

# El sistema de responsabilidades de los servidores públicos en México

*Segunda edición*

**Alfredo** HURTADO CISNEROS



Universidad Nacional Autónoma de México  
Instituto de Investigaciones Jurídicas

EL SISTEMA DE RESPONSABILIDADES  
DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, núm. 268

---

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero  
*Secretario técnico*

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho  
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Ricardo Hernández Montes de Oca  
Leslie Cuevas Garibay  
*Cuidado de la edición y formación en computadora*

Mauricio Ortega Garduño  
*Elaboración de portada*

ALFREDO HURTADO CISNEROS

EL SISTEMA  
DE RESPONSABILIDADES  
DE LOS SERVIDORES  
PÚBLICOS EN MÉXICO

*Segunda edición*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
México, 2021

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad  
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio  
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 24 de agosto de 2015  
Segunda edición: 20 de octubre de 2021

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México.

Impreso y hecho en México

ISBN: 978-607-30-5099-9

## CONTENIDO

|                    |      |
|--------------------|------|
| Introducción ..... | XIII |
|--------------------|------|

### CAPÍTULO PRIMERO

|                                                                                                                         |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| EL SISTEMA DE RESPONSABILIDADES COMO OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN .....                                                   | 1  |
| I. Introducción .....                                                                                                   | 1  |
| II. El problema. ....                                                                                                   | 2  |
| III. El paradigma actual .....                                                                                          | 3  |
| IV. ¿Qué se plantea? .....                                                                                              | 4  |
| V. El sistema actual del control en materia de responsabilidades .....                                                  | 4  |
| VI. Aproximación teórico-conceptual .....                                                                               | 5  |
| VII. La responsabilidad y sus implicaciones constitucionales. ....                                                      | 7  |
| VIII. Proyecciones para un nuevo paradigma en la responsabilidad administrativa .....                                   | 11 |
| IX. Aportaciones teórico-conceptuales en relación con el control de la responsabilidad de los servidores públicos ..... | 16 |
| 1. Sobre el concepto de control .....                                                                                   | 16 |
| 2. El control como elemento inseparable de la Constitución. ....                                                        | 19 |

|                                                                                                                                                                              |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 3. La calidad de la democracia y el control del poder político . . . . .                                                                                                     | 21 |
| 4. El control de la constitucionalidad. . . . .                                                                                                                              | 23 |
| X. Aportaciones más significativas de la investigación. . .                                                                                                                  | 28 |
| El replanteamiento del paradigma del control en la administración pública como elemento constitucional que garantice la responsabilidad de los servidores públicos . . . . . | 28 |
| XI. El rediseño del sistema de responsabilidades que garantice el cumplimiento de las responsabilidades públicas . . . . .                                                   | 29 |
| CAPÍTULO SEGUNDO                                                                                                                                                             |    |
| ANTECEDENTES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDADES . .                                                                                                                            | 31 |
| I. Época Prehispánica . . . . .                                                                                                                                              | 31 |
| II. Época Colonial. El juicio de residencia. . . . .                                                                                                                         | 33 |
| 1. Los jueces de residencia . . . . .                                                                                                                                        | 35 |
| 2. Los sujetos de residencia . . . . .                                                                                                                                       | 38 |
| 3. Primera instancia . . . . .                                                                                                                                               | 42 |
| 4. Segunda instancia. . . . .                                                                                                                                                | 47 |
| 5. La visita . . . . .                                                                                                                                                       | 48 |
| III. Constitución de Cádiz. . . . .                                                                                                                                          | 50 |
| IV. La Época Independiente. . . . .                                                                                                                                          | 51 |
| 1. La regulación constitucional de la responsabilidad (1824-1917) . . . . .                                                                                                  | 51 |
| 2. Evolución del Título IV de la Constitución de 1917 .                                                                                                                      | 54 |
| A. Primer periodo (1917-1982) . . . . .                                                                                                                                      | 54 |
| B. Segundo periodo (1982-2012) . . . . .                                                                                                                                     | 56 |

| CONTENIDO                                                                                                   | IX |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| V. La Ley de Responsabilidades de 1940 . . . . .                                                            | 57 |
| VI. La Ley de Responsabilidades de 1980 . . . . .                                                           | 59 |
| VII. Ley de Responsabilidades de 1982 . . . . .                                                             | 60 |
| 1. Sujetos . . . . .                                                                                        | 61 |
| 2. Causas . . . . .                                                                                         | 62 |
| VIII. El sistema de responsabilidades en el Estado de México                                                | 63 |
| IX. Programa General de Simplificación Administrativa .                                                     | 66 |
| X. Apuntes capitulares. . . . .                                                                             | 70 |
| <br>CAPÍTULO TERCERO                                                                                        |    |
| TEORÍA DEL PODER. . . . .                                                                                   | 75 |
| <br>I. Conceptos básicos y replanteamiento. . . . .                                                         | 75 |
| 1. Concepto de poder. . . . .                                                                               | 78 |
| 2. El poder y los fines del Estado . . . . .                                                                | 79 |
| 3. La teoría sociológica de Niklas Luhmann y el poder.<br>Un acercamiento a la teoría de sistemas . . . . . | 80 |
| II. Luhmann y el concepto de poder . . . . .                                                                | 87 |
| III. Poder y coerción . . . . .                                                                             | 88 |
| IV. Breves reflexiones sobre el poder. . . . .                                                              | 92 |
| V. La división de poderes. . . . .                                                                          | 93 |
| 1. Equilibrio de los poderes . . . . .                                                                      | 94 |
| 2. Concepto de justicia administrativa. . . . .                                                             | 95 |
| 3. La jurisdicción administrativa . . . . .                                                                 | 96 |
| 4. Órganos de la jurisdicción administrativa . . . . .                                                      | 97 |
| VI. El proceso administrativo . . . . .                                                                     | 98 |
| Distinción entre proceso y proceso administrativo . . .                                                     | 98 |

## CAPÍTULO CUARTO

|                                                                                                          |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL . . . . .                                                         | 99  |
| I. Consideraciones previas . . . . .                                                                     | 99  |
| 1. La postura aristotélica . . . . .                                                                     | 100 |
| 2. Aproximaciones teóricas del concepto de Constitución . . . . .                                        | 101 |
| 3. La significación de ley fundamental, norma fundamental o <i>lex fundamentalis</i> . . . . .           | 105 |
| II. Clasificación ontológica de las Constituciones . . . . .                                             | 107 |
| III. El bloque de constitucionalidad. . . . .                                                            | 113 |
| IV. El control constitucional . . . . .                                                                  | 114 |
| V. El control y el poder . . . . .                                                                       | 118 |
| VI. Fines constitucionales del control . . . . .                                                         | 121 |
| VII. El control como elemento inseparable de la Constitución . . . . .                                   | 124 |
| VIII. Influencia en el constitucionalismo norteamericano de la teoría del equilibrio de poderes. . . . . | 125 |
| 1. Controles horizontales . . . . .                                                                      | 126 |
| 2. Controles verticales . . . . .                                                                        | 126 |
| IX. Control del poder político . . . . .                                                                 | 127 |
| X. Control parlamentario. . . . .                                                                        | 129 |
| XI. El derecho y el control. . . . .                                                                     | 131 |
| XII. Reflexiones sobre el control en la teoría constitucional . . . . .                                  | 132 |

## CAPÍTULO QUINTO

|                                        |     |
|----------------------------------------|-----|
| TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD . . . . . | 135 |
| I. Preliminares. . . . .               | 135 |
| 1. Elementos teóricos . . . . .        | 136 |

|                                                                                                     |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. Concepto de responsabilidad. . . . .                                                             | 143 |
| 3. Principios jurídicos y filosóficos de las responsabilidades de los servidores públicos . . . . . | 149 |
| 4. Los principales problemas por resolver . . . . .                                                 | 150 |
| II. Las reglas actuales que rigen el sistema de responsabilidad de los servidores públicos. . . . . | 154 |
| 1. El sistema actual de responsabilidades. . . . .                                                  | 160 |
| 2. Los servidores públicos. . . . .                                                                 | 163 |
| 3. Apuntes para un nuevo concepto de responsabilidad . . . . .                                      | 166 |

## CAPÍTULO SEXTO

|                                                                                                                            |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| LAS RESPONSABILIDADES PÚBLICAS COMO EJERCICIO DE MORAL Y ÉTICA PÚBLICA DENTRO DEL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN. . . . . | 171 |
| I. ¿Cómo surge y se estructura la propuesta? . . . . .                                                                     | 173 |
| II. Consideraciones pertinentes del SNA. . . . .                                                                           | 179 |
| III. Antecedentes del SNA . . . . .                                                                                        | 182 |
| IV. Elementos internos dentro de la legislación mexicana, que posibilitaron el surgimiento del SNA. . . . .                | 183 |
| V. Marco jurídico del SNA . . . . .                                                                                        | 184 |
| VI. El SNA a nivel estatal (el caso del Estado de México) . . . . .                                                        | 186 |
| VII. El SNA en el ámbito municipal . . . . .                                                                               | 190 |
| VIII. El SAM de Toluca . . . . .                                                                                           | 191 |
| IX. Objetivo del SNA . . . . .                                                                                             | 192 |
| X. El nuevo paradigma de las responsabilidades públicas y su estructura. . . . .                                           | 192 |
| XI. Apuntes para el fortalecimiento del SNA. . . . .                                                                       | 196 |

## CAPÍTULO SÉPTIMO

## APUNTES PARA LA CREACIÓN DEL ÓRGANO

## CONSTITUCIONAL DEL CONTROL

## DE LAS RESPONSABILIDADES PÚBLICAS . . . . . 199

## I. Apuntes preliminares. . . . . 199

## II. Propuesta de creación de mecanismos constitucionales de control del poder público. . . . . 201

## 1. Límites de la actividad del poder público . . . . . 202

## 2. La necesaria separación de funciones . . . . . 202

## 3. La legalidad . . . . . 203

## III. Rediseño del sistema de control constitucional en materia de responsabilidades . . . . . 204

## Consideraciones finales . . . . . 213

## Bibliografía . . . . . 217

## INTRODUCCIÓN

Las condiciones de vulnerabilidad en las que el Estado se encuentra actualmente hacen necesario el replanteamiento de diferentes temas relacionados con la funcionalidad y operatividad del servicio público y de quienes ejercen dicha actividad, de tal suerte que resulta trascendental redimensionar el esquema de responsabilidades de los servidores públicos en México.

En el desarrollo del presente trabajo se busca —con base en el análisis del régimen estatal de responsabilidades de los servidores públicos— un nuevo paradigma de la responsabilidad del servidor público, que atienda a los principios constitucionales de su actuar y sea capaz de integrar en esa tendencia general y suprema en el orden federal, ampliándolo al ámbito local.<sup>1</sup>

Este trabajo se aborda a la luz de varios enfoques teóricos que sirven de apoyo para comprender mejor el problema, así como el objeto de estudio, los antecedentes, el estado actual del conocimiento del tema y la prospectiva del mismo; utilizando el método hermenéutico.

En cada uno de los capítulos propuestos utilizamos como apoyo las siguientes teorías:

En el capítulo primero se plasma una primera aproximación, tanto teórico-conceptual como metodológica, que sirve de base para el resto del trabajo y da guía a la propuesta final.

En el capítulo segundo se precisan los antecedentes relacionados con el sistema de responsabilidades, aplicando el historicis-

<sup>1</sup> Carmona Lara, Ma. del C., *Código ético de conducta de los servidores públicos. Las responsabilidades administrativas en el ámbito regional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 128.

mo jurídico que nos permitirá conocer el devenir del sistema de responsabilidades hasta nuestros días.

En el capítulo tercero, relativo a la teoría del poder, se aplica el método hermenéutico jurídico para entender la relación entre los detentadores originales del poder, que son los ciudadanos y quienes los representan. Se aplica la hermenéutica jurídica para entender cómo se dan esas relaciones de poder en la organización política del Estado, entre sus representantes y representados; que, como un instrumento de control por parte de quien detenta ese poder, se plasma en la ley.

El uso de métodos alternos como el que utiliza Niklas Luhmann en la teoría de sistemas nos permite, mediante la recreación del sistema de responsabilidades, explicar la relación entre los subsistemas que lo integran, aproximándonos así a la comprensión de su funcionamiento, a su vez, permite generar la oportunidad de establecer con más acierto un sistema de responsabilidades actualizado, donde se consideren:

- Las relaciones de poder.
- La comunicación entre las partes.
- La efectividad de esa comunicación asertiva entre quienes establecieron las atribuciones y responsabilidades para los servidores públicos a través de la norma.
- Asumir la responsabilidad de quienes tienen la atribución, derivada de un mandato constitucional, para cumplir y verificar su cumplimiento.

El capítulo cuarto analiza la relación entre el *deber ser* y el *ser*, derivado del marco constitucional que contiene valores y principios plasmados como ley suprema, pero también establece elementos garantes o de control que buscan la salvaguarda de la misma y el cumplimiento de las responsabilidades de quienes representan a los órganos del Estado en el ámbito de la administración gubernamental.

## INTRODUCCIÓN

XV

El capítulo quinto se enfoca en comprender la naturaleza y encontrar el fin de la responsabilidad, precisando el objeto: quiénes son los sujetos y quiénes los encargados de verificar su cumplimiento.

En el capítulo sexto se plasma la propuesta sobre un órgano constitucional de control de las responsabilidades públicas, identificando su naturaleza, integración y funcionamiento, para así proponer deberes y establecer principios y valores para quienes asumen esa responsabilidad, con la finalidad de dar paso al surgimiento de una nueva cultura de moral pública (paradigma de la responsabilidad), buscando, para ello, la revisión de los contenidos de la Constitución, pero también concibiendo la necesidad de contar con un órgano de control de las responsabilidades públicas y políticas, garante de verificar el cumplimiento del mandato constitucional.

Por tanto, el contenido del trabajo desarrolla los elementos para procurar una mejor comprensión del control del poder político a través de la responsabilidad del servidor público, vista como un elemento eficiente de la propia función pública, proponiendo mecanismos más efectivos a los que deben sujetarse todos aquellos que detentan una función dentro de los órganos del Estado, con la posibilidad de reprochar actos u omisiones cuando se incumpla con la responsabilidad.

## CAPÍTULO PRIMERO

# EL SISTEMA DE RESPONSABILIDADES COMO OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

## I. INTRODUCCIÓN

El objeto de la presente investigación es el sistema de responsabilidades de los servidores públicos en México a la luz del paradigma actual en que se sustenta, por tanto, es importante conocer cómo se integra actualmente, cuál es su funcionamiento y a qué principios atiende; así como encontrar el sustento teórico en que se fundamenta, amén de la relevancia que implica conocer su curso histórico, tanto en los contenidos constitucionales como en las leyes que han existido al efecto.

Es menester precisar que la investigación se constriñe al sistema de responsabilidades de los servidores públicos —por tanto no debe confundirse con otros temas o elementos con los que se encuentra íntimamente relacionado, como la rendición de cuentas, la transparencia o la gobernanza—, que, como lo refiere Karl Popper, está orientada a encontrar las respuestas de las siguientes preguntas: ¿Quién debe gobernar? ¿En qué forma podemos organizar a las instituciones políticas a fin de que los gobernantes malos o incapaces no puedan ocasionar demasiado daño?,<sup>2</sup> o como el propio Popper menciona, corresponde al Estado vigilar la vida moral de sus ciudadanos.

Se ha buscado la comprensión del sistema de responsabilidades en México, así como los mecanismos de control a que se

<sup>2</sup> Popper, K., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Buenos Aires, Paidós, 1967, t. I, p. 189.

encuentran sujetos. Esa dualidad —responsabilidad-control— permite proponer mecanismos o elementos que, en primera instancia, obliguen al cumplimiento de la responsabilidad de los servidores públicos, así como a contar con los medios adecuados de reprochabilidad —por acción u omisión— cuando incumplan con dicha responsabilidad.

## II. EL PROBLEMA

El problema de la falta de responsabilidad de los servidores públicos en la actualidad es un problema de fondo que conlleva al incumplimiento de objetivos y, por ende, a la corrupción. Popper<sup>3</sup> sostiene que la palabra “problema” es otro nombre entre la tensión de nuestro conocimiento y nuestra ignorancia, o más bien una designación que denota diferentes instancias del mismo; siguiendo esta idea popperiana, debemos tener presente que un problema surge, se desarrolla y adquiere significado a través de nuestros intentos por solucionarlo. Siguiendo el método científico propuesto por Popper, ahora hemos caracterizado nuestro objeto de estudio al haber: *a)* tropezado con un problema; *b)* trataremos de solucionarlo proponiendo una teoría, y *c)* aprendiendo de nuestros errores, propondremos soluciones tentativas, que mediante la discusión nos conducirán a nuevos problemas.<sup>4</sup>

Así, para erradicar el problema de la falta de responsabilidad de los servidores públicos en nuestro actual Estado democrático se requiere establecer un nuevo sistema de responsabilidades, con los mecanismos que inmunicen a la sociedad contra la falta de responsabilidad que conlleva a la corrupción, educando al ciudadano para que respete la norma y, de forma paralela, verifique el cumplimiento de la misma.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>4</sup> Las palabras problema-teoría-crítica resumen muy bien el procedimiento de la ciencia racional desde la postura de Popper.

### III. EL PARADIGMA ACTUAL

El actual paradigma de la responsabilidad de los servidores públicos a primera vista descansa en el Título IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero en un ejercicio crítico claramente podemos reconocer contradicciones, carencias y ambigüedades que, generalmente, dan paso a severas injusticias cuando se trata de responsabilidades de los servidores públicos, dando pie a que la norma pierda fuerza moral al no cumplir con la función de prevenir las conductas inadecuadas de los servidores públicos.

Aunque la reforma constitucional de 1982 tiene sus bondades al fijar las bases del actual sistema de responsabilidades, donde se unifica el concepto de servidor público, se regula el actuar de los servidores mediante el establecimiento de los códigos de conducta y se establecen sanciones derivadas de su incumplimiento, también es cierto que dicho sistema de responsabilidades solamente se concibe dentro del derecho público, en específico, el derecho disciplinario de la función pública, conteniéndose en el marco jurídico del fenómeno disciplinario que se da en dicha función pública.<sup>5</sup> Ante ello podemos decir que en los diferentes regímenes de gobierno parece ser que el derecho sirve como instrumento de dominio y es empleado para beneficio de quienes atendiendo a un interés particular se olvidan del interés general del Estado.

Tal escenario debe revertirse, procurando que los servidores públicos sean eficaces, atacando frontalmente los niveles de impunidad que se van acrecentando de forma exponencial en detrimento de la sociedad.<sup>6</sup>

Se debe acabar con ese contrasentido, entre lo que establece la norma y el actuar real de los servidores públicos, diseñando medios eficientes de control que acaben con las prácticas corruptas y

<sup>5</sup> Delgadillo Gutiérrez, L. H., *Sistema de responsabilidades de los servidores públicos*, México, Porrúa, 2005, p. 92.

<sup>6</sup> Cfr. Nieto, Santiago y Medina Pérez, Yamile, *Control externo y responsabilidad de los servidores públicos del Distrito Federal*, México, UNAM, 2005.

arbitrarias; que la opacidad y falta de responsabilidad den paso a un Estado más eficiente y responsable, utilizando como plataforma el actuar responsable de los propios servidores públicos.

#### IV. ¿QUÉ SE PLANTEA?

Se plantea analizar los diferentes tipos de responsabilidad que existen en la teoría y la práctica, teniendo como objetivo su análisis, ponderación y la construcción de un nuevo paradigma, donde dentro del sistema de responsabilidades se privilegie el control de las responsabilidades públicas, el cual debe garantizar el cumplimiento de la Constitución y la ley, ya que todo servidor público al asumir su cargo se compromete a ello al protestar su cumplimiento, lo anterior teniendo presente que el vínculo entre el servidor público y el pueblo al que sirve es la Constitución. Debe quedar claro que el compromiso del servidor público no es con quien lo propuso, sino con la ciudadanía a quien sirve, su actuar debe ajustarse en todo momento a las condiciones y términos que establece la Constitución; para ello es necesario la existencia de órganos que declaren que un servidor público debe ser confrontado con la constitucionalidad de sus actos y, por ende, la posibilidad de reprochabilidad de su actuar cuando éstos se aparten de los propios contenidos constitucionales a que se encuentra sujeto.

Para tal efecto, en el cuerpo central de la investigación se abordan los dos grandes temas de la tesis: el control y la responsabilidad a la luz del enfoque del control de la constitucionalidad, donde se propone un modelo que posibilite un nuevo sistema de control en materia de responsabilidades.

#### V. EL SISTEMA ACTUAL DEL CONTROL EN MATERIA DE RESPONSABILIDADES

De manera tradicional, en nuestro país se ha realizado el estudio del sistema de responsabilidades de los servidores públicos

de forma complementaria al estudio que se hace de la función pública, la responsabilidad, a pesar de lo fundamental en el quehacer público, no parece ser la prioridad para los especialistas, que la minimizan a una simple y llana connotación disciplinaria.

En razón a lo anterior resulta necesario abordar el tema de la responsabilidad en la función pública, considerando la normatividad, función y objetivos que debe alcanzar el actual sistema de responsabilidades; además de conocer los antecedentes, funcionamiento y prospectiva a fin de replantear y proyectar un nuevo modelo de responsabilidades que atienda a elementos de naturaleza no solamente disciplinaria, sino eminentemente constitucional; así como el establecimiento de un arquetipo a través del cual se conciba el nuevo modelo de responsabilidades, el cual permita garantizar a cabalidad el cumplimiento de las mismas tomando como paradigma la propia Constitución.

## VI. APROXIMACIÓN TEÓRICO-CONCEPTUAL

Cuando se hace referencia a la responsabilidad en el servicio público es ineludible tratar sobre lo que representa o significa el poder en las estructuras organizacionales del Estado, de tal suerte que Foucault, al realizar el análisis sobre el poder, rompe con las concepciones clásicas de este término; para él, el poder no puede ser localizado en una institución o en el Estado, pues está determinado por el juego de saberes que respaldan la dominación de unos individuos sobre otros al interior de estas estructuras.<sup>7</sup>

Es una experiencia eterna —menciona Montesquieu— que todo hombre con autoridad es capaz de abusar de ella; irá cada vez más allá, hasta que encuentre una barrera.<sup>8</sup>

Aunque en la actualidad se afirma que todo régimen democrático deberá tener como baluarte el control y la responsabilidad de sus servidores públicos, la falta de responsabilidad en la

<sup>7</sup> Foucault, M., *El orden del discurso*, México, Fábula Tusquets, 2009, p. 20.

<sup>8</sup> Bodeneheimer, E., *Teoría del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 20.

administración pública es un problema muy grave que indefectiblemente conlleva a la corrupción.

Ante ello es necesario enfatizar que el verdadero éxito en el combate a la corrupción, la ineficacia y la impunidad radica en la garantía del cumplimiento de las atribuciones y obligaciones que tienen encomendadas los servidores públicos, lo cual no debe basarse en un sistema de cárcel y carceleros, sino en garantizar el efectivo cumplimiento de las tareas de los servidores públicos, privilegiando la evaluación y creatividad de los empleados en el desarrollo de sus funciones para alcanzar las aspiraciones de la ciudadanía contenidas en la Constitución.

Lo anterior no es tarea fácil, tradicionalmente nuestro régimen de responsabilidades se ha desarrollado de manera desigual; hemos invertido mayor tiempo en especificar las obligaciones y en menor proporción los derechos de los servidores públicos, lo cual ha derivado en lograr el cumplimiento a destiempo de las obligaciones constitucionales de los servidores públicos, pues nos hemos preocupado más por sancionar el incumplimiento antes que garantizar el eficaz cumplimiento de las obligaciones de los servidores públicos.

Lo anterior lo sintetiza de forma precisa Bertrand Russell, al afirmar que el problema de nuestra época reside en que nos hemos desarrollado intelectualmente demasiado aprisa y moralmente demasiado despacio, es decir, según Russell, somos muy inteligentes, pero no actuamos con moral. Al respecto, coincido con Popper, ya que creo que somos demasiado buenos y demasiado tontos. Nos dejamos impresionar muy fácilmente por teorías que apelan directa o indirectamente a nuestra moral; no estamos intelectualmente a su altura y nos convertimos en sus complacientes y abnegadas víctimas.

A mi parecer, la ideología actual dominante, según la cual vivimos en un mundo sin moral, es una mentira, su difusión desanima a muchas personas jóvenes y las hace infelices en una edad en la que, si no los sostiene la esperanza, quizá no puedan ni siquiera vivir. Rechazo la fijación profética y sostengo que la historia es una corriente cuyo flujo ulterior se debe prevenir al menos

en parte, pues es un intento de construir una teoría a partir de una imagen, es decir, una metáfora; el único comportamiento correcto es contemplar el pasado de manera completamente distinta al futuro. Debemos enjuiciar los hechos del pasado histórico moralmente, aprender lo que es posible y lo que es éticamente correcto. No debemos intentar en absoluto ver direcciones y tendencias para la predicción del futuro a partir del pasado, pues el futuro está abierto.<sup>9</sup>

## VII. LA RESPONSABILIDAD Y SUS IMPLICACIONES CONSTITUCIONALES

Retomando el planteamiento de las implicaciones constitucionales de la responsabilidad de los servidores públicos, habría que entender primero cuál es la naturaleza constitucional y la función encomendada al sistema de responsabilidades en nuestro país y, segundo, entender que existe la necesidad de contar con mecanismos idóneos que garanticen su eficacia en nuestro actual Estado constitucional.

Existen tres aspectos a atender en el tema de responsabilidades de los servidores públicos y la relación necesaria con nuestra norma máxima: *a)* comprender el Título IV de nuestra Constitución federal como el garante del cumplimiento de todos los postulados por quienes se desempeñan como servidores públicos; *b)* entender que nuestro marco constitucional quedaría incompleto si no se concreta en las entidades federativas de nuestro país y se busca estandarizar jurídicamente el citado Título IV de la Constitución federal en las Constituciones locales, y *c)* generar un nuevo paradigma de las responsabilidades a través de su contenido constitucional, para conseguir con ello la propuesta de un mecanismo que garantice el cumplimiento de los propios fines que nos señala, y así evitar el fenómeno de falta de responsabilidad y los vacíos de control de la función pública que es la causa de la corrupción, que si bien es un problema de los individuos que mues-

<sup>9</sup> Popper, K., *La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento*, Buenos Aires, Paidós-SAICE, 1995, p. 97.

tran conductas inadecuadas, también es el resultado de una sociedad que funciona con un sistema inapropiado, donde es claro que la problemática que encierra representa el mayor de los desafíos y es motivo de preocupación para el Estado moderno. Por tanto, debemos diseñar y estructurar mecanismos que atiendan el fenómeno de la falta de responsabilidad y acabar así con esa idea inversa que actúa como si fuera la Tercera Ley de Newton, en un proceso inverso a la consolidación del sistema de responsabilidades, y procurar el establecimiento de una moral pública o, como bien se ha denominado recientemente, el pudor del pueblo.

Por ello, y en un afán de buscar soluciones al nuevo jinete apocalíptico del Estado moderno (corrupción=falta de responsabilidad) que flagela y corrompe a las instituciones públicas, debemos encontrar un medio eficaz que, cual antídoto a dicha condición, resulta ser en nuestro Estado constitucional nada más y nada menos que la efectiva división de poderes como la forma adecuada de control, porque es el recurso que permite cumplir con uno de los supuestos básicos del Estado democrático, garante, defensor de las libertades públicas, transparente en su funcionamiento e incluyente con los ciudadanos.

En esta nueva y épica batalla por contener un feroz enemigo, los modernos quijotes deben ser los órganos de control, y el afianzamiento del sistema de responsabilidades su armadura; no se puede hablar de legitimidad si no se sustenta el actuar público en valores universales contenidos en nuestra carta magna, los cuales como inveterados guardianes, a toda costa y en la vigilancia del orden constitucional, busquen concretar las propias y originales aspiraciones del Estado.

El Estado, sus representantes y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública estarán obligados a rendir cuentas y enfrentar la responsabilidad (responder)<sup>10</sup> por violaciones en que incurran respecto a los derechos de los ciudadanos, como la

<sup>10</sup> *Respondere* significa inter-alia: prometer, merecer, pagar. *Spondere* forma de la *stipulatio*, por la cual alguien asumía una obligación (Gayo, *Institutas*, 3,92). *Enciclopedia jurídica mexicana*, México, UNAM-Porrúa, 2004, p. 277.

falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus servidores y empleados públicos en el desempeño de sus cargos, ya que el Estado debe:

- Garantizar el derecho de reprochabilidad en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.
- Ser responsable de garantizar el cumplimiento, reparar el incumplimiento de sus servidores públicos y contar con medios de control para determinar la responsabilidad de quienes incumplan con dicha obligación.

Se debe construir un nuevo paradigma dentro de nuestros Estados modernos, donde se pase del paradigma judicial o de legalidad, donde todo el ordenamiento jurídico está sujeto a la ley en sacrificio de la protección de los derechos sociales, porque no se sustentan en los principios de la Constitución, sino en la dura letra de la ley.<sup>11</sup>

Es urgente avanzar al paradigma del Estado constitucional, en que las normas constitucionales no sean meramente declarativas y vinculantes, sino de efectiva e inmediata aplicación, así como garantizar su exigibilidad, incluyendo a los derechos sociales.

Ahora se busca que los conflictos de los derechos sociales sean resueltos en un juicio de ponderación por los representantes jurisdiccionales del Estado, para que sea cumplido el deber máximo del Estado y así avanzar un paso más en la búsqueda del fin supremo del derecho que es el de garantizar la convivencia social y por ende la vigencia del propio Estado constitucional.

En esta búsqueda de nuevos paradigmas es de suma importancia lo que los clásicos pueden aportar, al respecto Max Weber nos permite recordar que el conocimiento se mantiene vigente

<sup>11</sup> Montero Lara, M., *Revista Jurídica de Derecho Público*, t. 3 de la publicación electrónica, 24 de agosto de 2010, [www.revistajuridicaonline.com/index](http://www.revistajuridicaonline.com/index).

cuando se contextualizan situaciones o hechos actuales; de forma magistral refiere que la experiencia tiende a demostrar universalmente que el tipo de organización administrativa puramente burocrático, es decir, la variedad monocrática de burocracia es, desde un punto de vista técnico, capaz de lograr el grado más alto de eficiencia, y en este sentido es el medio formal más racional que se conoce para lograr un control efectivo sobre los seres humanos, es decir, superior a cualquiera.<sup>12</sup>

Weber, al analizar a la burocracia, afirma que el aparato organizador de ésta es el marco racional y legal donde se concentra la autoridad formal en la cúspide del sistema (Constitución), los medios de administración no son propiedad del administrador intermediario (servidor público), sus competencias no son sujetos de herencia o venta sino que están enmarcadas en el orden constitucional supremo (atribuciones), por ende se debe cumplir cabalmente con dichos postulados.

Ante estas consideraciones es necesario rediseñar o construir un modelo que garantice la efectiva aplicación de la norma constitucional, que organice y otorgue atribuciones claras a la clase en el poder (servidores públicos), y que con base en la eficiencia prevista en la propia norma constitucional garantice el cumplimiento de las atribuciones y responsabilidades necesarias.

Al efecto, hoy más que nunca resulta necesario contar con una institución eminentemente de control que su naturaleza sea el ser garante en la revisión de la función y actuar de entes y personas que cumplan con sus atribuciones, y en caso de no ser así, tenga la posibilidad de la reprochabilidad y la función sancionadora. Lo anterior dentro del marco constitucional que contempla el Título IV de la Constitución federal, que permita constreñir a todos los funcionarios o servidores públicos al cumplimiento eficaz, pertinaz y responsable de sus funciones.

<sup>12</sup> Pérez Araujo, Gustavo, *Max Weber y la teoría de la burocracia economía y finanzas*, 2010, [www.elprisma.com/apuntes/.../maxweberburocracia/](http://www.elprisma.com/apuntes/.../maxweberburocracia/).

Es necesario entender que desde el ámbito constitucional, el citado Título IV de la Constitución establece la función de un sistema de control constitucional en materia de responsabilidades, es decir, se concibe como el mecanismo jurídico por el cual se asegura el cumplimiento de las normas constitucionales, mediante la garantía de que el servidor público responsable de cumplir con las atribuciones que la Constitución y las leyes que derivan de ella actúe con estricto apego a las mismas, y las conductas que no se realicen de conformidad con éstas, ya sea por acción u omisión, sean sujetas de responsabilidad, lo que garantiza así el cabal cumplimiento de las responsabilidades de los servidores públicos.

#### VIII. PROYECCIONES PARA UN NUEVO PARADIGMA EN LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

El control de constitucionalidad tiene como fundamento el principio de supremacía constitucional, esto es, que la Constitución de un país es la norma de mayor jerarquía a la cual deben sujetarse las de valor inferior, entendiéndose por tales a las leyes dictadas por el Parlamento, los decretos y demás resoluciones dados por el Poder Ejecutivo o por entidades autárquicas, las sentencias y demás resoluciones de los jueces.

Aunque hay debates vigentes respecto del control difuso de la constitucionalidad y la revisión de los órganos de control constitucional, sendas voces coinciden en señalar que además de considerar la no aplicación de la norma ordinaria cuando ésta se opone al texto constitucional, también debe considerarse respecto de los límites y alcances del modelo de control, pues debe comprender a las autoridades administrativas (servidores públicos), en virtud de la protesta que deben rendir los funcionarios públicos conforme al artículo 128 de la Constitución federal.

Una es la función de legalidad que se ventila ante los tribunales ordinarios, y otra muy diferente la función constitucional y la pertinencia de contar con un órgano que no sólo garantice la

legalidad, sino la función constitucional al dar cuenta del actuar de los servidores públicos.

En ese entendido, el uso de los medios de control constitucional adquieren un papel determinante para darle a la Constitución (y a la ciudadanía) la oportunidad de contar con elementos de certeza y garantía, que den claridad al actuar del aparato gubernamental y fije las normas de funcionamiento del sistema de control de la responsabilidad pública, que en otros tiempos eran definidas exclusivamente a través de procedimientos políticos, pero que en la actualidad deben tener como horizonte la verticalidad del actuar de los servidores públicos.

Se debe impulsar la creación de un órgano constitucional autónomo que controle el actuar de los servidores públicos y verifique la aplicación del gasto público a fin de lograr un mejor desempeño de los tres poderes y órdenes de gobierno que permita el adecuado funcionamiento del sistema de control de las responsabilidades públicas, con la participación del poder ciudadano que no esté vinculado ni con partidos políticos, ni gobiernos, garantizando así su autonomía constitucional plena, que le dote alta especialización, y su función tenga como finalidad el logro de la eficiencia de órganos y funcionarios en el cumplimiento del mandato ciudadano.

Es menester buscar la incorporación de elementos nuevos que contrasten la realidad del sistema de responsabilidades a que se refiere el Título IV de la Constitución, para cambiar el paradigma imperante; esto no será tarea fácil, pero debemos intentarlo ampliando el horizonte del sistema actual de las responsabilidades públicas, el cual funciona como un elemento integrador del propio orden jurídico, donde si el individuo, en este caso servidor público, se ha salido de la norma suprema o general tiene que ajustar su conducta al precepto de ser necesario, aun por la fuerza.

En la actualidad se ha rebasado el modelo donde sólo se contempla un mínimo de obligatoriedad conforme al contenido de la norma, ya que a nadie se le puede impedir que haga lo que

no está prohibido por la ley, ni obligarle a hacer lo que ella no le manda. Ante la presencia de acciones u omisiones, ya sea voluntaria o involuntaria en el cumplimiento del orden jurídico, resulta necesario dar vigencia a la teoría de la responsabilidad, estableciendo la obligación de restitución del orden previamente establecido.

Debemos priorizar el bien jurídico tutelado que se protege, que en este caso lo representa el orden que debe imperar en la comunidad.

Queda clara la necesidad de contar con mecanismos de control más eficientes, que inhiban conductas perniciosas en la administración pública y responsabilice a quien las comete; cierto es que esto no se dará de forma automática, ya que ni los mejores entramados constitucionales y legales aseguran el triunfo de las instituciones democráticas, ni el aprobar y decretar leyes garantiza su cumplimiento; por ello, resulta indispensable la voluntad ciudadana, y como parte de ella del propio servidor público, generando una nueva concepción de lo que representa servir al pueblo.

Debemos superar el discurso que prevalece desde 1982 y construir un nuevo paradigma que supere incluso esa aspiración primigenia de la renovación moral de la sociedad que ha sido rebasada por la realidad social, por tanto:

1. Se debe procurar que el Título IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se convierta en garante del cumplimiento de los postulados por parte de los servidores públicos.
2. Es menester entender que nuestro marco jurídico constitucional quedaría incompleto si no se concreta que las entidades federativas se ajusten al citado Título IV de la Constitución y fortalezcan esta función.
3. Crear un paradigma de las responsabilidades a través de su contenido constitucional para buscar con ello la propuesta de un mecanismo que garantice el cumplimiento de los fines constitucionales.

Nada más atinado que el pensamiento aristotélico cuando menciona que llevar a cualquier persona a una disposición moral no es tarea para el primer venido al azar, antes bien, si es tarea propia de alguien, lo será del que conozca la cuestión, como ocurre en la medicina y las demás artes que requieren una cierta solicitud y prudencia.<sup>13</sup>

Visto lo anterior a la luz del pensamiento de Santo Tomas, siguiendo sus raíces aristotélicas, menciona que en la concepción teleológica de la naturaleza y de la conducta del hombre: toda acción tiende hacia un fin, y el fin es el bien de una acción. Cuando un individuo carece de ética y ejerce el poder no mide el alcance de sus actos y puede cometer acciones irracionales o bestiales.<sup>14</sup>

Al respecto, San Agustín decía que el principal fin de una empresa es cumplir y alcanzar sus fines; por lo que podemos decir que el fin de un Estado constitucional es alcanzar los fines establecidos en la Constitución.

Debemos tener muy presente que la promesa que hace el servidor público al protestar cumplir con su cargo es “cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes que de ella emanen”, por tanto, hay que entender que el vínculo entre el servidor público y el pueblo es la Constitución; debemos hacer entender al servidor público que su compromiso no es con el partido, su jefe o su amigo, su compromiso es con el pueblo, en la medida de las condiciones y términos que establece la Constitución.

Al igual que en los actos de constitucionalidad se valida la legalidad, de la misma manera deben existir órganos que declaren que un servidor público será confrontado con la constitucionalidad de su actuar, lo cual está implícito en la propia Constitución.

El combate a la corrupción se enfrenta y tiene connotaciones de carácter eminentemente políticas, en donde más que los

<sup>13</sup> Aristóteles, *Ética nicomaquea*, Madrid, Ed. Aguilar, 1982.

<sup>14</sup> Diego Bautista, Óscar, *Necesidad de la ética pública*, México, Universidad Autónoma del Estado de México, Centro de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades-Asociación Nacional de Contralores del Poder Legislativo-Poder Legislativo del Estado de México, cuaderno 1 de la serie Cuadernos de Ética para los Servidores Públicos, agosto de 2009, p. 5.

hombres son las instituciones públicas las que juegan el papel de jueces de última instancia.

En países en vías de desarrollo, por ser sociedades con procesos de integración traumáticas, o están ausentes las instituciones públicas o van en proceso de formación y afianzamiento que, eso sí, servirán en el futuro como conductos por donde la sociedad se organizará para poner freno a los desmanes de la corrupción y la irresponsabilidad pública.

En tal virtud, el avance contra la corrupción necesitará de una activa sociedad civil y de la presencia de órganos de fiscalización, porque se enfrenta a toda una estructura de intereses que es finalmente la matriz de los conflictos sociales.

De esas situaciones conflictivas sobresale la idea de país, el compromiso que tiene la élite; la competencia en ella y la participación de las masas en la política gubernamental. El modo cómo se concilien dichos conflictos marcará las reglas de la vida pública y creará las condiciones para un cambio positivo o negativo respecto a la sanción efectiva de las conductas delictivas.

En el planteamiento anterior, la combinación ética-política es esencial porque si bien la política delibera sobre lo que es mejor o nocivo para el Estado, la ética modera los deseos de los hombres preocupándose por el bien general. Cuando un Estado no se preocupa por cultivar y fomentar los valores en su población, las actitudes antiéticas y de contravalores invaden las actividades del Estado, generando un mundo de corrupción que afecta al desarrollo y la marcha de las instituciones.<sup>15</sup>

En el desarrollo del presente trabajo se pretende ir más allá de los límites mínimos que establece la ley para ampliar un horizonte basado en valores, principios éticos, morales y sociales, del respeto a los demás mediante el respeto a sí mismo, generando

<sup>15</sup> Diego Bautista, Óscar, *Fundamentos éticos para un buen gobierno*, México, Universidad Autónoma del Estado de México, Centro de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades-Asociación Nacional de Contralores del Poder Legislativo-Poder Legislativo del Estado de México, cuaderno 2 de la serie Cuadernos de Ética para los Servidores Públicos, agosto de 2009, p. 8.

la certeza de hacer las cosas no sólo por el mandato de la ley, sino por el convencimiento de sí mismo, donde se actúe con el convencimiento de hacer las cosas conforme a un principio y compromiso ético superior.

## IX. APORTACIONES TEÓRICO-CONCEPTUALES EN RELACIÓN CON EL CONTROL DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

### 1. *Sobre el concepto de control*

Tradicionalmente, la palabra control se ha concebido desde el punto de vista de la teoría francesa. Como señala José Luis Vázquez Alfaro, la palabra control (francés antiguo) es un registro que se lleva por duplicado.<sup>16</sup> En realidad esta idea de control, atendiendo a sus funciones, puede entenderse como la posibilidad de confrontar entre lo hecho y obligado a hacer, es decir, la búsqueda de concordancia entre dos elementos; no debemos confundir la naturaleza del control con sus funciones, pues gramaticalmente el control puede entenderse como comprobar, inspeccionar, examinar, vigilar, verificar, criticar, dirigir, guiar, limitar, entendido así como el medio 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; así, en el campo del ejercicio de las funciones públicas se considera al control como el vehículo a través del cual se hacen efectivas las limitaciones del poder, fiscalizando la actividad de quienes ejercen el poder para evitar abusos.<sup>17</sup>

La doctrina, a través del 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

<sup>16</sup> *Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa, 1987, p. 733.

<sup>17</sup> Mijangos Borja, Ma. de la L., "Control del gasto público", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XXIX, núm. 87, septiembre-diciembre de 1996, p. 967.

conformidad de tales actos con determinadas normas o su correspondencia y proporción con determinados fines.<sup>18</sup>

Tratando de contribuir a la mejor comprensión del vocablo control, algunos autores han escrito que se debe contemplar como elemento inseparable del concepto de Constitución, debiéndose atender como la diversidad de sus manifestaciones a través de los cuales ese control se articula.

