de responsabilidad, por su naturaleza misma, se encuentra ligado a la idea de obligación y a la sanción por el incumplimiento de una obligación. Bajo esa lógica, la responsabilidad sería considerada en todo momento como una regla del ordenamiento jurídico. Sin embargo, pensamos que la responsabilidad no sólo es regla, sino también puede ser analizada desde la óptica de los principios jurídicos propiamente constitutivos del sistema jurídico. Para efectuar el análisis propuesto, es menester describir (así sea someramente) el debate sobre las reglas y principios en la teoría jurídica contemporánea.

En los últimos veinte años, el debate en torno a la composición del derecho ha ampliado la conformación del fenómeno jurídico más allá del campo de la regla y la aplicación silogística. Diversas teorías, tanto en el ámbito del *common law* como en el *civil law*, han planteado que el derecho se compone, además de reglas, por elementos principalistas. Adicionalmente, el estudio de la argumentación jurídica, particularmente a partir de Perelman y la nueva retórica, y muy significativamente con Alexy y MacCormick, ha propuesto que el derecho tiene una parte dinámica consistente en los argumentos de las partes. Ambos elementos, principios y argumentación, obligan a replantear ciertos contenidos básicos de la aplicación del derecho, como la responsabilidad.

En cuanto a la composición, la teoría jurídica contemporánea, a partir de Dworkin,¹⁷ ha señalado que el derecho se compone tanto de reglas como de principios. Para dicho autor existe una distinción entre reglas jurídicas, argumentos de principio y políticos, y las decisiones jurídicas deben ser acordes con los argumentos de principio, que son compatibles a su vez con los principios democráticos. Los argumentos de principio son aquellos que atribuyen derechos a un individuo, no responden a la estructura

¹⁷ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Buenos Aires, Planeta, 1992.

de la norma jurídica de Kelsen y tienen un lugar jerárquicamente superior a los argumentos políticos. Por tanto, el juzgador al resolver debe fallar a favor de los principios.

La distinción entre reglas y principios en Dworkin básicamente es la siguiente: las normas jurídicas prescriben una conducta con su consecuencia jurídica, los principios carecen de dicha consecuencia en razón de que se trata de planteamientos que ayudan a tomar posición ante los casos concretos. Son orientadores, estándares de conducta. Por otra parte, las reglas se encuentran delimitadas por una serie de excepciones contenidas en el ordenamiento, es decir, su cumplimiento queda circunscrito a determinadas condicionantes, tanto para su existencia como para el límite de su aplicación. Los principios también tienen límites, sin embargo, prevalecen en razón de su importancia, que resulta indispensable para cumplir ciertos requisitos de justicia.

Para Zagrebelsky,¹⁸ la idea de la composición del derecho en reglas y principios responde a la estructura de ambos tipos de disposiciones jurídicas. Para el maestro de Turín existen seis diferencias entre unas y otros: sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional del orden jurídico, aunque las reglas estén en la Constitución, sólo son leyes reforzadas; las reglas se agotan en sí mismas, es decir que no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan, los principios no; a las reglas se les aplican los variados métodos de interpretación jurídica que tienen por objeto el lenguaje del legislador, en los principios el significado lingüístico es autoevidente, por tanto, la importancia radica en que debe descubrirse su *ethos*; a las reglas se les obedece, a los principios se les presta adhesión; las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones ya que señalan cómo se debe, no se debe o se puede actuar en determinadas situaciones, por su parte los principios proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas; finalmente, las reglas se aplican en forma mecánica y pasivamente por el silogismo

¹⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 15, p. 110.

y la subsunción, el significado de los principios no puede darse en abstracto, se examinan los casos concretos y la forma de aplicarlos es vía la ponderación.

Atienza señala que existen dos tipos de reglas, las de acción y las de fin. Las primeras son pautas específicas de conducta que establecen mandatos o permisiones y que se caracterizan por dos rasgos: el primero es que su estructura consiste en una condición de aplicación y una consecuencia jurídica con dos elementos, la descripción de una acción y su calificación deóntica (obligatoria, prohibida o permitida), en tanto que el segundo se refiere a que las reglas de acción pretenden regular la conducta de sus destinatarios excluyendo su propia deliberación.¹⁹ Esto es, las reglas tienen una estructura determinada y prescriben una conducta a seguir. Por otra parte, las reglas de fin establecen un objetivo determinado (cerrado) que debe cumplir el operador jurídico. En complemento a las reglas, los principios también regulan conductas, particularmente ante la inexistencia de reglas expresas, cuando las mismas presentan problemas de indeterminación o cuando entran en conflicto con los principios.

Lo anterior resulta de vital importancia para estudiar un tema como la responsabilidad, toda vez que como se ha mencionado, su concepto se desarrolla en ambas partes del derecho, tanto en el ámbito de las reglas como en los principios.

En el ámbito de las reglas es dable manifestar que desde un marco abstracto, aplicable a todas las ramas del derecho, el concepto de responsabilidad se vincula con la idea de obligación. Toda relación jurídica implica la existencia de un sujeto comprometido al cumplimiento de una determinada obligación. Ese sujeto es responsable de cumplir con el mandato jurídico, provenga de una ley, un reglamento o un contrato y, en caso de incumplimiento, existe la potestad del otro participante de la relación jurí-

¹⁹ Atienza, Manuel y Manero, Juan Luis, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000, p. 16.

dica de exigir el cumplimiento, esto es la responsabilidad de responder por tal incumplimiento.

Ahora bien, específicamente, la responsabilidad es uno de los conceptos prioritarios del derecho penal, en razón de que es indispensable para el conocimiento de los conceptos de pena o sanción. Pese a ello, no es la única rama del derecho en la que el concepto tiene injerencia en la operación jurídica. De hecho, cada rama de la ciencia jurídica asume una determinada postura en relación con el concepto de responsabilidad, dependiendo de la finalidad de la disciplina.

La responsabilidad es una regla cuando prescribe una conducta con su consecuencia jurídica, esto es, cuando su estructura responde al modelo kelseniano de que “Si A es, debe ser B, si no C”. Así, al momento de plantear que los servidores públicos tienen la obligación de actuar con la máxima diligencia en el ejercicio de su encargo, el incumplimiento de dicha obligación trae aparejada la imposición de una sanción. En ese sentido, esta factibilidad de ser sujeto a una sanción por encontrarse dentro de los supuestos de la premisa normativa (no actuar diligentemente), es el fundamento de la responsabilidad como regla dentro del ordenamiento jurídico por ajustarse a la estructura de las reglas. En el ámbito administrativo, las reglas se aplican casi mecánicamente y, como señala Atienza, no se encuentran sujetas a un proceso deliberativo.

Por otra parte, la responsabilidad también es un principio. Como se ha mencionado, los principios son orientadores en la aplicación de las normas y son elementos verdaderamente constitutivos de un Estado constitucional de derecho. Por tal motivo, el principio de la responsabilidad de los servidores públicos y la rendición de cuentas es una disposición jurídica constitucional del ordenamiento jurídico. Podrían existir diferentes esquemas de responsabilidad, incluso la Constitución podría omitir tipos de responsabilidad, sin embargo, lo que no podría omitir sería contemplar principios de rendición de cuentas, protesta constitucional, órganos de control, etcétera. En este contexto, los principios

exigen, a diferencia de las reglas, una constante deliberación y actualización por parte de los operadores jurídicos y destinatarios. Los operadores jurídicos deben determinar la aplicación de los principios en determinadas circunstancias (ausencia de reglas, colisión de reglas, etcétera), ponderando cuál principio debe prevalecer o cómo aplicar las reglas orientándose en los principios jurídicos.

3. *El concepto de responsabilidad*

La responsabilidad es un concepto de la teoría del derecho que se encuentra en un punto medio entre los calificadores deónticos (prohibiciones, permisos y obligaciones) y las expresiones específicas de las materias jurídicas (delito, aval, contrato, convenio), por lo que se trata de una expresión de uso general en el campo jurídico.²⁰ Pese a ello, el contenido del concepto puede mutar dependiendo de la posición epistemológica sostenida. Por ejemplo, para una determinada concepción del derecho, los conceptos jurídicos deben tener un solo significado, por lo cual sólo una acepción conceptual resulta válida, por lo que el concepto de responsabilidad será uno para todas las ramas del derecho. Otra opción, que pretendemos esbozar en este artículo, es que el concepto es indeterminado, y que varios elementos del mismo pueden variar dependiendo el enfoque.

Esta última posición hace que el concepto de responsabilidad sea vago. Posiblemente esta vaguedad sea producto de las diferencias existentes entre los ordenamientos jurídicos que recogen la institución, así como de los distintos objetivos de cada rama del derecho. Esto es así en razón de que la responsabilidad, a pesar de ser un concepto jurídico fundamental, no tiene un objetivo unívoco. No sólo busca sancionar a los responsables por algo, tal como ocurre en el ámbito penal. La responsabilidad también bus-

²⁰ Hohfeld, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, 4a. ed., México, Fontamara, 1997, pp. 9 y ss.

ca equilibrios sociales y no necesariamente reproches a los infractores, como ocurre en la responsabilidad civil.

Hechas estas apreciaciones, es menester iniciar la delimitación conceptual con los significados gramaticales y etimológicos del término. En ese sentido es un lugar común afirmar que el vocablo responsabilidad proviene del latín *sponsor* que significa “el que se obliga”, y *respondere* cuya traducción sería hacer frente.²¹ Gramaticalmente, el concepto de responsabilidad implica la obligación moral que resulta para uno del posible yerro en un asunto determinado.²² El término *responsabilida* proviene de *responde-re*, que significa prometer, merecer, pagar. Así *responsalis* significa “el que responde”; *responsum* (responsable) significa “el obligado a responder de algo o de alguien”.²³ Para la dogmática jurídica, la responsabilidad presupone un deber que constituye la conducta que, de acuerdo con el orden jurídico, se debe hacer u omitir; la responsabilidad supone una obligación, señala quién debe responder del cumplimiento o incumplimiento de la misma. El término responsabilidad significa que un individuo es responsable cuando sus actos impliquen una infracción a la norma jurídica, por lo que está obligado a responder por las consecuencias que los mismos originan, y que de acuerdo con el orden jurídico es susceptible de ser sancionado.

Fernández Ruiz define a la responsabilidad en términos amplios como la capacidad de un sujeto de derecho de conocer y aceptar las consecuencias de sus actos realizados consciente y libremente. Por otra parte, en términos concretos, la responsabilidad se entiende como el surgimiento de una obligación o sanción

²¹ Véase voz “Responsabilidad”, Tamayo Salmorán, Rolando, *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 3349.

²² Real Academia de la Lengua, *Diccionario de la lengua española*, 21a. ed., Madrid, Espasa, 1992, p. 1784.

²³ *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, t. P-Z, p. 3348 y 3349.

en un caso determinado o determinable, como resultado de un acto específico.²⁴

Fernández Ruiz divide el ámbito de responsabilidad en dos bloques diferenciados. El primero es la responsabilidad moral, producto de una infracción a dicho campo normativo, y que responde a la idea de libertad individual y de responsabilidad de los actos producidos en ejercicio de dicha libertad. El otro bloque es la responsabilidad jurídica, que exige el sometimiento a las consecuencias jurídicas por la realización de un determinado acto. Este bloque a su vez encuentra dos tipos diversos: la responsabilidad penal y la civil. Un acto se encontrará inmerso en uno de los tipos dependiendo del sujeto afectado, ya sea la sociedad en su conjunto o una persona en lo particular. En el primer tipo se exige al Estado la investigación de la imputabilidad del autor, en tanto que en la responsabilidad civil es irrelevante la imputabilidad del mismo toda vez que el factor de mayor trascendencia es la determinación de un nexo jurídico de obligación entre los sujetos.

Por su parte, Álvaro Castro ha considerado que ambas alusiones se refieren a una situación de constreñimiento de una persona frente a otra, en virtud de la cual debe esperarse cierto comportamiento.²⁵

Carlos Santiago Nino,²⁶ a raíz de una cita de Hart,²⁷ señala que el vocablo responsabilidad puede ser empleado en cuatro acepciones:

- a) Responsabilidad como obligaciones o funciones derivadas de cierto cargo (Nino señala como ejemplos: el padre

²⁴ Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo*, México, McGraw Hill, 1997, p. 165.

²⁵ Castro Estrada, Álvaro, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, p. 41.

²⁶ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 1999, pp. 184 y ss.

²⁷ La cita de Hart en torno a la pluralidad de acepciones del término responsabilidad gira alrededor del imaginario capitán de un navío. Esta cita también es tomada por Rolando Tamayo en la voz “Responsabilidad”, *op. cit.*, nota 21, p. 3349, así como por Castro Estrada, Álvaro, *op. cit.*, nota 25.

es responsable de los hijos o el ministro es responsable de conducir la política exterior).

- b) Responsabilidad en el sentido de factor causal, se refiere tanto a cosas como a procesos (la tormenta es la responsable o Juan fue responsable de que llegara tarde).
- c) Responsabilidad como capacidad y como estado mental (individuo mentalmente capaz).
- d) Responsabilidad como punible o moralmente reprochable (acreedor de una pena o un reproche).

El mismo Nino señala que Kelsen define a la responsabilidad como un individuo que es susceptible de ser sancionado independientemente de que haya cometido o no el acto antijurídico. Clasifica a la responsabilidad en directa (cuando es pasible a una sanción por un acto propio) o indirecta (en aquellos supuestos en que el sujeto es responsable por actos de terceros, hijos menores por ejemplo). No debe perderse de vista que el derecho en la teoría pura de Kelsen llega al resultado de que los órdenes sociales son coactivos, es decir que prescriben una coacción como consecuencia de un acto, por lo que la sanción es uno de los elementos principales de la teoría.²⁸ En ese sentido, la posición de Kelsen es interna del derecho.

Ferrajoli considera a la responsabilidad como la sujeción jurídica a la sanción como consecuencia de un delito, cualquiera que sea la relación jurídicamente exigible al sujeto y el delito respectivo. Para el maestro de Camorino es dable distinguir entre culpabilidad y responsabilidad en razón de que existen formas de responsabilidad sin culpa. Por consiguiente, un modelo garantista será aquel que incluya la garantía de responsabilidad personal subjetiva y culpable, y que vete cualquier tipo de responsabilidad impersonal, objetiva o no culpable y, en tal virtud, que excluya de responsabilidad al sujeto por el tipo de la acción (hechos ajenos o

²⁸ Kelsen, Hans, *Qué es la teoría pura del derecho*, 7a. ed., México, Fontamara, 1999, p. 11.

casos fortuitos), por la inimputabilidad del autor (enfermedad mental o minoría de edad) o por las causas de exclusión de la culpabilidad (fuerza mayor, error).²⁹

Guido Pincione³⁰ refiere que la responsabilidad designa la condición de quien es objeto apropiado de una pena o de un reproche moral. Para el autor, la responsabilidad presupone dos condiciones: la voluntariedad y la intencionalidad. La primera significa que el sujeto activo realizó el acto por una manifestación de su voluntad y tiene como contraparte la posibilidad de matizar la responsabilidad en la medida en que el carácter volitivo de la acción se encuentra viciado. Como ejemplos de lo anterior se encuentran la coerción, el estado de necesidad, la legítima defensa o, en ocasiones, la ignorancia y en general todos los vicios de la voluntad. La intencionalidad está vinculada con la descripción de la acción. La diferencia entre una y otra es precisamente que la voluntad no varía con las distintas descripciones posibles de una acción, en tanto que la intencionalidad sí. La responsabilidad es posible aun en los casos en que los acontecimientos no son producto de ninguna acción intencional (por ejemplo los delitos culposos o la negligencia administrativa) o, en todo caso, persiste sencillamente en razón del resultado.

Como se ha señalado, la responsabilidad implica una relación jurídica de sujeción de una parte a una determinada consecuencia jurídica. Lo cierto es que el concepto de responsabilidad varía de conformidad con la materia en cuestión. Pablo Larrañaga, por ejemplo, señala que el concepto de responsabilidad se particulariza en dos esferas específicas: la política, referida a las exigencias hacia los gobernantes (noción de interés general), y la estrictamente jurídica, que se refiere a dos tipos de funciones del derecho: la protección de

²⁹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 9, pp. 490 y 491.

³⁰ Pincione, Guido, voz responsabilidad en Garzón Valdez, Ernesto y Laporta, Francisco, *El derecho y la justicia*, 2a. ed., Madrid, Trotta, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, 2000, p. 343.

la vida y de la integridad física (paradigma penal), y la protección de los bienes económicos (paradigma civil).³¹

Larrañaga menciona que ambos paradigmas tienen su origen en dos consecuencias jurídicas distintas: el castigo y la obligación de restitución. El primero para el ámbito penal y el segundo para el civil. El primero por la necesidad del Estado de sancionar a los infractores de la norma que ponen en peligro el tejido social. En el segundo por la perspectiva de buscar esquemas de compensación de daños en las relaciones entre particulares.

El autor menciona que ambos paradigmas se conforman por cuatro elementos: ilícito, objetivo de la sanción, procedimiento y contenido de la sanción. En el primero, la responsabilidad penal y civil se distingue por el elemento subjetivo del ilícito: en tanto en el ámbito penal es necesario un elemento de culpabilidad, en el ámbito civil basta el resultado. Adicionalmente, en el ámbito penal la sanción es una pena para el infractor, en tanto que en materia civil se persigue la restitución del daño.

Por su parte, el objetivo de la sanción también es diferente en el ámbito penal y en el civil. En el primero de ellos, el objetivo es reprocharle al individuo su conducta llegando inclusive al aislamiento del mismo, por otra parte, en la civil el objetivo consiste en distribuir la producción y las cargas de la misma entre los particulares.

A su vez, el procedimiento también distingue ambos paradigmas. Larrañaga establece dos elementos procedimentales que diferencian a los dos esquemas: por un lado las reglas acerca de la obtención de información relativa al juicio de responsabilidad (métodos, fuentes y nivel de certeza exigido) y las reglas correspondientes a la legitimación para exigir la responsabilidad. En cuanto a la información, el paradigma penal exige una mayor participación del Estado y un mayor grado de certeza (por los valores jurídicos en juego) que el paradigma civil. Por lo que se re-

³¹ Larrañaga, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, México, Fontamara, núm. 72, 2000, p. 22.

fiere a las reglas en torno al sujeto legitimado para exigir la responsabilidad, en el ámbito penal es el Estado, en tanto que en el civil es el particular.

Finalmente, el contenido de la sanción en el ámbito civil puede ser compensatorio (pago por daños causados) o de composición (volver las cosas al estado anterior), mientras que en el ámbito penal se busca el encarcelamiento o el reproche.

Es importante saber qué tipo de responsabilidad se esgrime en materia de servidores públicos en el ordenamiento jurídico mexicano. En la responsabilidad civil evidentemente estamos en presencia de un mecanismo de justicia distributiva cuyo objetivo es la compensación. En la materia penal el mecanismo es de justicia punitiva cuyo objetivo es la sanción. Este último concepto abarca la responsabilidad política y administrativa, en la cual el objetivo buscado es lograr el reproche social del infractor, más aún si tomamos en cuenta las sanciones aplicables (por ejemplo inhabilitación y amonestación).

Sin embargo, la situación no es tan clara cuando estamos en presencia de la responsabilidad resarcitoria. A pesar de estar plasmada a nivel constitucional (artículo 79, fracción IV), no aparece como una responsabilidad expresa en el título IV. Por otra parte, no busca la sanción del infractor, sino el resarcimiento del daño causado al erario público, por lo que su cercanía en ese sentido es con la responsabilidad civil. Pese a ello, no surge de obligaciones estrictamente civiles entre particulares, sino de la actividad del Estado. Todo lo cual plantea la necesidad de reformular su significación.

4. Delimitaciones conceptuales: control, responsabilidad, rendición de cuentas y fiscalización

La palabra control procede del francés *contrôle*³² que significa inspección, fiscalización, intervención; dominio, mando, pre-

³² Nuevo diccionario jurídico mexicano, cit., nota 23, t. A-C, pp. 876-883.

ponderancia. A decir de José Luis Vázquez Alfaro, la palabra *control* (francés antiguo) es “un registro que se lleva por duplicado. En realidad la idea de control es la de confrontación y búsqueda de conformidad entre dos elementos”.³³ Gramaticalmente hablando, podemos entender el término control con diferentes acepciones como: comprobación, inspección, examen, vigilar, verificar, crítica; dominio, supremacía, dirigir, guiar, limitar, colacionar, dispositivo para hacer funcionar o comprobar algo. Dependiendo del uso que se le confiera a la palabra, se puede hacer alusión a diferentes aspectos u objetos, por ello, y para los efectos de la presente investigación en el campo del ejercicio de las funciones públicas, es prudente precisar el sentido que el término *control* adopta como parte de la estructura fundamental del Estado.³⁴

Desde el punto de vista del ejercicio de las funciones públicas, el término *control* se enfoca en las medidas de revisión, supervisión, vigilancia, prevención y corrección que el Estado mexicano ha dispuesto a través de sus diversos ordenamientos legales. Todo ello a fin de evitar abusos y fiscalizar la actividad de los gobernantes y de las instituciones de gobierno, así como las gestiones del gasto público, esto es, de aquéllos que de conformidad con el artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos son considerados como servidores públicos. Bajo este criterio podemos entender el *control* como un acto accesorio de uno principal, entendiendo como *accesorio* el acto de revisar, supervisar, vigilar, etcétera, y como *principal* la actividad de la función pública como tal. Aragón ha hecho hincapié en el factor de que la unidad del fin permite atribuirle al concepto de control, como un elemento indisoluble del concepto de Constitución y un carácter unívoco, la pluralidad de medios de control y la diversi-

³³ Vázquez Alfaro, José Luis, *El control de la administración pública en México*, México, UNAM, p. 11.