Para Manuel Aragón, los conceptos de control son variables en virtud de la diversidad de objetos que pueden ser sometidos a control; por ejemplo, hay autores que relacionan el control con el concepto de garantía, y otros que mencionan que el control es el vehículo a través del cual se hacen efectivas las limitaciones del poder.<sup>19</sup>

Bajo el criterio anterior no se debe atender el control como actividad secundaria, tendiente a confrontar a los que están sujetos a control, mediante acciones de revisión, supervisión, vigilancia, etcétera, sino como actividad principal correspondiente a la función pública como tal.

Aragón ha hecho hincapié en el factor de que la unidad del fin permite establecer al control como un elemento indisoluble del concepto de Constitución y un carácter unívoco, sin embargo, la pluralidad de medios de control y la diversidad de objetos sujetos al mismo impiden sostener un concepto único.<sup>20</sup>

Así, nuestro horizonte se amplía y no sólo podemos entender al control como 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,<sup>21</sup> sino que se puede afirmar que el objetivo del control en el campo del

<sup>18</sup> Cárdenas, José Trinidad, *La contraloría y el control interno en México*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 471.

<sup>19</sup> Aragón, M., *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 137.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>21</sup> Cárdenas, José, *op. cit.*, pp. 467 y 468.

ejercicio de las funciones públicas es alcanzar un funcionamiento regular y equilibrado del aparato burocrático, contrastando el actuar de los servidores públicos de lo que están obligados a realizar por ley.

No obstante, tradicionalmente la función más relevante del control es garantizar el correcto cumplimiento de las obligaciones del aparato burocrático mediante la utilización correcta de los recursos materiales, técnicos y financieros para lograr el cabal cumplimiento de sus tareas, y así evitar conductas irresponsables de los servidores públicos.

Galeotti, como otros autores, afirma que no existe control si no conlleva una sanción; a su vez, Karl Loewenstein sustenta que el fin del “control político” es poder exigir responsabilidad política, y existe cuando un detentador del poder da cuenta a otro del cumplimiento de la función que le han asignado. La responsabilidad es una de las formas fundamentales de sanción vinculada a mecanismos de control.<sup>22</sup>

En lo particular no comparto del todo la postura de Loewenstein, en virtud de que la responsabilidad debe ser concebida como el actuar conforme a las atribuciones conferidas por la ley, con ausencia de sanción, es decir, debe ser un actuar responsable.

La función de sancionar no debe ser una actividad preponderante del control, ya que el fin de éste es evitar el abuso de facultades en el ejercicio del poder. Se podría decir que la sanción es la confirmación del actuar poco responsable del servidor público, y por ende la ausencia de control del acto que se pretende controlar.

Por tanto, resulta necesario replantear la función de control y no solamente dejarla en la posibilidad de la sanción, pues a pesar de ser necesaria ésta para dar eficacia a la reprochabilidad del actuar del infractor, es menester precisar que la sanción por sí sola no tendría trascendencia si no va acompañada de acciones de control que sean concomitantes al actuar responsable del

<sup>22</sup> Loewenstein, K., *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., trad. y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte, Buenos Aires-Barcelona, 1970, p. 255.

aparato burocrático. Debemos recordar que la finalidad esencial del control es procurar el cumplimiento cabal de atribuciones y obligaciones del servidor público e impedir el abuso del poder; sancionarlo o remediarlo son funciones secundarias del control.

## 2. *El control como elemento inseparable de la Constitución*

Tanto Karl Lowenstein como Manuel Aragón coinciden en que, dado el papel capital que desempeña el término control en el concepto de Constitución y, por lo mismo, el significado del Estado constitucional, pocas dudas puede haber acerca de la pertinencia de una teoría del control, teoría tanto más necesaria en cuanto a que ha sido poco cultivada por la doctrina.

Es innegable que en la base del sistema de responsabilidades de los servidores públicos se encuentra el Estado de derecho y, por ende, debe existir un sometimiento irrestricto a la ley.<sup>23</sup>

Al control suelen referirse casi todas las obras sobre teoría de la Constitución o de derecho constitucional, y de forma incidental los trabajos sobre el control parlamentario o control constitucional de las leyes, pero tales referencias o bien se circunscriben a consideraciones sumarias sobre el significado político del control o tratan de abordar su significado jurídico limitándose a trasladar en bloque las categorías empleadas en el campo del derecho administrativo que, en este punto como en muchos otros, difícilmente pueden adaptarse a problemas propios del derecho constitucional.

Como lo menciona Manuel Aragón, para articular en esa perspectiva una teoría de control en el Estado constitucional resulta necesario comprobar la hipótesis que muestra al control como un elemento inseparable del concepto de Constitución.<sup>24</sup>

En el mismo, sentido para Loewenstein, el *telos* de la Constitución es la creación de instituciones para limitar y controlar

<sup>23</sup> Juárez Mejía, G. H., *La constitucionalidad del sistema de responsabilidades administrativas de los servidores públicos federales*, México, Porrúa, 2004, p. XIII.

<sup>24</sup> Aragón, M., *op. cit.*, pp. 82 y 83.

el poder político; por lo que establece su teoría con base en dos interrogantes: ¿cómo es ejercido el poder político, fundamento de todas las organizaciones políticas?, ¿está el poder concentrado en las manos de un único detentador del poder u órgano estatal, o está distribuido mutuamente entre diferentes detentadores del poder u órgano estatal, y por lo tanto sometido a un recíproco control entre ellos?<sup>25</sup>

Ambos autores coinciden y ponen especial interés en que la Constitución establezca controles para el ejercicio del poder público; de lo que se trata es de instrumentar mecanismos que impidan que el poder se concentre en un solo órgano; en el caso de que se presente tal situación se cuenta con recursos establecidos en la propia ley suprema que permite frenarlos, para así salvaguardar no sólo nuestra norma fundamental, sino de forma esencial, los derechos que ésta consagra y que trascienden a la persona de manera directa en su vida cotidiana.

En una postura crítica, para Loewenstein existe una perversión de la Constitución a través de la autocracia moderna, pues la Constitución escrita no es más que un cómodo disfraz para la instalación de una concentración del poder en las manos de un detentador único.<sup>26</sup>

A la propia esencia del control como elemento indispensable de la Constitución se suman dos aspectos teóricos que van correlacionados, éstos son la supremacía constitucional y la división de poderes.

Es ante esta supremacía de la Constitución que existe la necesidad de protegerla, principalmente haciendo efectivos los controles que en ella se establecen, respecto de los actos que realiza la autoridad en correlación con los demás órganos que ejercen el poder, y principalmente respecto de los actos que repercuten en los ciudadanos.

Para hacer efectivos los controles constitucionales, la ingeniería constitucional ha utilizado de manera prioritaria la división

<sup>25</sup> Loewenstein, K., *op. cit.*, p. 11.

<sup>26</sup> *Idem.*

de las funciones en el ejercicio del poder, lo que tradicionalmente conocemos como división de poderes. Cuando se hace referencia a la división de poderes nos referimos a la doctrina constitucional; según la cual el poder soberano del Estado se considera distribuido o separado en distintas facultades que se atribuyen a diferentes órganos de aquél, concordados y armonizados.

### 3. *La calidad de la democracia y el control del poder político*

Cuando se habla de la calidad de la democracia se alude a términos realmente democráticos, es decir, que cumplen en principio con la existencia de la democracia. Por tanto, una democracia de calidad o buena es aquella que presenta una estructura institucional estable que hace posible la libertad e igualdad de los ciudadanos mediante el funcionamiento legítimo y correcto de sus instituciones y mecanismos.<sup>27</sup>

En este sentido, efectivamente cuando nos referimos a la calidad de la democracia, básicamente, nos enfocamos en el bienestar del agente, el hecho de que el ciudadano viva en un ambiente democrático ampliado es precisamente la calidad de la democracia.

Para ello se establecen tres dimensiones en las que esencialmente el agente debe desarrollarse dentro de un ambiente democrático, y éstas son las siguientes: *a)* el gobierno de la ley (*rule of law*); *b)* la rendición de cuentas (*accountability*), y *c)* la reciprocidad (*responsiveness*) o correspondencia de las decisiones políticas, a los deseos ciudadanos y la sociedad civil en general.<sup>28</sup>

a) El gobierno de la ley. Es una de las dimensiones importantes en la calidad de la democracia, es la que básicamente se refiere a las garantías que el gobierno le demuestra al agente, aplicación eficiente del sistema legal en la resolución justa de disputas legales y en la responsabilidad política demandada por los

<sup>27</sup> Morlino, L., “Calidad de la democracia. Notas para su discusión”, *Revista Metapolítica*, México, núm. 39, enero-febrero de 2005, p. 39.

<sup>28</sup> *Idem.*

electores, las estructuras intermedias, las asociaciones y otros órganos que hacen a un régimen democrático.

b) La rendición de cuentas. Esta segunda dimensión es un elemento central en la experiencia de la democracia representativa, que se convierte en una verdadera arma para los ciudadanos y para la sociedad civil en general, en la medida que les garantiza un medio efectivo de control sobre sus instituciones políticas.

A su vez, es la obligación que tienen los líderes políticos electos de responder por sus decisiones cuando les es pedido por los ciudadanos, electores u otros cuerpos constitucionales.

Morlino menciona las tres características principales de la rendición de cuentas: la información, la justificación y el castigo/recompensa. Estos tres elementos requieren de ciertos antecedentes o actos previos para desarrollarse, como la existencia de una dimensión pública caracterizada por el pluralismo, la independencia y la participación real de una gama de actores individuales y colectivos.

c) La reciprocidad. Es la correspondencia de las decisiones políticas a los deseos ciudadanos y la sociedad civil en general. Al analizar la calidad democrática es bastante común referirse a la reciprocidad del gobierno, es decir, la capacidad de satisfacer los intereses de los gobernados al ejecutar las políticas que responden a sus demandas. Básicamente, la reciprocidad es la percepción que los agentes tienen de su democracia, de acuerdo con su vida cotidiana, con su contexto social; para ello se necesita de ciertos valores, tales como la libertad e igualdad.

Dentro de las prácticas democráticas, las acciones de control tienen, como ya se apuntó, una importancia significativa y, refiriéndose específicamente al control político, su trascendencia se incrementa, del tal forma que el Estado organizado exige de manera imperativa el control del ejercicio del poder político, tanto en los detentadores del poder como de los destinatarios del poder para evitar lo que Aristóteles clasifica como las formas impuras y degeneradas del poder, creando mecanismos que permitan un equilibrio entre los detentadores para garantizar el ejercicio del mismo.

Los mecanismos de protección de la Constitución se integran por todos aquellos factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados por medio de normas de carácter fundamental e incorporados a los documentos constitucionales con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia carta fundamental, tanto por lo que respecta a sus atribuciones como también, y de manera esencial, en cuanto a lo que respecta a los derechos humanos de los gobernados.<sup>29</sup>

Los controles son el centro de lo que en la antigua y moderna historia de la política se ha llamado constitucionalismo. El conjunto de reglas a las que están sometidos detentadores y destinatarios del poder es la Constitución.

Una sistematización del proceso político a partir de los controles del poder significa la exposición de una teoría de la Constitución y un elemento indispensable para un régimen democrático.

#### 4. *El control de la constitucionalidad*

De forma específica, al mencionar el control constitucional estamos en presencia de un espectro bastante amplio; como lo comenta Miguel Covián, el tema del control constitucional es vasto y complejo. En realidad esta tarea por sí misma presenta algunas dificultades, pues a la expresión control de la constitucionalidad cabría requerirle una respuesta sobre ¿la constitucionalidad de qué?, de la constitucionalidad de las leyes; surgiendo dos interrogantes más: ¿de la expedición de leyes, en cuanto a sus aspectos formales y materiales? o ¿de la aplicación de leyes en vigor?<sup>30</sup>

En relación con el control constitucional, José Almagro Negrete menciona que, en sentido amplio, la expresión defensa

<sup>29</sup> Fix-Zamudio, H., *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa, 2005, p. 11.

<sup>30</sup> Covián Andrade, M., *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, México, Centro de Estudios de Ingeniería Política Constitucional, 2001, p. 1.

constitucional denota el conjunto de actividades encaminadas a la preservación o reparación del orden jurídico establecido por la Constitución y, en particular, como suprema ley vinculante de los ciudadanos y los poderes públicos.

Cuando se habla sobre el control constitucional se hace referencia a los mecanismos de protección de la Constitución, los cuales se integran por todos aquellos factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados por medio de normas de carácter fundamental e incorporados a los documentos constitucionales con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia carta fundamental, por lo que respecta a sus atribuciones, y de manera esencial, respecta a los derechos humanos de los gobernados.<sup>31</sup>

En el contexto jurídico, la palabra control no se constriñe únicamente a supervisar las actividades de otros o las propias, sino que simultáneamente establece métodos que eviten el ejercicio abusivo del poder; su función no es solamente vigilar el respeto a los límites, sino también evitar el abuso del poder, impidiendo que se lleven a cabo acciones que violen las normas que la establecen e imponiendo sanciones a quienes se extralimiten en el ejercicio de sus funciones.

Para gobernar es necesario el poder, pero éste no debe sobrepasar los límites establecidos por el orden jurídico.

El control es necesario para mantener estabilidad, y existe porque de otra manera sería posible atentar en contra de derechos fundamentales que deben ser protegidos y no se puede permitir a los gobernantes el ejercicio arbitrario del poder.

Como bien lo refiere el doctor Enrique Uribe, no es posible realizar eficazmente la defensa de la Constitución si no pensamos en un sistema integral que incorpore ambos mecanismos de defensa constitucional: el control de legalidad y el control de la

<sup>31</sup> Fix-Zamudio, H., *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, p. 15.

constitucionalidad que no admiten lectura alguna si se les mira desconectados.<sup>32</sup>

Como lo afirma Konrad Hesse, la cooperación, la responsabilidad y el control asegurado en la Constitución evitan el abuso del poder, esto implica que no es suficiente regular un sistema de control para garantizar la eficacia de las limitaciones al poder si no se establece un sistema de responsabilidades como sanción a la norma que limita.

Respecto de la sanción, se señaló anteriormente que si bien es necesaria, el control no se reduce a ella; aquel que impide completamente la realización de aquellas actividades que impliquen un abuso o extralimitación de la esfera competencial.

La ausencia de sanción coactiva no anula la eficacia de control. La función del control exige una sanción como consecuencia jurídica, mas no como acto coactivo, la realización conjunta de una función, la responsabilidad política o la posibilidad de declarar un acto inaplicable.

El control debe ser ejercido por órganos imparciales que no busquen únicamente incrementar el propio poder, independientes en su actuación del poder que deben controlar y cuya finalidad debe siempre velar por el respeto a la Constitución y al ordenamiento jurídico que de ella emana.

Lo anterior implica tanto la existencia de mecanismos adecuados de control, donde los ciudadanos perciban que nuestro sistema democrático actúa como un elemento garante del control de la Constitución.

Es práctica común en las naciones democráticas la publicidad de las denuncias de corrupción con el doble propósito de evidenciar excesos del 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.

<sup>32</sup> Uribe Arzate, E., *El sistema de justicia constitucional en México*, México, H. Cámara de Diputados, LIX Legislatura-Universidad Autónoma del Estado de México-Miguel Ángel Porrúa-Librero-Editor, 2006, p. 136.

Como lo refiere el doctor Uribe, se debe analizar desde la perspectiva de la teoría general de las normas, cómo es posible establecer la existencia de normas jurídicas para la aplicación de la justicia ordinaria y de otras distintas para la aplicación de la justicia constitucional. Después de ello podremos establecer si las mismas normas requieren la existencia de órganos para la justicia ordinaria y otros diferentes para la justicia constitucional.<sup>33</sup>

Por tanto, considero que los órganos de control poco a poco deben ir fortaleciéndose como garantes del cumplimiento de los principios constitucionales en las responsabilidades encomendadas a sus funcionarios públicos. Este tipo de órganos son los que otorgan legitimidad al ejercicio gubernamental al prevenir las irregularidades, o bien, sancionarlas 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. Lo cual garantizaría el cumplimiento de los principios de la Constitución encomendado a los órganos gubernamentales y a los servidores públicos que los integran.

En conclusión, se afirma que en aquellos países, como el nuestro, donde sus decisiones políticas o principios fundamentales se encuentran contemplados dentro de su propio texto constitucional, dichas decisiones cuentan con una flexibilidad determinada, debido a que pueden adecuarse a los constantes cambios sociales, económicos y políticos, sin llegar a destruirlas ya que pueden sufrir una mutación constitucional.

Algunos aspectos a considerar para posibilitar el nuevo paradigma del control constitucional de la responsabilidad de los servidores públicos son establecer:

- a) El nuevo paradigma del control, atendiendo a sus funciones; esto puede entenderse como la posibilidad de confrontar

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 255.

entre lo hecho y obligado a hacer, es decir, la búsqueda de concordancia entre dos elementos.

- b) 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.
- c) La función más relevante del control es garantizar el correcto cumplimiento de las obligaciones del aparato burocrático.
- d) La función de la sanción no corresponde propiamente al control, ya que el fin del control es evitar el abuso de facultades en el ejercicio del poder.
- e) Dado el papel capital que desempeña el término control en el concepto de Constitución, éste implica el significado del Estado constitucional.
- f) Una democracia de calidad es aquella que presenta una estructura institucional estable que hace posible la libertad e igualdad de los ciudadanos mediante el funcionamiento legítimo y correcto de sus instituciones y mecanismos.
- g) En el control jurídico puede considerarse que el derecho lo es todo, ya que regula el procedimiento y exige de manera inexorable la sanción cuando el resultado es adverso. Como control objetivo, la medida de su eficacia reside, justamente, en su escrupulosa juridicidad.
- h) El control constitucional hace referencia a los mecanismos de protección de la Constitución que han sido canalizados por medio de normas de carácter fundamental e incorporados a los documentos constitucionales con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia Constitución.

## X. APORTACIONES MÁS SIGNIFICATIVAS DE LA INVESTIGACIÓN

*El replanteamiento del paradigma del control en la administración  
pública como elemento constitucional que garantice  
la responsabilidad de los servidores públicos*

Resulta necesario contar con mecanismos de control más eficientes que inhiban conductas perniciosas en la administración pública y se responsabilice a quien las comete, cierto es que esto no se dará de forma automática, ya que ni los mejores entramados constitucionales y legales aseguran el triunfo de las instituciones democráticas, ni el aprobar y decretar leyes garantiza su cumplimiento. Por ello, resulta indispensable revisar y reformular las reglas formales que rodean a las instituciones públicas, así como el grado de efectividad de los mecanismos y procedimientos en materia de responsabilidad y sus procesos al interior de éstas.

Más allá de lo que propone Luis Humberto Delgadillo, debemos procurar mayor cobertura de las responsabilidades públicas; el actual sistema de responsabilidades de los servidores públicos debe salir de la esfera del derecho público y buscar ámbitos más amplios que tengan como horizonte a la propia Constitución.

Por tanto, el desarrollo de la presente investigación, aparte del particular interés que representa, nos permite otear acerca de ¿cómo se encuentra normado el actual sistema de responsabilidades?, ¿cuál es su función?, ¿qué objetivos debe alcanzar?, además de conocer los antecedentes, funcionamiento y prospectiva a fin de replantear y proyectar el nuevo modelo de responsabilidades, atendiendo a su naturaleza no solamente disciplinaria, sino eminentemente constitucional, así como el establecimiento de un arquetipo, a través del cual se garantice a cabalidad el cumplimiento de las mismas, tomando como paradigma la Constitución.

## XI. EL REDISEÑO DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDADES QUE GARANTICE EL CUMPLIMIENTO DE LAS RESPONSABILIDADES PÚBLICAS

La finalidad es crear un nuevo paradigma o caracterización del nuevo modelo de responsabilidad de los servidores públicos, donde éstos, como responsables de cumplir la voluntad de la ciudadanía, vigilen que la Constitución como el bien jurídico tutelado se cumpla en sus principios y postulados cabalmente. Nadie sobre la Constitución, todos sujetos a ella.

Conforme a lo anterior, la primera problemática se presenta en cuanto a entender al Título IV de nuestra Constitución como el garante del cumplimiento de todos los postulados por quienes se desempeñan como servidores públicos. Es innegable que la base del sistema de responsabilidades de los servidores públicos se encuentra en el Estado de derecho.<sup>34</sup> Por tanto, es menester entender que nuestro marco jurídico constitucional quedaría incompleto si no se concreta en las entidades federativas de nuestro país y se busca, o bien estandarizar jurídicamente el citado Título IV de la Constitución, así como entender sus alcances. En tercer lugar, es importante crear un paradigma de las responsabilidades mediante su contenido constitucional, y buscar con ello la limitación del poder a la soberanía de la Constitución, por tanto el Estado de derecho o Estado constitucional debe quedar sujeto a la ley. Así, el actual paradigma del sistema de responsabilidades debe dar paso al nuevo paradigma que privilegie sobre todo la supremacía de la ley, la soberanía de la ley. El Estado de derecho debe devenir en el gobierno de las leyes, y no en el gobierno de los hombres, donde todo quede enmarcado por la ley, por tanto la administración pública debe quedar sujeta a la norma y delimitar la capacidad de actuación de los servidores públicos.

Deviene así la propuesta de que los órganos del Estado actúen exclusivamente con arreglo a normas jurídicas que fijen el círculo de sus competencias, de este modo queda eliminada la

<sup>34</sup> Juárez Mejía, G. H., *op. cit.*, p. XIII.

voluntad arbitraria, el derecho de situación, las posibilidades de lesión de los derechos adquiridos.<sup>35</sup>

Mediante el rediseño se crea un mecanismo que garantice el cumplimiento de los fines constitucionales, y por ende permita alcanzar los objetivos encomendados al Estado por mandato de sus ciudadanos.

El desarrollo de la presente investigación busca oportunamente la integración de los contenidos que se desarrollan en cada capítulo de la tesis para así construir una teoría que dé sustento al desarrollo de la propuesta.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pp. XVI-XVII.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### ANTECEDENTES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDADES

El sistema de las responsabilidades públicas en nuestro país parece no tener un referente sólido, pero, como afirma el doctor Agustín Herrera Pérez, en la Ciudad de México-Tenochtitlán el régimen político se integraba por instituciones religiosas, militares y administrativas, que evolucionaban constantemente sobresaliendo la fiel observancia de sus leyes mediante una impecable, eficiente y honesta actuación de todo el engranaje gubernamental y administrativo.<sup>36</sup>

#### I. ÉPOCA PREHISPÁNICA

El doctor Herrera continúa diciendo que en Tenochtitlán las altas clases sociales no constituían elites cerradas, y se daba entre ellas gran diversificación en virtud de que se renovaban con la participación del pueblo.

Así todo azteca sin distinción de clase, que demostrara su destreza para el combate, culto, comercio o vocación artística, pasaba a formar parte de la clase guerrera, sacerdotal, comerciante o de la clase de los artistas (que eran muy apreciados en la sociedad por su labor creadora); solamente quienes no habían podido sobresalir en estas actividades, estaban condenados a permanecer macehualli.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> Herrera Pérez, A., *Las responsabilidades administrativas de los servidores públicos*, México, Ed. Carsa, 1991, pp. 21 y 22.

<sup>37</sup> Chávez Alcázar, M., *El servicio civil de carrera en la administración pública mexicana*, México, 1985, p. 25.

Claro que no es nada fácil hacer un ejercicio de analogía y menos tratar de medir o de comparar un sistema con los parámetros de otros sistemas que corresponden a otra cultura, a otro espacio y a otro tiempo, sin embargo, puede establecerse que para la selección de cualquier servidor público, desde el Tlatoani hasta el último de ellos, los aztecas tomaban en cuenta y era requisito *sine qua non* el tener las siguientes características personales:

- Espíritu de servicio
- Honestidad
- Capacidad física e intelectual para el puesto a desempeñar
- No tener vicios
- Un interés por el mejoramiento de la comunidad.<sup>38</sup>

El doctor Herrera continúa diciendo que:

La sociedad azteca buscaba tener una sociedad en armonía, de ahí la selección del personal que integraría el poder judicial, es decir, de los jueces. Señala Fray Bernardino de Sahagún lo siguiente: También los señores tenían cuidado de la pacificación del pueblo y de sentenciar los litigios y pleitos que había en la gente popular, y para esto elegían jueces, personas nobles y ricas y ejercitadas en los casos de guerra... personas de buenas costumbres, que fueron criadas en los monasterios del Calmécac. Prudentes y sabios, y también criados en el palacio mirábase mucho en que estos tales no fuesen borrachos, ni amigos de tomar dádivas, ni fuesen aceptadores de personas, ni apasionados... En la designación de sus funcionarios públicos, los aztecas tenían un especial cuidado, como se desprende del texto siguiente: el senado tiene estas propiedades, ser juez y averiguar bien los pleitos; ser respetado, grave, sereno, espantable y tener presencia digna, de mucha gravedad y reverencia, no es aceptador de personas y hace justicia sin pasión. Por su parte, López Agustín concluye que los aztecas siempre cuidaron que sus representantes fuesen hombres preparados.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> Herrera Pérez, A., *op. cit.*, p. 16.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 22.

Lo anterior nos hace considerar que tales cualidades evidencian una sociedad mexicana de excelencia; cualidades que una vez valoradas les permitía tener el personal apto para servir dentro de la administración pública y como lo señala atinadamente el doctor Herrera, era importante que se le capacitara en el Calmécac o en el Telpochcalli o en las escuelas dedicadas a las artes, esto como parte de su formación para representar y dirigir los destinos del pueblo azteca.

## II. ÉPOCA COLONIAL. EL JUICIO DE RESIDENCIA

El origen del juicio de residencia se remonta al Imperio romano de oriente, en el año 475, cuando el emperador Zenón establece que el juez que hubiera sustituido debía permanecer durante cincuenta días en el lugar donde ejerció sus funciones para contestar las demandas civiles y criminales que interpusieran los afectados por su actuación.<sup>40</sup>

En España su nacimiento tiene lugar en las partidas y en el ordenamiento de Alcalá, en las Cortes de Toro de 1371, cuando se pide a Enrique II que no dé oficios por más de un año, y que una vez finalizada la gestión se deben pedir las cuentas a los agentes sobre cómo han administrado las villas y las ciudades.<sup>41</sup>

Después de que España organizó administrativa y políticamente los vastos dominios americanos tuvo que idear un sistema de control eficaz de actuación de sus funcionarios públicos para que éstos pudieran actuar en un ámbito de relativa elasticidad sin una permanente sensación de estar sometido a un procedimiento de sospecha, situación que sería adversa a la investidura que ostentaban y, por otra parte, que los habitantes de esas regiones

<sup>40</sup> Urquijo Mariluz, J. M., *Ensayo sobre los juicios de residencia indios*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, 1952, p. 6.

<sup>41</sup> García Marín, J. M., *El oficio público en Castilla durante la Baja Edad Media*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, p. 318.

tuvieran la oportunidad de que se escuchara su voz para denunciar los abusos o errores cometidos por dicho servidor. Así nace el juicio de residencia como una trilogía político, social de interés y de equilibrio, en la cual el Estado español, el funcionario y el pueblo hicieron del juicio de residencia una verdadera institución popular la cual sirvió para evitar, en lo posible, los males propios de una administración compleja y variada que actuaba lejos de sus órganos competentes originarios.

Se puede decir que el juicio de residencia no significaba un procedimiento lesivo par a la autoridad, la persona, ni el funcionario, sino que funcionaba como un acto jurídico-político de responsabilidad de función, lo cual significaba un equilibrio entre función pública y el resultado colectivo de esa tarea, atento a un mecanismo apto para lograr el fin percibido por el Estado que era fundamentalmente un mejor servicio político-administrativo y cuyo beneficiario era la propia comunidad.

Como se ha referido anteriormente, abordar el tema de responsabilidades de los servidores públicos nos remite a la llegada de los españoles a América.

El juicio de residencia surgió en 1501 y se desarrolló rápidamente bajo el reinado de los reyes católicos a consecuencia del nombramiento de Nicolás Ovando como gobernador de Indias, y conforme a las instrucciones reales de efectuar residencia a su antecesor Francisco Bobadilla.<sup>42</sup>

Aunque hay quien afirma que el primer residenciado fue Hernán Cortés con la llegada de Cristóbal de Tapia, quien había sido designado por la Corona española para gobernar la Nueva España.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> Fernández Delgado, M. A. y Soberanes Fernández, J. L., *Código ético de conducta de los servidores públicos. Antecedentes históricos de la responsabilidad de los servidores públicos en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 14.

<sup>43</sup> Robles Martínez, R., *El municipio*, México, Porrúa, 2004.

### 1. *Los jueces de residencia*

En los primeros años de la Colonia se decidía en España el momento de las residencias y las personas que serían sujetas a ellas, aunque a veces se delegaba la decisión de elegir al juez a los organismos americanos. Las leyes nuevas, aunque se verían limitadas por cédulas posteriores, facultaban a los presidentes y oidores de las audiencias a enviar, cuando lo creyeran conveniente, personas aptas para residenciar a los gobernadores de su jurisdicción, reservándose el Consejo de Indias el derecho de hacer otro tanto si lo creía oportuno.

En la Nueva España, la audiencia era la encargada de elegir a los jueces de residencia, corregidores y alcaldes mayores hasta 1585, pues en tal año, a petición del marqués de Villamanrique, se expidió una Real Cédula que asignaba el nombramiento del virrey y reservaba a la Real Audiencia la decisión sobre la conveniencia de enviar al juez, y si éste debía ser letrado o lego. Lo mismo se recogió después en la Recopilación de 1680 (Ley 21, título 15, libro V). En virtud de la Real Cédula del 3 de septiembre de 1565, cuyas disposiciones posteriormente se recogieron en la Recopilación de 1680 (Ley 4, título 15, libro V), se concedía al presidente del Consejo de Indias la facultad exclusiva para nombrar a los jueces de residencia.<sup>44</sup>

A mediados del siglo XVIII, por Real Orden del 19 de abril de 1754, se reservó el nombramiento de los jueces de residencia de los virreyes, y solicitó que el presidente del Consejo propusiera ante la Corona a las personas capacitadas para cumplir con este encargo.<sup>45</sup>

Ante los abusos y confusión creada por el incumplimiento de las disposiciones relativas a los nombramientos se dictó la importante Real Cédula del 24 de agosto de 1799, con el fin de solucionar orgánica y definitivamente el problema.

<sup>44</sup> Fernández Delgado, M. A. y Soberanes Fernández, J. L., *op. cit.*, p. 15.

<sup>45</sup> Aunque algunos años después la elección la hizo el presidente sin proponerla previamente al monarca.

Se dividió a los funcionarios de indias en tres categorías, cada una con una normativa específica.

- La primera de ellas agrupaba a virreyes, presidente de audiencia, gobernadores políticos y militares, gobernadores intendentes e intendentes corregidores, a quienes se les aplicaban con toda fuerza y vigor las leyes sobre residencias. También quedaban dentro de esta categoría los asesores de los funcionarios mencionados.
- En el segundo grupo estaban los alcaldes ordinarios, regidores, escribanos, procuradores, alguaciles y otros subalternos, a quienes se eximía de la residencia, pues dada su continua subordinación se les podía vigilar eficazmente sin necesidad de acudir ante el tribunal.
- La tercera categoría abarcaba a los corregidores, alcaldes mayores, subdelegados de las intendencias o de los gobernadores y cualquier otro funcionario que hasta entonces hubiera dado residencia sin estar comprendido en las dos categorías anteriores.

En cuanto al número de jueces nombrados para residenciar, durante casi dos siglos, la costumbre de designar solamente a uno dificultaba en ocasiones resolver los casos cuando el juez fallecía o se negaba a aceptar la comisión debido a las enormes distancias a recorrer o por el monto de los viáticos. Por ello se optó por el nombramiento de tres jueces que se suplieran entre sí. Cuando todos ellos fueran incapaces de cumplir con la tarea, el virrey debía nombrar a otros.

Esta práctica dio origen a acciones viciosas, las cuales fueron puestas de relieve por el duque de Alba en 1758; si era difícil encontrar una persona apta para residenciar a algún funcionario, la dificultad se triplicaba al buscar a todos ellos; por otro lado, el nombrado en primer término solía excusarse y ceder por dinero su comisión al segundo, quien a su vez hacía lo mismo con el tercero, el que para obtener alguna ganancia se arreglaba con el residenciado para resarcirse de los gastos efectuados.

Cuando se hacía la elección del juez en el Consejo de Indias, la Escribanía de la Cámara extendía el despacho que contenía la designación y ciertas normas generales sobre la forma en que debía proceder el juez de residencia. Éste representaba su despacho ante el cabildo con el fin de que le diera cumplimiento y le tomara juramento de usar bien y fielmente del mismo. Se solía también representarlo ante la máxima autoridad política del distrito, aunque no había ley que lo ordenara.<sup>46</sup>

En todo momento se podía recusar a los jueces de residencia, aunque no ocurriera siempre lo mismo con los visitadores.

Los detalles de la reglamentación en este sentido los dictaron los organismos locales ante la ausencia de una legislación apropiada. La Real Audiencia de México, por autos acordados del 15 de noviembre de 1588 y del 6 de septiembre de 1674, obligó al escribano de Cámara a certificar en cada petición de recusación si era la primera o la segunda ocasión que se realizaba. En este último caso, el recusante debía probar que tenía causas suficientes para hacerlo, so pena de multa aplicada por mitades a la Cámara y a las obras de las Casas Reales.

El colaborador más importante del residenciador era el escribano, ante quien se actuaba, de no hacerlo, o de ser el sujeto de residencia, se suplía su ausencia por medio de testigos, lo cual era un recurso excepcional, pues su presencia era realmente inexcusable.

Otros auxiliares del juez de residencia eran los comisionados para levantar la sumaria en el interior de la provincia y los intérpretes de lenguas indígenas; el alguacil de la residencia, subalterno ejecutor de los mandatos del juez, el revisor o visitador de papeles (quien conocía los registros de escribanos públicos y de cabildo, las causas civiles o criminales actuadas por las justicias inferiores, los autos de gobierno que se hubieran proveído, etcétera) y el asesor letrado. El juez lego no estaba obligado a contar con un asesor letrado, aunque podía nombrarlo si así lo demandaban las circunstancias.

<sup>46</sup> Fernández Delgado, M. A. y Soberanes Fernández, J. L., *op. cit.*, p. 15.

## 2. *Los sujetos de residencia*

Podemos afirmar que, por regla general, en una u otra época, todos los funcionarios de las Indias estuvieron obligados a dar residencia. Siendo estos los virreyes, gobernadores políticos, militares, gobernadores intendentes, intendentes corregidores, presidentes de audiencia, oidores, fiscales, protectores de naturales, intérpretes, corregidores, alcaldes mayores, alcaldes y alguaciles de la Santa Hermandad, contadores, factores, visitadores de indios, jueces repartidores, tasadores de tributos, veedores de funciones, ensayadores, marcadores, fundidores y oficiales de las casas de moneda, depositarios generales, alguaciles mayores y sus tenientes, alférez reales, correos mayores, almirantes, capitanes, maestros, pilotos y oficiales de las armadas de las Indias.<sup>47</sup>

No era la fiscalización de lo actuado por un funcionario público, como podría presumirse, el único fin de la residencia. Las leyes establecían también para los funcionarios americanos la necesidad de demostrar, con la sentencia de dicho juicio generalmente, su fiel cumplimiento para así poder optar por nuevos empleos, como puede leerse en la Real Cédula del 24 de agosto de 1799.

Para quienes ejercían oficios perpetuos se dictó una Cédula Real el 21 de enero de 1594, que ordenaba a las Reales Audiencias de Tierra Firme, Nueva Granada, Guatemala, Española, México, Quito, Charcas, tomar residencia cada cinco años a los gobernadores que en sus respectivos distritos tuvieran cargos por más tiempo que el ordinario (seis años), y que se sentenciaran en las audiencias, dando luego aviso al Consejo de lo que de ellas resultara. La medida se recogió después en la Recopilación (Ley 5, título 15, libro V).

La compra de un oficio no era óbice para la práctica de la residencia y la imposición de las penas que podrían derivar de ella. De igual manera, el carácter eclesiástico de un funcionario no era obstáculo para ser residenciado.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 18.

Hasta 1575 los oidores de las audiencias de las Indias eran visitados y residenciados cada vez que el Consejo lo consideraba oportuno. El mismo año, una Real Cédula dispuso que lo fueran antes de salir de las plazas que dejaran. Esta cédula y otra de 1626 formaron la Ley 3a., título 15, del libro V de la Recopilación, que dispuso que los presidentes, oidores, alcaldes del crimen y fiscales debían dar residencia al pasar a otras audiencias.

El 23 de marzo de 1786 la Real Audiencia de México escribió al rey solicitando que se liberara de la residencia a los ministros de la audiencia que por haber sido varias veces residenciados tenían muy calificado honor, integridad y moderación, por lo que luego de estudiada la petición se dictó la Real Cédula del 21 de mayo de 1787, relevando de dar residencia a la totalidad de los ministros de las Reales Audiencias de las Indias promovidos de unas a otra plazas, salvo en los casos en que la propia Corona o el Consejo disponían lo contrario.

Así, virreyes, gobernadores y jefes superiores dieron residencia de sus cargos durante más de dos siglos y medio, por lo que se lograba eludir, por inadvertida o negligencia de los encargados de despacharla, pero no porque se les otorgara la exención expresamente.

No obstante, luego se trató de dispensar de la residencia a los funcionarios de los que se tuvieran seguras noticias de que habían procedido ejemplarmente, lo cual comenzó a hacerse entre 1757 y 1759, aunque tan sólo en forma parcial, pues dicha exención se refería únicamente a la investigación de oficio y no a la parte pública. Se dice, aunque no se ha comprobado del todo, que se dispensó íntegramente de la residencia al marqués de Branciforte, virrey de la Nueva España, cercano pariente del Príncipe de la Paz, Manuel Godoy.

Las dispensas se extendieron durante la segunda mitad del siglo XVIII, llegando a hacerse comunes. A veces se fundaban en el poco tiempo en que se ejerció el cargo, otras en sus méritos y servicios, caso del virrey de Nueva España, segundo conde de Revillagigedo, o simplemente en los trabajos y perjuicios sufridos.

Estas concesiones se hacían a instancia del funcionario o de su apoderado.

Problema de grave resolución fue el determinar si podía residenciarse a alguien después de muerto, y en caso de hallarlo responsable de alguna falta señalar cuáles serían las penas que se le podrían imponer a sus herederos, lo cual se agravó en América por las enormes distancias.

Aunque se oponían a esta práctica algunas leyes de las Partidas, se residenció a algunos difuntos durante el siglo XVI y principios del XVII.

A la muerte del gobernador Francisco Venegas, acusado de fraude poco después de dictarse la sentencia condenatoria, Juan de Solórzano Pereira opinó que dicha sentencia podía todavía ejecutarse. Al parecer llegó a oídos del Consejo de Indias, cuando el propio Solórzano pidió una declaración al respecto, y después de solicitarle la suya a Felipe III, se expidió la Real Cédula del 17 de abril de 1635, la cual disponía que los cargos de tratos y contratos de todos los ministros, que nos sirven y nos sirvieran, así en las plazas de asiento como en otros oficios y cargos temporales de paz o de guerra, cuentas y administración de nuestra hacienda y en otra cualquier forma, sin excepción de personas, tendrían que pasar y pasen contra sus herederos y fiadores por lo tocante a la pena pecuniaria que se les impusiera por ellos, aunque sean muertos al tiempo de pronunciación de la sentencia, que en el Consejo o por otro tribunal o juez competente se diera contra los culpados como hayan estado vivos al tiempo de que se les dieron los cargos, que es cuando parece que en semejantes juicios se hace contestación de la causa y se les da luz y lugar para que puedan satisfacer, es decir, alegar y probar en su defensa y descargo lo que les convenga.

Las sentencias de residencia acostumbraban resolver el resto de las inculpaciones no previstas en la Real Cédula con la fórmula general, absuelto por ser difunto. Lo anterior se reguló también en la ley final del título 15 del libro V de la Recopilación de Indias. Nada se dispuso como regla general sobre la posibilidad

de que los funcionarios dieran residencia por procuración o exclusivamente en forma directa, ello varió en las Indias según los casos y las épocas.

Durante el siglo XVII, las diversas autoridades americanas dictaron varias normas para obligar a la asistencia personal de corregidores y alcaldes mayores. Por un auto acordado de la Real Audiencia de México, del 24 de octubre de 1600, se estableció que los alcaldes mayores no podrían dar residencia por procurador, y que en caso de ausentarse serían vueltos a su costa al lugar donde ejercían el oficio. Por otro auto, expedido 16 años después, se prohibió a los escribanos de Cámara y ministros de la Real Audiencia admitir peticiones de corregidores, alcaldes mayores u otros ministros de justicia en los que se solicitaba licencia para dar residencia por procurador, so pena de cien pesos para la Cámara y seis meses de suspensión en el oficio.

Los ministros de la Audiencia se sometían a reglas especiales. Algunos oidores, durante el siglo XVI, fueron autorizados eventualmente cuando se trasladaban a otros sitios a dar residencia personalmente o por procurador, a voluntad, aunque tales casos fueron muy raros, pues por lo general se exigía que se personara el residenciado.

El 24 de noviembre de 1676, una Real Cédula dispuso que los oidores y otros ministros dieran personalmente sus residencias al ser promovidos, pero que si esto era impedimento para realizar su viaje podían darla por procurador.

En las leyes nuevas se establecía que los presidentes y oidores podían mandar residenciar a los gobernadores y otras justicias que les estuvieran sujetos cuando así creyeran oportuno. La Ley II, título 16, libro V de la Recopilación de Indias, enseguida de ordenar que un oidor tomara residencia anual a los regidores que hubieran sido fieles ejecutores, dejaba librado a la prudencia de virreyes y presidentes el suspender su cumplimiento de no haber causas que obligaran a tomarlas.

Dentro del juicio de residencia, el otorgamiento de fianzas por parte de los funcionarios constituía el medio más eficaz para

asegurar la efectiva aplicación de las condenas impuestas. Cuando se temía que algún funcionario ocultara bienes buscando salvarlos al escapar de la responsabilidad derivada del descubrimiento de sus delitos, las fianzas eran en ocasiones el único medio de conseguir la indemnización de los agraviados.

En la segunda mitad del siglo XVIII hubo un intento de sustituir las fianzas por otro sistema que aseguraba también el cobro de las condenas. Luego de varios experimentos, el 30 de diciembre de 1777 se dictó la Real Cédula, preceptuando que en reales cajas del distrito donde ejercieran sus oficios se les retuviera la quinta parte de sus sueldos a los provistos en empleos que no tuvieran anexa la cobranza de reales tributos y cuyos salarios anuales llegaran a la cantidad de ocho mil pesos. La cantidad retenida sería íntegramente devuelta a los funcionarios, si no les resultaban cargos en sus residencias. Los demás oficiales que no estuvieran en las condiciones anteriores deberían dar fianza como hasta entonces. Esta Real Cédula tuvo corta vida y alcance, por lo que pronto fue derogada (1795). El monto de las fianzas varió con las épocas, las regiones y los cargos.

### 3. *Primera instancia*

La residencia se tomaba en el lugar donde el funcionario desempeñó su oficio en el que debía permanecer, personalmente o por procurador, durante el plazo fijado por la ley.

Con el fin de darle la mayor difusión posible a la residencia, se publicaban los edictos a este juicio. El pregón cumplía con la doble función de dar a conocer a todos la celebración del juicio y la de indicar el momento a partir del cual comenzarían a contarse los términos establecidos en la cédula de comisión. A partir de la fecha de la publicación, en medio de un solemne ceremonial, se consideraba abierto el procedimiento, y el juez de residencia comenzaba sus pesquisas.

Si la residencia recaía en la persona de funcionarios cuya jurisdicción se hubiera ejercido en amplias provincias, que abarca-

ran varias villas y ciudades, la práctica consistía en leer los edictos en las principales de ellas, aunque por lo común sólo se hacía en la ciudad cabecera del distrito.

Gracias a la carta del licenciado Lorenzo Lebrón de Quiñones, del 10 de septiembre de 1554, indicando que los indios no estaban lo suficientemente enterados de las residencias ni de lo que significaban, junto con otras cartas análogas, se emitió la Real Cédula, del 9 de octubre de 1556, en la que se ordenaba al presidente y oidores de la Nueva España tuvieran cuidado de que las residencias pregonadas llegaran a conocimiento de los indios para que pudieran manifestar sus agravios con entera libertad.<sup>48</sup>

Como era difícil al juez de residencia de los altos funcionarios investigar en personas la actuación de los residenciados se valía de comisionados que publicaban los edictos en el interior de las provincias, examinaban los testigos y la remisión de los expedientes resultantes para agregarlos a la pesquisa principal. A estos comisionados, debidamente acreditados, se les debía el mismo acatamiento que al juez, y si se le oponía resistencia se sufría un severo castigo.

Para comenzar el juicio, el juez debía determinar las personas sometidas a él, lo que, contra lo que pueda pensarse, traía consigo dificultades, ya que en los despachos de comisión se nombraba únicamente al principal de los residenciados y no a sus oficiales que debían ser enjuiciados junto con él. Debe recordarse también que a un tiempo que los virreyes y gobernadores, se residenciaba a escribanos, regidores y otros funcionarios que no habían estado bajo la dependencia directa del gobernante.

Para convocar a estas personas, el juez pedía al ex magistrado o a su apoderado una lista de sus criados o allegados; al Cabildo una relación certificada de los alcaldes, regidores, alcaldes de la hermandad, escribanos y demás ministros ejecutores y de justicia que hubieran desempeñado sus oficios durante el gobierno del residenciado, y a la Escribanía de Gobierno, la nómina de las personas que hubieran entendido en la visita del distrito, reduc-

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 23.

ción de indios, repartición de ellos, jueces de comisión y otros cualesquiera ministros de Justicia o Hacienda que hubieran sido proveídos por el residenciado.

Asimismo, se pedía el título o títulos del funcionario para hacerlos registrar en los autos junto con la certificación del día de su publicación o toma de posesión de los cargos a los que se referían, así se precisaban los empleos desempeñados y el periodo de su ejercicio.

Enseguida el juez redactaba el interrogatorio para examinar a los testigos en la parte secreta, a la luz de los modelos incluidos en los libros clásicos de práctica forense o los empleados en anteriores residencias del mismo distrito, añadiendo también algunas preguntas convenientes para la mejor averiguación de los hechos o para cumplir con las instrucciones especiales que se le pudieren haber entregado. Algunas preguntas se hacían por orden expresa del rey.

Durante la etapa secreta, el juez se valía de todos los medios a su alcance para investigar la conducta del residenciado pero sin interrogarlo aún. Podía solicitar informes a diferentes organismos oficiales, examinar testigos, revisar papeles, etcétera. En ocasiones su labor era facilitada por delaciones verbales o escritas. Los tratadistas se oponían a que se diera valor alguno a las acusaciones o documentos anónimos, pero en la práctica esto no siempre se cumplió.

La prueba más socorrida durante la etapa secreta era la testimonial. El juez debía cerciorarse de que los testigos no fueran enemigos del residenciado, para lo cual era indispensable que fueran repreguntados hasta que dieran razón suficiente de sus dichos, aclarando todas las circunstancias de los hechos. Se rechazaban como testigos a los enemigos capitales del residenciado y a los presos o condenados por éste. Tampoco debía admitirse al procurador o abogado de los capitulantes o al que solicitó la residencia.

No existía ley que determinara la calidad de los testigos, pero se aconsejaba que fueran de distintas clases sociales para que así se tuviera noticia de la opinión de la mayoría de la población.

El número de testigos variaba según el criterio del juez y las decisiones adoptadas por las audiencias de los distritos donde se practicaban los juicios. Siempre se procuraba que los testigos declararan con entera libertad durante la fase secreta. En caso de existir temor fundado de que los residenciados trataran de ejercer presión sobre alguno de ellos, el juez podía alejar del lugar de la residencia a las personas sometidas a juicio.

Durante la fase de oficio, de haber declaraciones de alguno de los testigos que destruyera las acusaciones hechas por los otros, el juez debía tener ambos testimonios presentes al redactar los cargos, sin dejar lugar al residenciado de deshacer las imputaciones hechas en la etapa secreta.

Si el residenciado se ausentaba sin autorización antes de comenzar la residencia o antes de cumplirse el término de las mismas se le tenía por confeso de las culpas imputadas y demandadas, con la posibilidad de ser condenado (en las demandas, por medio del juramento de la parte), salvo que el motivo de su huida fuera evitar las injurias de enemigos poderosos o a un juez parcial, y se presentara luego ante sus superiores.

De las comprobaciones hechas en la fase secreta, el juez confeccionaba una lista de cargos de la que daba traslado al residenciado para que se presentara su defensa.

La Real Cédula del 17 de abril de 1606, recogida en la Ley 24, título 34, libro 2 de la Recopilación, ordenaba que en el juicio de visita no se diera a la visitada copia de los dichos, ni de los nombres de los testigos que declaraban. Ésta era una de las diferencias entre la visita y la residencia.

En la parte pública se podían incluir capítulos (en los que se ejercía la acción popular), demandas y querellas al residenciado. Para poder capitular no era necesario haber sido directamente perjudicado, sino que, por ejemplo, se podía capitular a un corregidor por haber usado, tanto él como su mujer, trajes en desacuerdo con las pragmáticas contra el lujo. Para proceder había que prestar fianzas de pagar la indemnización a la que sería condenado en caso de no probarse los capítulos. Pronunciada

la sentencia, con o sin apelación por parte del residenciado o del capitulante, los autos eran elevados al tribunal superior para ser examinados junto con lo emanado en la etapa secreta.

Las demandas y querellas procedían cuando había alguna parte agraviada por el residenciado; éstas se tramitaban igual que el juicio ordinario, incluso acortando los términos y sin que dejaran de correr en los días feriados. Dada la importancia de la parte pública del juicio de residencia nunca fue dispensada, aunque el funcionario hubiera sido agraviado con la exención de la etapa secreta, salvo contadísimas excepciones.

Una vez dados los cargos, presentados y probados los descargos por el residenciado, el juez podía dictar sentencia en la fase secreta. Vale la pena recordar que la finalidad de la residencia era fincarle responsabilidades al funcionario, pero no modificar sus providencias. La revocación de las disposiciones incorrectas o injustas les correspondía únicamente a los superiores o a los sucesores del residenciado.

En relación con esta última afirmación, veamos el ejemplo propuesto por Mariluz Urquijo:

...en virtud de la pregunta ordenada por la ley 39, título 2, libro 3 de la Recopilación de Indias, se comprueba que un virrey concedió algún oficio a un pariente suyo en contravención a la ley 27 del mismo título. El juez de residencia puede castigar al virrey pero no mandar que cese en su puesto el empleado, cosa reservada al sucesor del virrey culpable según dispone la ley 34.<sup>49</sup>

Tampoco podía el juez avocarse a los pleitos juzgados o pendientes en otros tribunales, aun cuando el residenciado hubiera tenido en ellos alguna participación.

Por lo general, además de los casos expresamente ordenados —por ejemplo la Ley 6, título 4, partida 3, de la magna obra de Alfonso X, que prohibía al juez de residencia determinar aquellos casos que merecieran la pena de muerte o de pérdida de miem-

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 27.

bro—, se remitían al Consejo de Indias los casos en que se cuestionara la validez de algunas providencias tomadas por el residenciado, y se informaba de ello a la Corona, sin que hasta ese momento hubiera recaído resolución.

Las penas que solían imponerse eran la multa (la más común), inhabilitación temporal o perpetua, destiempo y traslado, aunque esta última era realmente extraña. A su vez, había un término legal para dictar sentencia, si se pronunciaba fuera de él, la sentencia seguía siendo válida, pero entonces se imponía al juez un castigo.

Sentenciada la residencia era enviada por el juez, ya fuera a la Audiencia o al Consejo, para que la vieran en segunda instancia solía agregársele también un resumen del proceso para facilitar su examen.

#### 4. *Segunda instancia*

En un principio, los tribunales de segunda instancia, en materia de residencias, sufrieron varios cambios normativos con el tiempo; la resolución definitiva se dictaba en España, al crearse las Audiencias de Indias se dividía la labor entre el Consejo y las cancelerías americanas.<sup>50</sup> El agobio de trabajo que esto ocasionaba al Consejo y la tardanza motivada por las enormes distancias inspiraron un giro a este respecto en las leyes nuevas, por lo cual se ordenó que el Consejo sólo examinara las residencias tomadas a los gobernadores y miembros de las audiencias, y que el resto se resolvieran en las audiencias de sus distritos.

En las Ordenanzas de Audiencia de 1563 se estableció que las apelaciones interpuestas contra sentencias absolutorias o condenatorias de las demandas particulares, pronunciadas por los jueces de residencia de gobernadores y corregidores, se ventilaran en las audiencias del distrito, pero que lo que resultara de la investigación secreta se elevara al Consejo de Indias.

Poco después se sustrajeron del conocimiento de la Audiencia las residencias de corregidores provistos por la Corona. En la

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 28.

Recopilación de 1680 (Ley 4, título 15, libro 5) se dispuso que las residencias de los oficios provistos por las autoridades se determinaran en las audiencias.

Una Real Cédula del 23 de abril de 1769 vino a dar solución al incumplimiento de la anterior medida, resolviendo que las residencias de corregidores y alcaldes mayores de la Indias, mismas que debían ser tomadas por las personas comisionadas por el presidente del Consejo, se vieran y fenecieran en las reales audiencias de sus distritos respectivos; éstas, al final del año, deberían enviar una relación de las residencias, con expresión de los nombres de los residenciados y del resultado de sus sentencias.

### 5. *La visita*

Existían dos géneros de visitas: las ordinarias, giradas por un oidor de las audiencias a todo su territorio, y las extraordinarias, acordadas por el Consejo cuando lo creía conveniente.

Con el fin de garantizar la independencia y moralidad de su gestión, se dotaba al visitador de una elevada remuneración (200,000 maravedís al año);<sup>51</sup> no podía realizar visitas acompañado de sus familiares ni criados, ni por el resto de los oidores. Se premiaba también el celo de su actuación ofreciéndole una cantidad mayor en recompensa.

Había también visitas extraordinarias, con el fin de fiscalizar la gestión de virreyes, oidores y demás funcionarios, realizadas por visitadores enviados desde España para dar razón del desempeño de todos los miembros del gobierno del Nuevo Mundo, tanto civiles como eclesiásticos, de todo lo cual daban noticia al Consejo de Indias.

El punto de partida es la idea comúnmente aceptada de que la autoridad, salvo el rey, debe responder ante la representación

<sup>51</sup> Se ha dado a este nombre hasta tres plurales diferentes, a saber: maravedís, maravedises y maravedíes. El “ducado” valía 375 maravedís; el “real” 34, y la “blanca” medio. Antigua moneda de vellón que equivalía a la séptima parte de un real de plata.

nacional y ante la justicia ordinaria, en su caso de la responsabilidad en que incurra por violaciones a la Constitución y a las leyes, así como por lesión de derechos, la Constitución de 1812 no tiene declaración de derechos.

En efecto, en la Constitución de Cádiz de 1812, la residencia se consagra expresamente en el artículo 261, facultad sexta de las del Tribunal Supremo, cuyo tenor es conocer de la residencia de todo empleado público que esté sujeto a ella por disposición de las leyes.

Cabe abundar que el equilibrio de poderes, a través de un sistema de pesos y contrapesos, fue planteado en 1811 por los diputados mexicanos en las Cortes Constituyentes de Cádiz, así como en 1813 por José María Morelos: “El exceso de facultades otorgadas al ejecutivo o al legislativo, conduce a la dictadura y al despotismo unipersonal o parlamentario, según el caso. El poder es lo único que limita al poder”.<sup>52</sup>

Tal y como se ha descrito anteriormente, podemos resumir la importancia de este juicio conforme a sus características esenciales, que fueron las siguientes:

1. El cumplimiento estricto de los deberes que le impone la función;
2. Responsabilidad por sus actos;
  - a) Hacia la Corona;
  - b) Hacia los gobernados;
3. Garantía de los derechos públicos y privados;
4. Perfeccionamiento paulatino del servicio administrativo y político;
5. Procedimiento abierto y amplio de estructura popular y procedimiento judicial.

El juicio de residencia no significaba un acto lesivo a la auto-ridad, sino que funcionaba como un acto jurídico político de res-

<sup>52</sup> Cfr. Morelos y Pavón, José María, *Sentimientos de la Nación*, Congreso Constituyente de Chilpancingo, 1913.

ponsabilidad de la función. El juicio de residencia consistía en la cuenta que se tomaba de los actos cumplidos por un funcionario público en el desempeño de su cargo. Se le llamó así porque durante el tiempo que duraba el juicio el funcionario debía residir en el lugar del juicio.

A su vez, sirvió para moralizar las costumbres administrativas y políticas de los territorios americanos y evitar máximos abusos.

Al respecto, podemos afirmar que la figura de los juicios de residencia en la Nueva España y las Visitas Ordenadas desde la Península Ibérica, para fiscalizar el desempeño de los cargos públicos de toda clase de funcionarios, tanto en la Nueva España como en el resto de las posesiones españolas de ultramar, son el antecedente en América del sistema de responsabilidades a que se encontraban sujetos los funcionarios públicos.<sup>53</sup>

### III. CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ

En la Constitución de Cádiz, la fracción vigésimo quinta del artículo 131 establecía como facultad de la Corte hacer efectiva la responsabilidad de los secretarios del Despacho y demás empleados públicos, precisando en su artículo 226 que los secretarios del Despacho serán responsables en las Cortes de las órdenes que autoricen contra la Constitución o las leyes, sin que les sirva de excusa haberlo mandado el rey, cuando se iniciare un proceso de esta naturaleza, quedará suspendido el secretario del Despacho, y las cortes remitirán al Tribunal Supremo de Justicia todos los documentos concernientes a la causa que haya de formarse por el mismo tribunal, que la sustanciará y decidirá con arreglo a las leyes.

Es importante considerar que el artículo 168 de esta Constitución establecía que la persona del rey es sagrada e inviolable, y no está sujeta a responsabilidad.

<sup>53</sup> Fernández Delgado, M. A. y Soberanes Fernández, J. L., *op. cit.*, p. 59.

#### IV. LA ÉPOCA INDEPENDIENTE

En más de una de sus obras, José Barragán Barragán ha demostrado la constitucionalización del juicio de residencia no solamente en la Constitución de Cádiz de 1812, pues con ella se facultó expresamente al Supremo Tribunal, en el artículo 21, sección sexta, a conocer de la residencia de todo empleado público que esté sujeto a ella por disposiciones de las leyes; de igual forma, José María Morelos estableció, en los Sentimientos de la Nación, de 1813 que la ley es superior a todo hombre, precisando que la autoridad debe sujetarse al imperio de la ley, siéndole estrictamente prohibido todo lo que ésta no le faculta expresamente. Según el Decreto Constitucional de 1814, la seguridad no puede existir sin que la ley fije los límites de los poderes, y considera tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de ley. La ley es la expresión de la voluntad general en orden a la felicidad común, consecuentemente debe ser igual para todos. A este respecto, sólo podemos afirmar que en todas nuestras Constituciones ha estado presente la preocupación por exigir responsabilidad a los funcionarios públicos.<sup>54</sup>

##### 1. *La regulación constitucional de la responsabilidad (1824-1917)*

Respecto de la regulación que las diversas Constituciones del país han establecido en el tema de la responsabilidad de los servidores públicos, en términos generales, se puede precisar lo siguiente:

- En los casos de las Constituciones de 1812, 1824 y 1836, éstas no contenían un capítulo que regulara exclusivamente la responsabilidad de los servidores públicos, las disposiciones que regulaban la materia se encontraban dispersas.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 33.

- Es a partir de la Constitución de 1857 cuando por primera vez se incluye un título que regula específicamente las responsabilidades de los funcionarios públicos.
- No se utilizaba la palabra servidor ni funcionario público en las siguientes Constituciones:
  - a) La Constitución de 1812 menciona la figura de los empleados públicos, sin embargo, no especifica quiénes eran considerados empleados públicos con responsabilidad.
  - b) La Constitución de 1824 menciona a empleados de la Federación sin especificar a quiénes se les reputaba como tales.
  - c) La Constitución de 1836 no hace mención alguna.
  - d) La Constitución de 1857 emplea por primera vez el término de funcionario público.
  - e) La Constitución de 1917 mantiene el término y disposiciones sobre funcionarios públicos, pero no es sino hasta las reformas de 1982 cuando se cambia la figura de funcionario público por la de servidor público.
- Desde la Constitución de Cádiz hasta la Constitución que se encuentra actualmente en vigor, las responsabilidades en las que puede incurrir un servidor público y han sido reguladas son:

|                     | <i>Tipo de responsabilidad</i> |                 |              |                       |
|---------------------|--------------------------------|-----------------|--------------|-----------------------|
| <i>Constitución</i> | <i>Penal</i>                   | <i>Política</i> | <i>Civil</i> | <i>Administrativa</i> |
| 1812                | X                              |                 |              |                       |
| 1824                | X                              |                 | X            |                       |
| 1836                | X                              | X               |              |                       |
| 1857                | X                              | X               | X            |                       |
| 1919                | X                              | X               | X            | X                     |

La terminología empleada para la regulación de responsabilidades de los servidores públicos siempre ha sido ambigua.

Un claro ejemplo es el texto original de la Constitución de 1917, cuando se indica que determinados servidores públicos son responsables por delitos comunes, y enseguida se hace mención a la responsabilidad por los delitos, faltas u omisiones, sin hacer una especificación sobre lo que se debe entender por “delitos, faltas u omisiones”, dejando sobre todo el caso de los delitos a la vaguedad, pues no se sabe si se refiere a delitos comunes ya mencionados o a delitos oficiales. Se hace un uso indiscriminado de la terminología, llevando a una interpretación confusa.

— Procedimiento a seguir y autoridades que intervienen:

- a) En todos los casos, las cámaras que conforman el Congreso de la Unión han jugado un papel importante en materia de responsabilidad de los servidores públicos.
- b) Para el caso de la responsabilidad penal conocida como declaración de procedencia, la Cámara de Diputados siempre ha sido el órgano que lleva a cabo el juicio.
- c) Para el caso de la responsabilidad política, conocida como juicio político, por regla general han intervenido ambas cámaras, una erigida como órgano de acusación (Cámara de Diputados) y la otra como órgano de sentencia (Cámara de Senadores).

Sin embargo, cabe destacar los siguientes datos:

- 1812: según fuera el caso, las cortes, el tribunal que nombraran las cortes; el jefe político más autorizado, sin especificar quién era; el rey y el Consejo de Estado.
- 1824: cualquiera de las dos cámaras erigidas en Gran Jurado.
- 1836: Cámara de Diputados y Senado.
- 1857: Congreso (Cámara de Diputados) y Suprema Corte de Justicia.
- 1917 a la fecha: Cámara de Diputados y Senadores.

Las sanciones que se han impuesto a los servidores públicos que incurren en responsabilidad han sido:

- a) Destitución del cargo.
- b) Inhabilitación para desempeñar otro cargo, puesto o comisión, condicionándolo a determinado tiempo.
- c) Las penas y sanciones determinadas en las leyes de acuerdo con la responsabilidad que se le compruebe.

## 2. *Evolución del Título IV de la Constitución de 1917*

### A. *Primer periodo (1917-1982)*

Los artículos que conforman el Título IV constitucional durante el primer periodo regularon los siguientes temas:

Artículo 108. Los sujetos de responsabilidad penal y las causales de ésta.

Artículo 109. Procedimiento de declaración de procedencia.

Artículo 110. Señalaba las causales por las cuales los altos funcionarios no gozaban de fuero constitucional, tales como:

- La comisión de delitos oficiales.
- Incurrir en faltas u omisiones en el desempeño de algún empleo cargo o comisión pública.
- Delitos comunes en el desempeño de empleo, cargo o comisión.

Artículo 112. Negativa de la gracia del indulto a los responsables de delitos oficiales.

Artículo 113. Términos para exigir la responsabilidad por delitos y faltas oficiales.

Artículo 114. Estableció que en demandas del orden civil no hay fuero ni inmunidad para ningún funcionario público.

Durante este primer periodo, únicamente el artículo 111 sufrió reformas, pero éstas fueron mínimas, estaban enfocadas a la territorialidad y por lo tanto no afectaron el fondo de la materia,

sin embargo, resulta interesante señalar que originalmente este artículo reguló lo correspondiente al juicio político, destacando los siguientes elementos:

- En primer lugar, el juicio político se iniciaba por la comisión de parte de los servidores públicos de delitos oficiales, señalando este mismo artículo como delitos o faltas oficiales todos los actos u omisiones que puedan redundar en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho.
- Además, respecto a los delitos oficiales destaca que éstos serían juzgados por un jurado popular, y en los términos establecidos para los delitos de imprenta.
- En segundo lugar se destaca el procedimiento del juicio, éste se inicia ante la Cámara de Diputados con la acusación que se haga de los funcionarios públicos que hayan cometido algún delito oficial; hecha la acusación, el Senado se erigía en Gran Jurado para declarar la culpabilidad del funcionario por mayoría de las dos terceras partes del total de sus miembros.
- Como punto tres, se encuentra lo relacionado con las sanciones, mismas que consistían en la privación del puesto y la inhabilitación para obtener otro por el tiempo que determinara la ley.
- Se regula la responsabilidad de los funcionarios públicos.
- Se determina que las resoluciones del Gran Jurado y las declaraciones de la Cámara de Diputados serían inatacables.
- Se concedía la acción popular para denunciar ante la Cámara de Diputados delitos comunes u oficiales de los altos funcionarios.
- Se otorgaron facultades al Congreso de la Unión para que expidiera una Ley de Responsabilidad de todos los Funcionarios y Empleados de la Federación, el Distrito y Territorios Federales.

- En relación con la destitución por mala conducta de los funcionarios del Poder Judicial, sólo el presidente de la República podía pedir ante la Cámara de Diputados la destitución de éstos. Dicha petición debía ser aprobada por mayoría absoluta en la Cámara de Diputados primero, y en la Cámara de Senadores después.

### B. *Segundo periodo (1982-2012)*

En 1982, Miguel de la Madrid Hurtado instrumentó la política de “renovación moral”, realizando una reforma constitucional a través de la cual se regularon las responsabilidades de los servidores públicos, mismas que se clasificaron en responsabilidad *penal, política, administrativa y civil*.

En la iniciativa que dio origen a esta reforma se señala que es impostergable la necesidad de actualizar esas responsabilidades, renovando de raíz el Título IV constitucional que actualmente habla de las *responsabilidades de los funcionarios públicos*. Por tanto, se cambia al de *responsabilidades de los servidores públicos*. Desde la denominación, hay que establecer la naturaleza del servicio de la sociedad que comparta su empleo, cargo o comisión.

En general, el contenido de dichos artículos, que hasta la fecha se ha mantenido, es el siguiente:

Artículo 108. Establece los sujetos a las responsabilidades por el servicio público.

Artículo 109. La naturaleza de las responsabilidades de los servidores públicos y la base de la responsabilidad penal por enriquecimiento ilícito.

Artículo 110. El juicio para exigir las responsabilidades políticas y la naturaleza de las sanciones correspondientes.

Artículo 111. El juicio para exigir las responsabilidades penales y la sujeción de los servidores públicos a las sanciones de dicha materia.

Artículo 112. Los casos específicos en los que se requiere o no la declaración de procedencia.

Artículo 113. La naturaleza de las sanciones administrativas y los procedimientos para aplicarlos.

Artículo 114. Los plazos de prescripción para exigir responsabilidades a servidores públicos.

Ésta ha sido, a grandes rasgos, la forma en que las diversas Constituciones del país han regulado lo referente al tema de la responsabilidad de los servidores públicos en nuestro país, de ellas se desprende la intención de legislar sobre el actuar de los que laboran en el servicio público, pero queda de manifiesto que dichas normas y preceptos constitucionales van más encaminados a establecer el procedimiento para deslindar, precisamente, la responsabilidad y en su caso imponer un eventual castigo, pero por el estado de cosas actual se puede afirmar que dicho diseño no ha funcionado.

## V. LA LEY DE RESPONSABILIDADES DE 1940

Entre 1917 y 1940 se decidieron varios casos de responsabilidad de funcionarios públicos sin que existiera ley reglamentaria alguna. El Código Penal de 1929 recogía, en su Título IX del Libro II, cinco capítulos bajo el rubro “De los delitos cometidos por funcionarios públicos”.

Los cuatro primeros capítulos comprendían hechos que se podían imputar a cualquier funcionario o empleado público, los que podían considerarse como delitos comunes.

El capítulo V se refería a los que solamente podían ser cometidos por los altos funcionarios de la Federación. Pero al publicarse el Código Penal de 1931, que en su Título X agrupaba, en cinco capítulos, los delitos cometidos por los funcionarios en general, altos o no, olvidando definir y hacer referencia a los delitos de los altos funcionarios, como lo habían hecho los códigos anteriores, por ello no existió certeza alguna sobre lo que se debería considerar como delitos oficiales, retrocediendo a una situación similar a la de 1870. Por ello fue necesario aplicar el Título IV

constitucional y la Ley de Responsabilidades de 1896 en tanto no se publicara una ley reglamentaria de la Constitución de 1917.

Los problemas políticos de 1935 urgieron al presidente Lázaro Cárdenas a solicitar del Congreso General permiso para hacer uso de facultades extraordinarias con el objeto de legislar en materia penal y procesal penal, las que se confirieron el 31 de diciembre de 1936, en virtud de las cuales publicó la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales, el 28 de febrero de 1940, misma que sufriría críticas por parte de la doctrina.

La primera ley confería a la Cámara de Diputados facultades de investigación y de decisión sobre el desafuero que traía como consecuencia la separación del funcionario de su encargo y su sujeción a la acción de los tribunales comunes, en abierta violación al artículo 21 constitucional, que asigna el monopolio del ejercicio de la acción penal al Ministerio Público, lo anterior porque los legisladores se ciñeron servilmente a la Ley de 1896, sin tomar en cuenta los cambios introducidos en la Constitución de 1917.

Otro error de esta ley es que copió sin reparos los capítulos IV y V de la Ley de 1896, en lo que concierne al juicio político, sin tomar en cuenta que contradecían palpablemente lo dispuesto por el artículo 111 constitucional, tratando de fijar las bases sobre las cuales debía la Cámara de Diputados instruir el procedimiento en los juicios políticos en contra de los altos funcionarios, siendo que el procedimiento debía seguirse por la Cámara de Senadores.

La propia Ley de 1940 provocó confusiones respecto a la naturaleza de los delitos oficiales y los comunes, por lo que para el caso de los diputados Pedro Téllez Vargas, Carlos Madrazo y Sacramento Joffre que se llevó en 1945, se dictaminó por la sección instructora del Gran Jurado que, a pesar de la tipificación de una conducta en la Ley de Responsabilidades, eso no se traducía en que debiera considerarse como un delito oficial y proseguirse en consecuencia un juicio político.

El dictamen se refiere a lo que debe entenderse por delitos oficiales. Lo que comete el funcionario o empleado público, relacionado directamente con la función inherente al cargo que desempeña, de modo que el delito oficial se configura por la actividad ilícita del funcionario o empleado público realizada dentro de la función o con motivo de ella, y que viola la ley que señala las atribuciones del cargo que desempeña.

## VI. LA LEY DE RESPONSABILIDADES DE 1980

La Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito Federal y de los Altos Funcionarios de los Estados, publicada el 4 de enero de 1980, no correría con mejor fortuna que su antecesora, comenzando porque se inspiró casi a la letra en ella (la Ley de 40), y también porque en sus artículos transitorios se dispuso, sin más, que se derogaba la anterior Ley de Responsabilidades, y ya se habían derogado los artículos relativos del Código Penal aplicables a los funcionarios públicos, desde su entrada en vigor, la Ley de 1940 ocasionó que se dejaran en libertad a varios procesados (por lo menos a 25), pues en la nueva ley no se contemplaban ciertos delitos que la anterior había considerado como tales. Por ello se decía que esta ley en lugar de cumplir su cometido se convirtió prácticamente en una ley amnistía.

Fue también esta ley la última en hablar del fuero constitucional. En un comentario sobre la exposición de motivos de esta ley, Raúl F. Cárdenas sostuvo que el fuero constitucional recibe tal nombre por cuanto su destinatario cuenta con inmunidad al estar exento de la jurisdicción común durante el tiempo de su encargo, mas no es una prerrogativa de impunidad, sino que constituye un requisito de procedibilidad para perseguir los actos punibles cometidos por funcionarios aforados, previa autorización de la cámara federal correspondiente.

## VII. LEY DE RESPONSABILIDADES DE 1982<sup>55</sup>

Por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de diciembre de 1982, se reformaron y adicionaron diversos preceptos constitucionales, fundamentalmente del Título IV (artículos 108 a 114), y se publicó enseguida la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos el 31 de diciembre del mismo año.

La anterior reforma constitucional y la nueva Ley de Responsabilidades, junto con la reforma al Título Décimo del Código Penal, relativa al llamado daño moral del Código Civil, así como la creación de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, y la obligación de las legislaturas locales de expedir en los estados de la República las leyes sobre responsabilidades constituyeron el marco jurídico para el proyecto de “renovación moral de la sociedad” durante la presidencia de Miguel de la Madrid, cuyos principios y normas siguen en vigor hasta nuestros días, aunque con algunas reformas legales y constitucionales posteriores.

Del análisis de las reformas constitucionales y la nueva Ley de Responsabilidades, que es lo que directamente nos concierne, vemos que la denominación del Título IV de la Constitución ahora alude a las responsabilidades de los servidores públicos, por lo que debemos precisar quién puede ser sujeto de este tipo de responsabilidades, es decir, qué debemos entender por servidor público.

El artículo 108 constitucional enumera como servidores públicos a los representantes de elección popular;<sup>56</sup> a los miembros del Poder Judicial federal y del Distrito Federal, funcionarios, empleados y toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal o en el Distrito Federal.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>56</sup> Incluido el presidente de la República, aunque en una categoría especial.

Por otro lado, los gobernadores, diputados y magistrados de los tribunales de los estados también son sujetos de responsabilidad por violación a la Constitución, a las leyes federales y por el manejo indebido de fondos y recursos federales; amén de las responsabilidades que los ordenamientos locales pueden establecer en el ámbito de su competencia. A mayor abundamiento, el artículo 2o. de la Ley de Responsabilidades agrega a todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos económicos federales.

### 1. *Sujetos*

Lógicamente, los sujetos de esta responsabilidad son los servidores públicos, y por éstos debemos entender, de acuerdo con el artículo 108 constitucional, los representantes de elección popular, los miembros del Poder Judicial federal y del Distrito, funcionarios, empleados y en general toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza, en la administración pública federal, estatal o en el Distrito Federal; también son responsables por violaciones a la Constitución y leyes federales, los gobernadores, diputados y magistrados de los tribunales superiores de los estados, pero en este caso la responsabilidad no sería administrativa, sino política o penal; en cambio, el presidente de la República sólo puede ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común.

El artículo 2o. de la Ley de Responsabilidades añade a todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos económicos federales, sin embargo, el artículo 46 de la ley mencionada señala que incurrir en responsabilidad administrativa los servidores públicos a que se refiera el artículo 2o.; ello lo interpretamos como que a las personas particulares que manejen o apliquen los recursos federales, no siendo servidores públicos, no se les podrá exigir responsabilidad administrativa.

## 2. *Causas*

Las causas por las que se puede exigir responsabilidad administrativa a un servidor público por actos u omisiones que atenten contra la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en su cargo, están señaladas fundamentalmente en el artículo 49 de Ley de Responsabilidades.<sup>57</sup>

Las 24 causas a que hace referencia el citado artículo 47, en resumen, son un código de conducta para los servidores públicos, y son las siguientes:

1. Falta de diligencia.
2. Ilegalidad al formular y ejecutar planes, programas y presupuestos.
3. Desvío de recursos, facultades e información.
4. Descuido de documentos e información.
5. Mala conducta y faltas de respeto con el público.
6. Agravios y abusos con los inferiores.
7. Falta de respeto a un superior o insubordinación.
8. El no informar al superior del incumplimiento de obligaciones y de las dudas fundadas que tuviera sobre la procedencia de las órdenes que recibe.
9. Ejercer funciones que no le correspondan.
10. Autorizar a un inferior a faltar más de 15 días seguidos o 30 discontinuos en un año.
11. Ejercer otro cargo incompatible.
12. Intervenir en el nombramiento de una persona inhabilitada.
13. No excusarse cuando tenga impedimento.
14. No informar al superior de la imposibilidad de excusarse cuando tenga impedimento.
15. Recibir donativos de personas cuyos intereses esté afectando.

<sup>57</sup> Considerado como código de conducta.

16. Pretender la obtención de beneficios extras de su remuneración.
17. Intervenir en la designación de una persona sobre la que tenga interés personal.
18. No presentar sus declaraciones de bienes.
19. Desatender las órdenes de la Secretaría de la Contraloría.
20. No informar al superior de la inobservancia de las obligaciones de cualquier disposición jurídica relacionada.

### VIII. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDADES EN EL ESTADO DE MÉXICO

La evolución del sistema de responsabilidades de los servidores públicos del Estado de México va de la mano con la Secretaría de la Contraloría, que datan de 1955, cuando se emite la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados Públicos del Estado, de los Municipios y Organismos Públicos Descentralizados.

En 1971 se estableció un compromiso político-administrativo: introducir reformas a la estructura orgánica y funcional del Poder Ejecutivo para volver más ágil y expedito el servicio público, así como el ejercicio de las funciones de evaluación y control hacia el interior del aparato estatal y de los organismos descentralizados. De esta manera nació la Contraloría General de Gobierno.

A partir de 1976 incrementaría sus funciones hacia otras áreas financieras del Estado: vigilancia del ejercicio presupuestario, evaluación de la organización hacendaria y de la supervisión de los programas por objetivos.

En el periodo 1981-1986 se promovió la expedición de una segunda Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado y Municipios, retomando elementos de 1955.

En el trienio de 1987-1989 fue suscrito con el gobierno federal un Acuerdo de Coordinación del Sistema Estatal de Control y Evaluación Gubernamental.

Fue en 1989 cuando se creó la actual Secretaría de la Contraloría, la cual llevaba a cabo el control interno en todo el gobierno estatal.

Los objetivos de la nueva dependencia eran el seguimiento y la evaluación de la gestión pública, así como la vigilancia de los servidores en el ejercicio de sus funciones y el manejo de los recursos bajo su responsabilidad.

La nueva instancia gubernamental no implicaba intromisión o duplicidad de funciones con la Contaduría General de Glosa (legislativo estatal).

El régimen de responsabilidades administrativas inicialmente está encaminado a realizar actividades de fiscalización y auditorías financieras, administrativas, operacionales y técnicas de obra a las dependencias del sector central y auxiliar de la administración pública para vigilar el cumplimiento de las disposiciones en materia de planeación, programación, presupuestos, ingresos, financiamiento, inversión, deuda, patrimonio, fondos y valores, propiedad del gobierno del Estado, así como de recursos concertados por el Estado y los gobiernos federal y municipal, a efecto de consolidar el Sistema Integral de Control y Evaluación Gubernamental.

En el marco del Sistema Estatal de Control y Evaluación de la Gestión Pública, el régimen de responsabilidades tiene como fin primordial la investigación de las conductas indebidas que contravienen los principios de legalidad, honradez y eficiencia que deben ser observados por parte de los servidores públicos en el desempeño de su cargo, imponiendo las sanciones disciplinarias y, en su caso, fincando la responsabilidad resarcitoria en términos de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado de México y sus Municipios.

Como acciones del régimen de responsabilidades se tiene la instrucción de procedimientos administrativos por violación al Código de Conducta contenido en el artículo 42 de la Ley de Responsabilidades de los Servidores públicos del Gobierno del Estado y Municipios, y con motivo de las quejas y denuncias que

se presenten en contra de servidores públicos, así como de aquellos que se inicien con motivo de la existencia de algún daño o perjuicio a los recursos económicos públicos el control y evaluación de la situación patrimonial de los servidores públicos de la administración pública estatal y municipal. Y por último la vigilancia al cumplimiento de los ordenamientos relacionados con los procesos licitatorios y concursos públicos.

A fin de fortalecer el régimen de responsabilidades del Estado se ha ido actualizando el marco jurídico que lo rige al elaborarse reformas y adiciones a 5 leyes, 2 reglamentos, 3 acuerdos, 1 convenio, 1 lineamiento, 1 manual general y 60 acuerdos delegatorios para otorgar facultades y ampliar las existentes. Asimismo, fueron creadas varias unidades administrativas con el propósito de fortalecer la descentralización y desconcentración de facultades y recursos relacionados con las actividades de control y evaluación de la gestión pública.

La fiscalización en la administración pública se orienta a comprobar el cumplimiento de la normatividad establecida para el manejo de los fondos públicos.

Cada dependencia del gobierno estatal cuenta con un órgano de control interno que forma parte de su estructura administrativa, y funcionalmente se encuentran coordinados y supervisados por la Secretaría de la Contraloría, que es el órgano central encargado de conducir el Sistema Estatal de Control y Evaluación de la Gestión Pública.

La fiscalización se realiza de manera sistemática con enfoques diversos, y su unidad básica de acción es la auditoría o revisión.

El criterio de selección privilegia los aspectos financieros y de impacto social. En el primero se trata de escoger aquellos programas que absorben cuantiosos recursos presupuestales, mientras que el segundo se orienta hacia actividades que afectan las condiciones de vida de la población.

La fiscalización se hace de manera programada. Al inicio de cada ejercicio fiscal se elabora un plan de trabajo sustentado en

los criterios referidos, y abarca la mayor parte de las unidades administrativas del Estado.

La consecuencia de la fiscalización es el fincamiento preventivo de responsabilidades administrativas o resarcitorias a aquellos servidores públicos que no tuvieron cuidado en el manejo de los recursos, o bien, que actuaron con desapego a la ética. El fincamiento de responsabilidades da origen al proceso administrativo que la ley de la materia establece para desahogar la garantía de audiencia y en su caso fijar la aplicación de sanciones.

## IX. PROGRAMA GENERAL DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

El Programa General de Simplificación Administrativa (PGSA) tiene objetivos claros y puntuales, como modernizar los procesos de trabajo, promover la descentralización de facultades, aumentar la eficiencia respecto a la atención de quejas y denuncias, eliminar normas innecesarias y obsoletas, acotar facultades discrecionales y estimular la participación social.

Su origen se remonta al 21 de octubre de 1993, fecha en la que el Ejecutivo estatal expidió el acuerdo por el que se establecen las bases para la integración, ejecución, coordinación y evaluación del Programa General de Simplificación de la Administración Pública del Estado de México.

El referido acuerdo faculta a la Secretaría de la Contraloría como la dependencia responsable de la integración, seguimiento y evaluación del PGSA, creando, para tal efecto, a la Coordinación del Programa General de Simplificación Administrativa, a la que encomendó la atención operativa del mismo.

En tanto, las demás dependencias y organismos auxiliares, incluyendo a la propia Secretaría de la Contraloría, se ocupan de la identificación, jerarquización y ejecución de las acciones de desregulación y simplificación administrativa.

Existen tres niveles de coordinación del PGSA: global, sectorial e institucional.

El primero se da a través del Comité Estatal de Simplificación Administrativa, presidido por el titular del Ejecutivo estatal, y en el que el secretario de la Contraloría se desempeña como secretario de dicho Comité, y como vocales los titulares de las dependencias. El Comité se reúne de dos a tres veces por año para dar a conocer a la sociedad mexiquense avances y logros relevantes del PGSA.

El segundo nivel es el de coordinación sectorial. Al respecto, se han constituido, desde 1994, Comités Sectoriales de Simplificación Administrativa en cada uno de los 14 sectores en que se halla dividida la administración pública estatal. Al frente del Comité se encuentra el coordinador sectorial de Simplificación Administrativa.

El tercero y último nivel es el de la coordinación institucional, en el cual participan los titulares de las unidades administrativas a nivel dirección general en las dependencias centrales y en los organismos auxiliares, cuya tarea es identificar, priorizar y ejecutar compromisos puntuales de desregulación y simplificación administrativa, informando cada mes del grado de avance y cumplimiento.

Parte importante de las funciones que desarrolla la Coordinación del Programa General de Simplificación Administrativa es la integración y publicación anual del PGSA, incluyendo un folleto de los principales resultados alcanzados; la realización de campañas de difusión y la distribución de material informativo —boletines, carteles, trípticos, etcétera— para dar a conocer, con oportunidad y claridad, las medidas emprendidas en la materia.