³⁴ Mijangos Borja, María de la Luz, “Control del gasto público”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, año XXIX, núm. 87, septiembre-diciembre de 1996, p. 967.

dad de objetos sujetos al mismo que impiden sostener un concepto único.³⁵

Asimismo, el jurista Manuel M. Díez sostiene que “se entiende por control un nuevo examen de actos de una persona por otra expresamente autorizada, con objeto de establecer la conformidad de tales actos con determinadas normas o su correspondencia y proporción con determinados fines”.³⁶ Derivado de lo anterior, el vocablo *control* en el ejercicio de las actividades del orden administrativo se considera, en forma simultánea, tanto medio como finalidad, y se concreta en los ordenamientos jurídicos que lo establecen y regulan con marcadas diferencias según las características y situación del medio de que se trate. “En la función pública debe entenderse por control 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 adecuación a la legalidad de un acto o una serie de actos y la obligación de pronunciarse sobre ellos”.³⁷

Así, podemos decir que el objetivo del control en el campo del ejercicio de las funciones públicas es alcanzar un funcionamiento regular y equilibrado del aparato administrativo. Se trata de garantizar la utilización correcta de los medios materiales y técnicos, de racionalizar los recursos humanos y financieros con que cuenta la administración pública para lograr el cumplimiento de sus tareas, y de satisfacer las necesidades colectivas evitando en la medida de lo posible conductas ilícitas de los servidores públicos y asegurar, también en la medida de lo posible, que los recursos públicos se apliquen de acuerdo con lo programado.

Por otra parte, como se ha mencionado, la responsabilidad implica una relación jurídica de sujeción a una determinada consecuencia dictada por el ordenamiento. Su ámbito de acción es ex-

³⁵ Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

³⁶ Lanz Cárdenas, José Trinidad, *La Contraloría y el control interno en México*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 471.

³⁷ *Ibidem*, pp. 467 y 468.

clusivo en el ordenamiento jurídico. Por su parte, el concepto de rendición de cuentas implica la posición de los servidores públicos de encontrarse sujetos a explicar y justificar sus actos al público. Ha sido definido por la doctrina como la obligación permanente de los mandatarios o agentes para informar a sus mandantes o principales de los actos que llevan a cabo como resultado de una delegación de autoridad que se realiza mediante un contrato formal o informal y que implica sanciones en caso de incumplimiento.³⁸ De acuerdo con Delmer, se trata de la obligación de los servidores públicos de dar cuentas, explicar y justificar sus actos al público, en tanto que éste es el último depositario de la soberanía en una democracia.³⁹ Ha sido definido también como la capacidad de las instituciones políticas para hacer responsables a los gobernantes de sus actos y decisiones, en los distintos niveles de poder.⁴⁰ Aun cuando podrían parecer similares, la diferencia radica en que la responsabilidad es la parte que vincula a la obligación prevista por el ordenamiento jurídico con la sanción, se actualiza para determinar los procedimientos, causales, y demás circunstancias por las cuales puede ser sancionado el servidor público. La rendición de cuentas es la obligación de los servidores públicos de explicar su actuación, misma que se realiza mediante diversos supuestos como los informes públicos, la fiscalización, la protesta constitucional o el régimen de responsabilidades. Es

³⁸ Ugalde, Luis Carlos, *La rendición de cuentas en los gobiernos estatales y municipales*, Auditoría Superior de la Federación, serie Cultura de la Rendición de Cuentas, 2002, p. 9. El mismo autor sostiene que el término rendición de cuentas es un constreñimiento del concepto anglosajón *accountability*, mediante el cual se describe la sujeción a la obligación del responsable de dar cuentas y responder preguntas.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ Crespo, José Antonio, *Fundamentos políticos de la rendición de cuentas*, México, ASF, núm. 1, serie Cultura de la Rendición de Cuentas, 2001, p. 7. En esa ocasión Crespo menciona como fundamentos políticos de la rendición de cuentas la naturaleza humana y desconfianza política, la distribución del poder, la división de poderes, la alternancia y juego electoral, el papel político de la prensa, la elitización de la política y el sistema de vigilancia mutua.

la obligación en sí misma, en tanto que la responsabilidad es el vínculo entre obligación y sanción.

Como se ha señalado, la fiscalización es una de las partes que componen la rendición de cuentas. De lo anterior se desprende que el concepto de rendición de cuentas es el género global, y que la fiscalización es una de las diferencias específicas.

II. PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

1. *Responsabilidad y democracia. Un alegato sobre la legalidad y la discrecionalidad de los servidores públicos en el Estado democrático*

La reforma a la Constitución de 1982 que reestructuró el sistema de responsabilidades planteó desde la exposición de motivos el tema del vínculo entre democracia y responsabilidad. El texto de la iniciativa señalaba que “la irresponsabilidad del servidor público genera ilegalidad, inmoralidad social y corrupción; ...erosiona el Estado de derecho y actúa contra la democracia.” Por su cuenta, la doctrina mexicana ha señalado que la exposición de motivos de esta ley reconoció al Estado como un ente sometido al derecho, y reiteró el carácter histórico del Estado de derecho al vincularlo con la dinámica democrática, asimilándolo con el Estado constitucional y democrático de derecho.⁴¹ Resulta curioso cómo el esquema del México autoritario utilizaba el término democracia para justificar el sistema de responsabilidad de los servidores públicos, cuando uno de los reclamos más importantes consistía precisamente en la falta de herramientas democráticas. Por consiguiente, pensamos que en el actual esquema de consolidación democrática es factible repensar el sistema de responsabilidades bajo las premisas del principio jurídico democrático.

⁴¹ Juárez Mejía, Godolfino Humberto, *op. cit.*, nota 12, pp. xviii y xix.

Los principios tienen una doble fuerza normativa en el ordenamiento jurídico: primero, como aplicación directa de los textos constitucionales, y segundo, por ser orientadores en la aplicación de reglas. La responsabilidad tiene, como principio jurídico, íntimos vínculos con la democracia, principio jurídico también. En efecto, el proceso de transición democrática pasa revista por una adecuada rendición de cuentas. La razón es muy sencilla: los regímenes no democráticos, cualquiera que éstos sean (sultanistas, autoritarios, posttotalitarios o totalitarios), encuentran en la opacidad y en la impunidad herramientas de elusión de la responsabilidad. Por un lado, el derecho se constituye en un discurso opaco que impide a los ciudadanos comprender el significado formal y real de las normas jurídicas. Los regímenes autoritarios fomentan este tipo de discurso a fin de implantar su modelo de sociedad y utilizan al derecho como un instrumento de dominio. Por otro lado, al no existir reglas claras para exigir la responsabilidad de los servidores públicos o cuando las reglas existentes son poco eficaces, la impunidad se abre paso en el acontecer cotidiano de la sociedad. Al no haber reglas claras para el control gubernamental, la impunidad termina fomentando la corrupción y ésta, a su vez, el proceso de opacidad en una espiral ascendente incompatible con un régimen democrático.

En ese marco, la responsabilidad y la rendición de cuentas son elementos inseparables de una concepción mínima de democracia. Para sostener esta afirmación es necesario definir qué se entiende por democracia desde una perspectiva procedimental. En otras palabras: la democracia es un procedimiento. Esta idea del procedimiento no debe dejar de lado el hecho de que, como ha mencionado Aragón, la inclusión de la democracia en el contenido de la Constitución obliga a dotar al término de significado jurídico. Esto implica que existirá democracia sólo si se cumple una serie de pasos presupuestos. Para Norberto Bobbio, la democracia se encuentra caracterizada por un conjunto de reglas que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colec-

tivas y mediante qué procedimientos.⁴² Para el maestro de Turín, el sistema será más democrático cuando exista un mayor número de interesados autorizados para tomar las decisiones. Por otra parte, el procedimiento para tomar la decisión es, evidentemente, la regla de la mayoría: para que las decisiones de un grupo se consideren como válidas y obligatorias éstas deben ser aprobadas —cuando menos— por la mayoría.

Luigi Ferrajoli⁴³ establece dos tipos de democracia: la formal y la sustancial. La primera coincide con el planteamiento bobbiano ya que es un procedimiento que establece el *quién* y el *cómo* de las decisiones, quién toma las decisiones y mediante qué procedimientos. El elemento fundamental en Ferrajoli es la democracia sustancial que él interpreta como el *qué* de la decisión, esto es, qué puede ser decidido por las mayorías. Para el maestro de Camorino, la democracia sustancial es el límite de lo decidible. Ello implica que existen ciertas cuestiones que ninguna mayoría, bajo ninguna circunstancia, puede decidir. Ese límite a la voluntad de las mayorías son los derechos fundamentales, tanto individuales como sociales. Ninguna mayoría puede decidir vulnerar un derecho individual y tampoco en ningún supuesto puede decidir dejar de satisfacer un derecho social.

Robert Dahl considera que un régimen es democrático cuando reúne por lo menos los siguientes elementos: la renovación de élites; la decisión de qué élite gobernará, tomada mediante elecciones libres, abiertas, competitivas y transparentes; y la tutela y protección de los derechos fundamentales. Cuando nos referimos al término democracia lo hacemos pensando en este modelo, por consiguiente, al plantear que la interpretación electoral debe incorporarse a la cosmovisión del derecho en la transición democrática, nos referimos precisamente a que debe incorporar los siguientes criterios: una interpretación funcional que posibilite la

⁴² Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 24.

⁴³ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, capítulo primero.

renovación de élites, la realización de elecciones abiertas y, sobre todo, la protección de los derechos fundamentales, principalmente los de carácter político.

En ese orden de ideas, la Comisión de Derechos Humanos, de la ONU en su resolución 1999/57, ha señalado como derechos políticos de los ciudadanos contar con instituciones transparentes y responsables. Por consiguiente, si un sistema democrático es aquel que protege los derechos fundamentales, y un derecho fundamental de carácter político es contar con un sistema de instituciones transparentes y responsables, entonces es óbice que un sistema democrático será aquel que permita y promueva una adecuada rendición de cuentas en sus instituciones.

Lo anterior implica tanto la existencia de mecanismos adecuados de sanción y combate a la corrupción y a la impunidad, como que los ciudadanos perciban que el proceso recaudador de ingresos y distribuidor de egresos del aparato estatal es adecuado. Mayer Sierra ha mencionado que en los sistemas democráticos, el proceso legitimatorio del Estado al recaudar no es sencillo. El ciudadano percibe el costo de pagar los impuestos y no necesariamente los beneficios del ejercicio gubernamental.

Sin embargo, la rendición de cuentas en las sociedades democráticas va adquiriendo día a día mayor relevancia. Posiblemente por dos razones: en primer lugar, las sociedades democráticas requieren para su autofortalecimiento contar con reglas claras que imposibiliten la opacidad y la impunidad en el ejercicio gubernamental y, por otra parte, a través de sus medios de comunicación, partidos políticos y organizaciones sociales, están atentas a la dinámica gubernamental para impedir excesos. Es práctica común en las naciones democráticas la publicidad de las denuncias de corrupción con el doble propósito de evidenciar excesos en el grupo en el poder y de inhibir este tipo de prácticas. Siempre será mejor un Estado abierto a uno autoritario que oculte las prácticas de corrupción.

Consideramos que poco a poco los órganos electorales van dejando su centralidad a los órganos fiscalizadores o de acceso a la información pública. La labor de estos órganos empieza a tomar una posición predominante en el debate político y académico.⁴⁴ Este tipo de órganos son los que otorgan legitimidad al ejercicio gubernamental al demostrar las irregularidades y proponer las modificaciones en los esquemas administrativos. Por supuesto, la sola existencia de los órganos de control no legitima al régimen, es necesario que los órganos funcionen en forma autónoma, apartidista y técnica, sin permitir el control político de los resultados.

2. La costumbre administrativa y el principio de legalidad

Uno de los vicios más adentrados en la cultura administrativa es la costumbre. No por la costumbre en sí, sino por la solidificación de la vida institucional. Las prácticas administrativas poco a poco se han tornado rutinarias, por lo que el aspecto jurídico y la mejora regulatoria, para los operadores administrativos, va diluyendo su posición dominante para dar lugar a la costumbre. La rigidez de la administración pública, su jerarquización, las prácticas autoritarias, y el castigo a la disidencia impiden al operador administrativo cuestionar —y cuestionarse— sobre la legalidad de los procedimientos. Por tal motivo, una forma de mantener el *status quo* es, precisamente, aplicar los mismos procedimientos que los antecesores y no incorporar esquemas modernos como la mejora regulatoria.

⁴⁴ A guisa de ejemplo, en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, una de las conclusiones de la mesa 6, que analizó las relaciones entre gobierno y congreso, fue “reforzar los instrumentos de control con que cuentan las asambleas legislativas para fiscalizar la acción del gobierno”. Márquez Romero, Raúl, *Conclusiones y relatorías del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 22.

Esto tiene una explicación lógica: los servidores públicos que han ido ascendiendo en el escalafón (cuando esto ocurre), no se encuentran muy conformes con que quienes ocupen sus cargos dentro de la administración señalen las irregularidades de su gestión. Irregularidades que no necesariamente tienen que ver con manejos opacos o patrimonialistas de las instituciones, sino muchas veces por la ausencia de reglas jurídicas en los procedimientos ordinarios. Por tal motivo, se persigue una continuidad en la operación de la administración.

Sin embargo, esta lógica debe replantearse. La costumbre no se puede encontrar por encima de los ordenamientos jurídicos. En tal virtud, se considera que un Estado democrático debe pugnar por prácticas democráticas al interior que permitan a los servidores públicos innovar, dentro de los parámetros de la ley y la normatividad interna, formas diversas de aplicación de las normas jurídicas. Esto implica un replanteamiento de las normas administrativas y de los espacios de discrecionalidad, con la intención de minimizar estos últimos y sancionar los actos arbitrarios. Para tal fin es necesario distinguir entre los conceptos de discrecionalidad y arbitrariedad, a los que nos referiremos a continuación.

3. Discrecionalidad y arbitrariedad.

Las esferas no controladas

En la actividad administrativa cotidiana existen dos tipos de actividades discrecionales de la administración. Por una parte están las derivadas de la ley, esto es, tanto las facultades abiertas como las facultades implícitas que abren el abanico de oportunidades de accionar de los servidores públicos. En el primer caso se trata de reglas jurídicas que otorgan competencia a los servidores públicos en aquellos casos no previstos expresamente por la norma. En el segundo caso se trata de todas aquellas facultades que la administración pública debe cumplir para estar en aptitud jurídica de dar cabal aplicación a las normas expresamente confe-

ridas por la ley.⁴⁵ El segundo tipo son las metanormativas, que se explican por la amplia gama de actividades de la administración pública que no se encuentran englobadas en las disposiciones jurídicas de cualquier nivel (constitucionales, legales, reglamentarias o administrativas) y que no son susceptibles de ser sancionadas por la vulneración a una norma en términos de las leyes de responsabilidades de los servidores públicos.

Ambos espacios de actuación estatal forman el contorno de lo discrecional de la actividad administrativa. Sin embargo, ¿qué significa el término discrecional y cómo se distingue de lo arbitrario? La discrecionalidad ha sido definida por la doctrina como la facultad que tienen los órganos del Estado para determinar su actuación o abstención con vistas a la oportunidad, necesidad técnica, equidad o razones determinadas que puede apreciar en cada caso con los límites que marca la ley.⁴⁶ Rentería⁴⁷ considera a la discrecionalidad como la manera de individualizar la propia línea de acción en relación con un determinado fin. Esta amplitud en el ejercicio de las facultades representa una delgada línea entre la discrecional-

⁴⁵ Al respecto, la tesis de jurisprudencia “FACULTADES IMPLÍCITAS Y EXPLÍCITAS. MULTAS”, en su parte conducente refiere que: “en un sistema constitucional como el nuestro, de facultades específicamente otorgadas a las autoridades, de manera que sólo pueden hacer lo que la ley les permite, a diferencia del particular, que puede hacer todo lo que la ley no le prohíbe, se debe estimar que las autoridades, para actuar con competencia en términos del artículo 16 constitucional al causar perjuicios o molestias a los particulares, deben actuar con facultades legales que les hayan sido otorgadas en la Constitución o en alguna ley. Por una parte, si hay cierto tipo de facultades que se otorgan en forma genérica, de manera que las autoridades no pueden actuar fuera de los fines, objetivos y materia que se les señalan, pero que al mismo tiempo, por la naturaleza misma de la facultad otorgada, resulta imposible que la propia Constitución contenga todos los elementos y matices de la facultad otorgada, y en estos casos, se deben estimar constitucionalmente otorgadas todas las facultades implícitas en las expresamente otorgadas, entendiendo por implícitas aquellas facultades sin las cuales sería nugatorio, o estéril, o se vería sustancialmente mermada la facultad que expresamente se otorgó...”. (Las cursivas son nuestras).

⁴⁶ Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, México, Porrúa, p. 1002.

⁴⁷ Rentería, Adrián, *op. cit.*, nota 9, p. 38.

lidad y la arbitrariedad. El factor que determina de qué lado de la línea nos encontramos es precisamente la ley y más propiamente la interpretación de la ley bajo el prisma constitucional.

La idea de discrecionalidad tiene relación con la elección. Existe un halo de discrecionalidad cuando la autoridad administrativa puede escoger entre una serie de alternativas jurídicamente válidas, para aplicar una norma jurídica al caso concreto. Si estamos de acuerdo con lo anterior, la discrecionalidad se ubica como un problema de interpretación de la norma, en la que la disposición jurídica faculta al servidor público a actuar con un número limitado de posibilidades. Por consiguiente, un acto discrecional del Estado podrá ser democrático o autoritario dependiendo de los criterios empleados en su aplicación. Consideramos que lo ideal es que la administración pública utilice percepciones democráticas liberales y pragmáticas que maximicen el ejercicio de los derechos fundamentales.

El otro problema radica en determinar qué actos de la administración pública pueden considerarse discrecionales y qué alcance pueden tener. Como se ha mencionado, la discrecionalidad encuentra su límite en la ley, por lo que las alternativas que se toman fuera del marco normativo no son actos discrecionales de la autoridad administrativa, sino actos arbitrarios. El control de ese tipo de actos se da precisamente a través de los instrumentos fiscalizadores de la actividad de los servidores públicos.

Un último problema radica en el debate sobre la oportunidad del ejercicio discrecional. Como ha mencionado Guy Peters,⁴⁸ para cierto sector de la doctrina, el incremento de la flexibilidad y la discrecionalidad es una solución para los problemas de la administración, sin embargo esta perspectiva no es apoyada por los grupos que persiguen un mayor control de ésta. Es más, existe un problema histórico en esta concepción. Consideramos que no se puede transitar de un estado absolutista carente de normatividad

⁴⁸ Peters, Guy, *La política de la burocracia. Nuevas lecturas de política y gobierno*, estudio introductorio de José Luis Méndez, México, FCE, 1999, p. 450.

o, en última instancia, de fuerza normativa, a un estado de desregularización. Previamente debe pasarse por un estado de regulación absoluta. Esto se ejemplifica con el devenir histórico: la evolución del Estado absolutista hasta el proceso de adelgazamiento del Estado pasó por una etapa de regulación (el Estado de derecho decimonónico) y por un Estado omnipresente (el Estado de bienestar).

Por su parte, la arbitrariedad se encuentra más allá del límite de lo decidible. Es el resultado de un proceso cultural propio de los autoritarismos; significa que los servidores públicos asuman una actitud de desprecio a la norma y a los controles de la misma. El servidor público es irresponsable en el proceso de interpretación de la norma, se asume irresponsable a través de la delegación de facultades a sus subordinados, quienes vulneran la norma por instrucción del superior jerárquico.

Por lo mismo, debe establecerse un mecanismo de control de las decisiones sustanciales de la administración, posiblemente a través de la fuerza normativa de los principios. El control de los actos discrecionales debe darse a partir de los siguientes elementos: a) fundamentación y motivación de los actos, b) publicidad de la actividad administrativa, c) maximización de derechos, y d) personalización de la actividad genérica del Estado a través de sus individuos concretos.

4. *La interpretación en materia de responsabilidades*

Consideramos que no debemos perder de vista el fenómeno de la interpretación jurídica y el mecanismo que sigue en el ámbito punitivo. El artículo 14 constitucional establece que en materia punitiva queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.⁴⁹ Por

⁴⁹ “*NULLA PENA SINE LEGE*. La imposición de penas sin ninguna base legal, por no existir disposición alguna que castigue el acto por el cual se imponen, o

consiguiente, el argumento por analogía, que Perelman ha definido como un argumento con similitud de estructuras, se encuentra prohibido en materia punitiva.

El mismo numeral constitucional sostiene que nadie puede ser privado de su vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. Esto significa que los procedimientos que impongan sanciones deben encontrarse establecidos en normas o, en su caso, la norma debe delegar en un ordenamiento inferior. La doctrina y la interpretación de la Suprema Corte⁵⁰ han

sin que el acto que les da origen esté exactamente comprendido en las disposiciones legales que lo castiguen, importa una violación de los artículos 14, 16 y 21 constitucionales”.

Palma Medina Augusto y coags., p. 638, 9 votos, 9 de abril de 1920. Quinta época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, t. vi, p. 638.

“TURISMO, FOMENTO AL. MULTAS. Decir que la quejosa está obligada a colaborar con la política nacional de fomento al turismo, y multarla con base en que violó esa obligación por no proporcionar datos relativos al registro nacional de turismo, es una aplicación de una pena a una infracción imprecisamente definida, lo que resulta contrario al artículo 16 constitucional. La sentencia reclamada está identificando dos situaciones diferentes: a) proporcionar datos, y b) colaborar al fomento del turismo. Es posible que los datos sean necesarios para esa colaboración, pero también es posible que no lo sean. Luego se puede decir que la multa, en las condiciones señaladas apoyada en la violación a la fracción ii del artículo 29 de la Ley Federal de Fomento al Turismo, carece de la debida fundamentación legal a que se refiere el artículo 16 constitucional, por indefinición de la infracción legal, lo que implica una violación al principio *nulla pena sine lege*”.

⁵⁰ “FACULTADES IMPLÍCITAS Y EXPLÍCITAS. MULTAS. En un sistema constitucional como el nuestro, de facultades específicamente otorgadas a las autoridades, de manera que sólo pueden hacer lo que la ley les permite, a diferencia del particular, que puede hacer todo lo que la ley no le prohíbe, se debe estimar que *las autoridades, para actuar con competencia en términos del artículo 16 constitucional al causar perjuicios o molestias a los particulares, deben actuar con facultades legales que les hayan sido otorgadas en la Constitución o en alguna ley*. Por una parte, sí hay cierto tipo de facultades que se otorgan en forma genérica, de manera que las autoridades no pueden actuar fuera de los fines, ob-

reconocido el principio de que las autoridades no pueden imponer sanción alguna que no se encuentre contenida en las normas.

Por otra parte, tenemos que la actividad del juez en un Estado constitucional de derecho es creativa. Esta creatividad tiene un límite, que es precisamente la interpretación estricta en materia punitiva, por lo que es pertinente ahondar en este aspecto.

jetivos y materia que se les señalan, pero que al mismo tiempo, por la naturaleza misma de la facultad otorgada, resulta imposible que la propia Constitución contenga todos los elementos y matices de la facultad otorgada, y en estos casos, se deben estimar constitucionalmente otorgadas todas las facultades implícitas en las expresamente otorgadas, entendiendo por implícitas aquellas facultades sin las cuales sería nugatorio, o estéril, o se vería sustancialmente mermada la facultad que expresamente se otorgó. Y, aun tratándose de las facultades legislativas del congreso, por ejemplo, que están sólo sucintamente enunciadas en el artículo 73 constitucional, la doctrina ha dicho que si el fin de la ley es legítimo, y si está dentro de los objetivos señalados en la Constitución, y los medios escogidos en la ley son claramente adecuados para alcanzar esos objetivos, y además no sólo no están prohibidos, sino que son compatibles con la letra y el espíritu de la Constitución, esa ley es constitucional. Pero hay otros campos en los que las facultades se otorgan en forma restrictiva, de manera que no puede hablarse ahí de facultades implícitas, y sólo se puede admitir que se ejerciten las facultades expresa y limitativamente otorgadas. Es el caso de las normas que imponen cargas fiscales, reconocido en el artículo 11 del Código Fiscal de la Federación y emanado primordialmente de la fracción iv del artículo 31 constitucional, conforme a la cual ningún cobro se puede hacer por la vía económico-coactiva ni aplicarse ninguna otra sanción a un particular, sin acudir a los tribunales previamente establecidos (como excepción a lo dispuesto en el artículo 14 constitucional), si no está claramente determinado en una ley, sin que las autoridades administrativas puedan ampliarse sus facultades al respecto por razones de interés público, o de conveniencia en el ejercicio de sus facultades, ni por ningunas otras. *En el caso de las multas y sanciones administrativas se est, evidentemente en la segunda hipótesis de las examinadas, y las facultades para imponer sanciones, así como las sanciones mismas y las hipótesis en que procede su aplicación, deben estar expresa y explícitamente enunciadas en la ley, sin que se pueda ampliar ni facultades, ni sanciones, ni hipótesis de infracción, ni por analogía, ni por mayoría de razón, ni porque indebidamente se estime que el que puede lo más debe poder lo menos.* Luego, para imponer las sanciones a que restrictivamente se refiere el artículo 23, fracción vi, del Reglamento Interior de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos (sin analizar aquí si es el congreso el que debe fijar las facultades de los órganos de autoridad del Ejecutivo, o si éste puede por sí y ante sí ampliarlas, otorgarlas o

La interpretación en materia punitiva debe ser restrictiva desde una óptica de la consistencia del sistema jurídico (en términos de MacCormick), deben considerarse los mandatos suprale-gales e infraconstitucionales, esto es, los tratados internacionales signados por México, particularmente los relativos a la protección de los derechos humanos. Por ejemplo, en términos de la Convención Americana de Derechos Humanos resulta aplicable la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, que precisa que los ac-

modificarlas), con base en ese precepto sólo tiene facultades el director general de control y vigilancia forestal, sin que pueda asumirlas el secretario del ramo por analogía ni por mayoría de razón, ni por poder lo más, como superior de quien puede lo menos, porque esto violaría el sistema de facultades restringidas para imponer sanciones cobrables por la vía económico-coactiva, o imponibles sin acudir a los tribunales previamente establecidos”. (Las cursivas son nuestras).

Así como las siguientes: “MULTAS. Si las que impongan las autoridades administrativas no se ajustan estrictamente a la ley, contra ellas procede conceder el amparo”.

Quinta época, tomo XII, pág. 214. Agente del Ministerio Público del sexto circuito. Tomo XII, pág. 440. Durán Carlos M., tomo XIII, pág. 750. Agente del Ministerio Público del sexto circuito. Tomo XIX, pág. 1187. Téllez Corona Francisco. Tomo XVIII, pág. 69. Gonzalez Eusebio”.

“INFRACCIONES. SANCIONES IMPUESTAS POR AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. FUNDAMENTACIÓN. Si bien, conforme al artículo 21 constitucional, tienen facultades para castigar las faltas, también lo es que deben fundar debidamente sus determinaciones, citando la disposición municipal, gubernativa o de policía cuya infracción se atribuye al interesado, y si no cumplen con tales requisitos, violan las garantías consignadas en el artículo 16 de la Constitución”.

Quinta época: Amparo en revisión 529/21. Rogelio Gómez y hno. 20 de julio de 1927. Unanimidad de ocho votos.

Amparo en revisión 4677/28. Alba Valenzuela Ezequiel. 10 de septiembre de 1930. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo en revisión 2689/31. Tiburcio Felipe. 3 de enero de 1933. Cinco votos.

Amparo en revisión 2054/34. Gómez Federico. 7 de diciembre de 1934. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo en revisión 573/33. Suárez Petra. 15 de mayo de 1935. Unanimidad de cuatro votos.

Nota: En los Apéndices 1917-1954 y 1917-1965, aparece con el rubro: “AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS”. Quinta época, segunda sala, Apéndice de 1995, tomo III, parte SCJN, tesis 86, página 6”.

tos normativos mediante los cuales se pretenda restringir un derecho fundamental deben estar plasmados en ley, entendiendo por ésta a los actos normativos enderezados al bien común emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo.

Por consiguiente, parece indiscutible que en el sistema de responsabilidades de los servidores públicos (penal, político y administrativo) la interpretación de las normas debe ser restrictiva. El problema surge nuevamente en el ámbito de la responsabilidad resarcitoria, ¿qué tipo de interpretación debe prevalecer en este esquema de responsabilidad? La situación se complica si consideramos que el grado de certeza jurídica requerido es menor en el ámbito civil donde la duda razonable es suficiente para sancionar a un individuo por el incumplimiento de una obligación, y mayor en el punitivo en el cual es necesaria la acreditación de todos los elementos del tipo y la responsabilidad del presunto infractor.

5. Responsabilidad y principios de la administración pública

La discusión sobre la existencia o no de principios en el ordenamiento jurídico ha estado vigente en el ánimo de los juristas. Existen dos posiciones: la que considera que no hay principios dentro del ordenamiento jurídico, porque ello equivaldría a aceptar una relación entre la moral (cuyo objeto son los principios) y el derecho (cuyo objeto son las reglas). Esta posición, propia de los positivistas, tiene su contraposición en la aplicación de la teoría principalista, propia del constitucionalismo moderno, que esgrime como argumento primario la existencia de principios y reglas constitucionales en forma autónoma unos de otras.

La importancia de los principios es vital en la normatividad de una Constitución. Recordemos que Karl Loweinstein⁵¹ acuñó pa-

⁵¹ Loweinstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, España, Ariel, 1983, pp. 216 y ss.

ra el derecho constitucional la clasificación de las Constituciones en normativas, semánticas y nominales. La Constitución normativa es aquella en la que el contenido del texto se refleja fielmente en el contexto político; la Constitución nominal es aquella en que el texto constitucional no se ajusta al poder, sin embargo, su objetivo es convertirse en una Constitución normativa; y finalmente, la Constitución semántica es aquella en la que existe una disparidad absoluta entre el texto y el poder político, en beneficio de las élites en el poder.

Cuando Loweinstein realizó esa clasificación, entendió que la Constitución sería normativa siempre y cuando fuera en realidad aplicada. La doctrina ha considerado, lo cual no es nuevo, a la Constitución mexicana como el ejemplo de una Constitución nominal que, por tanto, no responde al modo operativo del sistema político. Jaime Cárdenas⁵² ha señalado que no existe una Constitución normativa en nuestro país por: 1) la ausencia de consensos en la construcción de las cartas fundamentales mexicanas, que se reflejaron en un diseño institucional atroz, carente de un adecuado sistema de pesos y contrapesos, y 2) la perversión de que ha sido objeto la Constitución por parte del sistema político mexicano. Ambas circunstancias se reflejan en la presencia de un régimen no democrático de gobierno, incompatible con una Constitución normativa, que requiere precisamente de un elemento extra-jurídico que consiste precisamente en el régimen democrático. No obstante, existen voces que se alzan en defensa de la Constitución del 17 señalando que el citado cuerpo constitucional ha sido aplicado en parte, y por tanto, nos encontramos ante una Constitución *parcialmente normativa* o de *aplicación parcial*.

La Constitución es pletórica de principios. Si analizamos la Constitución en su conjunto, encontramos que en diversos preceptos existen disposiciones que pueden catalogarse como principios. El catálogo de derechos humanos, las menciones a la

⁵² Cárdenas Gracia, Jaime, “Hacia una Constitución normativa”, *El significado actual de la Constitución*, México, UNAM, 1998, pp. 103 y ss.

soberanía popular, a la forma de gobierno republicana y democrática, a la forma federal de Estado, los principios rectores en materia electoral, los principios de constitucionalidad y legalidad a los que se refiere la fracción IV del artículo 41 relativa al sistema de medios de impugnación en materia electoral, la división de poderes, los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia que rigen la carrera judicial del Poder Judicial de la Federación (artículo 100), al municipio libre, los principios de eficacia, eficiencia, imparcialidad, honradez y economía para el manejo de los recursos federales (artículo 134), etcétera, cumplen con las características de los principios a los que se refería Zagrebelsky.

El derecho administrativo disciplinario no escapa a la relación principios-reglas. Existen una serie de principios que contemplan tanto la Constitución como las leyes que inciden en la materia, y debido a que la interpretación de la Constitución tiene que hacerse como un todo armónico, la interpretación debe explicar los principios de la responsabilidad de los servidores públicos de conformidad con el texto supremo.

Los principios se encuentran elevados a la categoría de rango constitucional en los artículos 109, 113 y 134 de la Ley Suprema. Los artículos 108 y 113 se refieren a los principios a los que deben sujetarse los servidores públicos, en tanto que el 134 se aplica a los procedimientos de adquisición de bienes y servicios por parte de la administración pública en cualquiera de sus modalidades, incluyendo a los órganos autónomos y los poderes distintos al Ejecutivo. Los principios son:

1. Legalidad. Cualidad de legal. Legal significa prescrito por la ley y conforme a ella.⁵³ Este principio implica la sujeción de la autoridad para ejercer sus funciones de acuerdo con un modelo previamente establecido por un cuerpo competente.

⁵³ Real Academia de la Lengua, *op. cit.*, nota 22, p. 1240.

2. Honradez (109, 113, y 134). Implica la rectitud de ánimo, integridad en el obrar.⁵⁴ Andrade define dicho principio como la forma de comportarse de quien cumple con escrúpulos sus deberes profesionales. Para el autor no sólo se trata del aspecto económico de ejercicio abusivo, sino, en general, del comportamiento responsable del administrador público.⁵⁵
3. Lealtad. Gramaticalmente significa el cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y del honor, y hombría de bien.⁵⁶
4. Imparcialidad. Gramaticalmente falta de designio anticipado o de prevención a favor de las personas o las cosas.⁵⁷ José Ovalle Favela⁵⁸ considera que “la imparcialidad es una condición esencial para el ejercicio de la función jurisdiccional, que debe satisfacer no el órgano en sí, sino la persona o personas que sean titulares de aquél: los jueces o los magistrados”. García de Enterría⁵⁹ la considera como un principio general del procedimiento administrativo que se encuentra garantizada por el deber de abstención de la persona. Se ha señalado que la imparcialidad implica la condición o calidad de una persona para ejercer un cargo, la obligación de actuar sin favorecer o perjudicar a nadie, con sujeción a la ley; implica un actuar y existe la posibilidad legal de exigir que el funcionario deje de actuar en caso de par-

⁵⁴ *Ibidem*, p. 1121.

⁵⁵ Andrade Sánchez, Eduardo, “Comentario al artículo 134 constitucional”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, UNAM, p. 647.

⁵⁶ Real Academia de la Lengua, *op. cit.*, nota 22, p. 1237.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 1144.

⁵⁸ Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, México, Harla, 1996, p. 145.

⁵⁹ García de Enterría, Eduardo, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, t. II, p. 382.

cialidad, lo cual constituye una garantía para la autoridad y los ciudadanos.⁶⁰

5. Eficiencia (109, 113 y 134). Virtud y facultad para lograr un efecto determinado.⁶¹ Eduardo Andrade define la eficiencia como la virtud administrativa consistente en alcanzar los fines propuestos con el uso más racional posible de los medios existentes, dicho de otra manera, obtener el fin al menor costo posible.⁶²
6. Eficacia (134). Virtud, actividad, fuerza y poder para obrar.⁶³ Andrade señala que la eficacia es la obtención del resultado práctico deseado. Ésta se distingue de la eficiencia en razón de que no todas las acciones se rigen por un análisis de costo beneficio, por lo que en determinadas circunstancias se exige del administrador una respuesta inmediata a los problemas, respuesta que puede ser de un costo superior.⁶⁴
7. Economía (134). Gramaticalmente implica la administración recta y prudente de los bienes.⁶⁵
8. La idoneidad del gasto. Andrade lo menciona como un último principio no explícito sino implícito, que consiste en la relación de adecuación que debe existir entre el empleo de los recursos económicos que se administran y los objetivos de la administración.⁶⁶

⁶⁰ Nieto, Santiago y García, Alan, “Imparcialidad y libertad de expresión. Un alegato a favor de las libertades”, *Estudios jurídicos en torno al IFE*, México, UNAM, 2000, p. 95.

⁶¹ Real Academia de la Lengua, *op. cit.*, nota 22, p. 792.

⁶² Andrade Sánchez, Eduardo, *op. cit.*, nota 55, p. 646.

⁶³ Real Academia de la Lengua, *op. cit.*, nota 22, p. 792.

⁶⁴ Andrade Sánchez, Eduardo, *op. cit.*, nota 55, p. 647.

⁶⁵ Real Academia de la Lengua, *op. cit.*, nota 22, p. 787.

⁶⁶ Andrade Sánchez, Eduardo, *op. cit.*, nota 55, p. 647.

6. *Motivación, fundamentación y justificación de las decisiones de la administración pública*

Para el caso de México, principalmente para el derecho administrativo, el servidor público debe considerar que su decisión esté debidamente justificada; esto lo deben entender los abogados positivistas tradicionalistas no sólo como la fundamentación y motivación de los actos administrativos, sino que la motivación corresponda a los fines de la rama del derecho y que se justifiquen socialmente dichas resoluciones. La distinción radicaría en que la fundamentación y la motivación son perspectivas internas del derecho, una para establecer el precepto aplicable al caso concreto y la otra para establecer la relación entre la conducta y el precepto. Sin embargo, la justificación es de carácter externo: tiene que ver con la legitimidad que producen las consecuencias de la decisión administrativa en el ámbito social.

Como ha mencionado Aarnio,⁶⁷ citando a Bergholtz, la obligación formal de dar razones ha existido siempre. Sin embargo, la justificación es un proceso más amplio que corre paralelo a la democratización de los países occidentales. Mientras más abierta es la sociedad y la sociedad jurídica, mayores posibilidades tendrán de rebatir los argumentos de los tribunales e influir en la toma de decisiones políticas. Se trata de un proceso de exigencia de mejores y mayores razonamientos.

Coincidimos plenamente con Brage Camazano, quien señala que:

la legitimidad y autoridad reposa de manera primordial en la fundamentación clara de sus decisiones, precisamente porque no son legisladores... sino justamente tribunales, que no actúan ni libre ni soberanamente, sino sólo como comisionados del poder consti-

⁶⁷ Aarnio, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, 2a. ed., México, Fontamara, 2000, p. 44.

tuyente, encargados de interpretar la Constitución, a la que deben imputarse sus decisiones.⁶⁸

Esto bien puede trasladarse al ámbito del derecho administrativo: las decisiones de la autoridad descansarán en su fundamentación adecuada, tanto en el ámbito interno del derecho como en su ámbito externo.

El ámbito interno es aquel plano de discusión en el que se opera mediante conceptos jurídicos: validez y vigencia. Se trata de una visión exclusiva del sistema jurídico, sin tomar en consideración otro tipo de factores. En ese orden de ideas, el ámbito externo será aquella visión del derecho que dé cuenta de factores políticos, sociales o económicos, es una perspectiva más amplia del fenómeno jurídico. La motivación y la fundamentación se dan en el ámbito interno, sin embargo la justificación racional lo excede y se concentra en el ámbito externo.

En otras palabras, las decisiones del juzgador no sólo deben estar fundadas y motivadas, también deben responder a una verdadera interpretación de la Constitución para que puedan tener legitimidad en la sociedad. Este es el objetivo de la justificación externa: lograr la legitimidad. Además del principio de maximización del texto constitucional (y consecuentemente de los derechos humanos), las decisiones no deberán ser tomadas conforme a criterios particulares, por el contrario, deberán basarse en las experiencias anteriores de la propia autoridad, esto es, sus precedentes, y en una jerarquización entre principios y normas constitucionales. Ello implica que si los precedentes vulneran los principios constitucionales, es dable plantear una mutación en la interpretación que maximice los derechos.

En el derecho administrativo debe hacerse, en primer término, una ponderación de reglas y principios; en segundo lugar, el juzgador debe considerar que su decisión debe estar debidamente

⁶⁸ Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 1998, p. 185.

justificada; y en tercer lugar, hay que partir de que tenemos un criterio de referencia, que es la defensa de los derechos fundamentales de los particulares, toda vez que la actividad del Estado tiene como finalidad lograr el desarrollo social, lo cual sólo puede darse en la medida en que se magnifique la capacidad humana de todos los integrantes del grupo.

III. LAS REGLAS EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

1. *Breves antecedentes del control en México*

Esbozar el sistema de control y responsabilidad de los servidores públicos en México implica forzosamente revisar los esquemas utilizados en distintas épocas, con el fin de obtener una visión de conjunto del *control* en sus diversas facetas. La confección de un sistema de responsabilidades de los servidores públicos y de uno encargado de fiscalizar el gasto público en nuestro actual sistema constitucional hace imperiosa la necesidad de conocer la regulación de que ha sido objeto en las distintas épocas de nuestra historia, para así poder comprender de la mejor manera el sistema vigente. Por tal motivo, a continuación se exponen someramente algunos antecedentes de las instituciones de vigilancia y control.

En la organización azteca destaca la autoridad del *cihuacoatl*, funcionario que tenía a su cargo la administración de la hacienda, cuidando de su distribución y buen empleo, así como de la vigilancia de los tributos que recibía la monarquía azteca.⁶⁹ En la Época Colonial, el Consejo de Indias se encargaba de velar el desarrollo y fomento de la hacienda, fiscalizaba la actuación de los oficiales reales (funcionarios típicos de la hacienda, contador, tesorero, proveedor, etcétera), a través de inspecciones directas o

⁶⁹ Lanz Cárdenas, José Trinidad, *op. cit.*, nota 36, p. 27.

de la revisión de libros de cuentas. El interés de la corona española por instituir un sistema legal de regulación para el funcionamiento de la Real Hacienda implicó el establecimiento de diversas medidas de control tales como las fianzas, los juramentos, inventarios, libros, rendición de cuentas, residencias, visitas, entre otros. Asimismo, se instauraron medios de control generales para los funcionarios de la administración como las instrucciones, el equilibrio de poderes entre virreyes y audiencia, la figura jurídica de la Real Confirmación, medidas tendientes a prevenir o corregir los abusos del poder.

La transformación política del Imperio español trajo consigo la aparición de la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812, Constitución de Cádiz, misma que estableció, en materia de responsabilidades, que la persona del rey era sagrada e inviolable, por lo tanto, estaba exento de responsabilidad. Eran sujetos de responsabilidad los miembros del Poder Ejecutivo, por el tiempo en que durara su administración (Decreto de 24 de septiembre de 1810), asimismo, los secretarios de despacho eran responsables por el desempeño de su encargo ante el Consejo de Regencia, y ante las Cortes por las órdenes que autorizaran o sugirieran contra la Constitución, las leyes o los decretos de las mismas. La responsabilidad de los demás empleados públicos se previó en las “Reglas para hacer efectiva la responsabilidad de los empleados públicos”, siendo materia esencial del juicio de responsabilidad toda clase de infracciones a la Constitución o a las leyes.

En la época del México preindependiente, a través del primer documento mexicano de naturaleza constitucional que no tuvo vigencia en la práctica,⁷⁰ el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana o Constitución de Apatzingán (22 de octubre de 1814), se consagró la responsabilidad de los servidores públicos y el *juicio de residencia* para hacerla efectiva, al que de-

⁷⁰ Soberanes Fernández, José Luis, *Una aproximación a la historia del sistema jurídico mexicano*, México, FCE, 1992.

bía sujetarse todo empleado público cuya conducta durante el desempeño de sus funciones hubiera sido ilícita.⁷¹

En el México independiente, considerando los intereses y circunstancias de la época, con Agustín de Iturbide se emitió el Reglamento Provisional del Imperio Mexicano del 18 de octubre de 1822, con intención de reglamentar el buen orden y seguridad interna y externa del Estado. Este reglamento, al igual que el anterior gaditano, disponía que la persona del emperador era sagrada e inviolable, estaba exento de responsabilidad, y de los actos de su gobierno sólo eran responsables sus ministros. Los altos funcionarios (diputados, ministros, etcétera), podían ser juzgados por las causas civiles o criminales instauradas en su contra, no así por sus opiniones, siendo el Supremo Tribunal de Justicia quien conocía de ellas.