El gobierno del Estado de México, por conducto de la Secretaría de la Contraloría, ha tenido como política de acción promover y apoyar a todos los niveles la simplificación y desregulación en los ayuntamientos de la entidad, con respeto pleno a su autonomía municipal. Todo ello con el propósito de que las administraciones municipales ejecuten y evalúen programas de simplificación administrativa, en los que se plasmen compromisos orientados a eliminar trámites y requisitos innecesarios para ahorrar tiempos y gastos al ciudadano.

En este contexto y con la lógica implícita de la prevención fue instrumentado el Programa de Contraloría Social en el Estado de México.

En realidad dicho programa nació en 1991 bajo la iniciativa de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación (Secogef), hoy Secretaría de la Función Pública (SFP), para supervisar a nivel nacional la aplicación de los recursos del Programa Nacional de Solidaridad. Esa figura (contraloría social) fue retomada y perfeccionada por el gobierno mexiquense (1995), pero además fue extendida hasta llegar a los fondos estatales involucrados en la construcción de obras públicas de beneficio comunitario.

El espíritu de la contraloría social está edificado bajo los principios de la gestión comunitaria y busca, ante los nuevos desafíos, infundir un nuevo sentido social a la función pública.

Por tanto, la contraloría social surgió a instancias de la propia población que le da forma y la controla. La entidad gubernamental únicamente asesora, pero ambas esferas son coincidentes en un punto: socializar la vigilancia y supervisión de la obra pública a efecto de garantizar que los recursos públicos sean aplicados de manera honesta y oportuna.

La célula de la contraloría social son los Comités Ciudadanos de Control y Vigilancia (Cocicovis). Cada comité está formado por tres ciudadanos, que ocupan los cargos honoríficos de contralor social, subcontralor social “A” y subcontralor social “B”, elegidos democráticamente en asamblea general por los vecinos beneficiados con la obra.

Los Cocicovis realizan visitas permanentemente a la obra para corroborar que sus características correspondan con lo establecido en el expediente técnico. Cuando el Comité detecta presuntas irregularidades las informa a la Secretaría de la Contraloría para que ésta proceda a realizar las investigaciones correspondientes y, de ser el caso, aplique las sanciones que sean necesarias.<sup>58</sup>

<sup>58</sup> Haro Bélchez, G., *Foro Iberoamericano sobre el Combate a la Corrupción*, Santa Cruz de la Sierra, CLAD-Agencia Española de Cooperación Internacional, 15 y

A nivel estatal, la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados Públicos del Estado, de los Municipios y Organismos Públicos Descentralizados, aprobada el 19 de diciembre de 1955, publicada el 28 del mismo mes y año en la *Gaceta del Gobierno* y vigente a partir del 29, derogó el título séptimo del Libro Segundo del Código Penal del Estado de 1937, relativo a la responsabilidad oficial, quedando sin efecto los delitos de ejercicio indebido o abandono de funciones públicas, abuso de autoridad, coalición de funcionarios, peculado y concusión, cometidos a la administración de la justicia.

Este ordenamiento se integró por 83 artículos, 7 títulos y 9 capítulos, y del análisis de la ley se observa que su contenido se refiere a la regularización de los delitos oficiales que son cometidos por los altos funcionarios y empleados del Estado y municipios, y a la forma de proceder para la remoción de los funcionarios judiciales por mala conducta.

Los delitos oficiales que cometían los altos funcionarios eran conocidos por la Legislatura del Estado como jurado de acusación y por el Tribunal Superior de Justicia como órgano de sentencia; una vez recibida la denuncia se entregaba al gran jurado, el cual determinaría por mayoría de votos de sus integrantes si el acusado era inocente o culpable, si resultaba inocente continuaría en su cargo y, por el contrario, si fuera culpable se le separaría del cargo y sería puesto a disposición del Tribunal Superior de Justicia.

Los delitos oficiales eran:

1. Ataques a la soberanía del Estado
2. Ataque al sistema de gobierno
3. Usurpación de atribuciones
4. Cualquier violación a la Constitución
5. Omisiones que causen perjuicio a los particulares
6. Violación a las garantías individuales
7. Enriquecimiento ilícito

16 de junio de 1998, pp. 3-6, [www.clad.org/.../foro-iberoamericano-sobre-el-combate-a-la-corrupcion](http://www.clad.org/.../foro-iberoamericano-sobre-el-combate-a-la-corrupcion).

Las sanciones dependiendo de la infracción podían ser apercibimiento, amonestación, suspensión del empleo hasta por tres o más de seis meses, destitución del empleo y multa de dos mil y hasta tres mil pesos, incluso una pena privativa de libertad que podría ser de tres días a doce años.

Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado y Municipios (LRSPEYM) aprobada el 7 de abril de 1984, publicada el 30 de abril del mismo año, entró en vigor el 1.º de mayo del mismo año; se integró por ocho capítulos y setenta artículos. Al regresar al Código Penal, las figuras delictivas que en 1955 se habían incorporado a la Ley de Responsabilidades, sólo en este ordenamiento lo relativo al juicio político y a las responsabilidades administrativas.<sup>59</sup>

A su vez, la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado y Municipios aprobada y publicada el 11 de septiembre de 1990, actualmente tiene vigencia y conserva gran parte de la Ley de 1984.<sup>60</sup>

## X. APUNTES CAPITULARES

De acuerdo con lo anterior, podemos hacer algunos comentarios de tipo histórico, filosófico, ético y desde luego jurídico al artículo 130 de nuestra Constitución particular, el cual tendría su correlativo en la Constitución federal en el artículo 108.

Así, tenemos que en los estados de la República se define al servidor público desde su Constitución, a excepto de Veracruz que lo hace en su Ley de Responsabilidades.

<sup>59</sup> Por primera vez se refiere a las responsabilidades administrativas de los servidores públicos y los delitos regresan al Código Penal de donde no debieron haber salido.

<sup>60</sup> Con la adición aprobada a la LRSPEYM, en mayo de 2006, se incluye una fracción más, que otorga y percibe únicamente la remuneración que haya sido decretada en términos de ley, incluyendo bonos, gratificaciones y cualquier otra remuneración que se agregue al salario.

De acuerdo con la revisión realizada, el Estado de México tiene un referente anterior a la Constitución de 1917; hace poco más de siglo y medio en el Estatuto Provisional para el Gobierno Interior del Estado, 1855, el artículo 122 establecía que: “gobierno dictará las providencias que crea oportunas a fin de que rindan cuentas todos los empleados que en la anterior administración han manejado caudales públicos, haciendo efectiva la responsabilidad de los que la tengan”, y no es sino hasta 62 años después que en la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México de 1917 la responsabilidad queda establecida en el artículo 126 de ese entonces, el cual sólo registraba a los altos mandos de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, sin incluir a los cargos municipales; de ahí a la fecha hubo varias reformas; en 1935 fue para retirar del artículo al procurador general de Justicia; en 1955 se incorpora al oficial mayor como figura dentro de la administración pública del Estado; en 1981 se incorpora a los titulares de las dependencias del Ejecutivo; en 1982 se incluye a los jueces municipales, y no es sino hasta 1984 en que queda definido e incorporado al servidor público estatal y municipal; es decir, 70 años después del surgimiento de la Constitución.

Así, la responsabilidad administrativa de los servidores públicos, en su devenir, ha dejado en claro que lo que busca es *someter al servidor a la obligación de responder por su actuar*. A partir de la reforma de 1982 surge como consecuencia del actuar ilícito de un funcionario, diferenciando esa responsabilidad de las civiles, penales y políticas a que también se encuentra sujeto, plasmándose en la Constitución de 1917 la necesidad de poner un medio de control al actuar de los servidores públicos.

El artículo que por casi 90 años rigió la definición de servidor público cambió 1995, con las reformas y adiciones a la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México de 1917, que entró en vigor el 2 de marzo del mismo año; hasta entonces el artículo 126 se ubicaba en el Título Tercero “De las responsabilidades de los servidores públicos del Estado”, y pasó a ser el 130 del Título Séptimo, denominado “De la responsabilidad

de los servidores públicos y del juicio político”, el cual hasta hoy permanece inalterable.

Desde el punto de vista filosófico, a lo largo de la historia, desde Sócrates, la responsabilidad fue definida para un servidor público como “un hombre de Estado debería saber cuán poco sabe”, es decir, “un hombre de Estado debe ser sabio, lo suficientemente sabio como para saber que no sabe nada”.<sup>61</sup>

Con frecuencia se nos olvida, ya instalados en el cargo, que los resultados buenos o malos o cualquier cosa que ocurra o surja, no deben ser imputados a otros o a causas externas, sino sólo al que tiene la responsabilidad; en ocasiones, incluso por conveniencia, pretendemos desconocer que nuestra actividad, cualquiera que ésta sea, implica creación, innovación y riesgo.<sup>62</sup>

El servidor público no puede caer en la dualidad, el mínimo o el vacío ético; el primero predica algo que contradice en la práctica, pregonar lo que no practica; el segundo no es un deber ser, sino un hacer, lo que se puede sin mayor esfuerzo; finalmente, el tercero, que es donde el resto de la sociedad sólo le interesa como fuente de recursos, una visión totalmente utilitarista; ninguna de estas posiciones refleja responsabilidad y da lugar al abuso, la extorsión, el cohecho o el enriquecimiento ilícito, entre otros.

El servidor público de mayor jerarquía, en este caso los presidentes o los que tengan bajo su responsabilidad el contratar a otros, debe tomar en cuenta que con su decisión, de no hacerla correctamente, puede afectar el buen ejercicio de la función pública, pues con frecuencia resulta que las autoridades se ven importunadas por multitud de pretendientes ineptos y viciosos que si son colocados utilizan los empleos como un puesto de descanso y de comodidad, desatienden las labores a las que deben dedicar-

<sup>61</sup> Pooper, K., *La responsabilidad de vivir...*, op. cit., p. 203.

<sup>62</sup> De nueva cuenta, Pooper hace referencia a la sabiduría del hombre de Estado en su conferencia pronunciada en St. Gallen en junio de 1989, donde manifiesta que el primero en ver esto fue Sócrates. Platón decía que un hombre de Estado, y sobre todo un rey, debe ser sabio; pero con ello pensaba que los reyes deben ser filósofos y que deberían ir a la escuela con él. *Idem*.

se con empeño, se paraliza el giro de los negocios y el Estado, y en consecuencia el municipio sufre el perjuicio de pagar con puntualidad a hombres que no le sirven de la misma manera, y si no son considerados o se les separa por ineptitud o mal manejo van luego a engrosar las filas de los ambiciosos.<sup>63</sup>

Hoy en día también son los principales en acudir ante los tribunales laborales o de la difamación para tratar de intimidar a quien tuvo la osadía de despedirlos. Por ello es muy importante tomar en cuenta que para ocupar un cargo público, para ser servidor público, hay que ser leal al Estado, manejarse con probidad, integridad, responsabilidad, profesionalismo, honestidad y sobre todo con lealtad al Estado, así:

Sólo los hombres honrados y de conocida aptitud desempeñarán los empleos, desaparecerá esa plaga de pretendientes inoportunos que quieren vivir del erario sin merecerlo... y los ramos todos de la administración pública recibirán notables mejoras por el buen servicio de sus empleados.<sup>64</sup>

Con claridad sobre su función y responsabilidad, las autoridades, los funcionarios y todo servidor público estatal o municipal puede defender y revalorar el carácter público del gobierno, sin utilizar las leyes que sancionan la corrupción como armas de venganza política, sino como instrumentos generales de disuasión y prevención de prácticas ilícitas que atentan contra el Estado democrático, social y de derecho.

<sup>63</sup> Henestrosa, Andrés, “Textos políticos. Benito Juárez García”, *Enciclopedia Popular*, México, Secretaría de Educación Pública, 1994, p. XX.

<sup>64</sup> *Idem*.

## CAPÍTULO TERCERO

### TEORÍA DEL PODER

#### I. CONCEPTOS BÁSICOS Y REPLANTEAMIENTO

En este capítulo contextualizaremos nuestro tema de investigación, a partir del estudio descriptivo de cómo se organiza el poder y se controla el actuar de quien lo detenta, así como algunos elementos teóricos y doctrinales que nos permitan tener claro el papel que juega el control en las relaciones de poder en el Estado, estableciendo los principios de la responsabilidad con que actúan los servidores públicos, como representantes directos de éste; diferenciando las conductas personales de los actos de la autoridad, lo que en esencia se determina por su naturaleza, su objeto, sus características y efectos.

Pero también en el presente capítulo hacemos una propuesta teórica de la organización del poder del Estado y cómo se regula ésta, proponiendo además un mecanismo de control de las conductas de los servidores públicos, ante la obligación que tienen derivada de la propia Constitución, utilizando como elemento teórico en la descripción de dicho modelo la teoría de la jerarquización de la norma de Hans Kelsen, y como hilo conductor en la descripción del modelo de control de las responsabilidades públicas, la teoría de sistemas de Niklas Luhmann.

Tomamos como referencia los estudios previos que algunos estudiosos de la materia, principalmente del derecho constitucional, han desarrollado en relación con el tema que se aborda en el presente capítulo.

En el caso de los actos de autoridad, dada su propia naturaleza, tienen la particularidad de ser sometidos al escrutinio de la legalidad con que realizan sus actividades, y en el caso de las conductas de los particulares, en su carácter de servidores públicos, éstas atienden a su naturaleza, si cumplen o no con el mandato de ley, es decir, si se ajustan o no al derecho.

Los Estados constitucionales tienen como rasgo característico que se fundamentan en el principio esencial de la regulación jurídica del poder político, como un devenir de la lucha entre los detentadores del poder y los destinatarios.

Así, vemos que los primeros Estados constitucionales se edifican sobre la base del principio de la limitación del poder político,<sup>65</sup> es decir, uno de los efectos más significativos del control es en relación con los actos de quienes detentan el poder.

Como alegóricamente refiere Edgar Bodenheimer en su libro *Teoría del derecho*, y también la clásica novela de Daniel Defoe, *Robinson Crusoe*, después de salvar la vida de uno de los prisioneros a punto de ser devorado por caníbales en aquella imaginaria isla desierta frente a las costas de América del Sur, lleno de gratitud ante su salvador, el joven salvaje se arrodilla ante él y baja la cabeza hasta tocar la tierra con la frente, toma el pie de Robinson y lo coloca sobre su cráneo, jurando así ser esclavo de su salvador, lo que da a Robinson un dominio absoluto y un poder de vida y muerte sobre él; tiempo después, Robinson salva la vida al capitán de un barco inglés que fue arrojado a la isla de Robinson, víctima del motín de su tripulación. Robinson promete libertarle y ayudarle a recobrar su barco, condicionando su ayuda en dos formas: primera, que el capitán mientras esté en la isla se someta completamente a su autoridad y, segunda, que después de recuperar el barco lo lleve a Inglaterra sin cobrarle el pasaje. El capitán acepta sus condiciones y el contrato se cumple.

<sup>65</sup> Cfr. Covián Andrade, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, cit.

Lo anterior describe claramente dos tipos de relaciones entre los hombres, la relación de Robinson y Viernes, su compañero de color, es de dominación y sujeción. Robinson disfruta de un poder ilimitado sobre Viernes, no teniendo sobre él ninguna obligación; por el contrario, la relación entre Robinson y el capitán es de un contrato entre igualdad. Los dos hombres se reconocen mutuamente como ingleses libres, donde ninguno considera la posibilidad de someterse al otro.

Es decir, podemos distinguir que la relación de Robinson y Viernes es una relación de poder, la cual se da cuando un hombre queda sometido a la voluntad arbitraria e ilimitada del otro; en tanto, en la relación de Robinson con el capitán existe una relación de derecho, en esta relación contractual en donde ambas partes se reconocen derechos y deberes mutuos, sobre la base de cierta igualdad.

La reflexión se hace al considerar que en la isla de Robinson no hay poder superior, es decir, no hay gobierno que pueda garantizar y hacer cumplir fielmente el acuerdo, sin embargo, ello no limita el carácter de dicha relación. La garantía de la ejecución reside en el hecho de que ninguna de las partes puede lograr sus fines sin ejecutar fielmente el contrato.<sup>66</sup>

En sentido psicológico, el poder es la capacidad de un individuo o grupo para llevar a la práctica su voluntad, incluso a pesar de la resistencia de otros.

En la vida individual, el impulso del poder es susceptible de manifestarse en muchas formas según las cualidades particulares del individuo; pueden dirigir su energía al logro de influencias políticas o sociales, a la adquisición de dinero y propiedades, a conquistar mujeres o a consecución de resultados mentales e intelectuales.

Es una experiencia eterna, dijo Montesquieu, que todo hombre que tiene autoridad es capaz de abusar de ella; irá cada vez más allá, hasta que encuentre una barrera.<sup>67</sup>

<sup>66</sup> Bodenheimer, E., *op. cit.*, p. 17.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 20.

## 1. *Concepto de poder*

La palabra poder tiene de por sí una carga emotiva bastante considerable, la razón es sencilla, el primer contacto que el hombre tuvo con el poder fue con el poder de la naturaleza, después —ante lo inexplicable— con el poder teológico y posteriormente conoció el poder del hombre sobre el hombre que, en su evolución más sofisticada, pasó a ser el poder del Estado, que no es otro que el poder político.

Así pues, por poder podemos entender múltiples conceptos de acuerdo con cada campo. A un nivel básico, poder suele identificarse con la noción de fuerza, por ejemplo, la fuerza pública, sin embargo, la noción de poder suele estar más relacionada con la acción social colectiva que con la fuerza física. También se entiende como la capacidad para cambiar la realidad.

Foucault estudia hondamente el poder, rompiendo con las concepciones clásicas de este término, para él el poder no puede ser localizado en una institución o en el Estado, pues está determinado por el juego de saberes que respaldan la dominación. El poder se sustenta en el discurso, y éste se sustenta en el orden de las leyes, y sólo se obtiene ese poder de nosotros (ciudadanos), de unos individuos sobre otros al interior de estas estructuras.<sup>68</sup>

Para la presente investigación analizaremos el poder del hombre sobre el hombre, y por supuesto el poder estatal, así como lo describe Edgar Bodenheimer: “En sentido sociológico, el poder es la capacidad de un individuo o grupo de llevar a la práctica su voluntad, incluso a pesar de la resistencia de otros individuos o grupos”.<sup>69</sup> Se puede ejercer el poder por medios físicos, psicológicos e intelectuales.

Un hombre puede lograr el poder por el hecho de ser físicamente más fuerte que algunos de sus congéneres; puede igual-

<sup>68</sup> Foucault, M., *op. cit.*, p. 13.

<sup>69</sup> *Idem.*

mente llegar a ser poderoso por su capacidad de ejercer una influencia psicológica o incluso hipnótica, irresistible sobre otros hombres o sobre las multitudes. En circunstancias favorables, sus grandes dotes intelectuales pueden también procurar a un hombre una posición de poder dentro de una comunidad o de una nación. El poder de un individuo puede ser considerablemente realzado si consigue ganar, para la obtención de sus fines, la cooperación devota de un grupo que simpatiza con él.<sup>70</sup>

El poder es un móvil que tiene el hombre para lograr sus fines, el simple hecho de procurarse bienes de subsistencia es ya una manifestación de energía, esfuerzo le llamaba Hobbes, lo que implica poder. Visto de esta manera, todos los seres humanos, salvo muy raras excepciones, tienen la posibilidad de desarrollar ciertas facultades que les hacen aptos para conseguir sus fines y éstos no siempre son filantrópicos. Es una constante histórica que el que detenta el poder tiende a abusar de él, hasta donde encuentra límites.<sup>71</sup>

## 2. *El poder y los fines del Estado*

El poder del hombre sobre el hombre, como se dejó anotado, es el poder del Estado o poder político, y sólo tiene dos formas de expresarse: en favor del ser humano individual o socialmente considerado o en favor del ente abstracto e impersonal, que es el Estado mismo, es decir, se estudiará a ese complejo organismo social como fin o como medio.

Cuando el Estado supedita a su engrandecimiento a toda la vida humana, individual y colectiva, estamos ante una concepción totalitaria en la que el Estado es un fin en sí mismo; en tal caso requiere de la suma de todas las fuerzas, actividades, personas y cosas, todas a su servicio para lograr su objetivo consis-

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>71</sup> Esto había pronosticado Montesquieu en su obra *El espíritu de las leyes*.

te en acrecentar el poderío y engrandecimiento del mismo, en detrimento de los fines de la persona humana que pierde toda significación.

En respuesta al planteamiento totalitario emerge la idea de que el Estado es un medio para el cumplimiento de fines humanos, según la cual, aquél se constituyó para servir al hombre y permitirle llevar una vida civilizada en la que pueda desarrollar al máximo sus capacidades. La reflexión es que el Estado es para el hombre y no el hombre para el Estado.

Lo anterior nos da pauta para precisar que la organización política tiene valor y justificación, sólo en cuanto es instrumento de bienestar de los individuos.<sup>72</sup>

Tratando de ampliar nuestro marco teórico acerca del ejercicio del poder y sus mecanismos de control resulta atractivo contrastar algunas posturas teóricas en torno al poder, a continuación haremos un análisis.

### 3. *La teoría sociológica de Niklas Luhmann y el poder.*

#### *Un acercamiento a la teoría de sistemas*

Para adentrarnos a la teoría desarrollada por Niklas Luhmann<sup>73</sup> en torno al poder es necesario conocer algunas de las ideas centrales de la teoría de sistemas desarrollada por el sociólogo y jurista alemán.

Inicialmente, es pertinente aclarar que los sistemas sociales no deben ser entendidos como una especie de hecho concreto, ni mucho menos como una especie de objeto. La legitimación de la

<sup>72</sup> Borja, Rodrigo, *Derecho político y constitucional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991, p. 79.

<sup>73</sup> Luhmann, N., Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate, *Introducción a la teoría de sistemas*, México, Universidad Iberoamericana, colección Teoría Social, 2002, p. 9.

disciplina debe consistir en una operación de autosustento.<sup>74</sup> De la postura teórica de Luhmann podemos intuir que el concepto de sistema social es el resultado de la aplicación de esquemas de interpretación con respecto al funcionamiento de las sociedades modernas, es decir, al ser los sistemas sociales producto de dichos esquemas de observación éstos justifican su existencia desde un punto de vista teórico y conceptual, fundamental para la creación de una teoría, en este caso social.

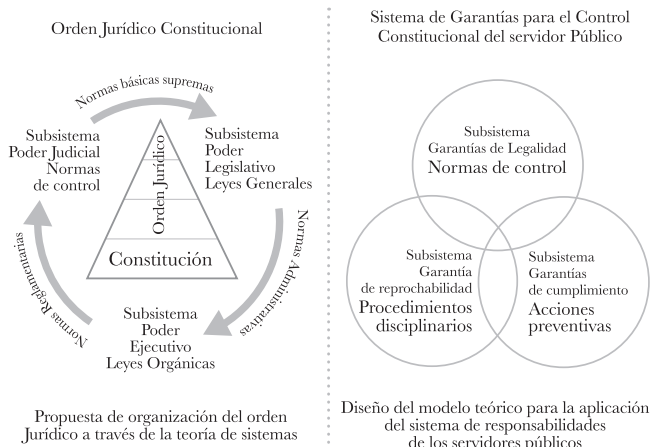
Para la elaboración de la idea de sistema no sólo bastaría con el reconocimiento de un determinado grupo de instituciones, en este caso, la institucionalización del poder y su organización, ni tampoco con la constatación de la hegemonía y control legal ejercido (la verificación de su actuación con sujeción al marco legal que establece su actuar). Por tanto, la concepción del sistema debe ser, más que una verificación empírica de su actuar, una perspectiva analítica de sus atribuciones, lo que debe procurarse mediante la contrastación de sus atribuciones y facultades en relación con su actuar y el cumplimiento de sus objetivos.

Al respecto, se puede proponer el diseño de un esquema de observación abstracto que posibilite la comprensión y análisis de la interrelación existente entre dichas instituciones concretas. Debe procurar la confrontación entre uno y otro para obtener una visión real de su función.

A partir de la postura sistémica de Luhmann, a continuación se presenta un diseño teórico-metodológico de cómo se dan las relaciones del poder en su estructura organizativa, tomando como referencia el marco jurídico de la Constitución y su relación en las diferentes etapas de su aplicación; el cual se basa en el diseño metodológico de la teoría de sistemas aplicado a mi objeto de estudio sistema de responsabilidades, como mecanismo de control constitucional del ejercicio del poder público.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 10.

# DISEÑO METODOLÓGICO DE LA TEORÍA DE SISTEMAS APLICADO A MI OBJETO DE ESTUDIO (SISTEMA DE RESPONSABILIDADES) Control Constitucional del ejercicio del Poder Público



En el esquema se propone un sistema de control basado en la supremacía constitucional de la norma que obligue a todos los servidores públicos al cabal cumplimiento de sus responsabilidades, acatando el estricto cumplimiento de la ley.

Concretando así el establecimiento de normas de control que garanticen, mediante formas de reprochabilidad y acciones de control, el cumplimiento irrestricto de las normas constitucionales y las leyes que ellos protestaron cumplir y hacer cumplir.

Para la elaboración de la idea de sistema no nos bastaría con el reconocimiento de un determinado grupo de instituciones, en este caso, las responsabilidades, ni tampoco con la constatación de la hegemonía y control legal ejercido. El diseño de sistema debe ser más que una aproximación empírica y analítica, debe procurar la comprensión de la interrelación existente entre ambos, es decir, debe procurar la confrontación entre uno y otro para obtener una visión real de su función.

En el modelo anterior claramente podemos ver la estructura sistémica en relación con el modelo kelseniano de la supremacía de la norma constitucional, considerando además teorías recientes como la de Miguel Covián o Enrique Uribe, el primero lo plantean a través de su teoría del control de la constitucionalidad en México,<sup>75</sup> y el segundo en su diseño teórico de la trilogía funcional del poder,<sup>76</sup> en ambos casos proponen un sistema de control de la Constitución, y coinciden en el nombre “Tribunal Constitucional”, el cual establece la posibilidad de garantizar la prevalencia y cumplimiento de la norma constitucional por quienes ejercen actos de poder en los órganos del Estado.

Es clara la intención de Miguel Covián sobre el tema cuando afirma que la distinción estructural y teleológica entre “subsistemas” de control del poder político y el que se diseña para verificar su constitucionalidad se percibe con mayor claridad precisamente cuando se compara a la defensa de la Constitución con el control de la constitucionalidad.<sup>77</sup>

Como bien lo dice Miguel Covián, en México continúan identificándose erróneamente estas dos estructuras, donde se llega a confundir a los medios de defensa de la Constitución con los de control de la constitucionalidad, y dos ejemplos clarifican esto: el juicio político y la acción de inconstitucionalidad.

Cuando mediante el juicio político se inhabilita a un servidor público para desempeñar cualquier cargo, además de separarlo del que ostentaba se protege a la Constitución; claro está porqué se impide que esa persona siga infringiéndola, sin embargo, los actos o las omisiones que motivaron la responsabilidad oficial en la que incurrió no dejan de tener efectos por el simple hecho de que se le haya separado del cargo, pues además se requiere la

<sup>75</sup> Cfr. Covián Andrade, *op. cit.*

<sup>76</sup> Uribe Arzate, E., *El tribunal constitucional*, tesis de doctorado, México, UNAM, 2001, pp. 72-77.

<sup>77</sup> Covián Andrade, M., *¿Cómo transformar el sistema político sin reformar el Estado social?*, México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, 2008, p. 168.

aplicación de otros recursos de control (de legalidad o de constitucionalidad) para lograr su anulación. El juicio político es un medio de defensa de la Constitución, pero no un recurso de control de la constitucionalidad, fundamentalmente porque su teleología no consiste en la destrucción de las decisiones anticonstitucionales, sino en el impedimento de su existencia.<sup>78</sup>

En cambio, cuando mediante el recurso de anticonstitucionalidad (acción de inconstitucionalidad) se eliminan los efectos de una norma general, se destruye una decisión que infringe la Constitución y se controla el poder político, concretándose en la práctica de esta manera el objetivo o la teleología del control de la constitucionalidad. Para que esto ocurra se necesita que primero exista una norma jurídica anticonstitucional, la cual será anulada mediante la aplicación del medio de control adecuado, en este caso, el recurso de anticonstitucionalidad, cuyo objetivo no consiste en evitar la infracción de la Constitución o de las normas constitucionales, sino en remediarla, para lo cual se deja sin efectos a la decisión anticonstitucional.<sup>79</sup>

Como se puede observar de lo anterior si bien en ambos casos se protege a la Constitución, el control de la constitucionalidad es correctivo, mientras que la defensa de la Constitución es preventiva. Así como la aplicación del juicio político no implica la desaparición de los actos o las omisiones anticonstitucionales que lo motivaron. La anulación de una norma general contraria a la Constitución no conlleva la separación del cargo de los servidores públicos que la aprobaron, lo cual demuestra que uno y otro medio de control del poder no son equivalentes ni deben confundirse en cuanto a sus correspondientes objetivos específicos.<sup>80</sup>

Con lo anteriormente expuesto podemos aplicar lo referido por Luhmann; en primer lugar, si el poder debe considerarse como universal social, en la teoría del poder es necesario tomar el

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 170.

<sup>80</sup> *Idem*.

sistema de referencia, es decir, a la sociedad como fundamento.<sup>81</sup> En otras palabras, se debe comenzar por las funciones del poder, este sistema de referencia de ningún modo cambia si la política y la ley se incluyen en la perspectiva. Lo anterior tomando en consideración que el sistema político y el sistema legal son subsistemas de la sociedad que están diferenciados por las funciones sociales.

Si bien es cierto que Luhmann se posiciona con un enfoque sociológico, también lo es que presenta como uno de sus rasgos principales el hecho de concebir al entramado social contemporáneo como un conjunto extendido de sistemas relativamente autónomos que se diferencian entre sí. Luhmann reconoce un conjunto de sistemas que compartirían un entorno común: el sistema social, el sistema psíquico, el sistema máquina y el sistema vivo, que conforman —a nivel *societal*— un entorno macro sociológico de creciente complejidad.

Siguiendo este esquema de pensamiento puede aseverarse el hecho de que mientras mayor sea el nivel de desarrollo de los distintos sistemas sociales mayor será el grado de diferenciación que éstos deben alcanzar para desenvolverse socialmente, con el objetivo de permanecer, adaptarse, reproducirse y evolucionar al interior de un entorno que, por decirlo de alguna manera, los desafía generándoles un sinnúmero de dificultades, las cuales deben ser capaces de sobrellevar si pretenden no ser sobrepasados por otros sistemas. Es debido a esto que cada sistema, con el fin de adaptarse a su entorno y reproducirse a sí mismo, tendría como modo de operar el hecho de reducir la complejidad que le condiciona dicho entorno.

Aquella simplificación de la complejidad consiste principalmente en la creación de posibilidades de abstracción que van desde lo general a lo específico, acotando las funciones que le son pertinentes en cada caso, definiendo su particular dominio y marco de acción específico.

<sup>81</sup> Luhmann, N., *Poder*, México, Universidad Iberoamericana-Antropos, 2005, p. 137.

Podemos, de este modo, aseverar que la teoría de sistemas se sustenta sobre una perspectiva analítica que toma como base la diferenciación funcional entre sistema y entorno, teniendo como objetivo una cada vez mayor reducción de la complejidad inherente a este último.

La idea de evolución social, intrínsecamente ligada a la teoría de sistemas desarrollada por Luhmann, está arraigada al hecho de que los sistemas sociales se ven en la necesidad de presentar un mayor grado de diferenciación y, por lo tanto, de hacer frente, a través de las adaptaciones de su funcionamiento, a una mayor complejidad impuesta por su entorno. Si concebimos al desarrollo de los sistemas sociales desde un punto de vista evolutivo, éstos deben actualizarse progresivamente, de tal forma que redefina constantemente los mecanismos de diferenciación con respecto a ese mismo entorno que le rodea. Dicho proceso de diferenciación se puede llevar a cabo tomando como contexto histórico la consolidación secular de las sociedades contemporáneas, mediante la creación e implementación de medios de comunicación cada vez más generalizados.

Es de esta forma que los medios de comunicación se constituyen, para Luhmann, en un punto central para el análisis y estudio del poder desde el punto de vista de la teoría de sistemas.

Luhmann analiza al poder estudiándolo desde un punto de vista que pretende ir más allá del estudio de sus manifestaciones particulares. Más que centrar su atención en los sistemas psíquicos que presentan los diversos actores sociales, focaliza su análisis en las funciones sociales que dichos actores llevan a cabo y los relaciona con un determinado sistema social que, por decirlo de alguna manera, los configura. Las funciones se ubican como preeminentes por sobre el sujeto que está inserto en una estructura social que, más allá de su condición de explotador o explotado, de poseedor o víctima del ejercicio del poder, debe ceñirse a un conjunto determinado de acciones y normas al interior de un sistema social que lo trasciende.

## II. LUHMANN Y EL CONCEPTO DE PODER

El poder, comprendido como medio de comunicación, presupone un código que debe ser interpretado de manera generalizada por todas las partes presentes en el proceso comunicativo. Dicho medio de comunicación se expresa por medio de una relación de doble contingencia que se da entre los actores sociales, que deben organizarse de tal forma que sus acciones y decisiones se complementen de la forma más armoniosa posible. Como la armonía total de un conjunto de sistemas complejamente interconectados es prácticamente imposible, Luhmann reconoce la noción de conflicto.

La reducción de la complejidad por parte de un determinado sistema social es llevada a cabo de manera concreta por los actores mediante una acción específica: la comunicación.

Luhmann señala que el poder se distingue de otros medios de comunicación en que su código supone que existen personas en ambos lados de la relación de la comunicación que reducen la complejidad a través de la acción y no sólo a través de la experiencia. Una teoría del poder que se desarrolle como la teoría de un medio de comunicación particular simbólicamente generalizado debe ser capaz de explicar cómo es posible que ocurra en la vida social esta especialización en la transferencia de las reducciones de la acción y qué problemas resultan de ello. La idea de acción surge de la selección que se produce al interior de un sistema, es el acto mismo en el que se lleva a cabo la reducción de la complejidad al interior de un determinado sistema.

El procedimiento por el cual se lleva a cabo la comunicación ejercida por medio de la generalización del código constituye, en definitiva, lo que denominamos como poder. En otras palabras, el ejercicio del poder se concretiza en el proceso mismo de la comunicación. Es así como Luhmann señala que el poder puede hacer demandas a la voluntad, la puede obligar a absorber riesgos e inseguridades, incluso la puede llevar a la tentación y dejarla frustrada. Los símbolos generalizados del código, los deberes e

insignias del cargo y las ideologías y condiciones de legitimación sirven para ayudar al proceso de articulación, pero el proceso mismo de comunicación sólo cristaliza motivos cuando se está ejerciendo el poder.

El poder es comprendido como la manera en que se distribuyen y organizan las preferencias (selecciones) con respecto a determinadas alternativas de acción. La selección de las preferencias es llevada a cabo de manera secuencial, y es la combinación de dichas preferencias la que da forma al concepto de poder. No se puede suponer que el desarrollo social produce automáticamente poder en la forma en que lo necesita; ni que el poder ocurre simultáneamente como consecuencia de la diferenciación social, como si fuera algo espontáneo. Contra esto podría decirse que el poder que se basa en las dependencias estructuralmente condicionadas se fragmenta con la diferenciación siempre en aumento y se torna fundamentalmente específico y rígido. Por esta razón, las dependencias estructurales de la formación del poder demandan una flexibilidad adecuada en la construcción del poder.

### III. PODER Y COERCIÓN

Para Luhmann, el concepto de poder se distingue de las formas generales que pueda adoptar la coerción social, tal como puede llegar a ser la aplicación de la violencia física por parte de un “alter” (sujeto que tiene el control de las posibilidades en el ejercicio del poder) en contra de un “ego” (sujeto interpelado por quien ejerce el poder). Dicha postura, la de relacionar directamente al poder con la coerción y la violencia, es tremendamente común, e incluso útil, desde mi punto de vista, a la hora de realizar una crítica política e ideológica en contra de las manifestaciones nocivas o efectos no deseados del ejercicio del poder, una crítica necesaria y humanamente plausible.

No obstante, Luhmann pretende trascender el carácter ideológico y valorativo que puede llegar a tener el análisis crítico del poder y la coerción, yendo más allá de la mera crítica, confinan-

do a dicha perspectiva al orden de lo ideológico y lo político. Su intención es analizar al poder desde una perspectiva que tome en cuenta, más que el conflicto potencial, la forma en que el poder se manifiesta como uno de los elementos que posibilitan el orden social. Podríamos decir que sus reflexiones se identifican más con el sistema ciencia que con el sistema político, ya que su objetivo es, más que realizar diagnósticos políticos, éticos o valorativos con respecto al poder, concebirlo al interior de una determinada teoría de lo social: la teoría de sistemas.

Si bien la violencia física funciona como una de las bases del poder en el nivel societal, la aplicación de aquella violencia física (o coerción ejercida por un “alter” sobre un “ego”) es entendida por Luhmann como una manifestación de pérdida de poder, y en definitiva como la negación de la posibilidad del mismo, ya que la selectividad necesaria para su producción es sobrepasada y limitada por la coerción que es puesta en práctica.

Si la aplicación de la violencia se generaliza y se torna en algo común al interior de una determinada formación social, esto querría decir que el poder no se ha consolidado como medio de comunicación generalizado para la distribución de selectividades. Asimismo, la teoría de sistemas concibe a la violencia física no como algo constituyente del sistema social, sino como una suerte de efecto nocivo resultante de los conflictos existentes al interior de dicho sistema, sin embargo, ante la constatación del hecho de que en la mayoría de las sociedades contemporáneas la aplicación de la fuerza coercitiva se convierte en algo cotidiano, puede deducirse, sin demasiadas cavilaciones, que esto se debe al hecho de que existen un sinnúmero de dificultades a las que debe enfrentarse el poder, el cual pretendería hacerse valer más allá del hecho de que existan personas que renieguen de él y que se le puedan oponer conflictivamente.

No podemos caer en una excesiva simplificación conceptual y postular que la coerción sería la manifestación por excelencia de un determinado poder hegemónico, esto nos conduciría a pen-

sar que dicho poder se hace efectivo sólo mediante la aplicación de la violencia.

En lo que respecta a la creación de una teoría general de los sistemas sociales, la homologación de coerción y poder no nos sería de utilidad, en la medida en que los sistemas sociales, si bien suponen un conflicto endémico y tienen a la violencia como una de sus piedras angulares, no se erigirían sobre esa exclusiva base al momento de autodefinirse y organizarse socialmente, más que la resolución violenta de los conflictos y la aplicación de la coerción física, al poder le correspondería principalmente el mantenimiento del orden social, el cual sería más efectivo en la medida en que la resistencia de “ego” sea conscientemente menor, incluso nula.

De esta manera, no podríamos, afirmar que la violencia conduciría a la resolución de un determinado conflicto. Por tanto, las ideas de poder y de libertad no serían contradictorias entre sí, ya que, desde el punto de vista de Luhmann, mientras más libertad tenga “ego” al momento de realizar una determinada acción condicionada por “alter”, más efectivo se hará el ejercicio del poder, y más fluidamente se producirá el proceso de transferencia de la selectividad.

La selectividad reducida de opciones que tiene, por ejemplo, un empleado a la hora de ejecutar una determinada orden dirigida por parte de su patrón debería llevarse a cabo, por decirlo de manera ideal, de la forma más libre y mutuamente consciente que sea posible. Todos los actores presentes en dicha relación deberían tener en claro cuáles son sus atribuciones y posibilidades de selectividad con respecto a dichas órdenes, de tal manera que la acción se ejecute de manera efectiva y de que el potencial conflicto sea neutralizado.

Al momento en que la selectividad de una acción se reduce a cero, se abre paso a la obligación totalizante, a la aplicación de castigos y a la coerción. En estos casos se aprecia que el poder, que si bien tiene como una de sus condiciones de existencia a la posibilidad del ejercicio de violencia, pierde su efectividad

primordial. No obstante, cabe señalar el hecho de que el poder siempre se hace valer de algún tipo de amenaza potencial, siempre cuenta con alguna herramienta punitiva que, desde un punto de vista ideal, se debe evitarse (debe ser entendida como un último recurso), aunque permanece inscrita en las normas del juego del ejercicio del poder.

Es imprescindible distinguir a la coerción del poder mismo, Luhmann señala a este respecto que el poder debe diferenciarse de la coerción para hacer algo concreto y específico. Las elecciones posibles de una persona que está limitada se reducen a cero. El poder pierde su función de crear doble contingencia en la misma proporción en que se aproxima al carácter de la coerción, y ésta significa la renuncia a las ventajas de la generalización simbólica y a guiar la selectividad del compañero. En este caso la reducción de la complejidad no se distribuye, sino que se transfiere a la persona que usa la coerción.

El sistema social siempre se hace valer de las herramientas punitivas que le otorgan una determinada fuerza a la hora de llevar a cabo la aplicación de un castigo específico. El ejercicio de la violencia consiste en la culminación de un conflicto en el que es imposible evitar como consecuencia la formación de un esquematismo de orientación binaria que anticipa el resultado del conflicto. Cuando se usa una alternativa de evitación social este esquematismo complementa el de lo legal y lo ilegal. De este modo, la naturaleza del código del poder, que consiste en fuerza/debilidad y legal/ilegal, está en la duplicación de las combinaciones de alternativas negativas y positivas: esto constituye el poder.

El ejercicio de la violencia siempre es comprendido como la culminación (no confundir con resolución) de un conflicto, es decir, como aquello que pone fin a un determinado problema que no fue susceptible de ser solucionado de otro modo. El poder es constituido mediante la duplicación y reconocimiento de las alternativas binarias que lo posibilitan.

Los conflictos derivados del ejercicio del poder están, en cierta forma, programados sistemáticamente mediante la construc-

ción de esquematismos binarios que categorizan, por ejemplo, a lo legal y a lo ilegal. El poder se constituye sólo en la medida que, al interior de una determinada legalidad, es encargado de reconocer aquello que está por fuera de lo permitido, aquello que es definido como ilegal. Los sistemas sociales se encargan entonces de reproducir y actualizar las distinciones binarias necesarias para la existencia del poder. Con el desarrollo de los sistemas sociales, nuevos conflictos potenciales aparecen en el horizonte de las sociedades contemporáneas, estos conflictos potenciales para ser neutralizados deben ser ubicados conceptualmente al interior de una dicotomía que los reconozca mediante la diferencia y la oposición.