Posteriormente, en la época del México republicano, la Constitución de 1824, suscrita en la Ciudad de México el 4 de octubre de ese año, establecía que eran sujetos a responsabilidad el presidente y vicepresidente de la federación. El primero por delitos de traición contra la independencia nacional o la forma de gobierno establecida, cohecho o soborno, así como por impedir la realización de elecciones; el vicepresidente podía ser acusado por cualquiera de los delitos en que hubiese incurrido durante el tiempo de su encargo. De las acusaciones en contra del vicepresidente conocía, en calidad de gran jurado, la Cámara de Representantes, mientras que para las acusaciones hechas contra el presidente, conocía cualquiera de las dos cámaras, salvo que fuese acusado por actos en que hubiere intervenido el Senado. Por lo que hace a la responsabilidad de los demás empleados públicos, la Suprema

⁷¹ La adopción de diversas medidas de control en los territorios conquistados por parte de la corona española, incluido el juicio de residencia, encuentran su explicación en la necesidad de hacer posible el funcionamiento correcto de los diversos organismos administrativos y judiciales. Se llamaba juicio de residencia a la cuenta que se tomaba de los actos cumplidos por un funcionario público al concluir el desempeño de su encargo, cuyo objeto era averiguar la conducta de las autoridades a quienes comprendía, para lo cual siempre debía procederse de oficio.

Corte de Justicia conocía de las infracciones cometidas por los mismos. El 26 de noviembre de 1824 se creó un Departamento de Cuenta y Razón⁷² de la Tesorería General de la Federación, encargado de controlar la gestión de los fondos públicos.⁷³ Por otra parte, la Contaduría Mayor de Hacienda, que dependía del Poder Legislativo, tenía como función el examen y glosa de las cuentas, contaba con un enfoque *a posteriori* del control de la hacienda pública.

Con la asunción del centralismo mexicano, la Constitución de las Siete Leyes de 1836 consignó la responsabilidad por la comisión de delitos comunes del presidente de la República, de los diputados y senadores, ministros de la Suprema Corte de Justicia, secretarios de despacho, y gobernadores. Una vez acreditada la acusación por la cámara respectiva, se ponía a disposición de la Suprema Corte de Justicia al acusado para ser juzgado, no se podían imponer más penas que la destitución del cargo o empleo, o la inhabilitación perpetua o temporal para obtener algún otro. El 30 de junio de 1840, a través del proyecto de reforma a las Leyes Constitucionales de 1836, se estableció que el presidente de la República no podía ser procesado criminalmente durante su periodo presidencial ni un año después por ningún delito cometido con anterioridad o mientras fungiera en su encargo, a menos que se tratara de traición a la independencia nacional o forma establecida de gobierno, así como trastornar el orden público o impedir a las cámaras el ejercicio de sus atribuciones.

El 12 de junio de 1843, a través de las Bases Orgánicas de la República Mexicana, se estableció, a diferencia de los ordenamientos antes comentados, que el titular del Ejecutivo únicamente podía ser acusado y procesado después de un año de haber cesado en sus funciones por delitos oficiales. El 28 de junio de 1853

⁷² Vázquez Alfaro, José Luis, *op. cit.*, nota 33, p. 136.

⁷³ Asimismo, se instaló una tesorería que funcionaba bajo la dirección de la Cámara de Diputados, era la encargada de distribuir los fondos, hacía las observaciones al Ejecutivo sobre los pagos indebidos y supervisaba las cuentas.

se expidió la Ley Penal para los Empleados de la Hacienda, la cual tipificó los crímenes, delitos y faltas de los empleados de Hacienda.⁷⁴ La Constitución de 1857 dispuso para el presidente de la República Mexicana la responsabilidad únicamente por delitos de traición a la patria, violación expresa a la Constitución, ataques a la libertad electoral y delitos del orden común. La primera Ley sobre Responsabilidades de los Servidores Públicos fue la Ley de 3 de Noviembre de 1870 sobre Responsabilidades de los Altos Funcionarios, expedida bajo la gestión del presidente Benito Juárez.

A partir de la independencia y hasta 1917, la Secretaría de Hacienda fue la dependencia del Ejecutivo Federal encargada de llevar a cabo fundamentalmente el control de los gastos o egresos del gobierno federal, así como de su contabilidad o glosa. Realizó dicho control través de la Tesorería General y de la Dirección de Contabilidad y Glosa, órganos que dado el vínculo de dependencia, limitaban su autoridad para oponerse a las órdenes emanadas de la Secretaría de Hacienda, por lo que mediante la Ley Orgánica de Secretarías de Estado del 25 de diciembre de 1917 se creó el Departamento de la Contraloría.⁷⁵ Éste reemplazó a la Dirección de Contabilidad de la Secretaría de Hacienda, debido a la

⁷⁴ Sobre este particular, eran considerados como crímenes de la hacienda, entre otros, la sustracción fraudulenta de caudales públicos, los actos que tuvieran por objeto defraudar al erario, la inversión en usos propios los caudales del erario; asimismo, se contemplaban como delitos el desidio o abandono habitual de los empleados de la hacienda en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones, así como toda extorsión o vejación que se cometiera en contra de los particulares.

⁷⁵ La creación de la Contraloría obedeció al imperativo de la existencia de un órgano administrativo que interviniera, con la debida independencia y autoridad, entre las oficinas y funcionarios que ordenaban los gastos y aquéllos que se encargaban de ejecutarlos, para garantizar el estricto cumplimiento de las disposiciones del presupuesto y demás relativas al régimen hacendario de la federación. Con ello no se trataba de privar al Ejecutivo de un órgano que le permitiera ejercer internamente un control efectivo sobre el gasto público, sino mejorar los mecanismos, evitando que la persona que mandaba hacer los pagos llevara a cabo la revisión de sus cuentas, como sucedía anteriormente.

necesidad de contar con una oficina que ejerciera una inspección eficaz sobre el manejo de fondos de bienes de la nación a través del control previo, y evitar así que se consumaran actos en perjuicio del erario. Esta institución encontró su justificación en la prevención de pagos indebidos y erogaciones innecesarias a cargo de un órgano de la administración con cualidades de autoridad e independencia.⁷⁶ El 27 de octubre de 1932 se decretó la desaparición del Departamento de Contraloría y la reorganización de la Secretaría de Hacienda⁷⁷ para que asumiera íntegramente las funciones de control, debido a que heredó todas las atribuciones que pertenecían a dicho departamento. La Secretaría de Hacienda ejerció casi la totalidad de las atribuciones de control a través de la Tesorería de la Federación (1933-1934) y de la Contaduría Mayor de la Federación (1935).⁷⁸ A decir de José Trinidad Lanz Cárdenas, en materia de responsabilidades, la función de la Tesorería se orientaba a imponer correcciones disciplinarias a sus funcionarios o empleados que cometieran cualquier falta con motivo de sus funciones, debiendo dar a conocer los hechos al superior jerárquico del empleado o funcionario, y proponer la corrección disciplinaria que en su concepto debía aplicarse. En 1934, la Dirección General de Egresos sustituyó a la Tesorería en el dominio del control de la ejecución del presupuesto, y en 1935 fue creada

⁷⁶ El Departamento de Contraloría se organizaría bajo la forma de departamento especial, independiente de la Secretaría de Hacienda y bajo la dirección del presidente de la República; y examinaría los asuntos relacionados con la auditoría, la contabilidad, los ingresos y egresos de la administración, la deuda pública y las relaciones de la Contaduría Mayor de Hacienda de la Cámara de Diputados.

⁷⁷ Esto obedeció a diversas deficiencias imputadas al citado Departamento de Contraloría, tales como que el secretario de Hacienda carecía de la información fidedigna y oportuna sobre los fondos y valores que le orientaran en la política hacendaria, la excesiva y rigurosa intervención de la Contraloría en las secretarías y departamentos administrativos, la complicación del mecanismo administrativo, la duplicación de labores, etcétera.

⁷⁸ La Tesorería de la Federación era la encargada de la inspección y vigilancia de oficinas, funcionarios y empleados que manejaran fondos, valores o bienes públicos.

la Contaduría Mayor de la Federación que ejercía las funciones de contabilidad federal, auditoría de cuentas, búsqueda y determinación de responsabilidades. Una nueva Ley de Secretarías y Departamentos de Estado fue adoptada el 7 de diciembre de 1946, con lo cual se redujo la esfera de competencia de la Secretaría de Hacienda, marcando el inicio de la dispersión de los elementos de control al transferir algunas de estas facultades a la Secretaría de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa, creada precisamente por dicha ley. Con la nueva Ley de Secretarías de Estado del 23 de diciembre de 1958 se limitó aún más la esfera de atribuciones de la Secretaría de Hacienda, creándose la Secretaría de la Presidencia. Posteriormente, se presenta el marco del Programa de Reforma Administrativa del Gobierno 1976-1982, cuyo contexto jurídico dio sustento a la reforma de 1976, cuando se sientan las bases que habrían de permitir posteriormente la constitución de una dependencia globalizadora de un sistema integrado de control y evaluación. En este marco nace la Secretaría de Programación y Presupuesto⁷⁹ como dependencia que recibe entre otras funciones los sistemas de control, la cual estuvo constituida por varios ordenamientos básicos: la Ley de Control y Evaluación, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal,⁸⁰ la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, y la Ley de Deuda Pública. El 14 de enero de 1980 se publicó en el *D.O.F.* la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito Federal y de los Altos

⁷⁹ Considerada como un órgano central del sistema de planificación y control, cuya misión principal consistía en la elaboración y evaluación del Plan Nacional de Desarrollo; heredó una serie de atribuciones de la antigua Secretaría de la Presidencia. A esta secretaría correspondía incluir dentro de los programas asociados al control global del presupuesto de egresos y de egresos de la federación, a los órganos de contraloría interna encargados de fiscalizar los egresos.

⁸⁰ *DOF* del 29 de diciembre de 1976, que suprimió a la Secretaría de la Presidencia.

Funcionarios de los Estados.⁸¹ En la exposición de motivos del Decreto de Reformas y Adiciones a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal del 29 de diciembre de 1982 se fundan con claridad los propósitos y finalidades de integrar una dependencia exclusiva del sector público, la Secretaría de la Contraloría General de la Federación,⁸² con facultades para normar y vigilar el funcionamiento y operación de las diversas unidades de control con que cuenta la administración pública centralizada y paraestatal, y en su caso, denunciar las irregularidades ante el Ministerio Público.⁸³ Entre 1986 y 1993 se dieron cambios significativos que fueron requeridos por la práctica aplicación legal en la vigilancia de las responsabilidades de los servidores públicos, las modificaciones de orden legal se dieron con las reformas al título cuarto de la Constitución General de la República, reformas a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, la expedición de la Ley Orgánica de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y su Reglamento, y la emisión de acuerdos específicos en los ámbitos administrativo y jurisdiccional. Posteriormente, en 1995 se derogó de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos lo correspondiente a la Suprema Corte de Justicia, ya que en los términos de su Ley Orgánica se reguló lo relativo a las responsabilidades en el ámbito del Poder Judicial de la Federación, y mediante decreto publicado el 12 de diciembre de 1995 se señaló al Consejo de la Judicatura como autoridad competente para aplicarla.

A partir de la reforma a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, a la Ley Federal de Responsabilidades de los

⁸¹ Esta ley es abrogada por la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos del 30 de diciembre de 1982.

⁸² El eje fundamental del sistema integrado de control y evaluación era la Secretaría de la Contraloría General de la Federación. Entre sus atribuciones, de acuerdo con la ley citada, destacan planear, organizar y coordinar el sistema de control y evaluación gubernamental, por lo que era la responsable de coordinar el sistema permanente de mejorar la calidad de la gestión pública.

⁸³ La función principal de dicha secretaría consistió en controlar el funcionamiento de los sistemas administrativo y financiero.

Servidores Públicos y a la Ley Federal de Entidades Paraestatales, publicada el 24 de diciembre de 1996,⁸⁴ se les quitó a los superiores jerárquicos la facultad de sancionar a sus empleados, al señalar que las *contralorías internas* de cada dependencia o entidad serían las competentes para imponer sanciones disciplinarias.⁸⁵ El Plan Nacional de Desarrollo de 1995-2000 estableció, entre otros objetivos, la reestructuración del sistema de control interno en el Poder Ejecutivo, ampliando la facultad de la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo (SECODAM),⁸⁶ dotando a las contralorías internas de autonomía funcional a fin de perfeccionar los mecanismos de supervisión y vigilancia, para garantizar el desempeño honesto, eficiente y responsable de los servidores públicos de la administración pública. Finalmente, el 13 de marzo de 2002 se publica en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se expide la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos (LFRASP), aplicable al ámbito federal, y para el ámbito local en el Distrito Federal seguirán aplicándose las disposiciones de la LFRSP, salvo aquéllas que se opongan a lo establecido por la reciente reforma.

2. El concepto de servidor público

Para comprender mejor los alcances que se pretenden en este trabajo de investigación, consideramos pertinente abordar, de manera general, el concepto que la ley mexicana ha considerado para referirse a los servidores públicos. El tratamiento constitucional del término servidor público encuentra su base en el ar-

⁸⁴ Cabe mencionar que antes de esta reforma se reconocía como autoridad competente, para efecto de aplicar las sanciones, al superior jerárquico, por lo que las contralorías internas sólo podían ejecutar las sanciones en tanto existiese acuerdo por parte del superior jerárquico, con lo cual se hace evidente el detrimento en el fincamiento de responsabilidades.

⁸⁵ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, *op. cit.*, nota 4, pp. 166-170.

⁸⁶ En enero de 1995, las atribuciones de revisión, control, vigilancia y evaluación de la administración pública federal pasaron a la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo.

título 108 de nuestra carta magna, en relación con el artículo 2o. de la LFRASP, y de la LFRSP:

Artículo 108. Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados, y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores públicos del Instituto Federal Electoral, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

El Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común.

Los gobernadores de los estados, los diputados a las legislaturas locales, los magistrados de los tribunales superiores de justicia locales y, en su caso, los miembros de los consejos de las judicaturas locales, serán responsables por violaciones a esta Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales.

Las Constituciones de los estados de la República precisarán, en los mismos términos del primer párrafo de este artículo y para los efectos de sus responsabilidades, el carácter de servidores públicos de quienes desempeñen un empleo, cargo o comisión en los estados y en los municipios.

De dicho precepto constitucional se desprende que se consideran servidores públicos todos aquellos que han sido nombrados para desempeñarse laboralmente en cualquiera de los órganos públicos del gobierno, independientemente de su jerarquía, rango o comisión, de tal suerte que el propósito de la ley es otorgar un trato igualitario a los servidores públicos, y eliminar la idea de fueros o privilegios especiales y así estar en posibilidad de sentar las bases legales para prevenir y sancionar la corrupción en el servicio público.

El servidor público es aquella persona física que ha formalizado su relación laboral con el Estado mediante un nombramiento⁸⁷ previamente expedido por el órgano administrativo competente, y que legalmente lo posibilita para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el gobierno federal, en el gobierno del Distrito Federal, en los gobiernos estatales o en los gobiernos municipales, para así poder demandar, dentro del marco legal fijado, el cumplimiento de las obligaciones que le son inherentes.⁸⁸ Asimismo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2o. de la LFRASP (en el ámbito federal) y LFRSP (nivel local, en el Distrito Federal), se consideran servidores públicos todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos públicos. Aquellas personas físicas o morales que tengan una relación de trabajo con el Estado, la cual no encuentre su origen en un nombramiento expedido por el mismo, sino que la prestación del servicio subordinado al ente público se materialice mediante un contrato de servicios profesionales (contrato por honorarios), ya sea por la naturaleza misma del trabajo o por las necesidades propias del Estado, serán consideradas *servidores públicos*, para efectos de responsabilidad a que alude el título cuarto constitucional, con las características especiales que entraña esta relación laboral, toda vez que la contraprestación por las actividades prestadas, profesionales o técnicas, intelectuales o materiales, proviene de recursos públicos.

Una vez identificado el concepto de servidor público, determinante para ejercer el control en la administración pública, toda vez que las medidas de revisión, evaluación, supervisión, vigilancia, prevención y corrección dispuestas en los ordenamientos legales mexicanos, se enfocan en la esfera de desempeño de los servidores

⁸⁷ Por nombramiento se entiende el reconocimiento oficial que hace el Estado de la existencia de la relación laboral que hay entre éste y el servidor público, y que responsabiliza a éste por su actuación frente al propio Estado y frente a los gobernados. El nombramiento da lugar a que el servidor público tenga la obligación de conducirse de acuerdo con las disposiciones legales que determinan su actuación y a responder legalmente en caso de su incumplimiento.

⁸⁸ Soltero Ortiz, Sergio Monserrit, *op. cit.*, nota 4, pp. 19 y 20.

públicos, podemos decir que el control de la administración pública permite regular y encauzar el ejercicio de las funciones y atribuciones públicas que, por mandato legal, corresponden a cada uno de los órganos de gobierno o en su defecto a sus titulares, servidores públicos, cualquiera que sea su rango, nivel o jerarquía.

3. *Tipología del control*

A. *Sujetos*

De conformidad con lo dispuesto en párrafos anteriores, podemos inferir que el control de la administración pública es una actividad bilateral o multilateral que se realiza considerando el acto de ejercer el control, así como el de someterse al mismo, lo cual sugiere el planteamiento de *quién controla y a quién* o *qué* se controla.⁸⁹ Sobre este particular, para ejercer y someterse al control, es preciso que existan entes que actúen como titulares de la función pública, sujetos con esferas limitadas de competencia creadas por mandatos legales dispuestos para tales efectos. Dichos entes son personas físicas, sujetos que ejercen la función pública, servidores públicos. Lo anterior se interpreta de la siguiente manera:

1. *Sujeto activo*: se trata del órgano u órganos controladores, es decir, de todos aquellos encargados de poner en funcionamiento los diversos instrumentos y mecanismos de control. Considerando la ubicación del órgano que lleva a cabo el control, podemos mencionar la existencia de tres hipótesis:⁹⁰

- I. Cuando el control es efectuado por el mismo agente o por su superior jerárquico, el órgano de control pertenece al servicio controlado (control interno).

⁸⁹ Mijangos Borja, María de la Luz, *op. cit.*, nota 34, p. 967.

⁹⁰ Vázquez Alfaro, José Luis, *op. cit.*, nota 33, pp. 14 y 15.

- II. El controlador puede pertenecer a la misma estructura administrativa que el elemento sometido a control, es el caso de los cuerpos de inspección (en México esto se puede ilustrar a través de las contralorías internas de la administración federal centralizada, control interno).
 - III. El órgano de control se encuentra bajo la dirección de una autoridad distinta de aquélla de la que depende la actividad controlada (control externo).
2. *Sujeto pasivo*: se trata de los órganos, autoridades, e inclusive las personas jurídicas de derecho público que se encuentran sometidas al control, así como los funcionarios encargados de la ejecución material y directa de las diversas atribuciones de los órganos de los cuales forma parte.

B. *Objeto*

El objeto del control, atendiendo al uso que se le confiera, se puede relacionar formalmente con las ramas del conocimiento que intervienen; puede ser de legalidad, fiscalización, y oportunidad.

1. Legalidad consiste en la intervención del órgano controlador para verificar que los actos de la administración correspondan a la normatividad que les es propia.⁹¹
2. Fiscalización. Se refiere a los actos de vigilancia e inspección en materia de control presupuestario y de cuenta pública que aseguren el uso honesto y eficiente de los recursos que la sociedad aporta para el sostenimiento del gobierno y, consecuentemente, la oportuna y clara rendición de cuentas de los servidores públicos, que a la postre pueden resultar en la conformidad o desacuerdo de los actos administrativos tanto con las normas como con los planes y programas establecidos.

⁹¹ *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus Constituciones*, 5a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 131.

3. Oportunidad. En su denominación se indica que depende del tiempo o periodo en que se ejerza el control. Radica en procurar con medidas administrativas de diversa índole, tanto preventivas como de orden posterior, que los actos de la administración se ajusten a los tiempos y situaciones previstos a fin de cumplir con los planes y programas establecidos.

C. Forma

Implica definir las vías, medios, sistemas o procedimientos que deben instrumentarse para un control eficiente. Estos sistemas o procedimientos son variados, y van desde la expedición de normas a las que deben ajustarse los sujetos del control, los métodos y estructuras de organización, la práctica de auditorías gubernamentales, directas o externas, la solicitud de informes, la inspección de diversos actos, llegando hasta proponer medidas correctivas o imponer sanciones, e incluso recurrir a las denuncias de hechos ante el Ministerio Público.

4. Criterios de clasificación

Como hemos mencionado anteriormente, dependiendo del enfoque de la palabra *control* podemos llegar a varios criterios de clasificación en las funciones públicas:⁹²

a) El control legislativo es competencia del Congreso de la Unión, cuyo fundamento constitucional se previene principalmente en los artículos 73, 74, 90 y 93, así como en las Leyes Orgánicas del Congreso de la Unión y del Órgano de Fiscalización Superior. Es el control externo que se ejerce en la administración pública a través de la Auditoría Superior de la Federación (ámbito federal), y por la Contaduría Mayor de Hacienda de la

⁹² Lanz Cárdenas, José Trinidad, *op. cit.*, nota 36, pp. 468-470.

Asamblea Legislativa del Distrito Federal (artículo 122 constitucional), a nivel local.

El control legislativo se manifiesta en tres vertientes.⁹³ La primera a través de la emisión de decretos o leyes como medidas de control encaminadas a establecer una normatividad tendiente a regular el manejo de los recursos económicos, e inclusive la conducta de los servidores públicos. La segunda consiste en el control del presupuesto desde la aprobación inicial, la etapa de la ejecución financiera, así como la revisión de la cuenta pública. Esto último con el objeto de conocer los resultados de la gestión financiera y comprobar el cumplimiento de los criterios señalados en el presupuesto de egresos y los objetivos contenidos en los programas establecidos para tales efectos. Finalmente, la tercera vertiente, que implica el control político, se manifiesta a través de la facultad de exigir a los secretarios de Estado y titulares de organismos públicos a que comparezcan ante las cámaras para informar sobre el desempeño de la gestión pública que han llevado a cabo, así como el establecimiento de comisiones especiales encaminadas a investigar y evaluar las actividades, ejercicios presupuestales y el cumplimiento de programas previamente establecidos.

b) El Poder Ejecutivo ejerce el control administrativo. Podemos decir que es el control más amplio que se ejerce sobre las funciones públicas, por lo que son diversos los criterios que se pueden considerar para su clasificación: el control administrativo se enfocará en actos de verificación, vigilancia, evaluación, recomendación, corrección y hasta imposición de sanciones; asimismo, el control sobre el campo de las funciones públicas puede ser preventivo, tendiente a cuidar que los actos administrativos se ejecuten con sujeción a las leyes, planes y programas; y correctivo cuando los actos administrativos se han realizado y se trata de controlar a modo de revisión o verificación. Así mismo, el primero puede ser interno o externo cuando se efectúa por órganos o autoridades que forman parte de la propia administración, y el

⁹³ *Idem.*

segundo cuando autoridades ajenas a la misma llevan a cabo la verificación.

c) El control judicial corresponde al Poder Judicial y tiene su fundamento constitucional en los artículos 103 y 107 de nuestra carta magna. Este control puede asumirse como un control de constitucionalidad cuando evalúa que los actos de autoridades se hayan apegado a los imperativos y garantías constitucionales, y como un control de legalidad cuando imprime certeza jurídica a situaciones de conflicto que se ventilan entre particulares o con el mismo Estado.

Como hemos mencionado, el control se ejercerá por diversos órganos, ya sea que formen parte de la misma administración pública o por entes que vigilen la actuación de ésta desde el exterior. Fernández Ruiz refiere que existen diversos niveles de control, en un primer escalón tenemos a las contralorías internas, en el segundo nivel a las contralorías generales y en un tercer nivel a los órganos de control externo. Conjugando ambos esquemas se puede afirmar que se subdividen para conseguir cuatro tipos de control: interno general, interno, externo, y externo legislativo. Sin embargo, para efectos de este artículo, la idea es referirnos al órgano que ejerce la revisión de tal suerte que, hablando específicamente de los controles que se ejercen sobre la administración pública, podemos concebirlos de la siguiente manera:

A. Control interno

El control interno, también designado como autocontrol, es el que se da al interior del aparato administrativo, y es ejercido por órganos o autoridades que forman parte de la misma administración. Puede ser realizado por el superior jerárquico, por un cuerpo de inspección perteneciente a la administración o por el mismo autor del acto. Dicho autocontrol se ejercerá a través de auditorías internas, revisiones mediante las cuales se analizan y evalúan los procesos de administración, aprobación, contabiliza-

ción, para la toma de decisiones sin participar en la ejecución de ellos. El control interno lo realiza un órgano especializado encuadrado dentro del poder ejercido pero situado jerárquicamente en una posición no dependiente, técnica y administrativamente, de ninguna secretaría.⁹⁴

Tiene como finalidad mejorar el funcionamiento del aparato administrativo, ya que al efectuarse al interior de la administración y por funcionarios y órganos que forman parte de la misma, se implementan mecanismos de autorregulación creados por la administración para disciplinar a su personal, mejorar su rendimiento, asegurar la coordinación de las operaciones, etcétera, por lo que cuando se detecten infracciones a la ley, los responsables se harán acreedores a las medidas coercitivas y sanciones que la misma establece.

a. Federal

En el ámbito federal, el control interno en México se ejercerá por el Poder Ejecutivo a través de la Secodam. Ésta fue creada como autoridad centralizada y especializada que concentra el poder disciplinario para vigilar el cumplimiento de las obligaciones de los servidores públicos, identificar las responsabilidades administrativas en que incurran por su incumplimiento, y para aplicar las sanciones disciplinarias a que se hagan acreedores. Encuentra su fundamento legal en el artículo 37 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

b. Local

El control interno a nivel local, entiéndase en el gobierno del Distrito Federal, se desempeña por la Contraloría General del Distrito Federal (CGDF), que es la dependencia de la administración pública centralizada del Distrito Federal. Ésta se encarga de despa-

⁹⁴ *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus Constituciones*, op. cit., nota 91, p. 129.

char las materias relativas al control y evaluación de la gestión pública de las dependencias, órganos desconcentrados y entidades paraestatales del Distrito Federal. Dicha dependencia encuentra su fundamento legal en el artículo 34 de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal, ordenamiento que la dota, a través de sus 33 fracciones, de atribuciones de control, fiscalización y vigilancia, (artículos 12, 15 y 34). El contralor es nombrado y removido libremente por el jefe de gobierno.

Dado el tamaño del sector público, tanto en el ámbito federal como local, no sería concebible que el órgano coordinador ejecutara por sí mismo todas las actividades que prevé el sistema, de ahí que se apoye en los órganos de control interno que forman parte de la estructura organizacional de cada una de las dependencias de la administración pública, así como con los titulares de las áreas de auditoría, quejas, denuncias y responsabilidades, quienes tendrán el carácter de autoridad y contarán con las facultades en materia disciplinaria.

Las contralorías internas (control interno específico) son concebidas en el actual sistema de responsabilidades de los servidores públicos como los órganos administrativos, y que como parte de la estructura de las dependencias y entidades de la administración pública, a través de ellas cualquier interesado puede presentar quejas y denuncias⁹⁵ por incumplimiento de las obligaciones de los servidores públicos. Deben llevar a cabo las funciones de vigilancia, control y aplicación de las sanciones por las responsabilidades en que incurran los servidores públicos que forman parte de las mismas.

Estos órganos de control se encuentran regulados a nivel federal en el artículo 37 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, fracciones III, VIII y XII; en el ámbito local en el artículo 34, fracciones V, VI, VII y XII de la Ley Orgánica de la

⁹⁵ *Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos*, México, SISTA, 2000, p. 21. En el mismo sentido, Ortiz Soltero, Sergio Monserrit, *op. cit.*, nota 4, pp. 145-147.

Administración Pública del Distrito Federal; así como en los artículos 60 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y 113 del Reglamento Interior de la Administración Pública del Distrito Federal. Las contralorías internas u órganos de vigilancia, consideradas como los medios de control interno, están provistas de autonomía funcional y gozan de una verdadera facultad de imposición de sanciones, lo cual les reconoce indudablemente su naturaleza de autoridad y no de unidad auxiliar, que anteriormente tenían.⁹⁶

⁹⁶ Sobre el particular es menester señalar que las contralorías internas, órganos administrativos con funciones de vigilancia, control, aplicación de sanciones por las responsabilidades en que incurrieran los servidores públicos, fueron ubicadas inicialmente junto al más alto nivel de las dependencias, generalmente adscritas al titular de cada secretaría o departamento. Posteriormente, estos órganos fueron ubicados en el ámbito del oficial mayor, con lo cual fueron relegados a órganos auxiliares en las dependencias y entidades, se encontraban sujetas a las determinaciones de los oficiales mayores o los directores de administración. De esto se deduce que dependían de aquellas áreas a las que debían controlar, lo que derivó en que sus actividades quedaran muy limitadas en los términos de reglamentos internos de las dependencias. El carácter de autoridad se les otorgó en 1996, momento en que se produjo un cambio muy importante en la estructura organizacional de las dependencias de la administración pública. Esto se corrobora al verificar los artículos 37, fracciones III, VIII y XII, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y 60 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Otro cambio trascendental respecto de la naturaleza de este órgano se dio con el decreto por el que se reforman la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley Federal de Entidades Paraestatales y la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos (publicado en el *D.O.F.* del 24 de diciembre de 1996), cuyo objetivo principal fue ampliar la facultad de la Secodam respecto del control interno del Poder Ejecutivo, dotando a las contralorías internas de autonomía funcional, logrando perfeccionar los mecanismos de supervisión y vigilancia, a fin de garantizar el desempeño honesto, responsable y eficiente de los servidores públicos de la administración pública. Cabe señalar que hasta antes de la reforma se reconocía como autoridad competente para efectos de aplicar sanciones disciplinarias al superior jerárquico, al titular de la dependencia, por lo que las contralorías internas sólo podían ejecutar sanciones, siempre que mediara el acuerdo con el superior jerárquico.

Las contralorías internas de las dependencias y entidades de la administración pública tienen diversos lineamientos que seguir respecto a la normatividad existente para el buen desempeño de sus funciones administrativas, contables, presupuestales y económicas. Dichos lineamientos los emitirá a nivel local en el Distrito Federal la CGDF.

B. *Control externo*

El control externo es ejercitado por órganos que no pertenecen a la administración, y se realiza por otra dependencia o por encargo de ésta. Este control puede ser de tipo político (legislativo y presupuestario), jurisdiccional o técnico (de constitucionalidad o de legalidad), y administrativo (llevado a cabo por órganos independientes dotados de facultades de supervisión y vigilancia). Los controles externos tienen como objetivo primordial, aunque no exclusivo, obligar a la administración a respetar las normas jurídicas; constituyen además un complemento a las técnicas de autorregulación. En el ámbito del control presupuestal, la doctrina ha mencionado que existen dos finalidades del mismo, una de carácter político que tiene que ver con la vigilancia al Ejecutivo, y otra de carácter financiero cuyo objetivo es la exacta observancia de la aplicación del gasto y evitar el dispendio.⁹⁷

El control externo del gobierno federal corresponde al Poder Legislativo (artículos 73, 74 y 79 de la Constitución mexicana), del cual depende la Auditoría Superior de la Federación. A nivel local en el gobierno del Distrito Federal, de conformidad con el artículo 122, base primera, fracción V, inciso c de la Ley Suprema, corresponde a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal la función de fiscalizar el gasto público a través de la Contaduría Mayor de Hacienda de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Así mismo, el control externo de la administración pública tiene una serie de coordinaciones con despachos contables que

⁹⁷ Faya Viesca, Jacinto, *Finanzas públicas*, México, Porrúa, 2000, p. 255.

hacen las auditorías externas y que dependen de los lineamientos que emita la autoridad máxima en materia disciplinaria.

a. Auditoría Superior de la Federación (ASF)

Es la entidad de fiscalización de la federación encargada de revisar la cuenta pública con objeto de conocer los resultados de la gestión financiera, comprobar si se ha ajustado a los criterios señalados por el presupuesto y el cumplimiento de los objetivos contenidos en los programas (artículos 73, fracción XXIV, 74, fracciones II, IV, y 79 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

b. Contaduría Mayor de Hacienda de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (CMHALDF)

Es el órgano técnico de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal que tiene a su cargo la fiscalización del ingreso y gasto público del gobierno del Distrito Federal, así como su evaluación. Su carácter de externo radica en que es ajeno a la esfera del Ejecutivo local por tratarse de un órgano técnico de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (artículos 122 constitucional, 42, fracción XIX y 43 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, 8o. de la Ley Orgánica de la Contaduría Mayor de Hacienda de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal). Actualmente está encabezado por un órgano colegiado.

c. Despachos contables

i) Federal

El control externo que realizan los despachos contables respecto de la administración pública está encaminado a dictaminar los estados financieros de las entidades y dependencias, propiciando que la calidad de la información se incremente al presentar opiniones limpias y sin salvedades, y si las hubiera, se les da el

seguimiento necesario para que estos puntos no se descuiden en lo sucesivo. Estos despachos contables tienen la obligación de hacer todo tipo de pruebas a los documentos, estados financieros, presupuestales, programáticos y económicos a controles internos de la documentación y a estadísticas derivadas de la gestión administrativa correspondiente a su presupuesto.⁹⁸

A la documentación contable y presupuestal emanada de la gestión administrativa, que se refleja en estados financieros, presupuestales, programáticos y económicos, que es objeto de revisión por parte del auditor de la firma del despacho afiliado, se le aplicarán las normas emitidas por parte de la SHCP y los procedimientos que se consideren necesarios para emitir una opinión.

ii) Local

Los auditores externos son los despachos de contadores públicos que dictaminan los estados financieros de las entidades para su inclusión en la cuenta pública. La Secretaría de Finanzas formula la Cuenta Pública del Distrito Federal, para lo cual las *entidades* deben proporcionarle información respaldada por dictamen de un contador público que no preste servicio a la entidad que rinde la información (artículos 487 y 488 del Código Financiero). En su artículo 2o. el propio Código Financiero define a las entidades como los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos públicos del sector paraestatal del Distrito Federal (actualmente existen 19, esto es, no se trata de todo el gobierno del Distrito Federal).

El sistema de control y evaluación gubernamental debe orientarse en un apoyo fundamental de las dependencias y entidades de gobierno, reforzando las acciones de carácter preventivo que eviten en la medida de lo posible conductas ilícitas de los servidores públicos, y que además se conviertan en un verdadero me-

⁹⁸ Castro Vázquez, Raúl, *Contraloría gubernamental*, México, IMCP, 1996, pp. 142 y 143.

canismo de protección ciudadana al asegurar que los recursos públicos se apliquen de acuerdo con lo programado. La filosofía sobre la que debe basarse el sistema de control y evaluación es de un espíritu eminentemente preventivo, a fin de que el resultado tenga una disminución sensible en la aplicación correctiva de las sanciones previstas en los diferentes ordenamientos jurídicos y se mejore la calidad de gestión de la administración pública.

Las acciones de control constituyen en el campo administrativo actividades fundamentales del Estado para regular de manera adecuada el uso de los recursos públicos y la conducta eficiente de los servidores públicos en el ejercicio de sus cargos. Consecuentemente, la idea del control administrativo en el Estado mexicano tiene que ir vinculada de manera estrecha al cumplimiento de la ley, al ejercicio de facultades expresamente establecidas en la misma,⁹⁹ al equilibrio y armonía que fundamental y básicamente se persiguen por el derecho en las fuerzas de la sociedad.

A decir de José Trinidad Lanz Cárdenas, ética y deontológicamente, la conducta de los servidores públicos debe enfocarse en el desempeño del cargo respectivo y el ejercicio del servicio público, mediante la aplicación correcta de la ley, anteponiendo el interés público¹⁰⁰ a sus intereses personales que están obligados a

⁹⁹ La administración no puede tener el grave privilegio de actuar arbitrariamente y sin ningún ajuste jurídico. Todos los actos administrativos deben ser legítimos y eficaces. Lo primero se cumple ajustando toda su gestión a las normas positivas de distinta sustancia jurídica que rigen la labor administrativa; lo segundo se cumple cuando se ciñe el fin del acto a la satisfacción máxima de los intereses públicos. Es deber de la administración recurrir a todos los medios legales para anular o rectificar la gestión ilegal o ineficaz.

¹⁰⁰ Por interés público se entiende el conjunto de pretensiones y aspiraciones tuteladas por el derecho, relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado. Dichas pretensiones y aspiraciones son compartidas por la sociedad en su conjunto, cuya satisfacción origina beneficios para todos los integrantes de una colectividad. Asimismo, son garantizadas mediante la actividad constante de los órganos del Estado a través de disposiciones legislativas y medidas de carácter administrativo que integran una actividad permanente de los poderes públicos, dirigida a satisfacer las necesidades colectivas.

proteger o fomentar dentro de la esfera de facultades que integran a la competencia constitucional o legal del órgano que representan. Por lo que los servidores públicos deben ajustar sus actos a la Constitución y a la ley, deber que les impone la obligación de realizarlos honestamente y con un amplio espíritu de servicio.

No obstante, en el ejercicio del servicio público son frecuentes los casos de corrupción por parte de aquellos que desempeñan un empleo, cargo o comisión en la administración pública. Asimismo, la falta de eficiencia en el ejercicio de las atribuciones gubernamentales ha provocado que el Estado adopte medidas que permitan supervisar y evaluar el ejercicio del servicio público a través de la emisión de diversos ordenamientos legales, generadores de derechos y obligaciones, encaminados a establecer normas de conducta que regulen y delimiten el actuar de los servidores públicos, así como disponer de los mecanismos que prevengan y, en su caso, sancionen cuando se infrinja la normatividad aplicable.

Los mecanismos que deben ser utilizados para hacer funcionar el control administrativo, constituyen un universo que comprende desde la edición de normas jurídicas de cualquier nivel (constitucionales, legales, reglamentarias o administrativas), hasta la aplicación de sanciones y otras medidas coercitivas, sin olvidar los procedimientos y estructuras administrativas de control interno, la práctica de inspecciones y la producción de reportes (informes). En general, la ejecución de los controles puede desembocar, entre otras cosas, en la aplicación de reformas administrativas, en la imposición de sanciones disciplinarias típicas del régimen de función pública o inclusive en la denuncia de las conductas constitutivas de delito ante el Ministerio Público.

El control de la administración pública que se ejerce en México se realiza en función de dos aspectos muy importantes. Por un lado, la ley mexicana se ha preocupado por regular la conducta de los servidores públicos, incluso se ha instituido a nivel constitucional (artículos 108 a 114) un sistema de responsabilidad de los servidores públicos, que a través de sus leyes reglamentarias y normatividad aplicable ha previsto la revisión, supervisión, vigi-

lancia y evaluación de las funciones que desempeñan quienes tienen a su cargo un empleo, cargo o comisión públicos, con la intención de prevenir actos de corrupción, y en su caso, corregirlos y sancionarlos; como hemos señalado esto no ha tenido el éxito deseado. Asimismo, en nuestra ley suprema se previene la revisión de la cuenta pública, evaluar si la gestión financiera del Estado se ha ajustado a los criterios señalados por el presupuesto de egresos y en cumplimiento a los objetivos contenidos en los programas previamente establecidos para tales efectos. De tal suerte que el control de la administración pública se centra en un sistema de responsabilidades de los servidores públicos y en uno relativo a la fiscalización del gasto público, aspectos decididamente relacionados entre sí, no obstante que el control de los mismos depende de dos poderes diferentes, el Ejecutivo y el Legislativo respectivamente.

Todo Estado contemporáneo debe basar su estructura en el control del poder. Esa es la base de la división de poderes de los ilustrados franceses y del sistema de pesos y contrapesos que el constitucionalismo norteamericano heredó a la forma de concebir al derecho hoy en día. Ahora bien, no sólo se controla el poder estableciendo límites materiales a su actuación, sino también con límites institucionales a través de la creación de dependencias cuya tarea es controlar el ejercicio de la función pública. En el primer ámbito, estamos en presencia de todo el debate en torno a la división de funciones, desde la separación tripartita clásica hasta las concepciones sociojurídicas.¹⁰¹ En el segundo, del sistema de competencias.

¹⁰¹ García Pelayo separa en cinco aspectos diferenciados el fenómeno de la división de poder: horizontal, vertical, decisorio, temporal y constituyente y constituido. Cfr. Nataren Guerrero, Carlos, “División de poderes en la doctrina contemporánea”, *Concordancias*, año 4, núm. 6, 1999, pp. 223 y ss.

5. La responsabilidad de los servidores públicos en el Distrito Federal

La responsabilidad de los servidores públicos encuentra su base constitucional en el artículo 109, el cual establece los lineamientos generales a que deben sujetarse el Congreso de la Unión y las legislaturas locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, para expedir las leyes sobre responsabilidades de los servidores públicos. Dicho precepto constitucional estatuye con claridad las diversas clases de responsabilidad que se pueden presentar como consecuencia del ejercicio del servicio público, tales como las derivadas de juicio político, penales o administrativas. El artículo 111 de la Constitución alude a la responsabilidad civil de los servidores públicos. Éste dispone en su antepenúltimo párrafo que: “...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”.

De lo anterior se desprende que una sola conducta puede originar una sanción política, administrativa o disciplinaria, penal e incluso civil, sin embargo, de acuerdo con el precepto constitucional en comento, no es posible aplicar dos veces un mismo tipo de sanción por una sola conducta. No hay impedimento alguno para que la conducta infractora del servidor público origine dos o más tipos de responsabilidades y, consecuentemente, es viable que una misma conducta origine una sanción política, una administrativa, una penal y/o una civil, sanciones que por su propia naturaleza son distintas entre sí. En razón de lo anterior, las autoridades del ámbito de sus respectivas competencias podrán imponer, por una conducta irregular cometida por un servidor público, indistintamente las cuatro sanciones a que se haga acreedor el infractor. De lo anterior se desprende que la participación de diversas autoridades en el conocimiento de una conducta irregular de un servidor público implica que dicha conducta originó la violación a disposiciones legales de distinta naturaleza simultánea-

mente, por lo que las autoridades facultadas para investigar las responsabilidades cometidas por servidores públicos podrán imponer, de acuerdo con sus respectivas competencias, las sanciones que contempla la legislación correspondiente, partiendo de que la carta magna señala la autonomía de los procedimientos sobre responsabilidades de los servidores públicos.

Los trabajadores al servicio del Estado sujetos a una regulación especial en razón de su participación en el ejercicio de la función pública, al incumplir con las obligaciones que les impone la misma, generan el nacimiento de las responsabilidades a favor de los sujetos lesionados o del Estado. Estas responsabilidades pueden presentar características diferentes que dependen del régimen legal de aplicación, de los órganos que intervienen, de los procedimientos para su aplicación, y de la jurisdicción a cuya competencia corresponde su conocimiento, de tal suerte que la responsabilidad puede ser de orden civil, penal, político o administrativo.

A. Responsabilidad política

Prevista en la fracción I del artículo 109 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Es aquélla que puede atribuirse a los servidores públicos que desempeñan funciones públicas relevantes, y que con su conducta violan los intereses públicos fundamentales y su buen despacho. De acuerdo con el artículo 7o. de la LFRSP vigente para el Distrito Federal, estas situaciones se presentan:

cuando exista un ataque a las instituciones democráticas, a la forma de gobierno republicano, representativo, federal, violaciones graves y sistemáticas a las garantías individuales o sociales, ataque a la libertad de sufragio, usurpación de atribuciones, así como cualquier otra infracción a la Constitución o a las leyes federales cuando cause perjuicios graves a la federación o a uno o varios estados de la misma o de la sociedad, las omisiones de

carácter grave y las violaciones sistemáticas o graves a los planes, programas y presupuestos de la administración pública federal o del distrito federal.