En determinados momentos de la evolución de las sociedades se refuerza o reformula la categorización de lo ilegal, producto de la aparición de nuevos elementos que ponen en tensión las formas precedentes de regulación social sobre las cuales se relacionaban los distintos sistemas sociales. A modo de ejemplo, tomando como contexto la realidad social contemporánea de nuestro país, podemos notar una reactualización de las funciones de los distintos sistemas sociales con respecto a la vigilancia y deportación de cierto grupo de inmigrantes hacia afuera del territorio nacional, tal y como ha ocurrido, por ejemplo, a partir de los años noventa con los ciudadanos peruanos que ingresan a nuestro país en busca de mejores oportunidades de trabajo. La deportación y el maltrato físico y psicológico pueden ser comprendidos como una de las tantas manifestaciones que puede adoptar la coerción social.

Asimismo, cuando se ejerce la coerción física, el poder manifiesta de manera explícita la dicotomía que existe entre fuerza y debilidad, ya que dicha violencia sólo puede ser efectuada por algo más fuerte que aquello que es castigado.

#### IV. BREVES REFLEXIONES SOBRE EL PODER

Originalmente, y antes de la existencia del Estado, el hombre existió con sus virtudes y pasiones; fue el hombre individual el que con su poder empezó a apropiarse de las cosas, y su dominio

sobre ellas lo obligó a sobreponerse a sus congéneres. Cuanto mayor era el núcleo humano, mayor era el control que se requería. De la necesidad de regular las relaciones humanas surgió el Estado con todas sus instituciones, unas al servicio del hombre y otras al servicio del Estado mismo, tal es el caso de las instituciones ideologizantes y las represivas.<sup>82</sup>

El propio Weber consideró a la burocracia como un tipo de poder y no como un sistema social. Un tipo de poder ejercido desde el Estado por medio de su clase en el poder, la clase dominante.

De lo anterior podemos afirmar que el Estado tiene poder, mando, imperio, fuerza sobre ciertas personas. Las primeras figuras de ejercicio del mando surgen a raíz de la necesidad de que la sociedad viva en orden y bajo seguridad. El mando es un aspecto fundamental, de éste surge la obediencia, la que se da para mantener la cohesión social evitando controversias en la sociedad.<sup>83</sup>

Lo que prevalece en un Estado de derecho es la licitud del actuar de los subordinados al orden jurídico donde el respeto mismo a una norma considerada como obligatoria sea la generalidad, sin la necesidad de aplicar mecanismos que sancionen conductas consideradas como prohibidas. El poder no puede ser arbitrario, sino fundamentado.

## V. LA DIVISIÓN DE PODERES

En el Estado moderno, la soberanía reside en el pueblo y es su fundamento; Locke y Montesquieu señalan que cada uno de ellos asume la función que le da su nombre y deben corresponder a un titular distinto, ya que todo hombre que tiene poder tiende a su abuso.

Bodenheimer afirma que la combinación de la teoría del derecho natural de Locke con la doctrina de separación de poderes

<sup>82</sup> Hernández Figueroa, Adolfo, *El poder individual como fuente del transpersonalismo político*, México, CODHEM, abril de 1994, p. 6.

<sup>83</sup> Olivera Toro, J., *Manual de derecho administrativo*, 7a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 9.

de Montesquieu forma la base filosófica del sistema de gobierno norteamericano.

### 1. *Equilibrio de los poderes*

Los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial deben mantenerse sin interferencias, ni afectar con su actuar la soberanía de los estados de la Federación.

La soberanía reside en el pueblo, y para ejercerla el Constituyente tiene la supremacía de la organización y distribución de competencias de cada uno de los poderes. No se limita más que el poder del gobierno, habrá necesariamente individuos particulares o grupos privados omnipotentes, es decir, algo parecido a la anarquía (*reign of law*).

Puede asignar a grupos, individuos particulares o grupos privados, como a los gobernantes, una esfera de poder definida y circunscrita que no puedan agrandar ni trascender arbitrariamente, y se puede conceder a los particulares por medio de derechos jurídicamente reconocidos.

La experiencia nos enseña que en un Estado totalitario moderno muchos actos, de naturaleza puramente caprichosa y arbitraria, se justifican y sancionan en nombre de un propósito sagrado.

Un acto realizado por un funcionario impulsado por motivos puramente personales puede fácilmente ser racionalizado como la presencia de Estados totalitarios modernos en estructuras de poder arbitrario, con la posibilidad ilimitada de modificar las leyes a su favor.

En el campo administrativo, el poder del gobierno, o de sus funcionarios, de suprimir los derechos de cualquier ciudadano sin expresar ningún motivo puede ejercerse de modo puramente arbitrario y caprichoso, lo cual refleja en el ánimo de los súbditos, el estar constantemente turbado y sentirse siempre inseguro.<sup>84</sup>

<sup>84</sup> Bodenheimer, E., *op. cit.*, pp. 24 y 25.

## 2. *Concepto de justicia administrativa*

En el desarrollo de la investigación nos hemos percatado de que el término “justicia administrativa” es utilizado para hacer referencia a diferentes acciones, tal es el caso que para algunos es justicia administrativa, a lo que en rigor constituye la jurisdicción administrativa.<sup>85</sup>

Así, tenemos que Andrés Serra Rojas, al abordar dicha noción, hace referencia al conjunto de principios y procedimientos que establecen recursos y garantías para defensa de los particulares.<sup>86</sup>

José Ovalle Favela, aunque considera que la justicia administrativa contiene tanto a la jurisdicción administrativa como al proceso administrativo, al emprender el estudio de la jurisdicción administrativa decide no utilizar el término jurisdicción porque si bien reconoce el sentido técnico preciso del vocablo, también considera que en lenguaje jurídico es utilizado muy frecuentemente con otros significados. Por dicha razón opta por la expresión justicia administrativa, bajo la cual engloba tanto a los órganos como a su función jurisdiccional, en cuanto al propio proceso administrativo.

Suscribimos la opinión de Héctor Fix-Zamudio en el sentido de que la justicia administrativa comprende todos los instrumentos que los diversos ordenamientos han establecido para la defensa de los derechos subjetivos como de los intereses legítimos de los administrados frente a la actividad de la administración.

Al intentar determinar las dimensiones del género de justicia administrativa nos encontramos con diversas opiniones, como la de José Ovalle Favela, quien considera que comprende a la jurisdicción, al proceso administrativo a los órganos encargados de

<sup>85</sup> Vázquez Alfaro, J. L., *Evolución y perspectiva de los órganos de jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano (El marco conceptual para el estudio de la jurisdicción administrativa)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, pp. 25 y 26.

<sup>86</sup> Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo, segundo curso*, 25a. ed., México, Porrúa, 2004, p. 614.

ella, y en forma inercial incluye, aunque no convencido, a los recursos administrativos.

Para Carrillo Flores, la justicia administrativa es la especie y el contencioso administrativo constituye el género, sin embargo, al exponer la idea de justicia administrativa nos describe a la jurisdicción administrativa y al proceso administrativo.

Con base en la definición referida anteriormente, y dada la versatilidad del término, seguimos la opinión de Héctor Fix-Zamudio al referir que justicia administrativa comprende todos aquellos mecanismos protectores de la legalidad administrativa y de los derechos subjetivos de los gobernados; las leyes de procedimiento administrativo; los recursos administrativos internos; el *ombudsman*; las comisiones de vigilancia de la informática, así como cualquier otro tipo de control sobre la actividad de las autoridades administrativas.

### 3. *La jurisdicción administrativa*

Es el componente más importante la justicia administrativa, a la vez que constituye una función insustituible y fundamental. La práctica entre los autores consiste en definir en abstracto la jurisdicción para posteriormente definir la jurisdicción administrativa.<sup>87</sup>

José Ovalle Favela reconoce el sentido técnico preciso de la expresión jurisdicción administrativa, aunque no la utilice.

La jurisdicción administrativa constituye un aspecto especial de la jurisdicción *in genere*, con razón en la materia y con independencia del órgano público que ejercita la propia función. Por ello sería erróneo partir simplemente de un concepto formal de la función jurisdiccional, pues existen órganos formalmente administrativos que cumplen funciones jurisdiccionales y se encuentran estructurados como verdaderos tribunales.

<sup>87</sup> Vázquez Alfaro, J. L., *op. cit.*, p. 28.

#### 4. *Órganos de la jurisdicción administrativa*

Berthélemy caracteriza al tribunal administrativo como un instrumento de la propia administración para imponer el respeto a la norma jurídica.

Al tribunal administrativo lo podemos describir como todo organismo que ejerce funciones jurisdiccionales, resuelve litigios de carácter administrativo sin importar si se encuentra o no dentro de la esfera formal de la administración. Para distinguir a los tribunales administrativos en estricto sentido de algunos organismos que poseen facultades cuasi jurisdiccionales debemos añadir las notas de imparcialidad e independencia, propias de todo órgano jurisdiccional. Afirmamos que el tribunal administrativo es todo órgano que, al margen de su adscripción formal dentro de la administración o del Poder Judicial, está dotado de autonomía y por tanto puede resolver en forma imparcial una controversia o litigio de carácter administrativo.

En relación con el concepto de tribunal administrativo conviene recordar la distinción entre los tribunales administrativos y los tribunales de la administración que realiza Nava Negrete. Parte de la idea de que las facultades jurisdiccionales de las autoridades administrativas no se desarrollan siempre a propósito de un acto administrativo, y distingue a los tribunales de la administración, es decir, aquellos cuerpos jurisdiccionales situados en la esfera del Poder Ejecutivo, cuyas actividades jurisdiccionales no se motivan en un acto administrativo, sino en una controversia de otro tipo —como es el caso de los tribunales que existen en materia de trabajo que se encargan de resolver las controversias laborales surgidas entre particulares—, de los auténticos tribunales administrativos que están encargados de dirimir controversias administrativas a través de un proceso, dictando una sentencia sin importar en qué esfera estén domiciliados, sea la administrativa o la judicial.

## VI. EL PROCESO ADMINISTRATIVO

El proceso administrativo comprende una serie de actos a través de los cuales se realiza la función jurisdiccional en materia administrativa. Para Roberto Dromí, su finalidad es satisfacer las pretensiones deducidas por los administrados afectados en sus derechos subjetivos, y requiere de la intervención de un órgano judicial, conclusión explicable si consideramos la organización típicamente judicial que existe en Argentina.

Debemos decir que el proceso es el conjunto de actos realizados por el juez, las partes y los terceros con la finalidad de que el órgano jurisdiccional, después de considerar todos los elementos de juicio, emita una resolución para resolver el caso particular y controvertido. Por extensión, el proceso administrativo es aquel que tiene por objeto las pretensiones fundadas en normas de derecho administrativo.

### *Distinción entre proceso y proceso administrativo*

La nota distintiva entre proceso y procedimiento la proporciona el ilustre Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, quien nos recuerda que mientras la idea de proceso responde a una contemplación teleológica, la del procedimiento obedece a un enfoque formalista, pudiendo existir unidad procesal y diversidad procedimental.<sup>88</sup>

La distinción se puede explicar diciendo que el proceso es una serie de actos del órgano jurisdiccional, partes y terceros, con la finalidad de solucionar un conflicto a través de una sentencia. Ahora bien, el proceso para desarrollarse requiere de un grupo de reglas (de procedimiento), de tal forma que mientras el procedimiento es la conducta humana, el proceso es el producto objetivado de la conducta humana.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 29.

## CAPÍTULO CUARTO

### TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL

#### I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Si para los estudiosos del derecho se vuelve una obligación el estudio de la Constitución, para efectos de la presente investigación resulta más que necesario abordar el presente tema, más aún si se toma en cuenta a la Constitución como el texto jurídico político llamado a regir por encima de todas las leyes del país, lo cual denota la extrema importancia de los estudios constitucionales, políticos, jurídicos y de responsabilidades como base de alta cultura en la vida social.

Por tanto, es común que cuando alguien se atreve a poner el acento del derecho en la Constitución corre el riesgo de que se le llame despectivamente “constitucionalista”, con el propósito de descalificarle.<sup>89</sup>

Por lo que a sabiendas del riesgo al comenzar a delinear en este capítulo, nuestra teoría, es necesario entender previamente el marco de referencia y conceptual al que haremos alusión mediante el manejo de los siguientes conceptos:

- Constitución
- Garantía
- Control
- Responsabilidad
- Servidor público

<sup>89</sup> Peña Freire, A. M., *La garantía en el Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 1997, p. 13.

Como refiere Carl Schmitt, la palabra Constitución reconoce una diversidad de sentidos, ahí es donde comenzamos a darnos cuenta qué tan limitadas son a veces nuestras pretensiones de conocer los estudios constitucionales.<sup>90</sup>

Sin embargo, debemos hacer ejercicios al respecto; como lo planteó Hans Kelsen, la Constitución tiene dos sentidos: un sentido lógico-jurídico y otro jurídico-positivo.<sup>91</sup>

- En su sentido lógico-jurídico, la Constitución es la norma fundamental que no es creada conforme a un procedimiento jurídico y por lo cual no es una norma positiva debido a que nadie la ha regulado, ya que no es producto de una estructura jurídica, sólo es un presupuesto básico; a partir de ésta se va a conformar el orden jurídico, cuyo contenido está subordinado a la norma fundamental, sobre la cual radica la validez de las normas que constituyen el sistema jurídico.
- En el sentido jurídico-positivo, la Constitución es un supuesto que le otorga validez al sistema jurídico en su conjunto, y en norma fundamental descansa todo el sistema jurídico.

Ferdinand Lassalle se propuso encontrar la esencia del concepto a partir del análisis realista, por ello define a la Constitución como el resultado de la suma de los factores reales de poder; para él, si la Constitución no refleja la realidad política de un Estado no se puede considerar como Constitución.

### 1. *La postura aristotélica*

Aristóteles, el pensador estagirita, no solamente tuvo impacto en la filosofía y en la metodología de la lógica y de la ética, sino también en la conformación de la ciencia política y en la primera

<sup>90</sup> Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, 2a. ed, Madrid, Tecnos, 1998, p. 1.

<sup>91</sup> Hans, K., *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1993, p. 51.

concepción que se tuvo de muchas definiciones políticas; evidentemente, en su obra encontramos una tipología de la Constitución (*Politeia*), pero no formuló una teoría sistematizada acerca de ella, nunca tuvo la intención de codificar de manera científica un estudio consistente sobre la Constitución.<sup>92</sup>

Sin embargo, Aristóteles tuvo una visión de la Constitución en los siguientes aspectos:

- a) Se puede estudiar la Constitución como una realidad, desde esta perspectiva es el acontecer de la vida de la comunidad, es la vida misma de la sociedad y el Estado, la existencia de una comunidad armonizada u organizada políticamente.
- b) La Constitución es una organización, en ese sentido se refiere a la forma de organizar las maneras políticas de la realidad.
- c) Se puede estudiar la Constitución como *lege ferenda*, es decir, todo gobernante debe analizar cuál es la mejor Constitución para un Estado, las mejores formas, en virtud de las cuales se organiza mejor el Estado para la realización de sus fines, concretando los de la comunidad.

Aristóteles, al hacer el análisis de las tipologías políticas, llega a una conclusión: ni la monarquía ni las oligarquías ni las democracias son idóneas, sino que las mejores Constituciones son aquellas que son mixtas, o sea aquellas que tienen combinados elementos aristocráticos, monárquicos y democráticos.

## 2. Aproximaciones teóricas del concepto de Constitución

Para Georges Burdeau, una Constitución es el estatus del poder político convertido en instituciones estatales. La Constitución es la institucionalización del poder.

<sup>92</sup> Tamayo y Salmorán, R., *Introducción al estudio de la Constitución*, 2a. ed., México, Fontamara, 2002, p. 23.

Maurice Hauriou menciona que la Constitución es un conjunto de reglas en materia de gobierno estatal y de la vida de la comunidad. La Constitución de un Estado es un conjunto de reglas que son relativas al gobierno y a la vida de la comunidad estatal.

Roberto Lopresti afirma que Constitución es la aplicación jurídica de la realidad constitucional, en la línea ontológica entiende como realidad constitucional a la resolución fáctica de las reglas escritas y no escritas de los preceptos constitucionales, menciona que las mutaciones fácticas son, dentro del estado de derecho, producto de las necesidades políticas que tienen los pueblos de resolver la aplicación diaria de la norma rectora en función de resolver encrucijadas constitucionales y actos de gobierno de carácter operativo.

Para Manuel Barquín Álvarez, el concepto de Constitución es uno de los más arduos de construir dentro del marco conceptual de la ciencia del derecho.<sup>93</sup>

Karl Loewenstein plantea que en toda sociedad existe una Constitución real u ontológica. Una Constitución ontológica es el ser de cada sociedad, es la cultura social real, son las formas de conducta reconocidas, los principios políticos en los que se basa toda comunidad y que se formalizan en una Constitución escrita.<sup>94</sup>

Jorge Carpizo describe la Constitución, las teorías, posturas y corrientes que hay en torno a ella, analiza el concepto desde diversos ángulos y nos dice que Constitución es una palabra que tiene diversos significados, aunque fácil de identificar, pues la Constitución, en cada una de sus partes, es obra del poder constituyente, no del poder constituido,<sup>95</sup> y establece que se puede analizar desde el ángulo económico, sociológico, político, histórico y jurídico. Una Constitución compone una dialéctica entre el ser y el deber ser; puede lograr que la realidad se adecue a ella, pero

<sup>93</sup> *Enciclopedia jurídica mexicana*, México, UNAM-Porrúa, 2004, p. 497.

<sup>94</sup> Loewenstein, K., *op. cit.*, p. 38.

<sup>95</sup> Carbonell, M. (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2000, p. 206.

con el límite que no permita violentar la dignidad, la libertad y la igualdad humana.

Por tanto, la Constitución puede ser analizada desde dos ángulos: el material y el formal. La Constitución material será el contenido de derechos que tienen los hombres frente al Estado, esa organización, atribuciones y competencias están en la letra. Desde el punto de vista formal, es el documento donde están los indicativos, los cuales solamente se pueden modificar por un procedimiento especial.

Para Ermo Quisbert, la Constitución (del latín *cum* con y *statuere* establecer) es la norma jurídica positiva fundamental que rige la organización y el desarrollo de un Estado, estableciendo la autoridad, la forma de ejercicio de esa autoridad, los poderes públicos, límites de esos poderes y garantiza la libertad política y civil del individuo.<sup>96</sup>

La definición de Constitución que hace el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española manifiesta que viene del latín *constitutio*, considerado como acción y efecto de constituir. Específicamente, forma o sistema de gobierno que tiene cada Estado.

En lo particular me parece más adecuado mencionar que al hablar de Constitución se refiere al estado actual y circunstancias de una determinada colectividad, o como ley fundamental de un Estado que define el régimen básico de los derechos y libertades de los ciudadanos y poderes e instituciones de la organización política.

El concepto de Constitución, aunque lo percibamos como algo complejo, debe partir de un principio básico, donde para poder comprenderlo, es menester analizarlo a través de sus elementos más simples.<sup>97</sup>

<sup>96</sup> Cfr. Quisbert, Ermo, *¿Qué es una Constitución política del Estado?*, La Paz, Bolivia, CED, 2007.

<sup>97</sup> *Diccionario de la lengua española*, 21a. ed., Madrid, Real Academia Española-Espasa, 2001.

Lo anterior se comprende mejor desde la postura de Carl Schmitt, quien en su libro *Teoría del Estado* afirma que la palabra *Constitución* reconoce una diversidad de sentidos, y menciona que cualquier establecimiento y cualquier asociación se encuentra de alguna manera en una Constitución, y todo lo imaginable puede tener una Constitución.<sup>98</sup>

Así, cada ley constitucional puede aparecer como una Constitución, a consecuencia de ello el concepto se hace relativo, por tanto, podemos analizar el término Constitución desde varios sentidos:

- Constitución en sentido absoluto. Puede significar la concreta manera de ser resultante de cualquier unidad política existente.
- Constitución en sentido absoluto puede significar una regulación legal fundamental, es decir, un sistema de normas supremas y últimas (Constitución = norma de normas).
- Concepto relativo de Constitución. La relativización del concepto de Constitución consiste en que en lugar de fijarse el concepto unitario de Constitución como un todo, se fija sólo el de ley constitucional concreta, pero el concepto de ley constitucional se fija según características externas y accesorias, llamadas formales.
- Concepto positivo de Constitución. Sólo es posible un concepto de Constitución cuando se distinguen Constitución y ley constitucional. No es admisible disolver primero la Constitución en una pluralidad de leyes constitucionales concretas y después determinar la ley constitucional por algunas características externas o acaso por el procedimiento de su reforma.
- Concepto ideal de la Constitución. Con frecuencia se designa como verdadera o también auténtica Constitución, por razones políticas, la que responde a un cierto ideal de Constitución. Desde un punto de vista eminentemente

<sup>98</sup> Schmitt, C., *op. cit.*, p. 2.

jurídico, la Constitución es la norma que determina la validez del resto del ordenamiento jurídico, y la superioridad de la Constitución puede ser implícita o explícita.<sup>99</sup>

3. *La significación de ley fundamental, norma fundamental o lex fundamentalis*

En un sentido general, se llaman leyes fundamentales todas las leyes o disposiciones que parecen de singular importancia política a las personas o grupos políticamente influyentes en un momento dado.

Lo anterior nos hace reflexionar respecto de lo que Karl Loewenstein, en una reflexión aristotélica, establece acerca del *telo de la Constitución*. Cada sociedad estatal, cualquiera que sea su estructura social, posee ciertas convicciones comúnmente compartidas y ciertas formas de conducta reconocidas que constituyen, en el sentido aristotélico de *politeia*, su Constitución.<sup>100</sup>

La palabra *politeia*, en griego antiguo sin significado o transliteración en español, deriva de la palabra *polis* (ciudad, Estado) y es usada frecuentemente en términos políticos de la Antigua Grecia, sobre todo por Platón y Aristóteles.<sup>101</sup>

En las obras de los filósofos griegos antiguos, el principal significado de *politeia* parece ser: “cómo una polis se ejecuta; constitución”. La *politeia* se diferencia de las Constituciones modernas escritas en dos aspectos: en primer lugar, no todos los Estados griegos ponen sus leyes por escrito; los griegos normalmente no distinguían la legislación ordinaria y la constitucional. Si un determinado órgano tiene el poder para cambiar las leyes, tiene el poder para cambiar las leyes para controlar su propio poder y la pertenencia, incluso la supresión de sí mismo y crear un nuevo órgano rector.

<sup>99</sup> *Enciclopedia jurídica mexicana, op. cit.*, p. 497.

<sup>100</sup> Loewenstein, K., *op. cit.*, p. 151.

<sup>101</sup> Tamayo, *op. cit.*, p. 27.

Los términos sistema de gobierno, organización estatal, forma de gobierno y más recientemente régimen también se han utilizado para traducirse como *politeia*, sin embargo, el régimen tiene inconvenientes: es ambiguo, donde no lo es la *politeia*, ya que un cambio de régimen puede significar un cambio de gobernadores en virtud de la misma forma de gobierno. Régimen, en español, tiene un tono negativo, pero en griego *politeia* no lo tiene. Es también un préstamo lingüístico, en ese sentido no tiene ninguna ventaja sobre la adopción de simplemente *politeia*.

Como podemos inferir, en la Constitución de los atenienses, Aristóteles utiliza la palabra *politeia* para designar los once Estados del gobierno ateniense hasta su propio tiempo.

En sus *Políticas*, Aristóteles utiliza claramente *politeia* tanto en el caso anterior así como en un sentido más restringido. Lo que es este sentido exactamente, y el modo en el que la utiliza de manera coherente se ha debatido por mucho tiempo. Por elección cuidadosa, todas las siguientes citas pueden ser defendidas en:

- Una forma específica de gobierno. Aristóteles clasificó Constituciones con dos motivos: el número de ciudadanos que tenía voz en la toma de leyes, y si lo hacen teniendo en cuenta el bien de todos los ciudadanos o sólo los suyos. Junto con la monarquía y la aristocracia, *politeia* es uno de las tres virtuosas formas de gobierno. Mientras que la aristocracia es el gobierno para uno y la monarquía de los pocos; *politeia* es la regla de la mayoría.
- Una Constitución que no encaja en este periodo de seis clasificaciones, porque una de ellas tiene más características que las demás: las Constituciones de Cartago, Esparta y Creta (cual de todas las ciudades de la isla también está en debate).
- Una Constitución que mezcla la oligarquía y la democracia, términos que según Aristóteles se refieren como tipos de Constituciones viciosas.

- Una Constitución de hoplitas gobernados. Ésta es más restrictiva que la de Atenas de Aristóteles. Atenas era una potencia naval, a muchos ciudadanos se les permitió votar y servir al Estado en guerra, los cuales no podían permitirse una masiva armadura de metal.

Aristóteles, al utilizar el mismo término para referirse a por lo menos dos ideas, ha confundido a sus estudiosos desde hace milenios, por ejemplo, él se refiere al ideal *politeia* como una mezcla de gobiernos, pero no se sabe si se refiere a los gobiernos en general o a una forma específica. En ese sentido, podemos concebir el término Constitución como el régimen o administración que dirige o gobierna la *polis*. Sin embargo, hay que tener presente que en otras ocasiones, Aristóteles se refiere a la *politeia* como a un cierto tipo de legislación.<sup>102</sup>

## II. CLASIFICACIÓN ONTOLÓGICA DE LAS CONSTITUCIONES

Como lo refiere Loewenstein, el *telos* de toda Constitución debe ser la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. En este sentido, cada Constitución presenta una doble significación ideológica:

1. Libera a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores.
2. Les asigna una legítima participación en el proceso del poder.

Teniendo en cuenta el cambio fundamental que ha sufrido el papel de la Constitución escrita en la realidad sociopolítica, se hace completamente necesario considerar cuál es el *telos* de toda Constitución (la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político).

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 28.

De acuerdo con esto, las Constituciones podrán ser diferenciadas según su carácter normativo, nominal y semántico, donde en lugar de analizar la esencia y el contenido de las Constituciones, el criterio del análisis ontológico radica en la concordancia de las normas constitucionales con la realidad del proceso del poder.<sup>103</sup>

Por lo tanto, en una posibilidad de aproximación tal y como lo establece Carl Schmitt, en la búsqueda de esa idea del concepto absoluto de Constitución, ésta se puede entender como elemento integrador que reconoce una diversidad de sentidos. Donde en esa acepción general de la palabra se encontraría todo, cualquier hombre, objeto, establecimiento y asociación se encuentran de alguna manera en una “Constitución, y todo lo imaginable puede tener una Constitución. Por lo cual se hace necesario limitar la palabra Constitución a Constitución del Estado, es decir, concebida ésta como la unidad política de un pueblo”.<sup>104</sup>

De lo anterior y posibilitando lo planteado por Ricardo Guastini, cobra vigencia la idea mediante la cual da la posibilidad de definir a la Constitución de la siguiente manera: es la norma suprema que organiza y estructura los poderes del Estado en diversos ámbitos, entre los cuales destacan las relaciones de los ciudadanos con el Estado, los mecanismos de garantía para el ejercicio de sus derechos y las obligaciones que les corresponden e identifica los órganos del Estado, las competencias que ejercen cada uno de ellos y sus relaciones entre sí.

Esto se comprende mejor desde la caracterización que hace de cuatro conceptos esenciales:

Primero: utilizado por la filosofía política, concibe a la Constitución como un límite al poder político. Este concepto de Constitución contiene una carga emotiva, derivada de los valores que la ideología liberal asocia a la división de poderes y a la garantía de los derechos.

Segundo: utilizado en la teoría del derecho, es el que la entiende como un conjunto de normas fundamentales, explica que

<sup>103</sup> Loewenstein, K., *op. cit.*, p. 217.

<sup>104</sup> Schmitt, C., *op. cit.*, p. 3.

hay tres clases generales de normas que en cualquier ordenamiento se podrían considerar como fundamentales.

- a) Las que determinan la forma de Estado, referidas a las recíprocas relaciones entre los llamados elementos constitutivos del Estado: pueblo, gobierno y territorio; en esa idea de la recualificación del Estado contemporáneo como Estado social, así como la concepción de la norma jurídica y de la autoridad correspondiente.<sup>105</sup>
- b) Las que determinan la forma de gobierno, referidas al modo en que se organizan las relaciones recíprocas entre los órganos constitucionales: Parlamento, gobierno, jefe de Estado, Poder Judicial, etcétera.
- c) Las que regulan la producción jurídica.

Tercero: se refiere simplemente a un documento normativo que tiene ese nombre. Se trata de un concepto políticamente neutro. Este concepto sirve para identificar el papel de los documentos constitucionales dentro de los ordenamientos jurídicos modernos: así como en dichos ordenamientos hay varias leyes, tratados y reglamentos, es decir, hay sólo texto al que se llama Constitución.

Cuarto: el documento normativo que se denomina Constitución, además de su nombre particular, tiene un régimen jurídico especial, es decir, la forma en que los preceptos constitucionales pueden ser modificados, en un sistema de Constitución rígida, se entiende como la posición —suprema, es decir, por encima de cualquier otra fuente— del texto constitucional dentro del ordenamiento.

La Constitución, como todo acto jurídico, puede ser definida desde el punto de vista formal y desde el punto de vista material.

- Desde el punto de vista material, la Constitución es el conjunto de reglas fundamentales que se aplican al ejercicio del poder estatal.

<sup>105</sup> Cfr. Negri, A., *La forma-Estado*, Madrid, Akal, 2006.

- Desde el punto de vista formal, Constitución se define a partir de los órganos y procedimientos que intervienen en su adopción, de ahí genera una de sus características principales, ante todo, la supremacía sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico.

El término Constitución, en sentido jurídico, hace referencias al conjunto de normas jurídicas, escritas y no escritas, que determinan el ordenamiento jurídico de un Estado, especialmente la organización de los poderes públicos y sus competencias, los fundamentos de la vida económica y social, los deberes y derechos de los ciudadanos.

Así, Esmein considera que es preferible una Constitución escrita a otra no escrita o consuetudinaria, debido a que una Constitución escrita permite una mayor certidumbre jurídica y concede ventajas de técnica jurídica, ya que se conoce con mayor precisión qué normas son constitucionales y cuáles no. Otorga ventajas, debido a que es sencillo ubicar la jerarquía y la unidad del sistema en ese tipo de régimen y automáticamente se coloca en la cúspide de ese régimen jurídico el documento madre, y a partir de éste emanarán las demás instituciones.<sup>106</sup>

A partir del pensamiento de Esmein podemos señalar tres ventajas de las Constituciones escritas:

- La superioridad de la ley escrita sobre la costumbre, lo cual se había reconocido a finales del siglo XVIII, ya que desde entonces existía la necesidad de llevar a un rango superior las reglas constitucionales.
- También desde el siglo XVIII es importante el reconocimiento del pacto social que implica una Constitución dictada por la soberanía nacional, lo cual es interesante desde la óptica de la legitimación de los principios jurídicos que emanan de la soberanía nacional.

<sup>106</sup> Esmein, Adhémar, *Elementos de derecho constitucional comparado francés*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 124.

- En una Constitución escrita hay claridad y precisión en cuanto al contenido y esto elimina confusiones, y en una Constitución no escrita la ambigüedad suele ser un riesgo.

En la práctica, las Constituciones escritas son también Constituciones rígidas; es decir, cuando en un Estado encontramos que existe Constitución escrita descubrimos que ésta tiene un procedimiento más complejo de reforma o adición que el procedimiento para la creación, reforma o adición de una ley ordinaria.

Para el caso de México, son aplicables estos conceptos de Constitución que analiza Ricardo Guastini, de la Universidad de Génova, Italia, quien ha establecido los cuatro significados más importantes del término Constitución:

1. En un primer sentido, la palabra Constitución se refiere a todo ordenamiento político de tipo liberal.
2. En una segunda acepción, el término Constitución indica un cierto conjunto de normas jurídicas de carácter fundamental.
3. En una tercera designación, Constitución denota un documento normativo que tiene ese nombre.
4. Finalmente, en una cuarta acepción, Constitución expresa un particular texto normativo dotado de ciertas características formales, propio de un régimen jurídico específico.<sup>107</sup>

Un texto constitucional debe prever una efectiva división de poderes, así como el aseguramiento, la garantía, de los derechos fundamentales. Si no contiene esos dos requisitos, un Estado no puede ser considerado como tal, en la medida en que no estaría dotado de una Constitución y no regiría en su interior un régimen constitucional bien empleado, este concepto hubiera servido, desde hace tiempo, para poner en evidencia el carácter autoritario del sistema político-jurídico mexicano y para negarle la legitimación que se encontró en el texto constitucional de 1917.

<sup>107</sup> Guastini, R., “Sobre el concepto de Constitución”, *Cuestiones Constitucionales*, México, 1999, p. 162.

En segundo lugar, también hubiera servido para señalar que el Estado mexicano o, mejor dicho, sus autoridades no estuvieron ni están todavía hoy limitadas del todo por el texto constitucional: en términos generales, la Constitución no ha funcionado en México como límite al poder político, con excepción del límite temporal del periodo presidencial que siempre se ha respetado. Del mismo modo, la Constitución mexicana no ha podido asegurar o garantizar adecuadamente los derechos fundamentales.

Para nuestro país, podemos decir que la Constitución debe contener las normas fundamentales del sistema jurídico, pero sólo tales normas y no el resto de contenidos normativos que las distintas reformas le han ido agregando al texto de 1917, el cual ha quedado con una amplitud, complejidad y superficialidad impropias de una Constitución.

Frente a la visión de Guastini, Luigi Ferrajoli afirma la independencia conceptual de la existencia de un derecho y de la existencia de sus correspondientes garantías. De acuerdo con Ferrajoli, ante la falta de una norma que señale a un obligado en concreto a satisfacer un derecho, o frente a la falta de un medio de acción que permita exigir el incumplimiento de esa obligación, en realidad no nos encontraríamos frente a un no derecho, o derecho ficticio, sino frente a dos tipos de lagunas. Frente a lagunas primarias, en el caso en que una norma no señalara a un sujeto como obligado a realizar la conducta tendiente a la satisfacción de un derecho, o frente a lagunas secundarias, en el caso de no existir los mecanismos que invaliden o sancionen la violación de esa obligación.

Después del fracaso de las utopías revolucionarias del siglo XX, basadas en la devaluación “realista” del sistema de derecho, debería reconocerse que no hay sustituto realista al Estado de derecho. Después de todo, aun el realismo político está fundado en una utopía jurídica.<sup>108</sup>

<sup>108</sup> Ferrajoli, L., *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 407.

Ambos coinciden en la necesidad de hacer efectivos los derechos en la práctica y sobre todo la de “deslegitimar” el discurso que pretende tener por consagrados derechos de todo tipo, pero sobre todo sociales, económicos y culturales, con la simple incorporación a las cartas constitucionales de una serie de postulados retóricos, ésta es una lección importante para el constitucionalismo mexicano, que tanto a nivel de su práctica política como dentro de la reflexión teórica ha olvidado que los derechos deben establecerse para ser respetados y llevados a la práctica, no para decorar los repertorios legislativos o para adornar los discursos presidenciales.

### III. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

La noción bloque de constitucionalidad pretende transmitir la idea de que la Constitución de un Estado es mucho más amplia que su texto constitucional, dado que existen otras disposiciones, contenidas en distintos instrumentos que también son normas constitucionales. En este sentido, las disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad cumplen las siguientes finalidades:

- Regla de interpretación respecto de las dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación;
- Integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso, y
- Orientar las funciones del operador jurídico.

Lo anterior implica tanto la existencia de mecanismos adecuados de control, como la prevención, sanción, combate a la corrupción y a la impunidad, donde los ciudadanos perciban que nuestro sistema democrático actúa como un elemento garante del control de la Constitución. 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.

Retomando al doctor Uribe, se debe analizar, desde la perspectiva de la teoría general de las normas, cómo es posible establecer la existencia de normas jurídicas para la aplicación de la justicia ordinaria y de otras distintas para la aplicación de la justicia constitucional. Después de ello podremos establecer si las mismas normas requieren la existencia de órganos para la justicia ordinaria y otros diferentes para la justicia constitucional.<sup>109</sup>

#### IV. EL CONTROL CONSTITUCIONAL

Como ya se había hecho referencia en capítulos anteriores, atendiendo a la naturaleza del control, se puede decir que es tan amplio este concepto que no necesariamente se define de manera unívoca y en muchas de sus acepciones se explica por términos tales como revisar, verificar, comprobar.

En el contexto jurídico, la palabra control no se constriñe únicamente a supervisar las actividades de otros o las propias, sino que simultáneamente establece métodos que eviten el ejercicio abusivo del poder; su función no es solamente vigilar el respeto a los límites, sino también evitar el abuso del poder, impidiendo que se lleven a cabo acciones que violen las normas obligadas a cumplir e imponer sanciones a quienes se extralimiten en el ejercicio de sus funciones o atribuciones.

Para gobernar es necesario el poder, pero éste no debe sobrepasar los límites establecidos por el orden jurídico.

Una forma de equilibrar es estableciendo límites a la autoridad. No obstante, esto no es suficiente en todos los casos y para ello se establecen sistemas de control que vigilen el correcto acatamiento de las limitaciones. La finalidad es impedir el abuso del poder o, cuando no se pueda evitar, imponer al infractor la sanción correspondiente y resarcir al afectado en la medida de lo posible.

<sup>109</sup> Uribe Arzate, E., *op. cit.*, p. 265.

Como lo refiere Miguel Covián Andrade, el Estado constitucional de derecho está organizado bajo los siguientes supuestos:

- El poder está limitado por el derecho.
- La Constitución organiza y delimita el poder.
- La Constitución es la ley suprema del Estado.
- Todas las leyes derivan de ella en una sucesión piramidal en cuya cúspide está la ley fundamental.
- El valor jurídico de superioridad o supremacía constitucional crea y determina la jerarquía de las normas jurídicas, las cuales están subordinadas las unas a las otras (Constitución, ley, reglamento, sentencia, etcétera).<sup>110</sup>

Ante tales aseveraciones podemos concluir que el control es el medio por el cual se establecen limitaciones al poder.

Así, vemos que dependiendo incluso del idioma, el control en inglés se entiende como supremacía o dominio; en italiano el término *controllo* significa confrontación o comprobación.<sup>111</sup>

Etimológicamente, control procede de *contrarotulum*, de donde *contre-role*, registro duplicado para la verificación del original, extendió su sentido hacia la comprobación de la veracidad.

La Real Academia lo define como galicismo por comprobación, inspección o registro o de un anglicismo por dominio o supremacía; controlar; galicismo por comprobar, revisar, intervenir.<sup>112</sup>

De acuerdo con el *Nuevo diccionario jurídico mexicano*,<sup>113</sup> la palabra control en francés procede *contrôle*, que significa inspección, fiscalización, intervención; dominio, mando, preponderancia; la

<sup>110</sup> Covián Andrade, M., *¿Cómo transformar el sistema político sin reformar el Estado social?*, cit., pp. 19 y 20.

<sup>111</sup> García Morillo, J., “Aproximación a un concepto del control parlamentario”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Madrid, núm. 10, 1986, pp. 38 y 39.

<sup>112</sup> *Diccionario de la lengua española*, 21a. ed., Madrid, Real Academia Española-Espasa, 1992, pp. 561 y 562.

<sup>113</sup> México, Porrúa-UNAM, 1998, pp. 876-883.

palabra control en 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. 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.<sup>114</sup>

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.

De conformidad con el artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a quien va dirigido el control 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.

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.<sup>115</sup>

<sup>114</sup> Mijangos Borja, Ma. de la L., *op. cit.*, p. 967.

<sup>115</sup> Cárdenas, José Trinidad, *op. cit.*, p. 471.

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 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.<sup>116</sup>

Como lo manifiesta Miguel Covián, el tema del control constitucional es vasto y complejo. En realidad esta tarea por sí misma presenta algunas dificultades, pues a la expresión control de la constitucionalidad cabría requerirle una respuesta sobre ¿la constitucionalidad de qué?, ¿de las leyes?, surgiendo dos interrogantes más: ¿de la expedición de leyes, en cuanto a sus aspectos formales y materiales? o ¿de la aplicación de leyes en vigor?<sup>117</sup>

En el contexto jurídico, la palabra control no se constriñe únicamente a supervisar las actividades de otros o las propias, sino que simultáneamente establece métodos que eviten el ejercicio abusivo del poder; su función, pues, no es solamente vigilar el respeto a los límites, sino también evitar el abuso del poder, impidiendo que se lleven a cabo acciones que violen las normas que la establecen, imponer sanciones a quienes se extralimiten en el ejercicio de sus funciones.

Para gobernar es necesario el poder, pero éste no debe sobrepasar los límites establecidos por el orden jurídico.

El control es necesario para mantener estabilidad, y existe porque de otra manera sería posible atentar en contra de derechos fundamentales que deben ser protegidos, y no se puede permitir a los gobernantes el ejercicio arbitrario del poder, no es una conquista histórica.

Como bien lo refiere el doctor Enrique Uribe, no es posible realizar eficazmente la defensa de la Constitución si no pensamos en un sistema integral que incorpore ambos mecanismos de defensa constitucional: el control de legalidad y el control de la

<sup>116</sup> Covián Andrade, M., *¿Cómo transformar el sistema político sin reformar el Estado social?*, cit., p. 1.

<sup>117</sup> *Ibidem*, pp. 467 y 468.

constitucionalidad, que no admiten lectura alguna si se les mira desconectados.<sup>118</sup>

Para Manuel Aragón, los conceptos de control son variables en virtud de la diversidad de objetos que pueden ser sometidos a control, por ejemplo, hay autores que relacionan el control con el concepto de garantía. El control es el vehículo a través del cual se hacen efectivas las limitaciones del poder.<sup>119</sup>

Resulta así necesario precisar que el ejercicio del poder debe someterse a mecanismos de control no sólo para determinar el uso y destino de los recursos públicos en el sistema de rendición de cuentas, sino para garantizar la correcta actuación de los servidores públicos en relación con la función que tienen asignada.

Por tanto, el presente trabajo no se refiere a los controles que existen para garantizar la inviolabilidad de la Constitución, de la que habla Carl Schmitt o de la que en el derecho comparado ha referido el doctor Miguel Covián Andrade, sino se refiere a los medios que existen, o debieran existir, en toda Constitución para garantizar los fines de la misma.

Este estudio no es doctrinal ni dogmático, sino que se basa en los elementos constitucionales que como ley suprema toda Constitución debe tener, es decir, la previsión de que quienes desarrollan la función organizacional y práctica del Estado cumplan a cabalidad con su encomienda. Esta función se debe abordar preferentemente en dos momentos, atendiendo a su naturaleza; uno desde el punto de vista pre y el otro post, respecto de la comisión u omisión de la obligación constitucional.

## V. EL CONTROL Y EL PODER

Entendiendo que los poseedores del poder tienden abusar de él, surgen las interrogantes acerca de cómo controlarlo, esto es, cómo lograr que el poder se maneje dentro sus límites, cómo pro-

<sup>118</sup> Uribe Arzate, E., *El sistema de justicia constitucional en México*, cit., p. 136.

<sup>119</sup> Aragón, M., *op. cit.*, p. 137.

teger a la Constitución, cómo limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los límites establecidos en la propia Constitución, por lo que respecta a sus atribuciones como también, y de manera esencial el respeto de los derechos humanos de los gobernados, cómo lograr el funcionamiento armónico, equilibrado y permanente de los poderes públicos y en general de todo órgano de autoridad, cómo evitar que dichos órganos constitucionales rebasen las competencias, prerrogativas y atribuciones que les confieren las normas de la ley suprema.<sup>120</sup>

La finalidad de cualquier sistema de control es verificar la constitucionalidad de los actos provenientes de los poderes públicos, y en el caso de que el acto no sea congruente con la Constitución, nulificar los efectos del acto contrario a la misma.

Se puede afirmar 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 tanto, el objeto del control debe entenderse como el conjunto de medios que garantizan las limitaciones establecidas al ejercicio del poder, la forma en que se asegura la vigencia de la libertad y de los derechos fundamentales del ser humano, el control es pues un sistema de vigilancia que asegura la observancia del sistema jurídico.

Al respecto, para autores como Galeotti no existe control si no conlleva una sanción expresa. En cuanto a los elementos en que se desdobl原因 tales garantías, Galeotti afirma que en el uso genérico de la expresión garantía constitucional dominaría una

<sup>120</sup> Robles Martínez, Reynaldo, citado en ponencia “Control de la Constitución” (inédito), 2009.

visión idílica y taumatúrgica de la Constitución, dado que parece bastar que una libertad, o una institución, sea reconocida en la Constitución para que resulte incuestionablemente asegurada; en cambio, en su acepción rigurosa, es decir, en aquélla en que la Constitución se convierte en el objeto de la garantía, prevalecería una visión crítica de la Constitución, ya que ésta se entiende como un complejo normativo que también necesita de protección.<sup>121</sup>

Éstas se pueden resumir en tres puntos, que merecen mencionarse: un interés tutelado, los enunciados constitucionalmente como derechos fundamentales; un riesgo del valor normativo de tales enunciados y, finalmente, un mecanismo de seguridad objetivamente idóneo por su operatividad para la salvaguardia o la defensa del interés tutelado.<sup>122</sup>

El fin del control político manifiesta que es la posibilidad de exigir la responsabilidad política, y existe cuando un detentador del poder da cuenta a otro del cumplimiento de la función que le han asignado. La responsabilidad es una de las formas fundamentales de sanción vinculada a mecanismos de control.

Respecto de la función del control, se puede afirmar que el control es una actividad 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; para ejercer y someterse al control es preciso que existan entes que actúen como titulares de la función pública (servidores públicos), sujetos con esferas limitadas de competencia creadas por mandatos legales.<sup>123</sup> La sanción no corresponde a los fines del control, ya que el fin del control es evitar el abuso de facultades y la sanción se impone a quien ha incurrido en falta de responsabilidad o se ha extralimitado en el ejercicio del poder.

<sup>121</sup> Cfr. Galeotti, S., voz “La garanzia costituzionale (presupposti e concetto)”, *Enciclopedia del Diritto*, 1969, t. XVIII, pp. 26, 491 y 499.

<sup>122</sup> Aguiar de Luque, L., “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución Española”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, 1981, p. 110.

<sup>123</sup> Mijangos Borja, Ma. de la L., *op. cit.*, p. 967.

Estrictamente hablando, no se vigila la observancia de la limitación (mínimo legal), sino que corrige el abuso cometido. Se podría decir que la sanción es una de las consecuencias por el incumplimiento al acto que se pretende controlar.

Podemos decir que es común reducir la función de control a la sanción, pues a pesar de ser necesaria para dar eficacia a la limitación, en el entendimiento de que sin una sanción no tendría trascendencia. Debemos recordar que la finalidad esencial de control es impedir el abuso del poder, buscando así el cumplimiento de sus funciones o atribuciones de todos aquellos sujetos de responsabilidad; sancionarlo o remediarlo son funciones secundarias del control.

El derecho no puede operar solamente a través del miedo, sino que debe generar la convicción de que debe ser obedecido. Por ello, las sanciones que se establecen como parte de un sistema de control del ejercicio de las funciones de los servidores públicos deben ser concebidas en su función correctiva para en su caso reparar el agravio y, como medida disciplinaria, hacer efectivo el control.

Al respecto, Karl Loewenstein dice que el control tiene las siguientes características:

- Es obligatorio y recíproco, no hay mejor manera de exigir el cumplimiento de los demás que asumiendo la responsabilidad propia.
- Es discrecional y unilateral respecto de otro. Vale por sí y su efectividad depende de la oportunidad con que se aplica.<sup>124</sup>

## VI. FINES CONSTITUCIONALES DEL CONTROL

Como lo afirma Konrad Hesse, la cooperación, la responsabilidad y el control asegurado en la Constitución evitan el abuso del poder, esto implica que no es suficiente regular un sistema

<sup>124</sup> Loewenstein, K., *op. cit.*, p. 354.

de control para garantizar la eficacia de las limitaciones al poder si no se establece un sistema de responsabilidades como sanción a la norma que limita. Respecto de la sanción, se señala que si bien es necesaria, el control no se reduce a ella; aquel que impide completamente la realización de aquellas actividades que impliquen un abuso o extralimitación de la esfera competencial. La ausencia de sanción coactiva no anula la eficacia de control.

La función de control exige una sanción como consecuencia jurídica, mas no como acto coactivo, la realización conjunta de una función, la responsabilidad política o la posibilidad de declarar un acto inaplicable.

Considero que los órganos de control poco a poco deben ir fortaleciéndose como garantes del cumplimiento de los principios constitucionales en las responsabilidades encomendadas a sus funcionarios públicos. Este tipo de órganos son los que otorgan legitimidad al ejercicio gubernamental al prevenir las irregularidades, o bien sancionarlas 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. Lo cual garantizaría el cumplimiento de los principios de la Constitución encomendado a los órganos gubernamentales y los servidores públicos que los integran.

En conclusión, podemos establecer que aquellos países en los cuales sus decisiones políticas fundamentales o principios fundamentales se encuentran contemplados dentro de su propio texto constitucional, dichas decisiones cuentan con una flexibilidad determinada debido a que pueden adecuarse a los constantes cambios sociales, económicos y políticos, sin llegar a destruirlas, ya que pueden sufrir una mutación constitucional.

Lo importante es que cada país tenga identificadas, ya sea explícita o implícitamente, sus decisiones políticas fundamentales como principios rectores que le dan la estructura básica y esencial a una nación, los cuales deben ser respetados por el poder encargado de reformar la Constitución al momento de actuar.

El control debe ser ejercido por órganos imparciales, que no busquen únicamente incrementar el propio poder, independientemente en su actuación del poder que deben controlar y cuya finalidad debe ser siempre velar por el respeto a la Constitución y al ordenamiento jurídico que de ella emana.

El control consiste en que ningún poder adquiera superioridad respecto de los otros. La función de control es evitar que el poder político sobrepase a la norma jurídica, es decir, que se respeten las limitaciones establecidas. El fin mediato del control, como su objetivo, olvidándose de su fin inmediato, consiste en evitar el abuso del poder o detener el poder que se ejerce arbitrariamente.

El orden jurídico debe garantizar la unidad estatal y la realización de sus funciones eliminando el abuso de competencias del poder.

El derecho es la forma en que se regula el control, normas jurídicas las que establecen límites al poder político al igual que las que determinan las relaciones entre los órganos del Estado, elaborando así sistemas de control.

En el Estado moderno, constitucional y democrático, la esencia del proceso del poder consiste en el intento de establecer un equilibrio entre las diferentes fuerzas pluralistas que se encuentran compitiendo dentro de la sociedad estatal. En las modernas autocracias, bien sean dictatoriales o autoritarias, un único detentador del poder monopoliza el poder político como control social, estando el miembro individual de la sociedad estatal sometido a las exigencias ideológicas del grupo dominante.

Es importante mencionar el papel que juega el elemento poder en la estructura de dominio; en primer lugar, no sólo domina la relación entre los detentadores y los destinatarios del poder, sino que además condiciona las relaciones entre los diferentes detentadores del poder, esto en caso de que en el sistema político existan diversos detentadores del poder.

En este caso es necesario mencionar que Karl Loewenstein, en su obra *Teoría de la Constitución*,<sup>125</sup> menciona que para comprender la naturaleza de un sistema político en una sociedad estatal concreta deben ser distinguidos tres grados en el proceso político o gubernamental:

- a) Obtención del poder
- b) Atribución de funciones
- c) Control del ejercicio del poder

## VII. EL CONTROL COMO ELEMENTO INSEPARABLE DE LA CONSTITUCIÓN

Las instituciones para controlar el poder no nacen ni operan solas, sino que deben ser creadas, ordenadas e incorporadas conscientemente en el proceso del poder. En ese sentido, una Constitución debe tener el siguiente contenido material:

- Diferenciar las tareas estatales y su asignación a los órganos estatales.
- Mecanismos de cooperación entre los que detentan el poder.
- Mecanismos para evitar bloqueos.
- Mecanismos de adaptación pacífica al cambiar el orden.
- Reconocimiento de ciertas esferas de autodeterminación individual.

La división de poderes, gobierno de la mayoría y proclamación de derechos individuales como límite material a la acción del poder, son características de un gobierno bien equilibrado.

Así, Bolingbroke, respecto a la teoría del equilibrio de poderes la refiere como de los frenos recíprocos, controles recíprocos o *equilibrium of powers*, donde los controles no son únicamente entre

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 28.

órganos, sino también de los ciudadanos sobre las instituciones públicas; como señala De Lolme en su libro, de 1771, sobre la Constitución inglesa, las diferentes partes de la Constitución inglesa, equilibrándose recíprocamente y por sus recíprocas acciones y reacciones, producen la libertad.

El sistema de frenos y contrapesos de controles mutuos se presentará así para Bolingbroke, defensor de la Constitución formal, como un delicado artificio producido poco a poco por la historia de la teoría y de la práctica constitucional británica.<sup>126</sup>

Mitigación acentuada por la misma idea rousseauiana de la democracia que negaba el pluralismo de poderes, el pluralismo entre ellos, producto de frenos y controles, y sólo aceptaba la autolimitación, es decir, el dogma de la voluntad de la mayoría, a eso se reducía la pluralidad.

#### VIII. INFLUENCIA EN EL CONSTITUCIONALISMO NORTEAMERICANO DE LA TEORÍA DEL EQUILIBRIO DE PODERES

El concepto de poder sometido a control será, desde los primeros momentos, la idea motriz de constitucionalismo norteamericano. Importando la teoría inglesa de *check and balances* y adaptándola a las nuevas exigencias. Se trataba pues no de una separación de poderes, sino de una mezcla de poderes enlazados y de competencias superpuestas. Se inauguraba lo que después se llamaría régimen presidencialista.

La base sustentadora del Estado es el equilibrio constitucional del sistema de gobierno, además del control del pueblo sobre el gobierno, es preciso asegurar los controles de los distintos poderes entre sí.

<sup>126</sup> Varela, Suanzes y Carpegna, J., “Algunas reflexiones metodológicas sobre la historia constitucional”, *Historia Constitucional* (revista electrónica), núm. 8, 2007, p. 259, <http://hc.rediris.es/08/index.html>.

## 1. *Controles horizontales*

Esta clase de controles se presentan entre los órganos del mismo nivel y se mueven lateralmente; a su vez, se puede subdividir en controles intraórganos y controles interórganos.

Los controles intraórganos actúan cuando las instituciones de control operan dentro de la organización de un solo detentador del poder. En tanto que los controles interórganos funcionan entre diversos detentadores del poder que cooperan en la gestión estatal.

Para comprender el concepto de control intraórgano se debe tener en cuenta que una función del poder político puede ser realizada a través de una función constituida por una pluralidad de miembros, esta clase de controles no pueden darse solamente en el caso de que el detentador del poder esté organizado colectivamente y constituido en diversos miembros —un parlamento, un gabinete, un tribunal—.<sup>127</sup>

## 2. *Controles verticales*

Los controles verticales en una línea ascendente y descendente se dan entre la totalidad de los detentadores del poder instituido y la comunidad como tal o alguno de sus componentes.<sup>128</sup>

El estudio de los controles verticales se agrupa en tres formas, en las cuales se relacionan de manera recíproca:

1. El federalismo, el enfrentamiento entre dos soberanías diferentes estatales separadas territorialmente y que se equilibran mutuamente (normativa).
2. Los derechos individuales y las garantías fundamentales constituyen zonas de autodeterminación individual inaccesibles al poder del Estado (normativa).

<sup>127</sup> Loewenstein, K., *op. cit.*, pp. 231-235.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 253.

3. El pluralismo, los grupos se interponen entre la masa de los destinatarios del poder y los detentadores del poder instituido, influyendo y determinando el ejercicio del poder de estos últimos (sociológica —meta jurídica—).

Cabe señalar que al involucrar a la sociedad, los controles verticales permiten que la ciudadanía tenga conocimiento de cómo se desempeñan sus órganos de gobierno. Precisamente, como señala Manuel Aragón en su obra *Constitución, democracia y control*, este sistema de control es conforme a la concepción francesa de la palabra “control”, que proviene del término *contre-rolé* (*controlé*), que significa literalmente contra-libro, es decir, “libro-registro”, y permite contrastar la veracidad de los asientos realizados en otros.<sup>129</sup> Ello por sí constituye el derecho del ciudadano a verificar que su gobierno no cometa abusos en el ejercicio del poder.

El resultado final de esta acumulación de fuerzas centralizadoras es que el federalismo americano se encuentra en un proceso de erosión y retroceso.

Pero el *telos* original del federalismo, como un control vertical del poder político por medio del pluralismo territorial, ha perdido mucho de su fuerza primitiva y, actualmente, a los detentadores federales del poder les están impuestas restricciones sólo en un grado limitado.

Para el tratadista Manuel Aragón existen diferentes tipos de control, entre los que encontramos los siguientes.<sup>130</sup>

## IX. CONTROL DEL PODER POLÍTICO

El Estado organizado exige de manera imperativa el ejercicio del poder político, tanto en los detentadores del poder como de los destinatarios del poder, creando mecanismos que permitan un equilibrio entre los detentadores del poder para garantizar el ejercicio del mismo.

<sup>129</sup> Cfr. Aragón, Manuel, *op. cit.*

<sup>130</sup> *Ibidem*, pp. 136-139.

Los mecanismos de protección de la Constitución se integran por todos aquellos factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados por medio de normas de carácter fundamental, e incorporados a los documentos constitucionales con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia carta fundamental, tanto por lo que respecta a sus atribuciones como también, y de manera esencial, en cuanto a lo que respecta a los derechos humanos de los gobernados.<sup>131</sup>

Los controles son el centro de lo que en la antigua y moderna historia de la política se ha llamado constitucionalismo, es decir, el conjunto de reglas a las que están sometidos detentadores y destinatarios del poder es la Constitución.

Una sistematización del proceso político a partir de los controles del poder político significa la exposición de una teoría de la Constitución.

El control político tiene dos características que los sujetan y delimitan, la subjetividad y la voluntariedad. La primera característica determinará una serie de peculiaridades, en lo que se refiere al agente, objeto, canon de valoración y resultado de control.

Cuando se hace alusión al agente de control lo que se indica es que el mecanismo de control debe estar institucionalizado, y por ello, a diferencia de lo que ocurre en el control social, los agentes que lo realizan han de tener reconocimiento por un ordenamiento competencia, es decir, poseer una potestad jurídica establecida.

El objeto del control no es otra cosa más que el control mismo de los órganos del Estado, aunque ese control se puede realizar directamente sobre el órgano o indirectamente.

Los criterios de valoración están formados por normas de derecho que resultan indispensables para el agente que realiza el control. El control político, aun en los supuestos en que el ordenamiento se refiere a un canon normativo de comprobación, la libertad de valoración de ese canon, las razones de oportunidad

<sup>131</sup> Fix-Zamudio, H., *op. cit.*, p. 11.

que presiden, la libertad de decisión mediante la cual el control se manifiesta, hace que el parámetro sea enteramente disponible para el agente del control. Se trata siempre, pues, de una decisión política basada en razones políticas.

En cuanto al resultado, todo control forma parte del control mismo, en cuanto que éste no se contrae a la mera actividad de comprobación, lo que resulta más evidente en el control político, que por el mero hecho de ponerse en marcha ya está implicando un resultado. El control político, a diferencia del control jurídico, no posee efectos sancionatorios *per se*, sólo los posee de manera excepcional y tasada, es decir, en los casos en que lo prevé el propio ordenamiento.

La voluntariedad es otro de los elementos subjetivos del control político y tiene dos significados, uno se refiere a la puesta en marcha del control y otro a la realización del control mismo. En lo que toca al primero, el control político puede ser instado por agente distinto al que ha de efectuarlo (convocatoria de elecciones, cuestiones de confianza, etcétera), pero también iniciado por la propia voluntad del órgano controlante (circunstancia que nunca se puede dar en el control jurídico). El agente de control decide no sólo qué controla, sino también cuándo controla.

En lo que se refiere al segundo significado, el factor voluntario se manifiesta en que instado el control éste no tiene porqué, necesariamente, llevarse a cabo en todos los supuestos ni porqué ejercitarse obligatoriamente por todos los titulares con derecho a ejercerlo, situación contraria en el caso del control jurídico.

Uno de los ejemplos más significativos en términos del control político es el que se refiere al control parlamentario, control donde derecho y política aparentan confundirse en tantas ocasiones y donde la doctrina se divide sobre sus características peculiares.

## X. CONTROL PARLAMENTARIO

Junto con el control que se realiza a través de los votos populares, el control parlamentario constituye uno de los elementos

más específicos y más eficaces del control político. La derrota del gobierno es uno de los resultados que el control parlamentario puede alcanzar, y el hecho de que hoy, por la disciplina de partido, eso sea poco probable no lo convierte en un resultado imposible.

En un inicio, el control parlamentario era entendido como expresión de señorío o dominio de una institución sobre otra.

Con la Monarquía parlamentaria se intentó mejorar el control parlamentario, pero hacerlo al mismo tiempo menos agobiante sobre el gobierno. En palabras de Mirkine-Guetzevitch: “racionalizado”.<sup>132</sup>

Después de la Segunda Guerra Mundial, el nacimiento de los partidos políticos, medios de comunicación y la necesidad de alcanzar el poder, el control parlamentario que se ejerce sobre el gobierno se transforma; la doctrina clásica de control deja de corresponder a la realidad, requiriéndose la nueva doctrina.

Así, la doctrina clásica plantea que en Europa existe una dependencia del Parlamento por parte del gobierno y éste requiere la confianza de aquél para su mantenimiento. En América, el titular del Ejecutivo es elegido mediante votación popular, no requiere la confianza del Parlamento para su mantenimiento.

La doctrina clásica o tradicional identifica al parlamentario con la exigencia de responsabilidad política, este sólo comprende, como actos de control parlamentario, la moción de censura, la cuestión de confianza, el control sobre los decretos-leyes, aprobación de tratados y ampliación de créditos.

Ésta excluye los actos que carecen de posibilidad de ser sancionados por el sujeto controlador.<sup>133</sup>

El expositor Francisco Santa Olalla señala que el control constituyente —actividad que un sujeto (el controlante) ejerce sobre otro (controlado) para la tutela de ciertos valores que el primero tiene el deber de proteger— puede consistir en la verificar

<sup>132</sup> Pedroza de la Llave, S. T., *El control del gobierno. Función del Poder Legislativo*, México, INAP, 1996, p. 26.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 28.

si se han respetado los valores y medidas sancionadoras o correctivas en caso contrario.

El control parlamentario sólo se produce cuando se presenta un acto de confrontación o juicio de una determinada conducta, unido a una facultad de sancionarlo, corregirlo por medios establecidos por el derecho.

También sostiene que todo control resulta inútil si no es capaz de provocar la caída del gobierno.

De lo anterior se desprende que de aplicar la doctrina clásica sería dejar fuera a los sistemas de gobierno donde no existe la exigencia de la responsabilidad.

## XI. EL DERECHO Y EL CONTROL

Cuando nos hacemos la pregunta ¿cuál es el papel del derecho en el control o, más exactamente, en las diversas clases de control? Distinguiremos hasta ahora entre control jurídico, político y social. En el control jurídico puede decirse que el derecho lo es todo: constituye el canon de valoración, impone un determinado tipo de razonamiento, caracteriza el agente de control, regula el procedimiento y exige, de manera inexorable, la sanción cuando el resultado es adverso. Es el control objetivo, la medida de su eficacia reside, justamente, en su escrupulosa juridicidad.

El control político, el derecho, sin serlo todo, tiene reservado un papel importante. No caracteriza el canon de valoración ni los agentes de control, ni muchas veces el propio resultado, pero regula su procedimiento, es decir, formaliza instituciones jurídicamente, los instrumentos a través de los cuales el control se efectúa. En otras palabras, en el Estado constitucional democrático, el control político ha de ser concebido y garantizado como derecho.

En el control social, el derecho juega un papel aún menos “extenso”, pero no sin importancia. El derecho ni siquiera regula los instrumentos, los medios de control, ya que se trata de un control “no institucionalizado”. No existe, propiamente, procedi-

miento “normativizado” del control social; este control opera de manera difusa. Ahora bien, el derecho posibilita su ejercicio, más aún, lo garantiza, no por la vía de establecer tramitación específica, sino por la de consagrar los “derechos” que hacen posible el control. Sólo en una sociedad de hombres libres puede haber control social del poder.

## XII. REFLEXIONES SOBRE EL CONTROL EN LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

La teoría del control en el Estado constitucional se presenta como elemento indispensable de la teoría de la Constitución, y esa teoría, que es jurídica, no convierte por ello en “jurídicos” todos los controles, sino que tiende a hacerlos efectivos. El derecho es regulador de una u otra forma por el derecho, y en la medida de su aplicación el control será eficaz.

La función de control se encomienda en México a un órgano jurisdiccional (aunque no especializado) y se realiza a través de la composición de un litigio, cuya cuestión fundamental es determinar si un acto es o no constitucional, como se ve seguimos el paradigma kelseniano, aunque no el del órgano de constitucionalidad especializado, sino el órgano jurisdiccional que al mismo tiempo conoce de asuntos de competencia meramente ordinaria; tiene doble competencia genérica: la de dirimir controversias comunes aplicando el derecho a casos particulares y la de definir la constitucionalidad de un acto.

Hasta 1994, la defensa de la Constitución se realizaba a través del juicio de amparo. Debemos aclarar que el amparo mexicano no opera exclusivamente como un medio de control de constitucionalidad, sino también como medio de control de legalidad.

El amparo, como medio de control de constitucionalidad, es una institución individualista realmente protectora de las garantías individuales que otorga la Constitución; implica más bien una defensa específica del individuo contra actos ilegales de la au-

toridad; más que de constitucionalidad, estas limitaciones fueron las que motivaron a crear mecanismos de control más completos.

En esta breve consideración general de la justicia constitucional es de señalar que la garantía de los derechos fundamentales se realiza a través de la doble vía del control de constitucionalidad y del recurso de amparo, como señala Aragón.<sup>134</sup>

Debemos aspirar a la consolidación de un Estado constitucional que fortalezca la aplicación de los llamados derechos sociales; es aspiración en una sociedad democrática la existencia de ciertas características básicas donde el sometimiento a la ley y el acatar la Constitución dentro de un marco legal debidamente constituido genera la certidumbre del llamado Estado de derecho.

Debe ser el establecimiento del Estado social de derecho el que se encargue de proporcionar a los ciudadanos condiciones básicas de vida, luego de los logros por la inclusión de los derechos civiles y políticos originados en la primera generación de derechos en el Estado liberal.

Por tanto, debemos buscar mecanismos que garanticen y controlen el acceso y disfrute de las libertades y la aplicación de los nuevos derechos reconocidos por el Estado, y entre los principales se encuentran los derechos económicos, sociales y culturales, que son inherentes de la realidad social y buscan satisfacer las necesidades básicas de salud, educación, alimentación y vivienda. Lo que sin duda materializará las aspiraciones del ciudadano contenidas en la Constitución.

<sup>134</sup> Aragón Reyes, Manuel, “El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979.

## CAPÍTULO QUINTO

### TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD

#### I. PRELIMINARES

De acuerdo con nuestra realidad, es necesario estudiar, la naturaleza de la responsabilidad, lo cual nos permitirá identificar al sujeto y al objeto de la misma, cómo se estructuraron los órganos para alcanzar el fin y verificar su cumplimiento, logrando así proponer un modelo acorde con la realidad de nuestros tiempos en materia de responsabilidades que considere los principios jurídicos y filosóficos en que debe sustentarse el paradigma actual de la responsabilidad, y con ello garantizar la eficacia del sistema de responsabilidades, no solamente como un mecanismo del control de la legalidad, sino entendido como un instrumento de control del actuar de los servidores públicos dentro del marco de la Constitución.

El presente capítulo representa un esfuerzo por integrar elementos comunes que permitan proponer una teoría de la responsabilidad pública, al mismo tiempo que se identifican puntos de conflicto que deben resolverse previamente para estar en posibilidad de sentar las bases y fundamentos de un sistema teórico integral de la responsabilidad pública.

Es oportuno conocer las diferentes opiniones que sobre el tema han escrito recientemente algunos tratadistas del tema de responsabilidades. Por ejemplo, Sergio Monserrit Ortiz Soltero, al hablar de las responsabilidades legales de los servidores públicos, necesariamente, hace alusión a la democracia como uno de los conceptos políticos más utilizado por los gobernantes, pero podemos dar cuenta de que no necesariamente en los países democrá-

ticos la corrupción está ausente, pues parece ser que la responsabilidad de los servidores públicos y el control de la administración pública actúan en forma inversa, ya que en lugar de inhibir las prácticas corruptas y arbitrarias se fomenta la opacidad y la falta de responsabilidad.

Ya que la responsabilidad de todos los países del orbe es uno de los elementos fundamentales de esta institución político-constitucional que surge como reacción ante los abusos de los dictadores monárquicos y absolutistas, al reivindicar los derechos y libertades individuales de la participación del pueblo en la elección de la forma de gobierno que más le parezca como parte de la voluntad libre, por lo que sea ha creado el Estado de derecho con base en la constitucionalidad.<sup>135</sup>

En un Estado de derecho el estricto acatamiento de la Constitución y las leyes que de ella derivan, así como el responder por su incumplimiento, es fundamental para su buena marcha.

### 1. *Elementos teóricos*

Si bien es cierto, recientemente han existido intentos, como el de Luis Humberto Delgadillo,<sup>136</sup> para tratar de explicar el entramado que da sustento al sistema de responsabilidades de los servidores públicos, también lo es que al afirmar que éstos se encuentran regulados específicamente por el derecho disciplinario de la función pública, su visión queda corta, pues en principio debemos tener en cuenta que están regulados por el Título IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por tanto, el estudio del tema debe hacerse dentro del derecho público.

En la práctica vemos que no existe mucho interés por parte de los especialistas en abordar y dar claridad al tema; es por ello que me resulta de particular interés el desarrollo de la presente

<sup>135</sup> Monserrit Ortiz Soltero, S., *Responsabilidades legales de los servidores públicos*, México, Porrúa, 2004, p. XI.

<sup>136</sup> Delgadillo Gutiérrez, L. H., *op. cit.*, p. XIII.

investigación, pues en el desarrollo de la misma vamos acrecentando nuestro conocimiento acerca del funcionamiento del sistema de responsabilidades en nuestro país a nivel federal, estatal y municipal, su marco regulatorio, cuáles son los tipos de responsabilidades a que se encuentran sometidos actualmente los servidores públicos, quiénes son los encargados de determinar esas responsabilidades, cuáles son los procedimientos para ello y cuáles son las sanciones que pueden aplicarse.

El sistema de responsabilidades debe ser entendido no solamente como un catálogo de deberes burocráticos y de buenas intenciones, sino como la expresión deontológica del ejercicio del poder público y de la administración como su más importante manifestación interna.<sup>137</sup>

Al respecto, creo que aunque es un buen intento por justificar el funcionamiento del actual sistema de responsabilidades, éste se encuentra mal contextualizado, pues debe plantearse la posibilidad de que los órganos de control sean más que un medio de verificación de legalidad del actuar de los servidores públicos, y convertirse en un verdadero instrumento de control dentro del entramado constitucional.

Si bien comparto, en parte, la postura del doctor Guillermo Haro Bélchez, cundo afirma que:

...es necesario rediseñar el régimen de responsabilidades de los funcionarios; toda vez que los índices de impunidad siguen siendo muy altos y que el verdadero éxito en el combate a la corrupción radica en un rediseño del régimen de responsabilidades de los servidores públicos, ya que éste no puede fundarse en un sistema de cárcel y carceleros.<sup>138</sup>

Disiento cuando afirma que se debe privilegiar la evaluación y creatividad de los empleados en el desarrollo de sus funciones,

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. XII.

<sup>138</sup> Haro Bélchez, Guillermo, diplomado “Gestión integral de la función pública en México: profesionalización y transparencia”, *Boletín núm. 3001*, enero-mayo de 2007.

pues con ello seguimos manteniendo el actual modelo de responsabilidades, cuando lo que se necesita es el diseño y establecimiento de mecanismos más eficientes, que sustenten su actuar en cumplir y verificar el cumplimiento del mandato constitucional.

Sin embargo, el horizonte de las responsabilidades debe ampliarse tanto como los propios límites que se contienen en la Constitución, en específico los contenidos en el Título IV, lo cual nos permitirá expandir ese horizonte de posibilidades y otear más allá de lo que actualmente es ineficaz.

Debemos rebasar la postura del doctor Haro Bélchez cuando afirma que en el marco de la transparencia y rendición de cuentas prevalecen tres problemas a resolver:

- a) Primero, relativo al órgano responsable de enfrentar la corrupción.
- b) Segundo, la designación del titular del órgano de control interno y la estrategia adoptada en relación con los problemas detectados.
- c) Tercero, respecto de los programas para resolverlos.

Aunque esta postura resulta muy tradicionalista, es necesario ubicar una línea de referencia mayor a lo actualmente conocido, pues nuestro sistema de responsabilidades, en la práctica, ha demostrado que se ha quedado corto en cuanto a sus posibilidades, ya que los sistemas de designación del responsable de combatir las prácticas deshonestas le han impedido actuar conforme a la necesidad actual, pues al encontrarse sujeto en la mayoría de los casos al órgano, o ente del que debe tomar cuenta de su actuar, se vicia su función por el conflicto de intereses que surgen con ello. Lo que redundado en una falla funcional por parte de los encargados de verificar el cumplimiento de las responsabilidades de los servidores públicos, provoca simultáneamente un proceso inverso en la búsqueda afanosa de una moral pública.

Por tanto, para dar solución al problema de falta de responsabilidad en la administración pública y evitar así la corrupción, como lo afirma Óscar Arias (fundador de Transparencia Inter-

nacional), es necesario entender que la corrupción se identifica y se ataca con mayor eficiencia en una democracia. La corrupción solamente puede ser examinada y erradicada en un ambiente de pluralismo, tolerancia, libertad de expresión y seguridad individual; un ambiente que sólo el Estado democrático de derecho puede garantizar.<sup>139</sup>

Sin embargo, esto no quiere decir que el Estado democrático sea inmune a la corrupción. No debemos ser tan ingenuos como para creer que la corrupción sólo penetra en las organizaciones que operan fuera de la ley. También debemos recordar la casi constante desviación de fondos públicos.<sup>140</sup>

Como paradigma, en los regímenes autoritarios, el derecho sirve como instrumento de dominio, es empleado para la construcción de discursos que permiten mantener ciega a la sociedad, sin reglas claras para los servidores públicos, o aun teniéndolas, éstas no son eficaces y la impunidad se va acrecentando de forma exponencial en detrimento de la sociedad.<sup>141</sup>

Actualmente, aun en regímenes no totalitarios y que se precian de democráticos parece ser que la responsabilidad de los servidores públicos y el control de la administración pública actúan en forma inversa, ya que en lugar de inhibir las prácticas corruptas y arbitrarias se fomenta la opacidad y la falta de responsabilidad, como si se tratara del más consolidado régimen autoritario.

En los tiempos recientes, Paúl Constanse, experto del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), ha señalado que la creación de comisiones, contratos ficticios y otras maniobras se tornan indispensables para cerrar tratos con el gobierno. Estima que de los 250 mil millones de dólares que gastan los gobiernos latinoameri-

<sup>139</sup> Presidente de Costa Rica, 1986-1990. Laureado con el Premio Nobel de la Paz, 1987; fundador de Transparencia Internacional y miembro de su Consejo Consultivo.

<sup>140</sup> Según Transparencia Mexicana, se pierde casi el 10% del PIB anualmente por concepto de corrupción, *www.transparenciamexicana.org.mx*.

<sup>141</sup> Cfr. Nieto, S. y Medina Pérez, Y., *Control externo y responsabilidad de los servidores públicos del Distrito Federal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

canos en adquisiciones se podrían ahorrar 50 mil millones de dólares; los proveedores resultan ser familiares de los funcionarios; se otorgan contratos a legisladores, y en el caso de las carreteras descubrió un costo de 150% mayor que el cálculo original.<sup>142</sup>

México no se queda atrás, el jurista Clemente Valdés S. señala que la ley, empezando por la Constitución, está estructurada para permitir que los altos funcionarios, autorizados por quien sea el presidente y sin tener obligación de rendir cuentas a nadie que no sea él, dispongan de nuestro dinero y lo usen como quieran. Esto, sostiene, tiene como objetivo fundamental el dominio sobre el pueblo, ya que utilizan todos los recursos que en teoría pertenecen a él, pero que en la práctica son del grupo que esté en el gobierno y de sus aliados. Así, en 2000 se estimaba que la corrupción equivalía al 9.5% del producto interno bruto, lo que constituye la fabulosa cifra de \$48, 500 millones de dólares al año, actualmente, según Transparencia Mexicana, se pierde casi el 10% del PIB anual por concepto de corrupción.<sup>143</sup>

Aunado a lo anterior, la percepción ciudadana, según reporta Transparencia Mexicana, en más del 60% de la población se percibe que los gobiernos en su conjunto no combaten la corrupción con firmeza ni fuerza, por lo que se hace necesario actualizar el régimen de responsabilidades, donde se hable de una responsabilidad única, y de acuerdo con la magnitud de la violación a la Constitución, establecer el procedimiento que garantice su reprochabilidad.

Tal como reporta Transparencia Internacional, para 2008 en el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC), al puntuar a 180 países, México ocupa el 3.6 de IPC en el sector público en una escala de cero (percepción de muy corrupto) a diez (percepción de ausencia de corrupción). Dinamarca, Nueva Zelanda y Suecia comparten la mayor puntuación, de 9.3, seguidos inmediatamente por Singapur, con 9.2. Al final de la lista se ubica

<sup>142</sup> Constanse, Paul, *Revista del Banco Interamericano de Desarrollo*, marzo de 2002.

<sup>143</sup> Informe ejecutivo INCBG, 2010, [www.transparenciamexicana.org.mx](http://www.transparenciamexicana.org.mx).

Somalia, con 1.0, precedida por una estrecha diferencia por Irak y Myanmar, con una puntuación de 1.3, y por Haití, con 1.4.<sup>144</sup> Por tanto, percibimos que Dinamarca, Nueva Zelanda y Suecia son los países con menos índices de percepción de corrupción y, por el contrario, países como Somalia e Irak son aquéllos con mayores niveles de corrupción. México aparece en el lugar 72 de (IPC) 180 países.

En el ámbito local, podemos decir que el régimen de responsabilidades de los servidores públicos en las entidades federativas ha sido una de las más claras muestras de la integración de una tendencia general que se expresa en el orden federal y se incorpora al ámbito local.<sup>145</sup>

Así, al reproducir vicios y defectos que en el ámbito federal quedan plasmados en la Ley Federal de Responsabilidades, y en el caso particular del Estado de México en la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado y Municipios, con sus veinte años, resulta más que desactualizada, pues aparte de que no se ajusta a la realidad de nuestro momento, es una ley que en esencia no contribuye al control eficaz del actuar del servidor público.

De lo anterior podemos afirmar que en la actualidad el régimen de responsabilidades no ha dado los resultados que la sociedad espera, ya que los índices de impunidad siguen siendo altos, por lo que se requiere de autoridades con mayor especialización en la aplicación de la ley para fortalecer nuestras instituciones.

En la actualidad, temas como la responsabilidad patrimonial del Estado, las responsabilidades de carácter político, penal, administrativa y civil, así como las obligaciones en que se sustentan, las infracciones que genera su incumplimiento, las sanciones a que da lugar, los procedimientos, las autoridades competentes para su aplicación y los medios de impugnación respectivos

<sup>144</sup> Transparency International, *www.transparency.org*.

<sup>145</sup> Carmona Lara, Ma. del C., *Código ético de conducta de los servidores públicos. Las responsabilidades administrativas en el ámbito regional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 128.

y algunas tesis de precedentes y jurisprudencias tanto del Poder Judicial, del Tribunal Fiscal de la Federación y del Tribunal Contencioso Administrativo del Estado de México se abordarán en el cuerpo del presente estudio, a efecto de comprender más acerca del sistema de responsabilidades administrativas.

Ante lo anterior, es necesario contar con mecanismos de control más eficientes, que inhiban conductas perniciosas en la administración pública y se responsabilice a quien las comete, cierto es que esto no se dará de manera fácil, pero habrá que realizarlo.

Por ello, resulta indispensable revisar y reformular las reglas formales que rodean a las instituciones públicas, así como el grado de efectividad de los mecanismos y procedimientos en materia de responsabilidad y sus procesos al interior de éstas.

Tradicionalmente se ha realizado el estudio del sistema de responsabilidades de los servidores públicos paralelamente al estudio que se hace de la función pública. No obstante, lo fundamental del tema en el quehacer público no parece ser la prioridad para los especialistas en abundar más allá de su simple y llana connotación disciplinaria.

Es necesario enfatizar que el verdadero éxito en el combate a la corrupción, la ineficacia y la impunidad radica en la garantía del cumplimiento de las atribuciones y obligaciones que tienen encomendadas los servidores públicos, lo cual no debe basarse en un sistema de cárcel y carceleros, sino en garantizar el efectivo cumplimiento de las tareas de los servidores públicos, privilegiando la evaluación y creatividad de los empleados en el desarrollo de sus funciones para con ello alcanzar las aspiraciones de la ciudadanía contenidas en la Constitución.

No es fácil esta tarea, pues tradicionalmente nuestro régimen de responsabilidades se ha desarrollado de manera desigual porque hemos invertido mayor tiempo en especificar las obligaciones y en menor proporción los derechos de los servidores públicos. Por tanto, se logran así el cumplimiento a destiempo de las obligaciones constitucionales de los servidores públicos, pues nos

hemos preocupado más por sancionar el incumplimiento antes que garantizar el eficaz cumplimiento de las obligaciones de los servidores públicos.

## 2. *Concepto de responsabilidad*

Inicialmente debemos establecer un marco conceptual en relación con la polisemia del término responsabilidad y su necesaria vinculación con la ética, en el convencimiento de que los servidores públicos sin vocación de servicio difícilmente pueden ser congruentes con el sistema de responsabilidades, si su actuar es contradictorio al Estado de derecho o más exactamente con el Estado constitucional.

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.<sup>146</sup>

Pese a lo anterior, el contenido del concepto puede mutar dependiendo de la posición epistemológica sostenida, esto 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 busca 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 común afirmar que el vocablo *responsabilidad* proviene del latín *sponsor*, que significa “el que se

<sup>146</sup> Hohfeld, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, 4a. ed., México, Fontamara, 1997, p. 9.

obliga”, y *responderé*, cuya traducción es “hacer frente”.<sup>147</sup> Gramaticalmente el concepto de *responsabilidad* implica la obligación moral que resulta de un posible yerro en un asunto determinado.<sup>148</sup> El término responsabilidad proviene de *respondere*, que significa prometer, merecer, pagar. Así, *responsalis* significa “el que responde”; *responsum* (responsable) significa “el obligado a responder de algo o de alguien”.<sup>149</sup>

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.

En este sentido, el término responsabilidad implica que un individuo es responsable cuando sus actos provoquen 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 en un caso determinado o determinable, como resultado de un acto específico.<sup>150</sup>

Para este autor, el ámbito de responsabilidad se divide en dos bloques diferenciados: a) 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

<sup>147</sup> Véase voz “Responsabilidad”, Tamayo y Salmorán, Rolando, *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, 2001, p. 3349.

<sup>148</sup> *Diccionario de la lengua española*, 1992, *op. cit.*, p. 1784.

<sup>149</sup> *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, *op. cit.*, pp. 3348 y 3349.

<sup>150</sup> Fernández Ruiz, J., *Derecho administrativo*, México, McGraw-Hill, 1997, p. 165.

actos producidos en ejercicio de dicha libertad, y *b*) 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.

Por su parte, Álvaro Castro<sup>151</sup> 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. A su vez, Carlos Santiago Nino,<sup>152</sup> a raíz de una cita de Hart,<sup>153</sup> señala que el vocablo responsabilidad puede ser empleado en cuatro acepciones:

- a) Responsabilidad como obligaciones o funciones derivadas de cierto cargo. Señala como ejemplos: el padre 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 la responsabilidad como un individuo que es susceptible de ser sancionado independientemente de que haya cometido o no el acto antijurídico o la clasifica en *directa*, cuando es pasible a una sanción por un acto

<sup>151</sup> Castro Estrada, A., *Responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 2006, p. 41.

<sup>152</sup> Nino, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 1999, p. 184.

<sup>153</sup> La cita de Hartentorn 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.*, p. 3349, así como por Castro Estrada, Álvaro, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 2006.

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.<sup>154</sup> En ese sentido, la posición de Kelsen respecto al derecho, es interna.

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 Ferrajoli 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 casos fortuitos), por la inimputabilidad del autor (enfermedad mental o minoría de edad) o por las causas de exclusión de la culpabilidad (fuerza mayor y error).<sup>155</sup>

Guido Pincione refiere que la responsabilidad designa la condición de quien es objeto apropiado de una pena o de un reproche moral.<sup>156</sup> 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 en-

<sup>154</sup> Hans, K., *Qué es la teoría pura del derecho*, 7a. ed., México, Fontamara, 1999, p. 11.

<sup>155</sup> Ferrajoli, L., *El garantismo y la filosofía del derecho*, cit., pp. 490 y 491.

<sup>156</sup> 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.

cuentran 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.