No procede el juicio político por la mera expresión de ideas.¹⁰²

La responsabilidad se hace valer a través del denominado juicio político, seguido por presuntas infracciones de carácter político, como mencionamos anteriormente, cuando se violen los intereses públicos fundamentales o su buen despacho, con independencia de que las mismas configuren o no algún delito sancionado por la legislación penal, en contra de los funcionarios sujetos a juicio político señalados en el artículo 110 de nuestra carta magna, en relación con el 5o. de la LFRSP:

Artículo 110. Pueden ser sujetos de juicio político los senadores y diputados del 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, los jefes de Departamento Administrativo, los diputados a la Asamblea del Distrito Federal, el jefe de gobierno del Distrito Federal, el procurador general de la República, el procurador general de justicia del Distrito Federal, los magistrados de Circuito y los jueces de Distrito, los magistrados y jueces del Fuero Común del Distrito Federal, los consejeros de la Judicatura del Distrito Federal, el consejero presidente, los consejeros electorales, y el secretario ejecutivo del Instituto Federal Electoral, los magistrados del Tribunal Electoral, los directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos.

Los gobernadores de los estados, diputados locales, magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia locales y, en su caso, los miembros de los Consejos de la Judicaturas locales, sólo podrán ser sujetos de juicio político en los términos de este título.

¹⁰² *Ibidem*, pp. 3352 y 3353.

lo por violaciones graves a esta Constitución y a las leyes federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, pero en este caso la resolución será únicamente declarativa y se comunicará a las legislaturas locales para que, en ejercicio de sus atribuciones, procedan como corresponda.

Rentería define la responsabilidad política como el conjunto de posibilidades mediante las cuales un sujeto con funciones de naturaleza pública puede ser condicionado por la acción de otro sujeto público.¹⁰³ Esta definición puede implementarse igualmente para el ámbito de la responsabilidad administrativa e incluso la resarcitoria.

En razón de lo anterior, los servidores públicos sujetos a juicio político son aquéllos que tienen atribuidas facultades de gobierno y de administración, cuya actuación es trascendental respecto de los intereses públicos fundamentales.¹⁰⁴

El juicio político es el procedimiento para remover a los servidores públicos de alta jerarquía, esto es, para imputar responsabilidad política u oficial a los sujetos mencionados en el artículo 110 de nuestra Constitución, y cuyo procedimiento se regula por la LFRSP en su título segundo, lo que implica el ejercicio material de una función jurisdiccional llevada a cabo por un órgano de funciones políticas, instaurado por las Cámaras del Congreso de la Unión, pero respetando las formalidades esenciales de un procedimiento jurisdiccional.

En términos generales, el procedimiento de juicio político inicia con una acción popular, con la cual cualquier ciudadano, bajo su responsabilidad y con elementos probatorios suficientes, puede presentar denuncia contra alguno de los sujetos del juicio político. El procedimiento es biinstancial, primero ante la Cámara de Diputados considerada como órgano de acusación, y posteriormente ante el Senado como jurado de sentencia, cuyo procedi-

¹⁰³ Rentería, Adrián, *op. cit.*, nota 9, p. 190.

¹⁰⁴ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, *op. cit.*, nota 4, p. 35.

miento se detalla a continuación (artículo 5o. al 45 de la LFRSP vigente para la materia):

Primera Instancia, de Instrucción, la Cámara de Diputados es quien conduce la fase de instrucción a partir de la ratificación de la denuncia, posteriormente se formará una comisión instructora (integrada por 4 diputados), que notificará al servidor público denunciado para que presente su defensa (plazo de 7 días). La comisión instructora abrirá un periodo para desahogo de pruebas (30 días naturales prorrogables), la fase de instrucción permite la presentación de alegatos en un periodo posterior para el desahogo de pruebas (12 días naturales posteriores), transcurrido dicho plazo, la comisión instructora formulará sus conclusiones con base en un análisis claro y metódico; una vez entregadas las conclusiones de la comisión a los secretarios de la Cámara, se da oportunidad para expresar lo que a su derecho convenga, tanto al denunciante como al servidor público (plazo de 3 días). Al terminar la etapa de instrucción la Cámara se va a erigir en órgano de acusación, la cual va a designar otra comisión para que sostenga la acusación ante el Senado.

Segunda Instancia, el Senado designa una comisión de enjuiciamiento que emplazará tanto a la comisión de la Cámara de Diputados como al acusado para que se presenten alegatos (5 días naturales), posteriormente, la comisión de enjuiciamiento elaborará conclusiones, debidamente fundadas y motivadas, en las que propondrá la acusación correspondiente; una vez entregadas las conclusiones al Senado, éste se erigirá en jurado de sentencia, y mediante una audiencia final se darán a conocer las conclusiones de la comisión de enjuiciamiento, se oír a la comisión de la Cámara de Diputados y al acusado, finalmente, sin la presencia de estos últimos, se procederá a discutir y a votar las conclusiones presentadas para llegar a un fallo definitivo.¹⁰⁵

De conformidad con el artículo 8o. de la LFRSP, las sanciones por responsabilidad política pueden ser la *destitución*, separación

¹⁰⁵ *Nuevo diccionario jurídico mexicano, cit.*, nota 23, t. I-O, pp. 2210-2212.

definitiva del empleo, cargo o comisión; la *inhabilitación*, incapacidad legal para desempeñar temporalmente un empleo, cargo o comisión, sólo en caso de que la infracción política tipifique también algún delito. En caso de que la conducta del servidor público implique la comisión de algún delito, se requerirá que se sustancie ante los tribunales correspondientes la presunta responsabilidad penal del mismo, incluso se podrá solicitar la *declaración de procedencia* por la Cámara de Diputados para separar al servidor público de su cargo e iniciarle un proceso penal.

En atención al ámbito de aplicación en que pretende enfocarse este trabajo de investigación, los servidores públicos sujetos a responsabilidad política en el Distrito Federal, atendiendo a lo dispuesto en los citados artículos 110 constitucional y 5o. de la LFRSP, son: el jefe de gobierno del Distrito Federal, el procurador general de justicia del Distrito Federal, los diputados propietarios de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, los magistrados del Fuero Común del Distrito Federal, los jueces del Fuero Común del Distrito Federal y los consejeros de la Judicatura del Distrito Federal.

B. Responsabilidad penal

Se origina cuando los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones lesionan valores protegidos por leyes penales. La fracción II del artículo 109 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que la comisión de delitos por parte de cualquier servidor público será perseguida y sancionada en los términos de la legislación penal.

El Código Penal Federal¹⁰⁶ establece en su título décimo, relativo a los “Delitos cometidos por servidores públicos”, específicamente en el artículo 212:

¹⁰⁶ DOF del 29 de abril de 1999, se modifica la denominación del Código Penal para el Distrito Federal.

que se considera servidor público a toda aquella persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión, o en los Poderes Judicial Federal o del Distrito Federal, o que manejen recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente título son aplicables a los gobernadores de los estados, los diputados de las legislaturas locales y a los magistrados de los Tribunales de Justicia locales, por la comisión de los delitos previstos en este título en materia federal.

Se impondrán las mismas sanciones previstas para el delito de que se trate a cualquier persona que participe en la perpetración de alguno de los delitos previstos en este título o el subsecuente.

Como se puede apreciar, la legislación penal no deja lugar a dudas sobre quiénes son considerados servidores públicos para los efectos penales a que haya lugar. La responsabilidad penal se presenta cuando se infringe lo dispuesto por los títulos décimo y décimo primero del Código Penal. Para el caso de los servidores públicos que se mencionan en el artículo 111 de nuestra ley suprema, es decir, aquéllos que desempeñan una función pública relevante, de alta jerarquía, y que cometan delitos durante el tiempo de su encargo, estarán sujetos a un procedimiento de declaración de procedencia (anteriormente conocida como fuero constitucional),¹⁰⁷ el cual encuentra su fundamento legal en el título segundo de la LFRSP, que debe seguirse para que se pueda efectuar el proceso penal en contra del servidor público de que se trate. Estos servidores públicos a que se hace alusión gozan de inmunidad procesal temporal¹⁰⁸ en materia penal, por lo que no pueden ser sujetos del

¹⁰⁷ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, *op. cit.*, nota 4, p. 26.

¹⁰⁸ La inmunidad significa el privilegio de no estar sujeto al procedimiento ordinario vigente en un determinado país y que se concede a las personas, físicas o morales, en virtud de ciertas normas admitidas y aceptadas, nacional o in-

procedimiento penal hasta que no haya sido declarada su procedencia por parte de la Cámara de Diputados. Para el caso de responsabilidad penal por delitos graves cometidos por el Presidente de la República, conocerá la Cámara de Senadores. La declaración de procedencia a que se hace referencia deriva de la necesidad política de impedir que cierta función pública de especial importancia (como la legislativa, ejecutiva o jurisdiccional), deje de prestarse debido a la intervención de una jurisdicción extraña que priva a un servidor público de desempeñarla sin el consentimiento, autorización o control, al menos, de la Cámara de Diputados,¹⁰⁹ y encuentra su justificación al salvaguardar la continuidad de la función constitucional tan importante que desempeñan determinados servidores públicos.

Nuestra legislación penal es aplicable a todos los delitos cometidos en el territorio nacional, con independencia de que los autores o partícipes del mismo sean mexicanos o extranjeros. Los órganos competentes para conocer de los hechos delictivos que se cometan son las procuradurías de justicia y los tribunales de la materia del Poder Judicial, en sus respectivas esferas. Sin embargo, se deberá distinguir si los delitos pertenecen al fuero federal o al fuero local. Este último es de la competencia de los tribunales del Distrito Federal y de los estados de la República mexicana. Para el caso de los estados se aplicará el Código Penal de la entidad federativa que corresponda.¹¹⁰

ternacionalmente. La inmunidad procesal es un privilegio que se otorga con el fin de proteger no a la persona, sino al ejercicio de la función pública que tienen a su cargo los servidores públicos de alta jerarquía. Consiste en que no se pueda proceder penalmente contra el funcionario sin la autorización previa de la Cámara de Diputados (declaración de procedencia). Aun cuando la resolución de la Cámara de Diputados sea en el sentido de no proceder penalmente en contra del inculcado, la imputación podrá seguir su curso cuando el servidor público haya concluido el ejercicio de su encargo.

¹⁰⁹ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 12a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, t. II, pp. 1128 y 1129.

¹¹⁰ Ortiz Soltero, Sergio Monserrit, *op. cit.*, nota 4, pp. 197 y 198.

Las conductas delictivas en que pueden incurrir los servidores públicos se encuentran previstas en los títulos décimo y décimo primero del Código Penal, tales como:

el ejercicio indebido de servicio público, abuso de autoridad, desaparición forzada de personas, coalición de servidores públicos, uso indebido de atribuciones y facultades, concusión, intimidación, ejercicio abusivo de funciones, tráfico de influencia, cohecho, cohecho a servidores públicos extranjeros, peculado, enriquecimiento ilícito, así como los delitos contra la administración de justicia dispuestos en el artículo 225 y demás aplicables del Código Penal Federal.¹¹¹

Las penas y medidas de seguridad dispuestas en el ordenamiento legal en comento, de conformidad con lo previsto en el artículo 24 del Código Penal, son:

prisión, tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo a favor de la comunidad, internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, confinamiento, prohibición de ir a lugar determinado, sanción pecuniaria, decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito, amonestación, apercibimiento, caución de no ofender, suspensión o privación de derechos.

La Constitución Política mexicana persigue el propósito especial de salvaguardar el patrimonio del Estado, al otorgar un tratamiento especial al enriquecimiento ilícito en el penúltimo párrafo del artículo 109 que establece:

las leyes determinarán los casos y circunstancias en que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten

¹¹¹ *Código Penal Federal*, México, Andrade, 2000, pp. 5258.

sustancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan.

Las sanciones para el caso de delitos patrimoniales cometidos por servidores públicos deberán graduarse de acuerdo con el lucro obtenido por el servidor público de que se trate, y con la necesidad de satisfacer los daños y perjuicios causados por su conducta ilícita, pero que en todo caso no podrá exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños o perjuicios causados.

C. Responsabilidad administrativa

De acuerdo con lo previsto por la fracción III del artículo 109 constitucional, es aquélla en la que incurre un servidor público por realizar actos u omisiones que afecten la honradez, legalidad, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deba observar en el desempeño de su empleo, cargo o comisión.

Es importante destacar que el 13 de marzo de 2002 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos que en su artículo 2o. transitorio

se derogan los títulos primero, por lo que se refiere a la materia de responsabilidades administrativas, tercero y cuarto de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, únicamente por lo que respecta al ámbito federal.

Las disposiciones de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos seguirán aplicándose en dicha materia a los servidores de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial de carácter local del Distrito Federal.

Cabe mencionar que la LFRSP hasta antes de dicha reforma regulaba, en materia de responsabilidad administrativa, a los ser-

vidores públicos que desempeñaran un empleo, cargo o comisión en el Poder Legislativo y Ejecutivo federal, y en los órganos de gobierno del Distrito Federal. Sin embargo, y en atención a lo dispuesto por la reforma antes citada, las disposiciones de la LFRSP sólo le serán aplicables a los servidores públicos que desempeñan un empleo, cargo o comisión en los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial de carácter local en el Distrito Federal.

En virtud de lo mencionado anteriormente, a los servidores públicos que desempeñen un empleo cargo, o comisión en el Distrito Federal, le serán aplicables las disposiciones de LFRSP, cuyo artículo 47 establece las obligaciones específicas de los servidores públicos. En caso de incumplimiento a dichos criterios de conducta, se dará lugar a la sujeción del procedimiento disciplinario y a la aplicación de las sanciones correspondientes.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 3o. de la LFRSP, son autoridades competentes para conocer de las irregularidades administrativas de los servidores públicos en el Distrito Federal, el Órgano Ejecutivo del Gobierno del Distrito Federal, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal y los demás órganos jurisdiccionales que determinen las leyes.

En el Poder Legislativo, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal establecerá los órganos y sistemas para identificar, investigar y determinar las responsabilidades derivadas del incumplimiento de las obligaciones de los servidores públicos, así como para establecer las sanciones que correspondan. En el Poder Ejecutivo del Distrito Federal, en cada una de las dependencias y entidades que formen parte del mismo, deben existir órganos administrativos encargados del conocimiento, trámite y resolución de las quejas y denuncias presentadas en contra de los servidores públicos adscritos a su competencia, como las contralorías internas y las unidades de quejas y denuncias, las cuales son competentes para aplicar lo dispuesto en las leyes reglamentarias del título IV constitucional, en materia de responsabilidad administrativa.

La LFRSP establece en su artículo 64 el procedimiento para la aplicación de sanciones administrativas, que básicamente consiste en:

la celebración de una audiencia a la que previamente se le notifica al infractor, informándole de las causas que se le imputan, la fecha y hora para que tenga verificativo dicha audiencia, su derecho a ofrecer pruebas y alegar en la misma lo que a su derecho convenga por sí mismo o por medio de un defensor, también asistirá el representante de la dependencia que para tal efecto se designe. Desahogadas las pruebas, la CGDF resolverá (dentro de los 30 días hábiles siguientes) sobre la existencia o no de responsabilidad, imponiendo al infractor, en su caso, las sanciones administrativas correspondientes, notificando la resolución al interesado, a su jefe inmediato y al superior jerárquico, el procedimiento a que se hace alusión, sigue las líneas generales de lo que se llama las formalidades esenciales del procedimiento.

Con relación al procedimiento para establecer la responsabilidad administrativa, en cada una de las dependencias y entidades de la administración pública se han establecido unidades específicas para atender las quejas y denuncias presentadas en contra de los servidores públicos que incumplan con sus obligaciones, iniciándose el procedimiento disciplinario correspondiente.

Los artículos 109 constitucional, fracción III, y 53 de la LFRSP establecen las sanciones por faltas administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la honradez, legalidad, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben observar en sus empleos, cargos o comisiones, para cuya aplicación, de acuerdo con el artículo 54 de la LFRSP, se tomará en cuenta:

la gravedad de la responsabilidad en que se incurra, las circunstancias socioeconómicas del servidor público, el nivel jerárquico, los antecedentes y las condiciones del infractor, las condi-

ciones exteriores y los medios de ejecución, la antigüedad del servicio, la reincidencia en el incumplimiento de obligaciones y el monto del beneficio o del daño o perjuicio económico derivados del incumplimiento de obligaciones.

Las sanciones por faltas administrativas a que se hizo referencia anteriormente y que se encuentran previstas en el artículo 53 de la LFRSP consisten en: “apercibimiento privado o público, amonestación privada o pública, suspensión, destitución del puesto, sanciones económicas, inhabilitación temporal para desempeñar empleos o cargos o comisiones en los órganos de gobierno”.

El artículo 56 de la LFRSP establece las reglas que deben observar la CGDF y las contralorías internas para la aplicación de sanciones. Dichas reglas se refieren a la competencia de los órganos citados en atención al tipo de sanción y a la consideración de los procedimientos y leyes aplicables que protegen los derechos laborales de los trabajadores al servicio del Estado.

La CGDF es la máxima autoridad en materia de responsabilidad administrativa en el Distrito Federal, las contralorías internas solamente podrán intervenir como autoridades competentes en los procedimientos disciplinarios que se instauren en contra de los servidores públicos adscritos a las dependencias o entidades a las que pertenezcan estos organismos administrativos, por lo que las sanciones que no puedan imponer se entienden reservadas para la CGDF.

En cuanto a la imposición de sanciones, el límite de competencia para estas autoridades se basa en el tipo y la modalidad de la sanción que corresponda imponer al servidor público infractor.

El artículo 78 de la LFRSP regula la prescripción para la imposición de sanciones derivadas de infracciones administrativas, en un año si el beneficio obtenido o el daño causado por el infractor no excede de diez veces el salario mínimo mensual vigente en el Distrito Federal; en los demás casos prescribirán en tres años.

D. Responsabilidad civil

En el título cuarto de la Constitución Federal no se hace referencia a la responsabilidad civil de manera específica como sucede con los otros tres tipos de responsabilidades antes referidos, no obstante que la conducta de un servidor público puede generar una responsabilidad de esta naturaleza.

En materia de responsabilidad civil de los servidores públicos, el artículo 111 constitucional dispone que: “En demandas del orden civil que se entablen en contra de cualquier servidor público no se requerirá declaración de procedencia”. De lo anterior se desprende que dicha responsabilidad puede establecerse a cargo de cualquier servidor público y que deberá exigirse mediante demanda.

Entre los elementos de la responsabilidad civil, Fernández Ruiz menciona la actuación ilícita, la existencia de un daño y el vínculo de causalidad entre el hecho y el daño. El primero implica un obrar doloso (intencional) o culposo (negligente, ignorante o imprudente) del sujeto activo del ilícito.¹¹² La existencia del daño se refiere tanto al menoscabo que registra el perjudicado en su patrimonio, como a los perjuicios que le impiden recibir utilidades. Finalmente, el vínculo causal implica el acto jurídico que da origen a la obligación, ya sea un contrato o extracontractual como la declaración unilateral de voluntad, un delito o un mandato legal. Rentería menciona que la responsabilidad civil es el conjunto de actividades reguladas por disposiciones jurídicas, mediante las cuales el juez queda sujeto a responder por el perjuicio causado por un acto suyo, mediante el pago de un resarcimiento pecuniario a las partes.¹¹³

La justificación de la existencia de esta responsabilidad parte del principio de que nadie tiene derecho a dañar a otro,¹¹⁴ por lo que aquel servidor público que contravenga los ordenamientos

¹¹² Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, nota 24, pp. 168 y ss.

¹¹³ Rentería, Adrián, *op. cit.*, nota 9, p. 160.

¹¹⁴ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, *op. cit.*, nota 4, p. 29.

legales que regulan su conducta como tal y causen un daño o perjuicio¹¹⁵ a los particulares, deberá reparar el daño que, a elección del ofendido, consiste en el restablecimiento de la situación anterior, o cuando no fuera posible en el pago de los daños y perjuicios causados, que implica una sanción económica¹¹⁶ como elemento de la responsabilidad civil.

La responsabilidad civil del servidor público no se constriñe a sus actos como persona física, sino que cuando en el ejercicio de sus atribuciones causa un daño o perjuicio a un particular, en su persona o patrimonio, ya sea porque obre ilícitamente o en contra de las buenas costumbres, es responsable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1910 del Código Civil.¹¹⁷ Está obligado a asumir las consecuencias de su conducta ilícita, por excepción de la conducta ajena, debiendo restituir, reparar o indemnizar al particular afectado en sus bienes o derechos. La obligación del servidor público será soportar la reacción del ordenamiento jurídico frente al hecho dañoso, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de la culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

La responsabilidad civil de los servidores públicos en el Distrito Federal tiene lugar cuando el daño sea causado por funcionarios o empleados, y en general por toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión en la administración pública en el Distrito Federal, en ejercicio de sus funciones públicas, ya que si el agente que actúa no está investido del cargo, la respon-

¹¹⁵ De conformidad con lo dispuesto en el Código Civil, debe entenderse por *daño* la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación; y por *perjuicio* la privación de cualquier ganancia lícita que debió haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

¹¹⁶ La Constitución dispone en el último párrafo del artículo 111 que las sanciones económicas no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños o perjuicios causados.

¹¹⁷ El artículo 1910 del Código Civil dispone que, “el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause un daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

sabilidad no le es imputable en su carácter de servidor público.¹¹⁸ Asimismo, el daño causado debe ser producto de una actuación humana contraria u omisa a lo que la ley establece, independientemente de que haya sido dolosa o culposa, y que el daño se produzca como consecuencia directa e inmediata de la actuación del servidor público.

E. Responsabilidad resarcitoria

Además de la responsabilidad administrativa descrita, cabe mencionar que los servidores públicos que en el ejercicio de sus funciones y como consecuencia de los actos u omisiones que les sean imputables causen daños y perjuicios estimables en dinero al patrimonio del Estado, serán acreedores a una responsabilidad resarcitoria, misma que se exigirá en la vía administrativa.

La responsabilidad resarcitoria en el Distrito Federal se regula por lo dispuesto en el artículo 28, así como en el libro cuarto, título segundo, del Código Financiero del Distrito Federal. Este último regula el procedimiento resarcitorio respectivo que se seguirá ante la Procuraduría Fiscal del Distrito Federal. De igual manera, resulta vinculado con el artículo 36, fracción XXVIII, del Reglamento Interior de la Administración Pública del Distrito Federal, que establece como facultad del titular de dicha dependencia:

Fincar las responsabilidades administrativas de carácter resarcitorio, por actos u omisiones de servidores públicos en el manejo, aplicación y administración de fondos, valores y recursos económicos en general, de propiedad o al cuidado del Distrito Federal, en las actividades de programación y presupuestación así como por cualquier otro acto u omisión en que un servidor público incurra por dolo, culpa o negligencia y que se traduzca en daños o perjuicios a la Hacienda Pública del Distrito Federal, que descubra o tenga conocimiento la Secretaría de Finanzas,

¹¹⁸ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, *op. cit.*, nota 4, p. 32.

por sí o a través de sus unidades administrativas, así como en aquellos casos en que la Contaduría Mayor de Hacienda de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal emita pliegos de observaciones que no hayan sido solventados.

El artículo 28 del Código Financiero refiere: “...se entenderá como responsabilidad resarcitoria, la obligación a cargo de los servidores públicos de indemnizar a la hacienda pública del Distrito Federal, cuando en virtud de las irregularidades en que incurran, sea por actos y omisiones, resulte un daño o perjuicio estimable en dinero”.

F. Responsabilidad laboral

Los servidores públicos del Distrito Federal también pueden ser sujetos de responsabilidad laboral por el incumplimiento de sus obligaciones. El órgano competente para conocer los conflictos laborales entre el gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores es el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje.

IV. CINCO DEBATES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

1. El límite constitucional del artículo 113

La Constitución puede imponer límites formales y materiales al legislador y al administrador público. Los límites formales serán aquellos en los cuales el constituyente establezca el procedimiento y órganos competentes para regular determinados aspectos de la vida social. Los límites materiales serán aquellos que vinculan el contenido de las leyes futuras tanto al señalar espacios en los que los operadores jurídicos se encuentran obligados a no emitir disposiciones por encontrarse reservadas exclusivamente al legislador (acuerdos, reglamentos) o, por el contrario,

reservadas a otras fuentes jurídicas con exclusión de la ley, como también al establecer límites a las consecuencias jurídicas de la ley mediante prohibiciones u órdenes.¹¹⁹

La Constitución en su artículo 113 establece un límite formal al operador jurídico para la responsabilidad administrativa. El artículo en comento señala:

Artículo 113. Las leyes sobre responsabilidades administrativas de los servidores públicos, determinarán sus obligaciones a fin de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones; las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que incurran, así como los procedimientos y las autoridades para aplicarlas. Dichas sanciones, además de las que señalen las leyes, consistirán en suspensión, inhabilitación, así como sanciones económicas, y deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos obtenidos por el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados por sus actos u omisiones a que se refiere la fracción III del artículo 109, pero que no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños y perjuicios causados.

El límite material que el artículo de marras refiere es una reserva legal para aplicar sanciones derivadas de responsabilidad de carácter administrativo. En otras palabras, sólo en leyes pueden establecerse instituciones, sanciones y procedimientos de aplicación, esto es acorde con el mandato del artículo 14 constitucional que establece la interpretación restrictiva en materia punitiva. Lo anterior debido a que interpretar el vocablo: “Las leyes de responsabilidades administrativas” en el sentido de circunscribir la aplicación de este tipo de responsabilidad a disposiciones generales y abstractas, resulta armónico con la idea de que las normas punitivas se interpretan en forma estricta, toda vez que una interpretación amplia del artículo 113 constitucional (en el sentido de

¹¹⁹ Guastini, Ricardo, *La Constitución como límite a la legislación*, México, Porrúa, 2000, p. 234 y ss.

que reglamentos o acuerdos pudieran establecer órganos, sanciones y procedimientos de responsabilidad administrativa) aumentaría el número y niveles de fuentes del derecho punitivo, lo cual resulta abiertamente contrario a la intención del constituyente.

Es menester señalar que cuando se refiere a leyes, la Constitución debe interpretarse no sólo en el sentido de que los procedimientos y sanciones deben encontrarse en una norma impersonal y abstracta, sino también en el sentido de que dichos elementos jurídicos pueden incorporarse en más de un ordenamiento, con la única limitante de que deben haber sido aprobadas por el Congreso de la Unión o, en su caso, por las legislaturas locales. En ese sentido no se trata de contar con una sola Ley de Responsabilidades, sino que se abre la posibilidad de que el legislador emita disposiciones relacionadas con la responsabilidad en leyes orgánicas de los órganos autónomos, por citar un ejemplo.

Por su parte, el término de ley debe interpretarse de conformidad con la Opinión Consultiva 8/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la disposición de observancia general aprobada por el Legislativo y publicada por el Ejecutivo.¹²⁰

Por su parte, el artículo 114 constitucional refiere:

La ley señalará los casos de prescripción de la responsabilidad administrativa tomando en cuenta la naturaleza y consecuencia de los actos y omisiones a que hace referencia la fracción II del artículo 109. Cuando dichos actos u omisiones fuesen graves los plazos de prescripción no serán inferiores a tres años.

La disposición antes transcrita señala que existen dos tipos de actos u omisiones: los graves cuya prescripción no puede ser inferior a tres años, y los leves cuya prescripción por simple lógica debe ser menor. Cabe señalar que los plazos de prescripción en términos del artículo mencionado podrían operar en plazos ma-

¹²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos”, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986.

yores a los tres años, sin embargo el ordenamiento jurídico mexicano, específicamente las leyes sobre responsabilidad administrativa, establece la prescripción con ese límite, favoreciendo a los servidores públicos y no a la rendición de cuentas.

Como se ha señalado, los artículos 109 y 113 constitucionales establecen que las leyes de responsabilidades administrativas de los servidores públicos o normas conducentes determinarán sus obligaciones a fin de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones, las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que incurran, así como los procedimientos y las autoridades para aplicarlas. El artículo constitucional es claro, se refiere a la existencia de leyes sobre responsabilidades; para el caso del Distrito Federal la aplicación de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, todavía aplicable en la Ciudad de México, y derogada para el ámbito federal.

2. La contratación en las mejores condiciones para el Estado. La reserva legal del artículo 134 constitucional

El artículo 134 constitucional refiere:

Cuando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos, y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.

Sobre este punto, la Constitución es clara al señalar que los servidores públicos deben buscar siempre las mejores condiciones de contratación para el Estado, por lo cual no es dable sostener una contratación que no se haya efectuado por licitación o con fundamento en algún procedimiento establecido en la ley.

La Suprema Corte¹²¹ ha señalado, interpretando el artículo 134 constitucional en el sentido de que cuando no se considere a la licitación como el procedimiento idóneo para la adquisición de un bien o servicio determinado, que el legislador ordinario deberá determinar los procedimientos que resulten adecuados para garantizar al Estado las mejores condiciones económicas posibles, así como la eficiencia, eficacia, imparcialidad y honradez. Esto es, el artículo 134 establece el principio de reserva de ley, lo que implica que se otorga al Congreso de la Unión la facultad de establecer en qué casos se pueden celebrar contratos sin que se lleve a cabo un procedimiento de licitación pública, por no ser éste el medio idóneo que el precepto constitucional contempla para asegurar al Estado las mejores condiciones de contratación y de prever las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos que aseguren la mejor opción de contratación.

Esta resolución tiene singular importancia para el control, toda vez que implica que los órganos autónomos deben contar con disposiciones legales que regulen las causas de excepción de las licitaciones públicas, las cuales deben ser excepcionales. Lo anterior ayudará a controlar el ejercicio presupuestal del Distrito Federal a la luz de un principio constitucional.

3. La autolimitación de las actividades del Estado

La transformación del Estado absolutista en Estado de derecho, y de éste al Estado constitucional de derecho presenta una serie de modificaciones en los elementos que lo conforman, fun-

¹²¹ Controversia constitucional 22/2001. El 4 de julio de 2001, los legisladores Enrique Jackson Ramírez, Ricardo García Cervantes, Tomás Torres Mercado, Ricardo Gerardo Higuera, Sara Isabel Castellanos y Manuel Medellín Milán, promovieron controversia constitucional en contra de los actos del presidente de los Estados Unidos Mexicanos y del secretario de Energía y Comisión Reguladora de Energía, específicamente de la expedición el 22 de mayo de 2001 y publicación del 24 de mayo de 2001 del decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica.

damentalmente en los sujetos (población y gobierno) y en las relaciones que se generan entre ellos (derechos públicos subjetivos). El Estado se identificaba plenamente con la persona de sus gobernantes, cuya responsabilidad estaba basada fundamentalmente en la idea de la soberanía como equivalente a la del poder omnímodo y absoluto delegado al monarca por Dios,¹²² por lo que los actos del soberano debían ser acatados por sus súbditos sin recurso alguno.

Sin embargo, cuando comenzó a hablarse de los sistemas de equilibrio del poder y de la separación de poderes para facilitar las funciones de control basadas en la existencia de balances y contrapesos, se abrió una doble opción para la práctica de los controles de poder.¹²³ La visión medieval de la función pública se desarticuló en cuanto al funcionamiento autoritario de los gobernantes, cuya consecuencia implicó la limitación del poder de la autoridad al evitar su concentración en una sola persona. La gran aportación de Montesquieu al constitucionalismo moderno sobre su teoría de la separación de poderes nutrió a una organización política de facultades para crear derecho, encargando su ejercicio en diferentes órganos (legislativo, ejecutivo y judicial), delimitando la autoridad de los gobernantes a la que expresamente le facultaba la ley, y eliminando la discrecionalidad de actuación de que gozaban, de tal suerte que la autoridad ahora sólo puede hacer lo que la voluntad general de la población dispone,¹²⁴ misma que se encuentra plasmada en la ley. Por tanto, la división de poderes y la legalidad fueron los principios básicos que permitieron evitar

¹²² Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, *op. cit.*, nota 4, pp. 1-4.

¹²³ Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 149 y 150.

¹²⁴ El principio de que las autoridades son creadas en beneficio de los gobernados, por lo que la actuación de aquéllas debe ser realizada a favor de éstos, como lo prevé nuestra Constitución Política en su artículo 39 que dice: “Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste”, en el entendido de que la voluntad de la autoridad se encuentra supeditada a la ley.

la concentración del poder en sólo unas manos, y eliminar la discrecionalidad de actuación de que gozaba la autoridad.¹²⁵

Sobre lo expuesto, la ley mexicana consagra el “principio de la separación de poderes” en el artículo 49 constitucional, el cual dispone que:

El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un solo individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.

La división de poderes no es más que el reconocimiento de que el Estado tiene que cumplir determinadas funciones, y los destinatarios del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por distintos órganos; se trata en realidad del problema técnico de la distribución del trabajo. Los poderes de la Unión son creados por la ley suprema mexicana, que les señala expresamente sus facultades y su competencia: respecto del Poder Legislativo depositado en el Congreso de la Unión (artículo 50), el Ejecutivo en el presidente de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 80), y el Poder Judicial en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en un Tribunal Electoral, Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y Juzgados de Distrito (artículo 94). Asimismo, la propia Constitución construye la colaboración entre las ramas del poder. La idea primordial consiste en el reparto y coordinación del poder entre diferentes órganos, es decir, la ley suprema mexicana no pretende encomendar cierta función exclusivamen-

¹²⁵ De conformidad con el principio de legalidad imperante en nuestro sistema jurídico, las autoridades sólo pueden hacer aquello para lo que expresamente los faculta la ley, en contraposición de la facultad de los particulares de hacer todo aquello que la ley no les prohíbe.

te a alguno de ellos, aislándose recíprocamente, sino permitir un control correlativo de los unos sobre los otros para garantizar la regularidad del funcionamiento de los mismos.

Entre las facultades de control que se atribuyen a los *órganos legislativos* cabe destacar el control que ejercen sobre la gestión administrativa, el relativo a la actividad financiera de los órganos estatales, así como decidir sobre la orientación política del Estado (intervención en reformas constitucionales y ratificación de tratados internacionales). Asimismo, se prevé la obligación anual del presidente de la República de informar por escrito al Congreso de la Unión sobre el estado general que guarda la administración pública del país (artículo 69 constitucional), así como el artículo 93 de la ley suprema dispone que los secretarios de Despacho y jefes de los Departamentos Administrativos darán cuenta al Congreso del estado que guardan sus respectivos ramos. Adicionalmente, el precepto constitucional referido en su último párrafo establece textualmente que:

Las Cámaras, a pedido de una cuarta parte de sus miembros, tratándose de los diputados, y de la mitad, si se trata de los senadores, tienen la facultad de integrar comisiones para investigar el funcionamiento de dichos organismos descentralizados y empresas de participación estatal mayoritaria. Los resultados de la investigación se harán del conocimiento del Ejecutivo Federal.

Los controles económicos y hacendario del Poder Legislativo son la aprobación de la Ley de Ingresos y el presupuesto de egresos, al determinar los recursos de los cuales podrá disponer el Ejecutivo y los conceptos en que podrá gastarlos, así como la revisión de la cuenta pública a través de la Auditoría Superior de la Federación, a nivel federal.

En cuanto al *organismo judicial federal*, la Suprema Corte de Justicia de la Nación está facultada para atraer a su conocimiento de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito o del procurador general de la República tanto

los juicios de amparo indirecto, como los de amparo en revisión que por su importancia considere conveniente conocer, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 107 constitucional, fracciones V y VIII. Lo anterior considerando el propósito esencial de proteger los derechos de la persona consagrados en la Constitución contra su violación por parte de las autoridades públicas. El Consejo de la Judicatura Federal tiene a su cargo la administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial Federal, excepto cuestiones relativas a la Suprema Corte de Justicia.

Respecto del *Poder Ejecutivo* en el procedimiento legislativo, el presidente de la República tiene la iniciativa de ley, la facultad de veto y la publicación de la ley. El Senado ratifica los tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo, además, aprueba o no los nombramientos de distintos funcionarios públicos propuestos por el jefe del Ejecutivo, etcétera.

A nivel local, en el gobierno del Distrito Federal el principio de la división de poderes se hace presente a través de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial de carácter local. De acuerdo con lo dispuesto por el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal en su artículo 8o., las autoridades locales de gobierno del Distrito Federal son: la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, el jefe de gobierno del Distrito Federal y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Dentro de la función legislativa del Distrito Federal, a cargo de la Asamblea Legislativa, el control respecto a la gestión administrativa y el relativo a la actividad financiera lo ejercerá al analizar los informes trimestrales que le envíe el jefe de gobierno del Distrito Federal sobre la ejecución y cumplimiento de los presupuestos y programas aprobados, así como el informe anual (primer periodo de sesiones) sobre el estado que guarda la administración pública del Distrito Federal. Asimismo, recibirá por escrito los informes de resultados anuales de las acciones del procurador general de justicia del Distrito Federal, del servidor público que tenga a su cargo el mando directo de la fuerza pública en el Distrito Federal, del presidente de la Comisión de Derechos Humanos del

Distrito Federal, así como del contralor general del Distrito Federal. Además, a través de su órgano técnico de control revisará la cuenta pública del año anterior que le remita el jefe de gobierno (artículo 42 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal).

Por su parte, el jefe de gobierno del Distrito Federal está facultado para iniciar leyes y decretos ante la Asamblea Legislativa, así como promulgar, publicar y ejecutar las leyes y decretos que aquélla emita, y expedir reglamentos, decretos, acuerdos, etcétera.

La administración, vigilancia y disciplina del *Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal* y demás órganos judiciales estarán a cargo del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, para la designación de los magistrados que al efecto realice el jefe de gobierno del Distrito Federal. Éste deberá escuchar la opinión previa del Consejo de la Judicatura, el cual verificará el cumplimiento de los requisitos que dispone el artículo 122 constitucional.

De acuerdo con lo dispuesto en párrafos anteriores, el principio de la separación de poderes no constituye una separación rígida de poderes con funciones propias e independientes entre sí. La absoluta separación de los órganos del poder público es una imprudencia que pone en riesgo la subsistencia misma del Estado, para su eficaz desarrollo se requiere la permanente y ágil coordinación entre los distintos cuerpos que integran el gobierno, cuya finalidad tienda a evitar abusos y fiscalizar la actividad de los gobernantes y de las instituciones de gobierno.

Fernández Ruiz¹²⁶ ha mencionado que el cumplimiento del objetivo del Estado se logra a través de diversas actividades, las cuales clasifica en funciones públicas, servicios públicos, obra pública, y actividades económicas residuales. Para el autor, las funciones públicas son entendidas como aquéllas esenciales y mínimas del Estado contemporáneo, cuya realización atienda al interés público y que corresponden a las funciones clásicas legislativa, ad-

¹²⁶ “Apuntes para una teoría de las actividades del Estado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIII, núm. 99, septiembre-diciembre de 2000, pp. 1113 y ss.

ministrativa y judicial. Asimismo, como funciones públicas emergentes se encuentran la electoral, de regulación monetaria, de fiscalización y la registral. Este esquema de replanteamiento de las actividades del Estado originará que el control también tenga que reformularse para abarcar todos los aspectos. Las funciones públicas son controladas, como expusimos en párrafos anteriores. La obra pública es motivo de fiscalización por parte de las contadurías mayores, sin embargo queda trecho por recorrer en los servicios públicos y en las actividades económicas residuales.

4. *La responsabilidad resarcitoria*

Como hemos señalado, el artículo 109 constitucional, fracción III, segundo párrafo, establece: “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”.

Esta prohibición constitucional es menor a la contenida en el artículo 23 que establece el principio de *non bis in idem*, por el cual nadie puede ser sujeto a juicio en dos ocasiones por la misma conducta. El artículo 109 en lugar de referirse al proceso, menciona la sanción. Lo anterior implica que los servidores públicos pueden ser sujetos de procesos autónomos, pero que no pueden imponerse sanciones de la misma naturaleza.

Como hemos mencionado, el problema radica en que los servidores públicos que han ocasionado daño al erario, al ser sancionados por las contralorías con una sanción administrativa, no pueden ser sujetos de una nueva sanción administrativa en esta ocasión impuesta por la Procuraduría Fiscal del Distrito Federal (en el caso de esta entidad).

El problema se agudiza cuando la sanción impuesta por la Contraloría es de carácter económico (interpretar sanción de la misma naturaleza por los efectos: económica o de relación administrativa). En este caso es claro que existe una duplicidad de sanciones de la misma naturaleza, toda vez que la impuesta por la

Procuraduría Fiscal también tiene ese carácter. La solución a nivel federal es considerar que la responsabilidad resarcitoria, como nosotros la proponemos en este ensayo, es una responsabilidad distinta a la administrativa y a la civil.¹²⁷ En el ámbito federal es sencillo porque la propia Constitución establece un régimen de responsabilidad general en el título IV, y uno específico en el artículo 79, fracción VI. El problema estriba a nivel local donde no contamos con dicho respaldo constitucional.

5. *El debate de los órganos autónomos*¹²⁸

A. *El debate de los órganos autónomos a nivel federal*

La doctrina ha reconocido la presencia de órganos ajenos a la estructura tripartita clásica de la división de poderes. A dichos órganos se les ha denominado órganos constitucionales autónomos y han sido definidos como aquéllos esenciales e inmediatos consagrados en la Constitución y que no se circunscriben a ningun-

¹²⁷ En ese tenor para el ámbito federal, Mijangos menciona que “para evitar posibles conflictos con los órdenes civiles y administrativos, la ley que desarrolle la reforma debe consignar de manera muy precisa cuáles son las materias que le competen, pues como antes señalamos, en estos ámbitos conoce con preferencia. Es así como no toda la responsabilidad civil le corresponde, pero sí la que deviene de la gestión de recursos públicos, y no todas las irregularidades administrativas debe enjuiciarlas el órgano externo, pero sí aquéllas que están directamente relacionadas con el manejo, custodia y aplicación de fondos y recursos de los Poderes de la Unión y los entes públicos federales”. Mijangos Borja, María de la Luz, *op. cit.*, nota 8, pp. 215 y 216.

¹²⁸ Con la publicación en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 13 de enero de 2004 del decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Contaduría Mayor de Hacienda de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, entre otras leyes, se estableció en forma expresa la facultad del órgano fiscalizador de auditar a los órganos autónomos. Hasta la entrada en vigor de las disposiciones, la auditoría a los órganos autónomos se basaba en la interpretación aquí descrita.

no de los poderes clásicos.¹²⁹ La aparición de este tipo de entes constitucionales ha representado un replanteamiento de las disposiciones en materia de responsabilidades. La razón es clara, la autonomía de dichos órganos obliga a que los mismos no puedan ser sujetos al control de otro tipo de entidades dependientes del Poder Ejecutivo, de lo contrario la autonomía estaría en entredicho.

En el plano normativo, la anterior Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos no establecía a los órganos autónomos como autoridades competentes para aplicar dicha ley. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico mexicano se encuentran disposiciones en materia de responsabilidad que fortalecen la autonomía institucional de otros órganos del Estado. Tal es el caso del título octavo de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación que establece responsabilidades de los servidores de ese órgano del Estado, entre los que se incluyen los ministros de la Suprema Corte, los consejeros de la Judicatura Federal y los magistrados y jueces federales, señalando expresamente cuáles serán las autoridades competentes para aplicar las disposiciones en la materia. Por otra parte, también la Ley del Banco de México establece en su artículo 61 que la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos será aplicable a la Junta de Gobierno y al personal del banco con un procedimiento diferente. Por tanto, el Banco de México y el Poder Judicial gozan de un régimen especial en materia de responsabilidades que fortalece su naturaleza autónoma.