Pablo Larrañaga 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 la vida y de la integridad física (paradigma penal) y la protección de los bienes económicos (paradigma civil).<sup>157</sup>

Dicho autor 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.

A su vez, 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 de ilícito: en tanto en el ámbito penal es necesario un elemento de culpabilidad, en

<sup>157</sup> Larrañaga, P., *El concepto de responsabilidad*, México, Fontamara, núm. 72, 2000, p. 22.

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.

El procedimiento también distingue ambos paradigmas, así, 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 refiere 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 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.

### *3. Principios jurídicos y filosóficos de las responsabilidades de los servidores públicos*

Como lo refiere G. Humberto Juárez, es innegable que en la base del sistema de responsabilidades de los servidores públicos se encuentra el Estado de derecho, pero a la vez éste es influido por aquél, sin la posibilidad de que los servidores públicos se obliguen a responder por sus actos en el ejercicio de la función pública; el Estado de derecho se evidencia en uno de sus aspectos más sensibles, en el del sometimiento a la ley de quienes se desempeñan como representantes del poder.<sup>158</sup>

Y si bien es cierto, el Estado de derecho se encuentra estrechamente vinculado al desarrollo político de las naciones y es la respuesta más directa y rotunda a la arbitrariedad y al Estado absoluto, también lo es que el sistema de responsabilidades de los servidores públicos debe buscar su consolidación, pues de no actuar responsablemente (de manera ética), los representantes del gobierno (servidores públicos), se niega el cumplimiento a la propia ley que se juró cumplir y se deja de cumplir con el propio Estado de derecho y se cae en lo que éste históricamente combate: la arbitrariedad y corrupción.

Dicho sistema es un freno a la extralimitación o a la omisión en las actividades o funciones de los servidores públicos. En este

<sup>158</sup> Juárez Mejía, G. H., *op. cit.*, p. XIII.

sentido, y siguiendo la afirmación de Humberto Juárez, en un proceso de causación circular acumulativo, este sistema se funda en el Estado de derecho, pero actuante, lo fortalece y desarrolla, lo que redundará en el perfeccionamiento del sistema de responsabilidades.<sup>159</sup>

#### 4. *Los principales problemas por resolver*

Entre éstos podemos señalar los siguientes:

1. El sistema de responsabilidades de los servidores públicos no satisface los objetivos establecidos por la Constitución. Como un medio de control del actuar de los servidores públicos.
2. El sistema de responsabilidades de los servidores públicos no proporciona los resultados predichos por la Constitución. Falta de eficacia.
3. El sistema no opera como se planeó inicialmente. Necesidad de replantear el sistema de responsabilidades de los servidores públicos.

Los sistemas de rendición de cuentas tienen como antecedente los incipientes mecanismos de control y vigilancia que, en un origen y con la implantación de los primeros gobiernos en la Nueva España, se ideó por parte de la Corona española para evaluar el desempeño de los funcionarios públicos de aquella época, siendo así el juicio de residencia el primer medio de control a que se encontraron sujetos quienes habían desempeñado algún encargo, el cual se encontraba normado en la Constitución de Cádiz. Ubicados en el campo disciplinario de la función pública, realizamos una rápida vista histórica de la regulación normativa de la responsabilidad, a partir de las disposiciones constitucionales y sus leyes reglamentarias, particularmente las relativas a las Constituciones de 1824, 1827, 1917, siendo el común en todas el fortalecimiento del marco de responsabilidades de los servidores

<sup>159</sup> *Idem.*

públicos como una aspiración de controlar en la legalidad a los servidores públicos conforme a los actuales artículos 108 al 114 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ignacio Burgoa Orihuela, en su libro de *Derecho constitucional mexicano*, dice que en un régimen democrático, los titulares de los órganos de Estado o los sujetos que lo personifican y realizan las funciones enmarcadas dentro del cuadro de su competencia deben reputarse como servidores públicos.<sup>160</sup>

En el Título IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la responsabilidad de los servidores públicos se considera en función del cumplimiento de la función que desempeñan.

Conforme avanzamos en el estudio de las responsabilidades de los servidores públicos, es menester replantear dicho sistema, tal y como lo propone Jürgen Habermas, el filósofo alemán creador de la teoría de la acción comunicativa, quien ha definido a los paradigmas como las ideas típicas y ejemplares de una comunidad jurídica en cuanto a cómo pueden sistematizarse los derechos y los principios del Estado de derecho, en el contexto efectivamente percibido por la sociedad, en cada caso determinado.<sup>161</sup>

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 a sus elementos constitutivos, los cuales 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 en México, que fue edificado bajo un régimen político autoritario, cerrado, cohesionado y estatista, por lo que al evolucionar el régimen por la presión de la transición democrática, los sistemas jurídicos que operaban en su interior también entran en un proceso de reformulación.

<sup>160</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 18a. ed., México, Porrúa, 2006, p. 554.

<sup>161</sup> Habermas, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998, p. 263.

En ese sentido, podemos apreciar que la relación entre régimen político y derecho es simbiótica en muchos aspectos, y no obstante que 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.<sup>162</sup>

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, ésta no fue la única esfera de relación entre el derecho y la política.

Ética y deontológicamente, la conducta del servidor público en el cargo respectivo debe enfocarse hacia el servicio público, por lo que ningún funcionario público debe actuar en beneficio personal.<sup>163</sup> Lo que significa que no puede anteponer sus intereses particulares al interés público que está obligado a proteger, mejorar o fomentar dentro de la competencia constitucional.

Lo anterior nos deja de manifiesto que el servidor público está ligado con los gobernados a través de dos principales nexos jurídicos dentro de un sistema democrático que sin el derecho sería inconcebible: *a)* el que entraña la obligación en que se traduzcan sus funciones a la Constitución y a la ley, y *b)* el que consiste en realizarlos honesta, puntual y eficazmente.

En el primer caso, esos actos están apegados al principio de legalidad *lato sensu*, es decir, de constitucionalidad (súper legalidad, según Maurice Hauriou) y de *legalidad stricto sensu*, y en el segundo al de responsabilidad. Estos dos principios aunque tienen distintas órbitas de operatividad se complementan como piedras angulares.<sup>164</sup>

<sup>162</sup> Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, México, Fontamara, núm. 71, 2000, así como *La interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, núm. 12, 2002.

<sup>163</sup> Burgoa, *op. cit.*, p. 555.

<sup>164</sup> *Idem.*

Al violarse el principio de legalidad, los actos de autoridad que se cometan son susceptibles de impugnarse jurídicamente, al quebrantarse el de responsabilidad, el servidor público que lo comete se hace acreedor a la imposición de sanciones previstas en la Constitución y en la Ley de Responsabilidades:

Las anteriores situaciones comprueban la diferencia operativa de estos principios, la contravención al de legalidad (*lato sensu*), los actos contraventores son invalidables o anulables para que se restaure el imperio de las disposiciones constitucionales o legales violadas que atañe a la infracción de responsabilidad, tales actos sujetan al titular o encargado del órgano estatal respectivo a las expresadas sanciones independientes de la imputabilidad jurídica de los mismos.

Dicho de otro modo, legalidad es un principio *intuiti actu* y el de responsabilidad *intuitu personae*, ambos signos distintivos de la democracia, por cuanto a que el primero somete al órgano del Estado en sí mismo como ente despersonalizado y el segundo al individuo que lo personifica o encarna.

Independientemente de los medios jurídicos de los que los gobernados disponen para hacer respetar el régimen de constitucionalidad y de legalidad por parte de los gobernantes, existen otros que conciernen a la exigencia de responsabilidad a las personas físicas que encarnan a una autoridad, cuando su comportamiento público ha sido ilícito y notoriamente antijurídico.

Por lo anterior, podemos decir que en el orden jurídico de un Estado no solamente se debe proveer a los gobernados de medios jurídicos para impugnar la actuación arbitraria e ilegal de las autoridades, sino establecer también un sistema de responsabilidades para sujetar a las personas en quienes la ley deposita el ejercicio del poder público.

El sistema de responsabilidades debe concebirse como el instrumento jurídico que garantice que los servidores públicos cumplan eficientemente con la función encomendada, permitiendo así alcanzar los fines inherentes al cargo, empleo o comisión que desempeñen.

## II. LAS REGLAS ACTUALES QUE RIGEN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

En México y en otros países del mundo el problema del incumplimiento de la responsabilidad de los servidores públicos es parte de una cultura de la ilegalidad. El tema de la responsabilidad con que actúan los servidores públicos es de fondo; como lo menciona Óscar Arias,<sup>165</sup> en los regímenes totalitarios la corrupción a menudo está directamente ligada a las violaciones de los derechos humanos.

En Latinoamérica muchos dictadores justificaron sus gobiernos durante años, señalando con el dedo a los regímenes corruptos del pasado reciente. Con frecuencia, estas mismas dictaduras fueron fachadas para ladrones y desfalcadores, y en todos estos casos los ciudadanos y los periodistas fueron privados de los recursos legales necesarios para exponer la presunción y corrupción de su gobierno a un sistema judicial competente y creíble. Pero, al mismo tiempo, la corrupción se expone mejor y se ataca mejor, en una democracia, ya que la corrupción solamente puede ser examinada y erradicada en un ambiente de pluralismo, tolerancia, libertad de expresión y seguridad individual; un ambiente que sólo la democracia puede garantizar.

Lo anterior no quiere decir que la democracia sea inmune a la corrupción, no seamos tan ingenuos como para creer que la corrupción sólo penetra en las organizaciones que operan fuera de la ley, ni que la corrupción está limitada a la arena del espionaje internacional. Es innegable que con frecuencia tales actividades criminales invitan a las garras de la corrupción, pero estas garras también han penetrado en las estructuras de poder de los gobiernos tanto del mundo desarrollado como en vías de desarrollo, en Europa y Latinoamérica.

<sup>165</sup> Presidente de Costa Rica, 1986-1990. Laureado con el Premio Nobel de la Paz, 1987. El doctor Arias es un seguidor y fundador de Transparencia Internacional y miembro de su Consejo Consultivo.

Grandes organizaciones privadas también se han aprovechado del respeto ganado a causa de la legalidad formal de sus actividades, ellas violan la confianza pública contando con el soborno como una estrategia de negocios normal y aceptada, que les reporta una ventaja financiera desleal.

También debemos recordar la casi permanente desviación de fondos públicos hacia las cuentas bancarias personales, y el patrimonio de funcionarios del gobierno y oficiales militares.

Por lo anterior podemos afirmar que el problema de la falta de responsabilidad de los servidores públicos no debe verse sólo desde el punto de vista de la legalidad con que actúa, pues esto es más de fondo, tiene una connotación sistémica o estructural, o sea, la falta de cumplimiento, *sponsor* (incumplimiento), respecto a las obligaciones del servidor público se ha convertido en el elemento promotor de la impunidad y la corrupción, así, por ejemplo, podemos mencionar que en nuestros días la impunidad parece ser la conducta generalizada en el actuar de los servidores públicos, pues en la mayoría de las veces, más que responder por sus conductas se les premia con mayores beneficios, y vemos cómo esta conducta dentro de nuestro sistema también es utilizado como un instrumento político, y en los conflictos de intereses en que se ven involucrados los órganos de control es evidente que su naturaleza se ve rebasada por las exigencias de un interés personal o de grupo, que prácticamente dan la indicación sobre lo que se va a determinar.

Como ya se ha dicho, la falta de eficacia en los medios de control para garantizar el cumplimiento de las responsabilidades a los servidores públicos deriva en corrupción e impunidad, por ello resulta de gran interés, académico y práctico, el presente estudio para conocer los principios, objetos y fines del sistema de responsabilidades de los servidores públicos, en particular en materia administrativa, para poder replantear la eficacia de los órganos de control, encargados de verificar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los servidores públicos.

Desde la antigüedad, es un principio general del derecho que todo aquel que tenga un cargo deba responder por el daño que cause o bien resarcirlo *Lex aquilia*.<sup>166</sup> Esta obligación de reparar el daño puede atender a distinta naturaleza, dependiendo del sujeto y objeto a quienes se debe reparar dependiendo si se trata de una responsabilidad civil o penal; sin embargo, por la naturaleza y alcances que tiene el servicio público, la responsabilidad de quienes se desempeñan en él es de tal envergadura que ha dado lugar a una forma de responsabilidad distinta a las tradicionales.<sup>167</sup>

Ante los cada vez más frecuentes casos de corrupción de los servidores públicos, como diría Sergio Monserrit Ortiz Soltero, uno se pregunta si existen medios o recursos consignados en las leyes que los prevengan o los sancione y, de existir, si son plenamente eficaces para lograr que éstos se conduzcan con responsabilidad, legalidad, imparcialidad, honestidad, profesionalismo y eficiencia.<sup>168</sup>

Ante la cada vez más frecuente costumbre de corromper, falta de legalidad, el debilitamiento de la estructura organizacional del Estado y por ende el relajamiento y debilitamiento de nuestras instituciones de gobierno, así como la falta de responsabilidad en el actuar de los servidores públicos, algo se tiene que hacer, pues la falta de responsabilidad de los servidores públicos deriva en el incumplimiento de los fines constitucionales del Estado, afectando el cumplimiento de las aspiraciones del pueblo como parte integrante de éste.

Por tanto, se hace necesario analizar el funcionamiento del sistema de responsabilidades en México para conocer sus ele-

<sup>166</sup> Principio romano que establecía que quien produce un daño está obligado a repararlo, de donde deriva que el Estado, como persona sometido al derecho, no debe quedar excluido de esta obligación.

<sup>167</sup> Sánchez Cordero de García Villegas, O., *El sistema de responsabilidad de los servidores públicos y la supletoriedad procesal*, participación en la inauguración del ciclo de conferencias organizado por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo con motivo de la publicación de la nueva Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, 21 de mayo de 2002.

<sup>168</sup> Monserrit Ortiz Soltero, S., *op. cit.*, p. 9.

mentos normativos y dogmáticos (su funcionamiento), así como las causas que influyen en su aplicación, logrando con ello nuevos mecanismos que permitan eficientar la función de control del sistema de responsabilidades de los servidores públicos, y contribuir así al rescate de la cultura de la legalidad y responsabilidad en nuestro país para recobrar la confianza en las instituciones y moralizar el ejercicio del servicio público.

Las formas de evadir el control y las prácticas de corrupción se refinan, los casos relacionados con la quiebras de la empresa de energía trasnacional Enron, la consultora contable Andersen y WorldCom, y la sospecha que pesa sobre las prácticas contables de las empresas IBM, General Electric, American On Line, y la ineficiencia de organismos como la Security Exchange Commission (SEC) de los Estados Unidos son ejemplos claros de lo que en materia de corrupción e impunidad puede llegar a darse en nuestro vecino del norte.

Pero México no se queda atrás, así, el jurista Clemente Valdés señala que la ley, empezando por la Constitución, está estructurada para permitir que los altos funcionarios, autorizados por quien sea el presidente, y sin tener obligación de rendir cuentas a nadie que no sea él, dispongan de nuestro dinero y lo usen como quieran.

Después de 2000, temas como el *toallagate*, los recursos erogados en las campañas electorales para la presidencia de la República o Amigos de Fox, el Pemexgate y más recientemente el tema de Rancho La Estancia y sus Lujos, o la venta de Mexicana han adquirido relevancia. Las instituciones encargadas del control son acusadas de parcialidad y manejo faccioso de sus funciones en beneficio de los grupos políticos que detentan el poder.

La confusión de lo público con lo privado afecta el marco institucional; renombrados senadores y litigantes rebasan la capacidad de reacción de la sociedad y muestran el aniquilamiento de los órganos de control, puesto que esos hombres públicos-privados litigan bajo la sospecha de tráfico de influencias, obtienen pingües beneficios con recursos del erario nacional; cuando se

hacen públicos sus manejos se apoyan en el manido argumento de la legalidad, amparada por una deficiente y oscura legislación, para obtener impunidad.

El detonador se derivó de la revisión de la cuenta pública del año 2000, ya que según la Auditoría Superior de la Federación, las anomalías detectadas en el Poder Ejecutivo alcanzó la astronómica suma de 339 mil 451 millones de pesos, cantidad once veces mayor a los 29 mil 975 millones que arrojaron las auditorías practicadas en el último año del gobierno de Ernesto Zedillo. Anomalías como las detectadas a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y a la entonces Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo dejan mal parado al sistema de control gubernamental. Es paradigmático que esas dependencias no se hayan puesto de acuerdo ni para autoevaluarse.

Otro botón de muestra, es que apenas ayer diputados campeones de la democracia y la transparencia, hoy maniobran a ultranza para evitar que la Comisión de Presupuesto de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión dictamine la cuenta pública del primer año del gobierno de Vicente Fox, y defiendan a los bancos para eludir que se reintegren al erario 44 mil millones de pesos de cartera irregular detectada por la ASF en el Fondo Bancario de Protección al Ahorro. Al grado que desde el Ejecutivo se promuevan controversias constitucionales en contra de la ASF. Tal es el estado de descomposición que por primera vez en la historia del país la Cámara de Diputados no dictaminó la cuenta pública de 2001, ya que la mesa directiva de ese órgano la archivó.

Observamos la necesidad de controlar campañas en los medios de comunicación pagados con recursos públicos, que tienen como propósito central la imagen presidencial; la renovación moral de la sociedad en 1982 se encaminó a erradicar como forma de corrupción el abuso en la disposición de fondos públicos, los datos objetivos nos muestran un fracaso rotundo.

La pluralidad democrática en nuestros días parece ser una alternativa para dotar de eficiencia a los órganos encargados del

control en nuestro país. La necesidad de mecanismos eficientes en materia de control externo y evaluación de las políticas públicas puede entenderse más allá de la composición de una legislatura, caracterizada por un Congreso donde ninguna fracción posea la mayoría absoluta.

Como lo señala el doctor Ignacio Burgoa Orihuela, resulta indudable que el derecho constitucional integra una importante rama de la ciencia jurídica, o sea, de la disciplina cultural que estudia el derecho —valga la tautología— como conjunto de normas de conducta cuyos atributos esenciales concurrentes son la bilateralidad, la imperatividad y la coercitividad. Estos atributos distinguen a la norma de las demás normas de conducta humana.

En México son aplicables estos conceptos de Constitución que analiza Guastini, en primer lugar porque, de acuerdo con el primero de ellos, un texto constitucional debe prever una efectiva división de poderes, así como el aseguramiento de la garantía de los derechos fundamentales. Si no contiene esos dos requisitos, un Estado no puede ser considerado Estado constitucional, en la medida en que no estaría dotado de una Constitución y no regiría en su interior un régimen constitucional, bien empleado este concepto hubiera servido, desde hace tiempo, para poner en evidencia el carácter autoritario del sistema político (pero también jurídico) mexicano y para negarle la legitimación que se encontró en el texto constitucional de 1917.

La Constitución mexicana de 1917 establece normas de control y equilibrio institucional a través de las limitaciones al ejercicio del poder, y establece la garantía de que los órganos que lo representan se mantengan dentro del marco jurídico.

Es una verdad sabida que el poder público es la potestad constitucional, basada en la soberanía popular, de la cual deriva, para el ejercicio de la voluntad colectiva por parte del Estado y a través de sus representantes legítimos (servidores públicos).

La noción de soberanía está interrelacionada a la de poder público, en tanto que éste se deriva de la primera, entendiendo a la soberanía como la potestad originaria de autodeterminación,

sin que exista frente a ésta, otra superior, salvo los casos en que la misma soberanía lo admite y, claro, previo los mecanismos constitucionales para ello, tratados y refrendos.

Esa suprema autoridad del pueblo, como ya hemos visto en el capítulo segundo, se ejerce por delegación a través de los órganos del poder público y las normas de procedimiento que para ello establece la Constitución.

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, en su artículo 39, establece que la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo, todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste, lo anterior deja de manifiesto que los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos.

### 1. *El sistema actual de responsabilidades*

Es un sistema diseñado a partir de un compromiso de campaña del presidente Miguel de La Madrid Hurtado mediante la implementación del programa de renovación moral de la sociedad, el cual se posibilita mediante la reforma constitucional al Título IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 28 de diciembre de 1982 en el *Diario Oficial de la Federación*, así como la expedición de la Ley Federal de Responsabilidades, publicada el 31 de diciembre del mismo año, por medio de la cual se ancla a la Constitución el citado programa presidencial, y se establece como una de las premisas fundamentales de dicho programa que un eficaz sistema de responsabilidades de los servidores públicos es requisito fundamental para el ejercicio del poder público.<sup>169</sup>

Aunque en el capítulo inicial nos remitimos a los antecedentes históricos del sistema de responsabilidades en nuestro país, a continuación nos centraremos en el régimen jurídico vigente que

<sup>169</sup> Sánchez Bringas, E., *La responsabilidad en México. El presidente de la República y el sistema de responsabilidades*, p. 244, [www.bibliojuridica.org/libros/5/2102/12.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2102/12.pdf).

inicia en 1982, con motivo de la llamada renovación moral, cuyos aspectos principales son los que a continuación se enuncian:

Como resultado de la iniciativa presentada por el Ejecutivo Federal, se publicaron las reformas al Título IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que comprenden los artículos 108 al 114.<sup>170</sup>

En dicha iniciativa se señala que es impostergable la necesidad de actualizar esas responsabilidades, renovando de raíz el Título IV constitucional que actualmente habla de las responsabilidades de los funcionarios públicos, se cambia al de responsabilidades de los servidores públicos, desde la denominación hay que establecer la naturaleza del servicio a la sociedad que comparta su empleo, cargo o comisión.

La obligación de servir con legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, economía y eficacia a las instituciones del pueblo es la misma para todo servidor público, independientemente de la jerarquía, rango, origen o lugar de su empleo, cargo o comisión.

Las nuevas bases constitucionales que proponemos se inspiran en este principio igualitario, al mismo tiempo que establece con claridad las responsabilidades políticas, penales y administrativas que pueden resultar de esas obligaciones comunes de todo servidor público.

La iniciativa propone reordenar el contenido del articulado del Título IV de la siguiente manera:

- Los sujetos a las responsabilidades por el servicio público, artículo 108.
- La naturaleza de dicha responsabilidad y la base de la responsabilidad penal por enriquecimiento ilícito, artículo 109.
- El juicio para exigir las responsabilidades políticas y la naturaleza de las sanciones correspondientes, artículo 110.

<sup>170</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 28 de diciembre de 1982.

- La sujeción de los servidores públicos a las sanciones penales, artículo 111, y la base para que no se confunda su aplicación con represalia política, artículo 112.
- La naturaleza de las sanciones administrativas y los procedimientos para aplicarlos, artículo 113.
- Los plazos de prescripción para exigir responsabilidades a servidores públicos, artículo 114.

Aquí haré un paréntesis para mencionar que los puntos relevantes de la iniciativa presidencial de 1982, al reordenar el contenido de los artículos 108 a 114 constitucionales, permitió establecer el contenido normativo de las responsabilidades:

- a) Responsabilidad administrativa
- b) Responsabilidad política (juicio político)
- c) Responsabilidad penal (declaración de procedencia)
- d) Responsabilidad del presidente de la República
- e) Responsabilidad civil

Lo más destacado de esta reforma quedó plasmado al afirmar que todo servidor público queda obligado a servir con legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, economía y eficacia los intereses del pueblo, obligación dirigida a todo servidor público independientemente de su jerarquía, rango, origen o lugar de su empleo, cargo o comisión. Más aún, se establece la distinción entre delitos oficiales y delitos del orden común que pueden cometer los funcionarios públicos, como lo hacía el régimen constitucional anterior, de fuero y desafuero, responsabilidad constitucional, constitucionalismo.

Las reformas a que aludimos utilizan diversos términos y conceptos que no dejan de suscitar confusiones y equívocos amén de que parecen un tanto extraños al léxico jurídico constitucional que desde nuestras primeras Constituciones se ha venido empleando, creemos contrariamente a lo que supone la exposición de motivos. Procuraremos formular la exégesis de las nuevas disposiciones constitucionales sobre dicha materia, cuyos comentarios nos darán la razón.

## 2. *Los servidores públicos*

El artículo 108 constitucional comprende a los representantes de elección popular, a los miembros de los poderes Judicial federal y Judicial del Distrito Federal, a 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 en el Distrito Federal, así como a los servidores del Instituto Federal Electoral.

Los servidores públicos también incurren en responsabilidad al cometer delitos del orden común.

De lo anterior podemos sugerir algunas conclusiones:

- Nada más atinado al tema de referencia que se aborda en el presente capítulo que el pensamiento aristotélico al mencionar que llevar a cualquier persona a una disposición moral no es tarea para el primer venido al azar, antes bien, si es tarea propia de alguien lo será del que conozca la cuestión, como ocurre en la medicina y las demás artes que requieren cierta solicitud y prudencia.<sup>171</sup>
- Esto visto a la luz del pensamiento de Santo Tomas y siguiendo sus raíces aristotélicas, está de acuerdo en la concepción teleológica de la naturaleza y de la conducta del hombre: toda acción tiende hacia un fin, y el fin es el bien de una acción. Cuando un individuo carece de ética y ejerce el poder no mide el alcance de sus actos y puede cometer acciones irracionales o bestiales.<sup>172</sup>
- San Agustín decía que el principal fin del hombre (como una empresa) es cumplir y alcanzar sus fines,<sup>173</sup> por ende,

<sup>171</sup> Cfr. Aristóteles, *op. cit.*

<sup>172</sup> Citado por Diego Bautista, O., *Fundamentos éticos para un buen gobierno, cit.*, p. 5.

<sup>173</sup> San Agustín comparte con el helenismo que el fin del hombre es la felicidad y que la filosofía debe encontrarla. Pero el único que nos puede propor-

- podemos decir que el principal fin de un Estado constitucional es alcanzar los fines establecidos en la Constitución.
- Debemos tener muy presente que la promesa que hace el servidor público al protestar su cargo es cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes que de ella emanen, por tanto, hay que entender que el vínculo entre el servidor público y el pueblo es la Constitución; debemos hacer entender al servidor público que su compromiso no es con el partido, su jefe o su amigo, su compromiso es con el pueblo, en la medida de las condiciones y términos que establece la Constitución. Al igual que en los actos de constitucionalidad, se valida la legalidad de la misma manera, debe haber órganos que declaren que un servidor público será confrontado con la constitucionalidad de su actuar, lo cual debe estar implícito en la propia Constitución.
  - Está claro, por otra parte, que el combate a la corrupción se enfrenta y tiene connotaciones de carácter eminentemente políticas, en donde más que los hombres son las instituciones públicas la que juegan el papel de jueces de última instancia, sin embargo, en nuestros países, por ser sociedades con procesos de integración traumáticas, o están ausentes las instituciones públicas o van en proceso de formación y afianzamiento y, eso sí, servirán en el futuro como conductos por donde la sociedad se organizará para poner freno a los desmanes de la corrupción y la irresponsabilidad pública.

En paralelo con la contemporización institucional, se requiere actuar a nivel educativo de la sociedad para reorientar los valores a fin de cambiar en el largo plazo las conductas indivi-

cionar la felicidad plena es Dios. De aquí la necesidad de conocer a Dios y a su propia alma (San Agustín, *La ciudad de Dios*).

duales; algunos autores consideran que no se irá a fondo contra la corrupción en tanto no suceda una modificación interna del individuo, que hoy por hoy está inmerso en una dinámica de valores presidida por el dinero en menoscabo, y hasta el menosprecio de otro tipo de virtudes, esa impúdica exaltación de la moneda a la que se refirió García Lorca en su estancia en Nueva York (1929).

Por lo tanto, la moralidad o la corrupción sucede en un determinado estado de la sociedad, las medidas anticorrupción, en consecuencia, no pueden tener lugar en el vacío social y político, más bien la estructura social y política, que define el grado de conflictividad y de porosidad hacia los valores, va a condicionar los alcances de esas medidas.

En tal virtud, el avance contra la corrupción necesitará de una activa sociedad civil y de la presencia de órganos de fiscalización, porque se enfrenta a toda una estructura de intereses que es finalmente la matriz de los conflictos sociales. De esas situaciones conflictivas sobresale la idea de país y el compromiso que tiene la élite; la competencia entre las élites y el control, y la participación de las masas en la política gubernamental.

El modo como se concilien dichos conflictos marcará las reglas de la vida pública y creará las condiciones para un cambio positivo o negativo respecto a la sanción efectiva de las conductas delictivas.

Finalmente, la combinación ético-política es esencial, porque si bien la política delibera sobre lo que es mejor o nocivo para el Estado, la ética modera los deseos de los hombres preocupándose por el bien general. Cuando un Estado no se preocupa por cultivar y fomentar los valores en su personal, las actitudes antitéticas y de contravalores de éste invaden las actividades del Estado, generando un mundo de corrupción que afecta al desarrollo y la marcha de las instituciones.<sup>174</sup>

<sup>174</sup> Diego Bautista, O., *op. cit.*, pp. 21-30.

### 3. *Apuntes para un nuevo concepto de responsabilidad*

Al respecto, es menester definir claramente la responsabilidad como concepto jurídico fundamental, describiendo la relación que las diversas definiciones guardan entre sí, así como su conexión con otras figuras jurídico-normativas (deber, incumplimiento, sanción), y determinar la relación que mantienen los elementos de la definición en la formación de los sistemas de responsabilidad (subjetiva, objetiva, directa e indirecta, individual y colectiva). Para orientar nuestra aproximación conceptual es necesario realizar un análisis del concepto, mediante las posturas de algunos de los principales teóricos del derecho contemporáneo como Hans Kelsen, Alf Ross y H. L. A. Hart, entre otros, y concluir con la propuesta de un modelo de análisis del concepto de responsabilidad en los sistemas jurídicos actuales.

Así, Kelsen trató la noción de responsabilidad dentro de su teoría del derecho en la descripción de los sistemas jurídicos desde la perspectiva estática y, por tanto, se centró en describir la relación de la noción de responsabilidad con la función de imputación de las normas jurídicas. Su análisis de la responsabilidad se detiene en este punto y solamente describe algunos sistemas de responsabilidad a partir de las condiciones exigidas para la imputación de sanciones; enuncia las condiciones pero no profundiza en su análisis. Su interés no se dirige a la noción de responsabilidad, sino a una descripción del sistema jurídico en general, ésta es, desde cierto punto de vista, su principal limitación en lo referente al tema.<sup>175</sup>

La aportación de Kelsen a la teoría de la responsabilidad proviene de la definición normativa del concepto y no del análisis de las condiciones de la responsabilidad. Siguiendo el desarrollo que del tema de responsabilidades ha hecho el propio Kelsen, éste se divide en tres apartados. El primero, referente a la definición interna de los conceptos jurídicos fundamentales, a través de la

<sup>175</sup> Larrañaga, P., *El concepto de responsabilidad*, cit., p. 12.

relación entre definición de norma jurídica y la definición de los distintos conceptos normativos; en segundo lugar se analiza, a partir de la noción primitiva en el esquema Kelseniano —la sanción jurídica—, la relación del concepto de responsabilidad con otras nociones normativas como las del ilícito y deber jurídico.

Por último, presenta una breve descripción de las características de los principales sistemas de responsabilidad directa/responsabilidad indirecta; responsabilidad individual/responsabilidad colectiva y responsabilidad por culpa/responsabilidad de resultado.

Alf Ross, para definir a la responsabilidad, sostiene que se puede dividir en dos partes; por un lado está la elaboración de una teoría general acerca del método para la definición de los conceptos jurídicos fundamentales y, por otro, una teoría de la responsabilidad jurídica, especialmente enfocada hacia el desarrollo conceptual. Se puede afirmar que la teoría de la responsabilidad de Ross se puede concretar en tres puntos.

A su vez, Ross aborda la noción de responsabilidad a partir de los enunciados que expresan juicios de responsabilidad y del análisis de los contextos en los que éstos se presentan.<sup>176</sup>

El concepto de responsabilidad es uno de los conceptos sistemáticos con los que se expresan relaciones normativas, en este sentido, el término responsable, tomando en cuenta los dos contextos citados antes, puede referirse a dos relaciones: 1. La relación entre ciertos actos o estados de cosas con la posibilidad de que se nos exijan justificadamente cuentas por ellos; 2. La relación entre ciertos actos o estados de cosas con la posibilidad de que se nos sancione por ello. La culpabilidad, como noción que refleja el carácter valorativo del juicio, ocupa un lugar preponderante entre estos dos sentidos de responsabilidad. La culpabilidad permite pasar de exigir cuentas por una acción a sancionar a una persona por dicha acción.

<sup>176</sup> Esto le permite distinguir dos momentos del juicio: el primero, donde se exigen cuentas a una persona por sus acciones, y, el segundo, en el que se imputan sanciones.

El considerar a la responsabilidad como un concepto sistemático o “tû tû” permite explicar casos anómalos o irregulares de la responsabilidad por resultado. En este sentido, la adopción de esta forma de presentación de relaciones normativas permite dar cuenta coherentemente de un concepto de responsabilidad en el que no sólo se relacionan delitos y penas, sino también ciertas actividades socialmente valiosas con consecuencias normativas, como el deber de compensar.<sup>177</sup>

Para Hart, una buena definición puede ser el mejor punto de partida para trabajar un concepto, esto en la ciencia jurídica es cierto, donde la propia naturaleza de los sistemas jurídicos exige definiciones que sean al mismo tiempo útiles tanto para la “teorización” como para la “utilización” del derecho. Hart divide los temas de la filosofía jurídica en tres grandes grupos: los relativos a la definición y el análisis del derecho y sus conceptos particulares; los relativos al razonamiento jurídico y los relativos a la crítica jurídica.<sup>178</sup>

El concepto de responsabilidad, según H. L. A. Hart, ha identificado cuatro responsabilidades como competencia sobre un determinado ámbito vital derivada de un rol o posición social (*Role-Responsibility*); responsabilidad como antecedente causal de un hecho (*Causal-Responsibility*); responsabilidad como sometimiento (*Liability-Responsibility*) que puede ser legal o moral, y responsabilidad como capacidad (*Capacity-Responsibility*).<sup>179</sup>

Según Hart, aunque sancionabilidad y responsabilidad son nociones equivalentes en muchos contextos, afirma que es susceptible de ser sancionado por el mismo. La sancionabilidad es una noción más amplia que la responsabilidad; esta última se refiere específicamente a tres tipos de criterios para imputar sanciones, mientras que la primera abarca otras cuestiones relativas a la exigibilidad de las conductas.<sup>180</sup>

<sup>177</sup> Hans, K., *Qué es la teoría pura del derecho*, cit., p. 83.

<sup>178</sup> Citado por Pablo Larrañaga, *op. cit.*, p. 86.

<sup>179</sup> Hans, K., *Qué es la teoría pura del derecho*, cit., pp. 98 y 99.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 196.

Sin negar valor a esta clasificación, creo que los cuatro usos del término que ha identificado Hart pueden ordenarse en torno a dos significados principales que tienen en común el hecho, situación o acontecimiento básico por el que se responde, y que apuntan a dos cuestiones en principio distintas, pero estrechamente conectadas. El primer grupo de significado mira al pasado, a los acontecimientos previos al hecho, e intenta encontrar antecedentes que expliquen su existencia, que sean “responsables” de su aparición. El segundo grupo mira más bien al futuro, a las consecuencias del hecho, e identifica quién o quiénes deben “responder” de él, en el sentido de sufrir ciertas cargas que se anudan a la existencia del hecho.

La distinción de estos dos planos no es habitual en los análisis sobre la responsabilidad, más bien es frecuente que ambas cuestiones se confundan. Ello se debe seguramente a la existencia de un indudable puente de conexión entre los dos significados. El primer y más importante criterio para responder de un hecho es ser el responsable de él, en este caso coincidirían los sujetos de la imputación de cada uno de los juicios, lo que seguramente explica que hayan acabado compartiendo un mismo término. Pero la conexión de ambos significados es contingente. Ser responsable no es condición suficiente ni necesaria para responder de un hecho. Ello se ve especialmente bien en el derecho, donde la responsabilidad jurídica puede ser por completo independiente de la responsabilidad subjetiva, pero no en la filosofía moral, donde van entrelazadas.

Así, podemos afirmar que tomando en consideración las necesidades sociales, el tamaño de la conflictividad, el juego democrático, la correlación de fuerzas políticas y la experiencia en materia de control, serán los factores decisivos para instaurar y operar con éxito los instrumentos para la vigilancia de los haberes públicos para hacer de nuestros países un campo donde impere la ley.

La moral social debe encontrar su más diáfana expresión dentro del servicio público al impedir que la corrupción siga con-

solidándose y, peor aún, casi institucionalizándose cual patología pública; la corrupción es el síndrome de inmunodeficiencia adquirida social que corroe los cimientos sociales y que ha avanzado de manera descontrolada en las últimas tres décadas; demuestra el fracaso de la pretendida renovación moral, ya que las leyes que fueron expedidas o reformadas en este sentido solamente probaron una eficacia parcial y no por su propósito o contenido, que en su momento fue tan válido como necesario, sino por la inoperancia y complicidad de los órganos administrativos, tanto de los que deben aplicarlas, como a quienes deben ser aplicadas.

Como ya se mencionó, parece que el único remedio es una renovación de la conciencia social que retome y ponga en práctica los principios inalienables consagrados en la Constitución, exigiendo a los gobernantes y demás servidores públicos, por la vía del derecho, que su quehacer se ciña al bienestar popular conforme a los prolegómenos y postulados de nuestra Constitución.

## CAPÍTULO SEXTO

### LAS RESPONSABILIDADES PÚBLICAS COMO EJERCICIO DE MORAL Y ÉTICA PÚBLICA DENTRO DEL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN

La virtud es, por tanto, un hábito selectivo, consistente en una posición intermedia para nosotros, determinada por la razón y tal como la determinaría el hombre prudente. Posición intermedia entre dos vicios, el uno por exceso y el otro por defecto. Y así, unos vicios pecan por defecto y otros por exceso de lo debido en las pasiones y en las acciones, mientras que la virtud encuentra y elige el término medio. Por lo cual, según su sustancia y la definición que expresa su esencia, la virtud es medio, pero desde el punto de vista de la perfección y del bien, es extremo.

Aristóteles, *Ética a Nicómaco*,  
libro 2, 6.

En el presente capítulo se abordan los antecedentes, el debate y las reformas constitucionales y legales que posibilitaron la aprobación

y entrada en vigor del Sistema Nacional Anticorrupción (SNA), así como las acciones realizadas para su implementación en los tres órdenes de gobierno.

El tema que se aborda en este capítulo, además de ser de interés general, resulta obligatorio para estudiosos y académicos, pues aparte de la relevancia que representa para la sociedad, se debe estudiar desde diferentes ópticas del saber humano; analizando su funcionamiento podremos estar atentos a su impacto en el quehacer gubernamental y sus repercusiones en la sociedad. Por ello, es necesario conocer cómo se pueden diseñar y construir los mecanismos suficientes y eficaces que posibiliten contener, combatir y revertir la corrupción en nuestro país, con un enfoque bilateral (ciudadanía y gobierno), pues desde el punto de vista gubernamental los actos indebidos cometidos por los servidores públicos derivan en actos carentes de responsabilidad, y muchas veces dan pie a la corrupción; no en pocas de las veces los ciudadanos contribuyen activamente a ello, al dar, ofrecer o posibilitar la realización de conductas que generan ilegalidad, y por ende caen en corrupción.

Una de las posturas más firmes ha sido la adoptada tanto por Jaime Cárdenas como por María de la Luz Mijangos, quienes categóricamente afirman: “«Como Miembros» de la sociedad, tenemos que luchar contra la corrupción, puesto que no es ajena a nuestras vidas, «verso satánico». Hemos vivido como sociedad con la corrupción durante siglos sin hacer conciencia”.<sup>181</sup>

Como lo habíamos anticipado, en el presente capítulo se aborda el tema desde sus diferentes perspectivas, donde resulta necesario conocer sus antecedentes, su estado actual y sus tendencias, con un enfoque integrador, ya que es prioritario conocer los precedentes nacionales e internacionales que propiciaron la propuesta, el debate político, la discusión, aprobación y puesta en funcionamiento del SNA.

<sup>181</sup> Cárdenas, Jaime y Mijangos de la Luz María, *Estado de Derecho y Corrupción*, México, Porrúa-UNAM, 2005, p. XVII.

## I. ¿CÓMO SURGE Y SE ESTRUCTURA LA PROPUESTA?

La corrupción es un fenómeno complejo que ha mermado las instituciones y ha dañado a la sociedad, a la economía y a la democracia mexicana. El esfuerzo por combatir a la corrupción en México se ha reflejado en la modificación y creación de las leyes necesarias para hacer frente a este fenómeno. Como muestra de lo anterior, los últimos años han estado marcados por importantes reformas constitucionales y la creación de nuevas leyes, que constituyen el marco normativo del Sistema Nacional Anticorrupción.<sup>182</sup>

Compartiendo la postura de Oscar Diego Bautista (2020), uno de los males que aquejan a la nación mexicana es la corrupción. Dicho mal existe desde hace quinientos años. En ese tiempo este fenómeno se ha desarrollado, ha evolucionado al incorporar las nuevas herramientas de la tecnología dando por resultado un mayor crecimiento. La corrupción anida en todos los sectores de la sociedad mexicana.<sup>183</sup>

Hay corrupción en los sectores del Estado (público, privado y social); en los poderes públicos (Ejecutivo, Legislativo, Judicial), en los tres órdenes de gobierno (federal/estatal/municipal), en el ámbito electoral, en política, en los partidos, en la academia, en salud, en el ámbito mercantil y financiero, en medio ambiente, en deportes, vinculada al crimen organizado, vinculada a las empresas transnacionales, vinculada con organizaciones de la sociedad (clientelismo político), en obras públicas (metro, puentes, caminos, etcétera), en los medios de comunicación, con ONG, fundaciones, en las religiones, etcétera.