Los artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación que desarrollan el contenido del numeral 113 de la carta magna son los siguientes:

Artículo 129. Los ministros de la Suprema Corte de Justicia y los miembros del Consejo de la Judicatura Federal sólo podrán ser privados de sus puestos en la forma y términos que determina el Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹²⁹ Cárdenas, Jaime, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, UNAM, 1996, capítulo VII.

También se procederá en los términos del párrafo anterior cuando los propios servidores públicos violen las prohibiciones previstas en el artículo 101 constitucional, imponiéndose además, como sanción la pérdida de las prestaciones y beneficios que les correspondan y las señaladas por la comisión de delitos contra la administración de justicia.

Artículo 132. Serán causales de responsabilidad para los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación:

I. Realizar conductas que atenten contra la independencia de la función judicial, tales como aceptar o ejercer consignas, presiones, encargos o comisiones, o cualquier acción que genere o implique subordinación respecto de alguna persona, del mismo u otro poder.

II. Inmiscuirse indebidamente en cuestiones del orden jurisdiccional que competan a otros órganos del Poder Judicial de la Federación.

...

XI. Las previstas en el artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, siempre que no fueren contrarias a la naturaleza de la función jurisdiccional.

XII. Las demás que determine la ley.

Artículo 133. Serán competentes para conocer de las responsabilidades de los servidores del Poder Judicial de la Federación:

I. La Suprema Corte de Justicia en pleno, tratándose de faltas de los ministros y de las faltas graves cometidas por sus servidores;

II. El presidente de la Suprema Corte de Justicia, y tratándose de servidores públicos de este órgano, en los casos no comprendidos en la fracción anterior;

III. El pleno del Consejo de la Judicatura Federal, tratándose de servidores públicos de faltas graves de magistrados de circuitos y jueces de distrito, cuando las sanciones aplicables sean las de destitución o inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público, y

IV. El órgano colegiado que determine el Consejo de la Judicatura Federal, en los casos no comprendidos en la fracción anterior.

Artículo 134. Para la determinación de las responsabilidades a que se refiere este Título deberá seguirse el siguiente procedimiento...

Las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación demuestran que solamente por ley pueden establecerse sanciones y procedimientos para sancionar a los servidores públicos, que en la ley deben incluirse las causales de responsabilidad y que los órganos competentes para conocer de las responsabilidades serán los superiores del órgano responsable. No existe la posibilidad, ni lógica ni jurídica, de que un órgano inferior conozca de la responsabilidad de los superiores.

De igual forma, la Ley del Banco de México contempla las siguientes disposiciones:

Artículo 61.

I. La aplicación de dicha ley y el proveer a su estricta observancia, salvo en lo tocante al juicio político al que podrán ser sujetos los integrantes de la Junta de Gobierno, competarán a una Comisión de Responsabilidades integrada por el miembro de la Junta de Gobierno que ésta designe y por los titulares de las áreas jurídica y de contraloría del Banco.

Tratándose de infracciones cometidas por miembros de la Junta de Gobierno o por funcionarios que ocupen puestos comprendidos en los tres niveles más altos del personal, será la Junta de Gobierno quien determine la responsabilidad que resulte e imponga la sanción correspondiente, a cuyo efecto la Comisión de Responsabilidades le turnará el expediente respectivo...

Por tanto, en el ordenamiento jurídico mexicano, tanto en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, como la Ley del Banco de México y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, se contemplan disposi-

ciones relacionadas con las faltas y sanciones administrativas, así como los procedimientos y órganos competentes para aplicarlos.

En resumen, la regulación en materia de responsabilidades de los órganos autónomos del Ejecutivo está sujeta a un régimen especial en virtud de la naturaleza de cada órgano. La extinta Ley de Responsabilidades recoge un tratamiento diferenciado en favor del Consejo de la Judicatura, de las Cámaras de Diputados y Senadores y de la Asamblea de Representantes (hoy legislativa) del Distrito Federal, en los siguientes términos:

Artículo 51. El Consejo de la Judicatura del Distrito Federal establecerá los órganos y sistemas para investigar y determinar las responsabilidades derivadas del incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 47, así como para aplicar las sanciones establecidas en el presente capítulo.

Lo propio harán, conforme a la legislación respectiva y por lo que hace a su competencia, las Cámaras de Senadores y Diputados del Congreso de la Unión, así como la Asamblea de Representantes del Distrito Federal.

Asimismo, y por lo que hace a su competencia, las autoridades jurisdiccionales a que se refieren las fracciones VII a IX del artículo 3o., determinarán los órganos o sistemas para los efectos a que se refiere el párrafo primero, en los términos de la legislación respectiva.

Estos órganos no se encuentran adscritos al Poder Ejecutivo, y por esa característica reciben un trato distinto al de las demás entidades y dependencias que a través de sus unidades técnicas de contraloría pueden aplicar la ley.

B. Los órganos autónomos en el Distrito Federal

El Código Financiero del Distrito Federal y el Presupuesto de Egresos del Distrito Federal establecen la autonomía de ciertos órganos del gobierno del Distrito Federal. Ese carácter autónomo reconocido por las normas jurídicas es producto tanto de la

evolución jurídica que han reconocido órganos constitucionales autónomos, como de la propia naturaleza jurídica del Distrito Federal que no contempla poderes propiamente dichos, sino órganos legislativo y judicial.

Por su importancia, resalta el contenido de los siguientes artículos:

Artículo 385. Para la elaboración de su presupuesto de egresos, gozarán de autonomía los siguientes órganos:

- I. La Asamblea (Legislativa del Distrito Federal);
- II. El Tribunal (Superior de Justicia);
- III. Las autoridades electorales;
- IV. La Comisión;
- V. El Tribunal Contencioso;
- VI. La Junta Local;
- ...

Artículo 416. Los órganos a que se refiere el artículo 385 de este código, manejarán, administrarán y ejercerán de manera autónoma su presupuesto, debiendo sujetarse a sus propias leyes, así como a las normas que al respecto emitan en congruencia con lo previsto en este código.

Artículo 418. Los órganos a que se refiere el artículo 385 de este código aplicarán lo dispuesto en este código para el ejercicio de sus recursos, en todo aquello que no se oponga a las normas que rijan su organización y funcionamiento.

Sobre lo anterior es dable destacar el carácter autónomo de determinados órganos. Esta naturaleza obliga a plantear esquemas de control para dichos órganos que no pueden ser idénticos a los del órgano ejecutivo. Por tanto, es menester desarrollar el estudio de la responsabilidad de los servidores públicos de estos órganos. Un primer tema es la responsabilidad de los servidores públicos y otro es el órgano competente para su control.

a. Responsabilidad de los servidores públicos

Los servidores públicos del Distrito Federal, en términos del artículo 108 de la Constitución, son sujetos de responsabilidad política, administrativa, civil y penal. Esta disposición constitucional se desarrolla, entre otros preceptos de la legislación infraconstitucional, en el artículo 15 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal. La interpretación de los artículos 8o., 14, 15, 36 y 39 de la Ley Orgánica de la Contaduría Mayor de Hacienda en relación con el 495 a 498 del Código Financiero, ambos del Distrito Federal, ha aumentado la responsabilidad resarcitoria.

Este régimen de responsabilidad de los servidores públicos implica necesariamente las siguientes consecuencias:

- 1) El hecho de que determinados servidores públicos pertenezcan a órganos autónomos no implica que exista un halo de irresponsabilidad en torno a los mismos.
- 2) Autonomía no significa autarquía. Por el contrario, la autonomía de un órgano debe entenderse como una facultad de autogobierno limitada por las disposiciones legales y, principalmente, constitucionales.
- 3) Por consiguiente, la autonomía con que se manejan los órganos no significa que puedan ejercer su presupuesto en forma irresponsable, sino que debe ser fiscalizado para cumplir con el principio de la rendición de cuentas.
- 4) Los servidores públicos del Distrito Federal que incurran en violaciones a la Ley Orgánica de la Contaduría o a cualquier otro ordenamiento relacionado con la cuenta pública, son susceptibles de ser sancionados por las autoridades competentes.

b. Órganos competentes

En el caso del control interno, la facultad de revisar la actuación y sancionar a los servidores públicos del órgano corresponde

a sus contralorías internas. En el caso de ausencia de éstas, corresponderá al órgano de gobierno como superior jerárquico. Cabe señalar que el título quinto de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos autoriza a la Contraloría General y a sus contralorías internas para aplicar la ley, pero lo circunscribe al ámbito del órgano Ejecutivo del Distrito Federal. Por su parte, el artículo 3o. establece a la Asamblea como órgano competente para aplicar la ley. Por consiguiente, ciertos órganos autónomos como la Comisión de Derechos Humanos y las autoridades electorales no se encuentran facultados para aplicar dicha norma.

Por su parte, el control externo es producto de la facultad que la propia Constitución confiere a la Contaduría Mayor de Hacienda de revisar la cuenta pública del gobierno del Distrito Federal, en la que se incorporan los órganos autónomos.

i) Disposiciones del Código Financiero

La cuenta pública incluye a los órganos autónomos, como se desprende del artículo 483 del Código Financiero del Distrito Federal que a la letra dice:

Con base en los estados financieros y demás información financiera, presupuestal y contable que emane de los registros del Tribunal Contencioso, de las dependencias, órganos desconcentrados y entidades comprendidas en el Presupuesto de Egresos del Distrito Federal, la Secretaría formulará la cuenta pública y la someterá a consideración del jefe de gobierno del Distrito Federal para su presentación en los términos de la Constitución y el Estatuto.

Las áreas competentes de los órganos a los que se refiere el artículo 385 de este código y la Comisión, remitirán oportunamente los estados financieros e información a que se refiere el párrafo anterior al jefe de gobierno del Distrito Federal, para que éste ordene su incorporación a la cuenta pública del Distrito Federal, en capítulo por separado.

Por tal motivo, la Contaduría Mayor de Hacienda de la Asamblea Legislativa al revisar la cuenta pública puede fiscalizar a los órganos autónomos.

ii) Disposiciones del presupuesto

En virtud de que la cuenta pública debe comprobar si la gestión financiera se ha ajustado al presupuesto, y toda vez que en términos del artículo 2o. del Presupuesto de Egresos del Distrito Federal para el ejercicio del año 2002 contempla a los órganos autónomos, entonces la Contaduría Mayor de Hacienda de la Asamblea Legislativa, en tanto está encargada de revisar la cuenta pública, puede fiscalizar a los órganos que se mencionan en el presupuesto.

El texto constitucional, en su numeral 122, refiere que la Contaduría Mayor de Hacienda de la Asamblea Legislativa es el órgano competente del Distrito Federal para revisar la cuenta pública conforme a los criterios del artículo 74, fracción IV, de la propia carta magna. Del contenido de ambos preceptos constitucionales en relación con el concepto mismo de cuenta pública se desprende:

- 1) La facultad constitucional de la Contaduría Mayor de Hacienda es la revisión de la cuenta pública.
- 2) La cuenta pública tiene por objeto conocer los resultados de la gestión financiera y comprobar si se ha ajustado a los criterios señalados en el presupuesto.
- 3) La Constitución Política no impone límite alguno para el ejercicio de la facultad de fiscalización. Por tanto, en atención al principio jerárquico de resolución de antinomias y al principio de supremacía constitucional contemplado en el precepto 133 del Código Supremo, la norma constitucional prevalece sobre la norma legal.
- 4) En caso de que una ley impusiera un límite a la facultad de revisión de la cuenta pública de la Contaduría, esta

norma sería inconstitucional, por consiguiente, la interpretación de la Ley Orgánica no puede realizarse limitando al texto constitucional.

6. *El acceso a la información en el Distrito Federal*

El derecho a la información se encuentra contemplado en el artículo 6o. constitucional desde la reforma de 1977. Pese a ello, el proceso de expedición de una ley reglamentaria fue bastante lento, lográndose este propósito hasta el 11 de junio de 2002, con su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

En el ámbito jurisdiccional, la evolución del derecho a la información puede dividirse en varias épocas. La primera surgió de un amparo promovido por Ignacio Burgoa en el cual solicitaba información a la Secretaría de Hacienda sobre el endeudamiento externo de 37,600 millones de dólares en el sexenio de López Portillo. La información le fue negada al solicitante quien acudió al juicio de garantías. Pese a ello, la sentencia definitiva del Poder Judicial de la Federación determinó que el derecho a la información era una “garantía social” consistente en que “el Estado permite el que, a través de los diversos medios de comunicación, se manifieste de manera regular la diversidad de opiniones de partidos políticos”.¹³⁰

Con posterioridad a la reforma constitucional de 31 de diciembre de 1994, y dentro de la novena época de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ese alto tribunal, en ejercicio de las facultades contenidas en el artículo 97 constitucional investigando las violaciones a derechos fundamentales de la masacre de Aguas Blancas, determinó que la garantía de derecho a la información se encontraba “estrechamente vinculada con el respeto de la verdad. Tal derecho es, por tanto, básico para el mejoramiento de una conciencia ciudadana que contribuirá a que ésta sea más enterada

¹³⁰ INFORMACIÓN, DERECHO A LA, ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 6o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, tesis de la Segunda Sala 2a.I/92, octava época, *Seminario Judicial de la Federación*, t. X-agosto, p. 33.

lo cual es esencial para el progreso de la sociedad”.¹³¹ Más adelante la tesis de jurisprudencia señala que “Si las autoridades ...asumen actividad que permitan atribuirles conductas faltas de ética, al entregar a la comunidad una información manipulada, incompleta, condicionada ... incurren en violación grave a las garantías individuales”.

A nivel supranacional, el derecho a la información se encuentra contemplado por los artículos 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 19.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Por su parte, estas disposiciones han sido interpretadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su resolución 1999/57, en el sentido de que establecen como derechos humanos fundamentales investigar, recibir y difundir informaciones e ideas por cualquier medio de expresión y contar con instituciones de gobierno transparentes y responsables. Por otra parte, con respecto al alcance de la libertad de expresión e información, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que:

quienes están bajo la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole ...la libertad de expresión e información requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

¹³¹ Tesis de jurisprudencia número LXXXIX/96, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, novena época, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. III, junio de 1996, p. 513, bajo el rubro: “GARANTÍAS INDIVIDUALES (DERECHO A LA INFORMACIÓN), VIOLACIÓN GRAVE PREVISTA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 97 CONSTITUCIONAL, LA CONFIGURA EL INTENTO DE LOGRAR LA IMPUNIDAD DE LAS AUTORIDADES QUE ACTÚEN DENTRO DE UNA CULTURA DEL ENGAÑO, DE LA MAQUINACIÓN Y DEL OCULTAMIENTO, POR INFRINGIR EL ARTÍCULO 6o. TAMBIÉN CONSTITUCIONAL”.

Conceptualmente, como ha señalado López Ayllón,¹³² el derecho de información comprende tres facultades interrelacionadas: buscar, recibir o difundir opiniones o ideas, por lo que incluye las libertades tradicionales de expresión e imprenta, pero ampliadas a la recepción de informaciones por cualquier medio.

La diferencia entre el derecho a la información y el derecho a la expresión es que la libertad de expresión es la formulación de opiniones y creencias personales, mientras que el derecho a la información supone suministrar información sobre hechos que pretendan ser ciertos y noticiables. Esto desemboca en la concepción de que el derecho a la expresión y el derecho a la información han sido comprendidos en democracias occidentales como superiores a los demás derechos. Tal es el caso del Tribunal Constitucional español de quien se desprenden las líneas anteriores.

Por su parte, Ernesto Villanueva ha distinguido conceptualmente entre derecho a la información y derecho de acceso a la información pública. Al respecto señala que el derecho a la información comprende tres aspectos: el derecho a atraerse información, a informar y a ser informado.¹³³

A nivel legal, como se ha hecho mención, el legislador federal ordinario emitió la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, misma que en su artículo 61 obligó a los poderes Legislativo y Judicial, así como a los órganos constitucionales autónomos y a los órganos con autonomía

¹³² López-Ayllón, Sergio, “El derecho a la información como un derecho fundamental”, *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México, UNAM, 2000.

¹³³ Para el autor, el derecho a atraerse información incluye las facultades de: i) acceso a los archivos, registros y documentos públicos, y ii) la decisión de qué medio se lee, se escucha o se contempla. El derecho a informar incluye: i) las libertades de expresión y de imprenta, y ii) constitución de sociedades y empresas informativas. Finalmente, el derecho a ser informado incluye las facultades de: i) recibir información objetiva y oportuna, ii) la cual debe ser completa, es decir, el derecho a enterarse de todas las noticias, y iii) con carácter universal. Villanueva, Ernesto, “Derecho de acceso a la información”, *Derecho comparado de la información*, México, núm. 1, enero-junio de 2003.

legal, a expedir reglamentos o acuerdos generales para fijar los criterios, órganos y procedimientos para el acceso a la información en los mencionados entes públicos.

En el Distrito Federal, la Asamblea Legislativa tuvo a bien expedir la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, la cual fue publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 8 de mayo de 2003 y que en muchos puntos implica un retroceso con la ley federal. Las implicaciones de esta Ley para la Contaduría son muchas, algunas anecdóticas,¹³⁴ por lo que se hará referencia a tres de ellas:

A. Antinomia en la publicidad de la información

El artículo 18 de la Ley de Transparencia local refiere que:

Artículo 18. El órgano de control de la gestión pública y el órgano técnico de fiscalización de la Asamblea, ambos del Distrito Federal, deberán proporcionar, a solicitud de parte, los resultados de las auditorías concluidas al ejercicio presupuestal que de cada sujeto obligado realicen. Asimismo, los entes públicos deberán proporcionar a los solicitantes, la información relativa a las solventaciones o aclaraciones derivadas de las auditorías concluidas.

Esta obligación de proporcionar los resultados de las auditorías concluidas a petición de parte, se contrapone con la facultad

¹³⁴ El artículo 8o. señala que para ejercer el derecho de acceso a la información pública no es necesario acreditar derechos subjetivos. El concepto debió haber sido “interés jurídico”. Sobre el particular debe decirse que un derecho subjetivo es una expectativa positiva o negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica, por lo que el derecho de acceso a la información es un derecho subjetivo que se acredita por la misma naturaleza humana. Ese mismo artículo establece disposiciones discriminatorias en materia política para los no ciudadanos, mexicanos y extranjeros, lo que implica un retroceso en figuras como los visitantes extranjeros en materia electoral. Finalmente, los plazos para la reserva (diez años con la posibilidad de otros diez) son prácticamente un escarnio al derecho de acceso a la información.

que la Ley Orgánica de la Contaduría Mayor de Hacienda le confiere a la Comisión de Vigilancia de difundir los resultados de la revisión de la cuenta pública, facultad que hasta este momento no ha sido ejercida a través de un programa o de una dinámica de difusión de resultados con universidades o instituciones sociales. Esto es, una norma faculta a la Contaduría a difundir la obligación directamente ante una solicitud de parte, en tanto que la otra lo prohíbe al establecer como único conducto (y finalmente lo limita a la voluntad política) a la Comisión de Vigilancia.

Aplicando los principios de solución de antinomias, se puede argumentar que, en virtud de que se trata de leyes del mismo nivel jerárquico, debe prevalecer la norma contenida en la Ley de Transparencia por las consideraciones siguientes:

- a) Criterio cronológico. El legislador emitió la norma de transparencia en fecha posterior a la orgánica de la Contaduría, por lo que prevalece la primera atendiendo a que la norma posterior deroga lo anterior.
- b) Criterio de especialidad. El legislador emitió una disposición especial para la Contaduría en materia de acceso a la información, por lo que prevalece sobre la regla general contenida en la ley orgánica, atendiendo a que lo especial deroga a lo general.
- c) Criterio de liberalidad. Prevalece la norma de la Ley de Transparencia por tratarse de una norma que maximiza un derecho humano fundamental: el derecho a la información.

B. Los principios rectores

El artículo 2o. de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Distrito Federal establece como principios orientadores en la relación entre los particulares y los entes públicos: legalidad, certeza jurídica, información, celeridad, veracidad, transparencia y publicidad de actos. Por su parte, el artículo

6o. refiere que la interpretación de la ley se hará conforme con los principios de transparencia y publicidad.

Esto es importante recalcarlo pues se establecen como principios jurídicos, los cuales cuentan con doble fuerza normativa en tanto disposiciones jurídicas *per se*, así como orientadores en la aplicación de normas a una serie de principios mucho mayores que el ámbito federal que se limita a la publicidad.

C. La confidencialidad y reserva de la información

El artículo 24 de la Ley de Transparencia refiere la confidencialidad de la información en posesión de los entes públicos del Distrito Federal. La fracción III establece como información confidencial aquélla que por disposición expresa de ley sea considerada como confidencial, ubicándose en dicho estatus únicamente los procesos penales o administrativos en términos del artículo 36 de la Ley Orgánica.

Por otra parte, la fracción IX del artículo 23 señala que será información reservada la que provenga de procedimientos de responsabilidad de los servidores públicos, en tanto no se haya dictado la resolución administrativa o la jurisdiccional definitiva. Al respecto, en tanto que los procedimientos que se implementan en la Contaduría forman parte del proceso de responsabilidad de los servidores públicos, es dable interpretar la disposición en comentario *a contrario sensu* para argumentar que, al ser resueltos los procedimientos, la información que posea la Contaduría será pública. Ahora bien, en aquellos casos en que no exista promoción de acción, se puede argumentar válidamente que la información no es confidencial, por no tratarse de información que reúna cualquiera de las características de la información reservada y confidencial en términos de ley. Esto desde una interpretación que atienda a los principios rectores de la Ley de Transparencia y que, desde una óptica garantista, pretenda maximizar el derecho a la información.