Pese a existir precedentes de iniciativas parciales e intentos por combatir el problema de la corrupción en distintas adminis-

<sup>182</sup> Disponible en: <https://sna.org.mx/nosotros/>

<sup>183</sup> Oscar Diego Bautista, doctor en gobierno y administración pública por la Universidad Complutense de Madrid (UCM), investigador en el Centro de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades (CICSyH) de la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEMex). Las líneas de investigación son ética pública, buen gobierno, prevención de la corrupción.

traciones de gobierno, sin embargo, por primera vez en la historia moderna de nuestro país se diseñó una estrategia que agrupara a un conjunto de instituciones, buscando una coordinación entre sí para lograr sus objetivos. La idea principal es enfrentar este problema de manera holística coordinando los trabajos del conjunto de instituciones que lo integran para crear lo que se ha denominado como Sistema Nacional Anticorrupción.<sup>184</sup>

Tal cual se menciona en los antecedentes de la Ley del Sistema Nacional Anticorrupción: “El núcleo de la política nacional anticorrupción, debe estar en la articulación de las normas e instituciones encargadas de combatir ese fenómeno, sobre la base de un nuevo sistema de responsabilidades”.<sup>185</sup>

Para una mejor comprensión de cómo surge la propuesta e implementación del SNA, a continuación, de manera general enunciaremos una serie de datos que desde nuestro punto de vista sirvieron como antecedentes, debate para su creación y su puesta en funcionamiento:

<sup>184</sup> *Idem.*

<sup>185</sup> Parte del Manifiesto Anticorrupción, suscrito por cuarenta organizaciones académicas y sociales, establecido en el punto de acuerdo de la Ley que crea el Sistema Nacional Anticorrupción, disponible en: <http://rendicióndecuentas.org.mx>.

| El Sistema Nacional Anticorrupción                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |                                                                                                          | Observaciones                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
|----------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Antecedentes<br>(El debate previo a su aprobación) | Externos                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Internos                                                                                                 | El nuevo paradigma de las responsabilidades públicas encuentra su sustento en la reforma constitucional, y en una serie de ordenamientos que dan origen y vida práctica al SNA.<br>Que aun inacabada, representa la oportunidad de orientar el sistema en otros niveles, de control, combate y sanción de la corrupción. |
|                                                    | La Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (26/07/1999).<br>La Convención Interamericana contra la Corrupción (06/03/1997).<br>La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (14/12/2005). | Los factores propios, y los que adoptamos de una política externa en materia de combate a la corrupción. |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |

| Estado actual de la implementación del SNA                                                  |                                                  |                                                                                                                                                                       |           | Observaciones |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|---------------|
| Ámbito                                                                                      |                                                  |                                                                                                                                                                       | Municipal |               |
| Federal                                                                                     | Estatul                                          | El reto de los ayuntamientos en la implementación del SMA (una tarea pendiente que ha restado eficacia).                                                              |           |               |
| El SNA y la integración de los entes encargados de su articulación. (Su necesaria revisión) | La implementación del SEA, avance por entidades. | El estatus que guarda la Implementación del Sistema Anticorrupción y las acciones implementadas en cada ámbito de gobierno (tareas pendientes para su consolidación). |           |               |

La aproximación al estado actual de las acciones anteriormente listadas nos permitirá conocer mejor el diseño e implementación del SNA, así como las tareas pendientes para su consolidación en los diferentes ámbitos y órdenes de gobierno.

Una vez analizados los antecedentes, el marco jurídico y sus implicaciones prácticas, de la misma forma se proponen acciones que contribuyan a dar solución al problema de la corrupción en el corto, mediano y largo plazo; asimismo, abundamos acerca de sus causas, así como las prácticas entre los servidores públicos y los ciudadanos.

Es claro que, en el entorno actual, la sociedad organizada ha impulsado el debate acerca de una nueva cultura de las responsabilidades públicas y de cómo debe ser el actuar de los ciudadanos dentro de una eticidad social, lo que ha derivado en la necesaria implementación de mecanismos que permitan avanzar en la consolidación del Sistema Nacional Anticorrupción, que busca ser un paliativo a la corrupción imperante aun en nuestro Estado mexicano. Cabe decir que lo anterior le da un atractivo extra al tema, puesto que no sólo se trata del morbo ciudadano por encontrar mecanismos para *acabar con la corrupción*, pues, además, se busca moralizar las instituciones públicas como una parte del interés superior del Estado, lo que, aunado al interés ciudadano, sin lugar a duda resulta más que obligatorio en las sociedades actuales.

Así las cosas, resulta necesario conocer los antecedentes, tanto internos como externos, que propiciaron el surgimiento en nuestro país del SNA.

En este capítulo se hace alusión a cuáles fueron los factores propios a nuestro Estado mexicano y los que surgieron de movimientos sociales e instituciones que derivaron en el surgimiento de una política exterior de combate a la corrupción y consolidación de la gobernanza de los Estados constitucionales contemporáneos.

De la propia Organización de las Naciones Unidas surge la necesidad de atender problemas como la corrupción, el crimen

organizado y el terrorismo, para dar estabilidad a las regiones y Estados-nación, en un contexto de geopolítica regional estratégica.

Así, en el ámbito internacional, surgió el antecedente a finales del siglo pasado, donde se planteó el cumplimiento de los tres convenios internacionales que el Estado mexicano tiene suscritos en materia de combate a la corrupción, como resultado de la cumbre donde se reunieron varios representantes de los países que propusieron en la agenda los temas de combate al crimen organizado, y a la corrupción, para posibilitar la gobernanza en los Estados miembros.

Ante este escenario surge la necesidad de poner en práctica los instrumentos y acuerdos internacionales derivados de:

- a) La Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (26 de julio de 1999).
- b) La Convención Interamericana contra la Corrupción (6 de marzo de 1997).
- c) La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (14 de diciembre de 2005).

Sin lugar a duda, el paradigma de las responsabilidades públicas en nuestro país encuentra su punto de quiebre en el *momentum*, en el que, de la serie de propuestas y ordenamientos, convergen y dan origen y vida al SNA, que tiene como finalidad ¡nada más y nada menos!, tratar de contener ese “río desbordado de la corrupción”, tarea nada fácil, pues parece una reminiscencia de lo que en su momento fue el monstruo de las mil cabezas mencionado por Tomas Hobbes (*Leviatán*), pero a la inversa, siendo más grande, más feroz, y que se alimenta de nuestra condición humana.

Ya en los anteriores capítulos se expone la necesidad de replantear el paradigma de la responsabilidad, visto desde un en-

foque de la teoría del control, así como la implementación de mecanismos técnico-jurídicos para el acotamiento del poder público. En este capítulo lo que queremos es dar seguimiento a las acciones que se han realizado para concretar dicha actividad.

Hablar de las responsabilidades de los servidores públicos es hablar de la obligatoriedad de revisar el actuar de quienes son considerados constitucionalmente como servidores públicos, y no sólo quienes tienen funciones legales que los órganos del Estado les ha encomendado para alcanzar los fines de este. Esto es a lo que debemos apostarle, a elevar la propuesta, con un alcance de miras mayor.

No serán las leyes y el exceso en la sanción lo que inhiba la práctica de la corrupción, pues es de explorado derecho que lo único que se castigaría sería la comisión de la conducta.

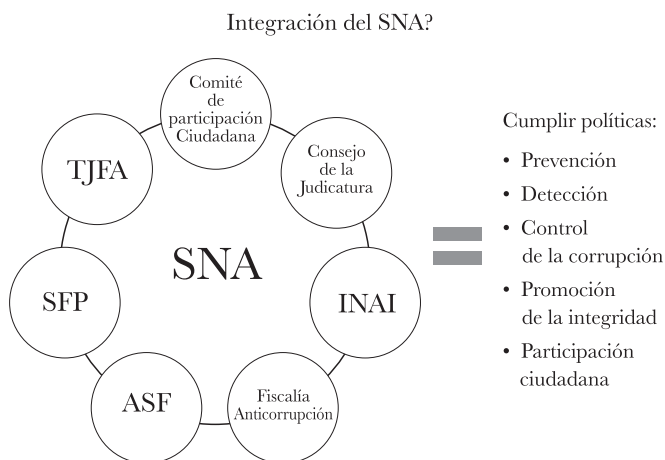
Tal como lo hemos mencionado, resulta necesario conocer a detalle cuáles han sido las implicaciones prácticas para la puesta en funcionamiento del Sistema Nacional Anticorrupción.

- d) En el hábito nacional es necesario conocer cuáles son las implicaciones prácticas de la implementación del Sistema Nacional Anticorrupción en nuestro país, pues tal como lo mencionamos anteriormente, se vive un *momentum* de efervescencia social, política y jurídica en nuestro país, que sin lugar a duda requieren de una gran voluntad de los diferentes órdenes de gobierno para que a través de sus instituciones implementen legal y formalmente los mecanismos jurídico-administrativos que posibiliten su funcionamiento, lo que ya hemos podido observar en las más de las veces, ¡no resulta fácil!, máxime que, como todo sistema, debe articularse de manera armoniosa, poniendo a salvo los derechos de todos los ciudadanos, incluyendo quienes nos representan y los encargados de hacer eficaz la implementación del SNA.

## II. CONSIDERACIONES PERTINENTES DEL SNA

Partimos así del supuesto de definir qué es el Sistema Nacional Anticorrupción: busca ser una instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno para la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos.

Uno de los fines del SNA es convertir la corrupción en un acto de alto riesgo y de bajos rendimientos.



En mi opinión, el SNA como tal está diseñado, en primer lugar, para evitar que ocurra la corrupción, más que para depender de las penas que se impongan después de que se haya dado el acto corrupto. Es decir, uno de los objetivos del Sistema es combatir las causas que dan origen a la corrupción.

- Como ya se ha referido anteriormente, en el ámbito internacional el antecedente del Sistema se da a finales del siglo pasado, siendo uno de los elementos más significativos el atender al cumplimiento de los convenios

internacionales que el Estado mexicano tiene suscritos en materia de combate a la corrupción.

La Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, y sus documentos relacionados (26 de julio de 1999).<sup>186</sup> Fue adoptada por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997. Donde se considera que todos los países comparten la responsabilidad de combatir el cohecho en las transacciones comerciales internacionales.

La Convención Interamericana contra la Corrupción (6 de marzo de 1997), que se llevó a cabo el 29 de marzo de 1996 en Caracas, Venezuela, donde los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) adoptaron la Convención Interamericana contra la Corrupción, que entró en vigor el 6 de marzo de 1997.<sup>187</sup>

Es de resaltar que esta convención es el primer instrumento jurídico internacional en su tipo. Reconoce expresamente la trascendencia internacional de la corrupción y la necesidad de contar con un instrumento que promueva y facilite la cooperación entre los países para combatirla. Los propósitos de esta Convención son:

- La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción).<sup>188</sup>

<sup>186</sup> Entre ellos la “Recomendación del Consejo Sobre Cohecho y Créditos Oficiales para la Exportación Adoptada por el Consejo”, del 14 de diciembre de 2006.

<sup>187</sup> Suscrita en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996.

<sup>188</sup> Aquí es necesario hacer remembranza a diversos instrumentos internacionales.

Las resoluciones de las Naciones Unidas:

La finalidad de la presente Convención es: *a)* promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; *b)* promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; *c)* promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.<sup>189</sup>

Es menester hacer alusión como precedente de la misma, al Consenso de Monterrey, aprobado por la Conferencia Inter-

- Resolución 55/61, del 4 de diciembre de 2000, en la que estableció un comité especial encargado de negociar un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción.
- Resolución 55/188, del 20 de diciembre de 2000, en la que invitó al Grupo Intergubernamental de Expertos de composición abierta, que debía constituirse de conformidad con lo dispuesto en la resolución 55/61.
- Resoluciones 56/186, del 21 de diciembre de 2001, y 57/244, del 20 de diciembre de 2002, relativas a la prevención de las prácticas corruptas y de la transferencia de fondos de origen ilícito, la lucha contra ellas y la repatriación de esos fondos a sus países de origen.
- Resolución 56/260, del 31 de enero de 2002, en la que pidió al Comité Especial encargado de negociar una convención contra la corrupción que concluyera su labor para fines de 2003.
- Resolución 57/169, del 18 de diciembre de 2002, México.
- Resolución 2001/13 del Consejo Económico y Social, de 24 de julio de 2001, titulada “Fortalecimiento de la cooperación internacional para prevenir y combatir la transferencia de fondos de origen ilícito derivados de actos de corrupción, incluido el blanqueo de capitales, así como para repatriarlos”.
- Reunión preparatoria oficiosa del Comité Especial encargado de negociar una convención contra la corrupción, Buenos Aires, de diciembre de 2001.
- Consenso de Monterrey, aprobado por la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, celebrada en Monterrey (México) de marzo de 2001.
- La Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, aprobada por la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Johannesburgo (Sudáfrica) del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002, párrafo 19, en el que se declaró que la corrupción representaba una amenaza para el desarrollo sostenible de la población.

<sup>189</sup> Resolución 58/4 de la Asamblea General, del 31 de octubre de 2003, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, p. 7.

nacional sobre la Financiación para el Desarrollo, celebrada en Monterrey, México, del 18 al 22 de marzo de 2002, en el que se subrayó que la lucha contra la corrupción a todos los niveles era una cuestión prioritaria. En el resolutivo cuatro se estableció el compromiso de alcanzar las metas convenidas y adoptar políticas racionales, promover una buena gestión pública en todos los niveles y respetar el Estado de derecho.<sup>190</sup>

De la misma forma, en el resolutivo nueve se estableció el compromiso común de trabajar para alcanzar un futuro mejor, para lo cual se debería defender y respetar la Carta de las Naciones Unidas y apoyar los valores de la Declaración del Milenio, comprometiéndose a promover sistemas económicos nacionales y mundiales basados en los principios de justicia, equidad, democracia, participación, transparencia, responsabilidad e inclusión.<sup>191</sup> Tal como lo han dicho diversos especialistas y ha sido la postura oficial del Senado.

El Sistema Nacional Anticorrupción es el resultado de la suma de factores internos y externos lo que representa la oportunidad, tal como lo decía Aristóteles, para contener esos impulsos por abusar del ejercicio del poder público. Es necesario construir un dique que contenga los excesos de los servidores y funcionarios públicos.<sup>192</sup>

Dentro de esos factores de carácter endógeno, podemos decir que uno de los elementos que contribuyeron a su establecimiento deriva del ámbito exterior.

### III. ANTECEDENTES DEL SNA

El tema de la corrupción en México y en el mundo, infortunadamente no es un tema novedoso. De hecho, es un tema ya añejo,

<sup>190</sup> Proyecto de documento final de la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, Monterrey, México, 18 al 22 de marzo de 2002.

<sup>191</sup> *Idem*.

<sup>192</sup> *Ética Nicomaquea*.

y que hoy ocupa la agenda de organismos gubernamentales de carácter mundial y organizaciones internacionales de la sociedad civil y de muchas empresas a nivel global que buscan hacer frente a los factores generadores y sus consecuencias de la corrupción.

Si bien se han logrado avances regulatorios notables, tanto a nivel local como a nivel global, también es cierto que cada vez se descubren esquemas más sofisticados para llevar a cabo actos de corrupción.

Hoy el mundo se encuentra dividido en dos polos, uno conformado por países y organismos internacionales que empujan y fomentan medidas más severas para prevenir y combatir la corrupción, y otro, conformado por los países, generalmente en vías de desarrollo, que enfrentan retos importantes no sólo respecto a la falta de legislación en materia anticorrupción sino en la falta de aplicación de ésta.<sup>193</sup>

#### IV. ELEMENTOS INTERNOS DENTRO DE LA LEGISLACIÓN MEXICANA, QUE POSIBILITARON EL SURGIMIENTO DEL SNA

El 26 de febrero de 2015, la Cámara de Diputados federal aprobó, por mayoría, el decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para crear SNA.

La reforma modifica catorce artículos de la Constitución, y tiene la finalidad de combatir la corrupción y reconstruir la confianza de la sociedad en las instituciones.

<sup>193</sup> Es importante para nuestro Estado-nación, tomar una postura formal con relación al lugar que ocupa nuestro país en el ranking mundial de la corrupción. Según las últimas encuestas de Transparencia Internacional, México ha escalado posiciones de manera consecutiva tanto en 2017 como en este año, dentro de los países más corruptos, al pasar del lugar 129 al nada honroso lugar 135 de un total de 180 países. En niveles equiparables a República Dominicana, Honduras, entre otros. Y por debajo de Brasil y Argentina, que se ubican por debajo de las posiciones 97 y 86, respectivamente. Informe de Transparencia Internacional, febrero de 2018.

Esta reforma se consideró como un parteaguas de la reforma constitucional en materia de gasto público del 7 de mayo de 2008, pues hace obligatoria la observancia de los principios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez, para el ejercicio del gasto público.

Posteriormente, con la reforma constitucional en materia anticorrupción, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de mayo de 2015, se estructura el SNA, en la que, entendida en términos generales, se distribuyeron y otorgaron facultades en la propia Constitución; además, generó reformas a diversas leyes federales y locales, y ordenó la expedición de legislación federal nueva y creó nuevas instituciones para combatir la corrupción.

Con la creación del Sistema Nacional Anticorrupción se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de julio de 2016, una serie de leyes secundarias, de las cuales cuatro fueron leyes de nueva creación y tres reformadas.

## V. MARCO JURÍDICO DEL SNA

A) Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción. Esta ley se creó para establecer las bases de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, los municipios y las alcaldías de la Ciudad de México para el funcionamiento del SNA.

B) Ley General de Responsabilidades Administrativas. Esta también es una ley nueva, que establece las competencias de los órdenes de gobierno para establecer las responsabilidades, obligaciones y sanciones de los servidores públicos por los actos u omisiones en que incurran.

C) Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Esta ley se creó para establecer la integración, organización, atribuciones y funcionamiento del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Además, la Ley establece que el TJFA es un órgano jurisdiccional con autonomía para emitir sus fallos y con jurisdicción plena. El TFJA forma parte del SNA.

En el caso particular de las entidades federativas, la obligación de adecuar su marco constitucional y jurídico estableció la obligatoriedad para los congresos de que a un año del arranque del SNA, ninguna entidad había logrado la conformación al cien por ciento del sistema local y de fiscalización.

Sólo quince de las 32 entidades habían armonizado los objetivos de la ley general con la legislación local, mientras que el resto lo ha hecho de manera parcial, de acuerdo con los resultados del “Diagnóstico sobre el grado de armonización de las leyes de los sistemas estatales anticorrupción respecto de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción”, realizado por la Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional.

La armonización de los objetivos de la ley general como los mecanismos de coordinación, emisión de políticas integrales, directrices para la generación de políticas, organización y funcionamiento del sistema, entre otras, sólo habían sido aplicados de manera satisfactoria en las leyes locales de Aguascalientes, Baja California, Colima, Chiapas, Ciudad de México, Durango, Guerrero, Jalisco, Michoacán, Nayarit, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz y Yucatán.

El resto de las entidades lo habían hecho de manera parcial: Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Chihuahua, Guanajuato, Hidalgo, Estado de México, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Tlaxcala y Zacatecas.

Mientras que el aspecto de mayor retraso en la mayoría de las entidades lo era en la conformación del sistema estatal de fiscalización, que debería estar integrado por la auditoría local, la secretaría de control interno local y representación municipal.

Y los estados tenían la obligación de emitir dichas disposiciones y modificar sus leyes, a efecto de posibilitar la implementación y puesta en funcionamiento de los sistemas locales y municipales.

Actualmente, y de conformidad con el resumen del seguimiento a la conformación de los sistemas locales anticorrupción que realiza el secretariado técnico del Sistema Nacional Anticorrupción, la mayoría de las entidades federativas han dado

cumplimiento tanto a la armonización legislativa como a la integración de su comité coordinador, quedando pendientes de armonizar en su totalidad su legislación tanto el gobierno de la Ciudad de México como el estado de Nuevo León. En cuanto a la integración de su comité coordinador, Chiapas presenta un avance medio al respecto, y el gobierno de la Ciudad de México está pendiente de nombrar plenamente a su comisión de selección.<sup>194</sup>

## VI. EL SNA A NIVEL ESTATAL (EL CASO DEL ESTADO DE MÉXICO)

En el caso particular del Estado de México, a poco más de un año de la entrada en vigor de la Ley que crea el Sistema Estatal Anticorrupción, después de revisar detalladamente el ordenamiento estatal, vemos que presenta diferencias, respecto de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, en dos de los tres grandes rubros analizados como a continuación se detalla:

### 1) Disposiciones generales

Difiere en los objetivos de la Ley, al adicionar los de establecer las bases para incentivar entre la ciudadanía el uso del sistema de denuncias públicas de faltas administrativas y hechos de corrupción, así como el de mecanismos que permitan dar cuenta del cumplimiento de los principios que rigen el servicio público.

### 2) Mecanismos interinstitucionales y herramientas de coordinación

En lo que se refiere al sistema estatal de fiscalización, éste se plantea de una forma análoga al del ordenamiento federal; las

<sup>194</sup> Resumen del Seguimiento de los Sistemas Locales Anticorrupción (actualización al 8 de mayo de 2020), disponible en: [https://sna.org.mx/wp-content/uploads/2020/05/Seguimiento\\_32SLA\\_08\\_05\\_2020.pdf](https://sna.org.mx/wp-content/uploads/2020/05/Seguimiento_32SLA_08_05_2020.pdf)

diferencias más notables se dan en sus integrantes, al añadir al Contralor del Poder Legislativo tanto como miembro del Sistema como de su comité rector.

De igual manera, establece una Plataforma Digital Estatal de forma análoga a la del ordenamiento federal respecto de la Plataforma Digital Nacional.

Finalmente, respecto de la incorporación de los municipios al sistema estatal, el ordenamiento incluye un capítulo específico, en el cual se detalla la conformación de los sistemas municipales anticorrupción.

Estos sistemas municipales replican, aunque de una forma simplificada, tanto en funciones como en su integración, a los sistemas nacional y estatal. No contemplan un sistema municipal de fiscalización o una plataforma digital municipal, pero sí su coordinación con dichos mecanismos a nivel estatal.

Tampoco se considera el nombramiento de un secretario técnico, pero sí la conformación de un Comité de Participación Ciudadana y un Comité Coordinador Municipal.

El primero integrado por tres ciudadanos, y el segundo, por el titular de la contraloría municipal, el titular de la unidad de transparencia y acceso a la información del municipio, y un integrante del Comité de Participación Ciudadana, quien lo presidirá.

En términos de atribuciones, responsabilidades y remuneraciones, el ordenamiento estatal resulta equivalente al federal.

De manera gráfica, a continuación podemos apreciar aspectos del SAEM:

### Sistema Estatal Anticorrupción

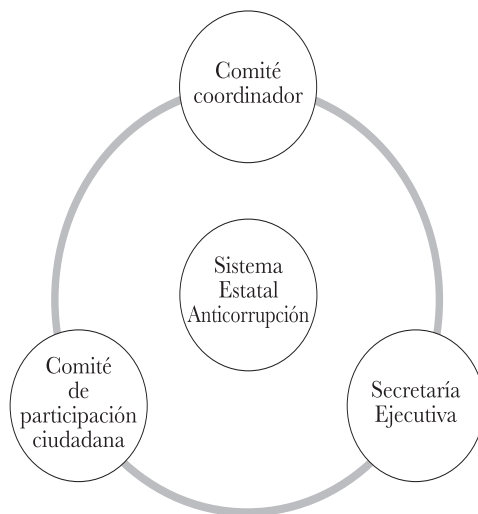
Es la instancia de coordinación entre las autoridades para:

|          |          |           |
|----------|----------|-----------|
| Prevenir | Detectar | Sancionar |
|----------|----------|-----------|

- Faltas administrativas y hechos de corrupción
- Fiscalizar y controlar los recursos públicos
- Emitir políticas públicas integrales para combatir la corrupción

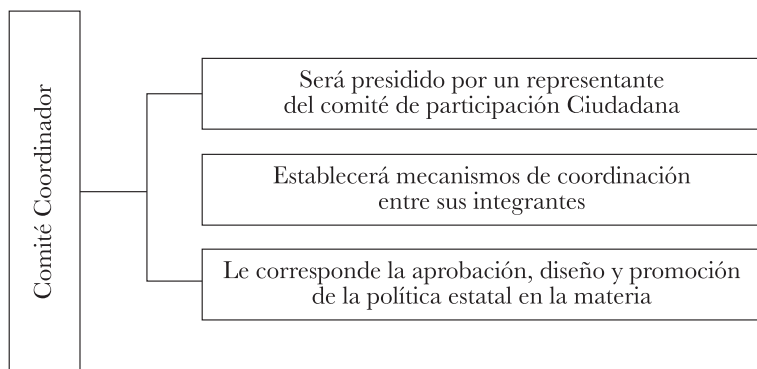
En su articulación la integración quedó de la siguiente manera:

### Integración del Sistema Estatal Anticorrupción



Actualmente, y una vez que ha sido consolidada su integración, el Comité Coordinador realiza las acciones necesarias para cumplir con su correcto funcionamiento, pues de acuerdo con la normatividad que rige su actuar:

Es la instancia responsable de establecer los mecanismos de coordinación entre los integrantes del Sistema Estatal y Municipal Anticorrupción y tendrá bajo su encargo el diseño, promoción y evaluación de políticas y programas de combate a la corrupción.



A casi dos años de la entrada en vigor del Sistema Estatal Anticorrupción, podemos observar que aún falta por dar cumplimiento pleno a lo establecido en la Ley del Sistema Anticorrupción del Estado y Municipios; de su funcionamiento se han derivado algunas adecuaciones a la citada Ley, por la legislatura local, para consolidar y dar cumplimiento a la misma, en materia de responsabilidades administrativas y patrimonial de los servidores públicos, pero hace falta incorporar algunos mecanismos de coordinación de manera homologada al sistema nacional; sin embargo, aún no se da cumplimiento pleno a la Ley, y menos se han consolidado los sistemas municipales. Tal como se desprende del informe 2018-2019 del Sistema Estatal Anticorrupción, se ha avanzado en la estructura interna y funcional del mismo, se han emitido algunos lineamiento generales para la integración de códigos éticos de los organismos que integran los tres pode-

res estatales y en el ámbito municipal se ha dado seguimiento al cumplimiento de la Ley para la integración y puesta en funcionamiento de sus sistemas municipales; también se han realizado cursos, talleres y guías respecto a la competencia, procedimientos y acciones de coordinación, y se han suscrito convenios interinstitucionales para coadyuvar en los diferentes aspectos previstos por el sistema.<sup>195</sup>

En mi opinión, creo que han quedado de lado algunos objetivos principales, como son la ciudadanización plena de dicho sistema, así como su autonomía funcional, pues depende de un presupuesto prorrateado por el Ejecutivo, al no tener una autonomía constitucional plena. De igual manera, le hace falta contar con atribuciones plenas de carácter procedimental y acciones que al corresponderle a los entes responsables del control y fiscalización le hacen perder eficacia, pues parece que únicamente es un órgano de concentración de información, incluso en la ley sus recomendaciones no son vinculantes, razón por la cual se debe seguir impulsando su consolidación tanto en el ámbito constitucional como legal, para que se constituya en un eficaz sistema anticorrupción.

## VII. EL SNA EN EL ÁMBITO MUNICIPAL

Aunque no en todas las entidades de la República mexicana se estableció la posibilidad de la implementación de los sistemas municipales anticorrupción, en el caso particular del Estado de México, como lo mencionamos anteriormente, se creó la Ley del Sistema Anticorrupción del Estado y Municipios, la cual da vida a los sistemas municipales anticorrupción, y conforme al avance de cumplimiento, ya ha fenecido el término para su implementación de

<sup>195</sup> Comité Coordinador del Sistema Estatal Anticorrupción, Informe Anual, 2018-2019, Secretaría Ejecutiva del Sistema Anticorrupción del Estado de México y Municipios. [https://sesaemm.gob.mx/sites/sesaemm.gob.mx/files/files/informes/Informe\\_Anual\\_Comite\\_Coordinador\\_2019\\_y\\_Anexos.pdf](https://sesaemm.gob.mx/sites/sesaemm.gob.mx/files/files/informes/Informe_Anual_Comite_Coordinador_2019_y_Anexos.pdf).

acuerdo con la Ley, aún no se da cumplimiento al cien por ciento. Del Informe Anual del Comité, Coordinador del Sistema Estatal Anticorrupción, 2018-2019, la Secretaría Ejecutiva, da cuenta del cumplimiento por parte de los municipios en la implementación de su Sistema Municipal Anticorrupción (SMA).

- 35 municipios cuentan ya con su Sistema Municipal Anticorrupción.
- 3 municipios cuentan con su comisión de Selección Municipal.
- 6 municipios tienen ya su Comité de Participación Ciudadana.
- 79 municipios sin evidencia que acredite la implementación del SMA.<sup>196</sup>

## VIII. EL SAM DE TOLUCA

De acuerdo con el Informe del Comité Coordinador del Sistema Estatal Anticorrupción, El Municipio de Toluca, capital del Estado de México, fue de los primeros municipios en conformar su Comité de Participación Ciudadana del Sistema Municipal Anticorrupción, luego de que la Comisión de Selección del Sistema Municipal Anticorrupción de Toluca realizó el procedimiento para designar los integrantes del Comité de Participación Ciudadana, en sesión de cabildo del 13 de mayo de 2018, rindieron protesta: David Arroyo Estrada, Jesús Flores Tapia e Hiram Raúl Peña Libién como integrantes por uno, dos y tres años, respectivamente, de dicho órgano anticorrupción, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 69, 73 y 8º transitorio de la Ley del Sistema Anticorrupción del Estado de México y Municipios, lo que posicionó a la capital del Estado de México a la vanguardia en transparencia, rendición de cuentas y combate a la corrup-

<sup>196</sup> Avances Municipales, Informe Anual del Comité Coordinador del Sistema Estatal Anticorrupción 2018-2019, p. 83.

ción. Incluso, el 17 de febrero de 2019, y una vez cumplidos los periodos de alguno de sus integrantes, se actualizó la integración del órgano rector del Sistema Municipal Anticorrupción.

Una vez realizado un breve análisis en retrospectiva, del cumplimiento a la implementación del SNA en los ámbitos federal, estatal y municipal, podemos afirmar que aún hay tareas pendientes para posibilitar su consolidación, y más aún hace falta dotar de mayores instrumentos constitucionales y legales que garanticen la correcta articulación del sistema, en todos los órdenes gubernamentales.

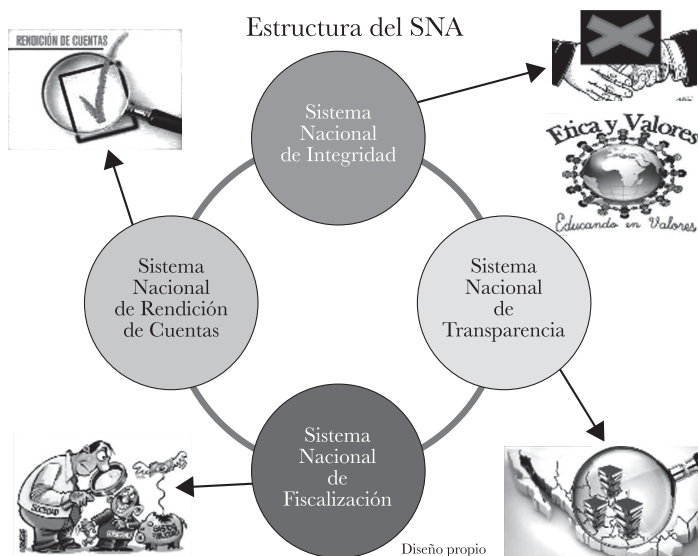
## IX. OBJETIVO DEL SNA

Su principal objetivo es ser una instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno para la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos.

Es de resaltar que, como tal, el sistema está diseñado, en primera instancia, para evitar que ocurra la corrupción, más que para depender de la aplicación de las penas y sanciones, posteriores a la realización de la conducta que se haya dado por parte del servidor público y que haya derivado en un acto de corrupción.

## X. EL NUEVO PARADIGMA DE LAS RESPONSABILIDADES PÚBLICAS Y SU ESTRUCTURA

Uno de los fines más anhelados por el SNA es “convertir y revertir los efectos de la corrupción en un acto de alto riesgo y de bajos rendimientos”, buscando con ello el establecimiento de un nuevo paradigma de las responsabilidades públicas.



La ilustración nos permite observar cómo cada uno de los pilares en que se sustenta el SNA está diseñado para fortalecer sus acciones y permitir, así, alcanzar el cumplimiento eficaz de sus objetivos.

Una vez consolidada la instrumentación y puesta en funcionamiento del SNA, éste debe encauzar todos sus esfuerzos para procurar alcanzar todos y cada uno de los siguientes objetivos que se describen a continuación, para consolidar el combate a la corrupción y la implementación de una nueva cultura de las responsabilidades públicas que nos permitan avanzar hacia una sociedad con instituciones éticas y moralmente más justas.

Las tareas que se derivan de su implementación se deben orientar a que:

- 1) El SNA debe garantizar su eficacia mediante el funcionamiento adecuado de su Comité Coordinador el cual se encuentra integrado por los titulares de la Auditoría Superior de la Federación, de la Fiscalía anticorrupción, el

titular de la Secretaría de la Función Pública, el presidente del Tribunal Federal de Justicia Federal Administrativa, el comisionado presidente del INAI, un representante del Consejo de la Judicatura Federal y otro del Comité de Participación Ciudadana, quienes deben buscar día con día el cumplimiento de su objetivo, que es combatir la corrupción en nuestro país.

- 2) La Auditoría Superior de la Federación cuenta con la facultad de realizar auditorías en tiempo real, es decir, durante el ejercicio fiscal en curso (derivado de denuncias) y para investigar y sancionar de manera oportuna posibles actos de corrupción. También puede hacer auditorías sobre posibles actos irregulares cometidos en ejercicios fiscales anteriores y sancionarlos previo desahogo del procedimiento respectivo.
- 3) La propia ASF debe poner en práctica las facultades que tiene para fiscalizar los recursos transferidos a los estados a través de “participaciones federales”. Esto le permite fiscalizar todo el gasto público y realizar las observaciones o fincar los procedimientos de responsabilidad en caso de encontrar irregularidades, lo que antes no podía.
- 4) Al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJA) se le dotó de plena autonomía para dictar sus fallos, imponer las sanciones a los servidores públicos por las responsabilidades administrativas que la ley determine como graves y a los particulares que participen en actos vinculados con ello. Con lo anterior se busca hacer efectivo el procedimiento sancionatorio de manera oportuna, para combatir la impunidad.
- 5) Con la ampliación del plazo de prescripción a siete años por las faltas administrativas graves, se debe garantizar el fincamiento pleno de las responsabilidades y, en consecuencia, aplicación de las sanciones a quienes incumplan con sus responsabilidades legales, y no se haga uso del recurso metalegal de que la prescripción sea transexenal,

acabando con ello la impunidad al evitar posibles evasiones de responsabilidad.

- 6) Contra el conflicto de interés, se debe hacer realidad que los servidores públicos presenten de manera obligatoria, bajo protesta de decir verdad, su declaración patrimonial y de intereses ante las autoridades competentes. La “Ley 3 de 3” debe ser un instrumento de control que permita y garantice una investigación más eficaz y/o en su caso una acción procedimental, de las conductas que deriven en el enriquecimiento ilícito, o inexplicable; y en caso necesario, sancionar eficazmente dichas conductas; contribuyendo así a la consolidación de una nueva cultura de la legalidad y responsabilidad pública por parte de servidores y funcionarios públicos.
- 7) El nombramiento del secretario de la Función Pública, ahora con la obligación de ser ratificado por el Senado, tiene como objetivo que quien ostente el cargo obedezca a intereses generales y superiores, como el bien común y el principio de legalidad, con absoluta imparcialidad, y cumpla cabalmente con su función sin presiones o recomendaciones ajenas.
- 8) Algo favorable y que contribuye a la consolidación del actual SNA, es que a los servidores públicos que incurran en actos de enriquecimiento ilícito de acuerdo con el procedimiento para determinar dicha conducta, se le puede seguir el procedimiento civil de extinción de dominio, que es independiente de la responsabilidad penal y administrativa en que incurra, garantizando así la posible reparación del daño ocasionado al Estado.
- 9) Las demás acciones que se deriven de la coordinación con otras áreas de control, fiscalización y penales.

El Cambio de Paradigma del antiguo  
al nuevo modelo  
de responsabilidades públicas

DE UN GOBIERNO:

Cerrado,  
Vertical,  
Opaco,  
Secreto,  
Corrupto  
y Autoritario



Abierto,  
Horizontal,  
Transparente,  
Accesible,  
Ético  
y Democrático

## XI. APUNTES PARA EL FORTALECIMIENTO DEL SNA

La ilustración anterior nos sugiere la posibilidad de establecer algunos apuntes tendientes a alcanzar la eficaz implementación del SNA en nuestro país, procurando con ello su eficacia al alcanzar sus objetivos principales. Aquí algunos de ellos:

- 1) Ya avanzado el SNA en su funcionamiento, podemos afirmar que poseemos actualmente mayor comprensión de su función y alcances, así como un nuevo sistema de responsabilidades públicas en México, y de mejor manera conocemos y entendemos los mecanismos del control existentes en la actualidad, a que se encuentran sujetos los servidores públicos, en una dualidad, responsabilidad-control que nos permita:
  - a) En primer lugar, el cumplimiento de las responsabilidades por parte de los servidores públicos.
  - b) En segundo lugar, en caso de incumplimiento, contar

- con medios de irreprochabilidad suficientes y eficientes para garantizar el cumplimiento de su responsabilidad y la aplicación de la sanción.
- c) Finalmente, es de resaltar que estamos ante una oportunidad como ciudadanos, no sólo ser pasivos observadores, sino también somos orientadores y revisores del actuar de los servidores públicos en los diferentes órdenes de gobierno de nuestro país, lo que nos permite de manera permanente buscar respuestas y soluciones a las varias incógnitas que el SNA plantea y contribuir así a su fortalecimiento, para abonar así al combate y reversión de la corrupción, impulsando el fortalecimiento del nuevo sistema de responsabilidades públicas, que tengan como paradigma no solamente la función disciplinaria y de legalidad, sino preponderantemente y dentro del marco de nuestra Constitución; garantice el control pleno de las responsabilidades públicas, como parte del control de constitucionalidad previsto en la carta magna, y, por tanto, contribuya a combatir la corrupción y establecer una nueva cultura de la moral y ética pública en México. Sabemos que el camino por recorrer es largo, y con no pocos obstáculos, pero debemos avanzar decididamente, pues esa será nuestra mejor opción a futuro.

## CAPÍTULO SÉPTIMO

### APUNTES PARA LA CREACIÓN DEL ÓRGANO CONSTITUCIONAL DEL CONTROL DE LAS RESPONSABILIDADES PÚBLICAS

#### I. APUNTES PRELIMINARES

A partir del análisis realizado en el devenir histórico del sistema de responsabilidades en nuestro país, hemos podido conocer, dentro del marco de la Constitución, los principios que dan origen a la naturaleza del sistema de responsabilidades, que contempla el Título IV de nuestra carta magna, de igual manera vemos cómo la función del control no es ni está desligada de la responsabilidad; esta dicotomía nos permite otear el horizonte y conocer más profundamente cuáles son estos principios de control contenidos en nuestro marco jurídico constitucional, así como qué se debe entender por responsabilidad, quiénes son los sujetos de responsabilidad y qué órganos y/o autoridades son las encargadas de la aplicación del procedimientos de responsabilidad.

También resulta necesario identificar y reasumir los principios básicos que contienen nuestras normas constitucionales, ya que no podemos desvincular nuestro actuar como servidores públicos de esos principios constitucionales básicos, pues en ellos se encuentran contenidas las aspiraciones de nuestro pueblo, por tanto, resulta de suma importancia construir un nuevo paradigma sobre el sistema de responsabilidades que haga efectivo lo preceptuado por nuestra carta magna.

Es por ello que debemos concebir como binomio ético-jurídico un *sistema de control de las responsabilidades* que haga eficiente

el cabal cumplimiento de las funciones y atribuciones asignadas por el Estado, a los órganos de la administración pública y, claro, garantice que quienes integran dichos órganos,<sup>197</sup> como responsables de cumplir y verificar el cumplimiento de las obligaciones de parte de quienes integran la propia administración pública, cumplan cabalmente con sus obligaciones, en un Estado constitucional, democrático y racional, procurando hacer efectivos los fines establecidos en la Constitución.

Para lograrlo debemos tener muy presente que la promesa que hace el servidor público lo compromete a cumplir con su cargo y hacer cumplir la Constitución y las leyes que de ella emanen.

En capítulos anteriores hice alusión a la necesidad de actuar a nivel educativo con la sociedad para reorientar los valores a fin de cambiar, en el largo plazo, las conductas individuales. La moralidad o la corrupción sucede en un determinado Estado de la sociedad, las medidas anticorrupción, en consecuencia, no pueden tener lugar en el vacío social y político, al contrario, la estructura social y política que define el grado de conflictividad y de porosidad hacia los valores va a condicionar los alcances de esas medidas.

En tal virtud, el avance contra la corrupción necesitará de una activa sociedad civil y de la presencia de órganos de control y fiscalización, porque se enfrenta a toda una estructura de intereses que es finalmente la matriz de los conflictos sociales; de esas situaciones conflictivas sobresale la idea de país y el compromiso que tiene la élite; la competencia entre las élites y el control y la participación de las masas en la política gubernamental. El modo como se concilien dichos conflictos marcará las reglas de la vida pública y creará las condiciones para un cambio positivo o negativo respecto a la sanción efectiva de las conductas delictivas.<sup>198</sup>

<sup>197</sup> Que son aquellos que la propia Constitución define como “servidores públicos”.

<sup>198</sup> Esto lo defino como el “círculo de responsabilidades”, el cual considero se da entre gobernantes y gobernados, en esa visión aristotélica de la responsabilidad.

La combinación ético-política es esencial porque si bien la política delibera sobre lo que es mejor o nocivo para el Estado, la ética modera los deseos de los hombres preocupándose por el bien general.

Cuando un Estado no se preocupa por cultivar y fomentar los valores en su personal, las actitudes antitéticas y de contravalores de éste invaden las actividades del Estado, generando un mundo de corrupción que afecta al desarrollo y la marcha de las instituciones.<sup>199</sup>

En otras palabras, las necesidades sociales, el tamaño de la conflictividad, el juego democrático, la correlación de fuerzas políticas y la experiencia en materia de control serán los factores decisivos para instaurar y operar con éxito los instrumentos para la vigilancia de los haberes públicos con el objetivo de hacer de nuestro país un campo donde impere el gobierno de la ley y se destierre el gobierno de los hombres.

## II. PROPUESTA DE CREACIÓN DE MECANISMOS CONSTITUCIONALES DE CONTROL DEL PODER PÚBLICO

En concordancia con María A. Bonnemaïson,<sup>200</sup> sustentó mi propuesta y retomo algunos de sus elementos. La Constitución mexicana de 1917 establece normas de control y equilibrio institucional a través de las limitaciones al ejercicio del poder y la garantía de que los órganos que lo representan se mantengan dentro del marco jurídico.

Con la finalidad de enlazar esos elementos que nos ayuden a comprender de manera objetiva ese sistema de controles, resaltamos la importancia que para el Estado de derecho tiene el apego

<sup>199</sup> Diego Bautista, O., *op. cit.*, pp. 30 y 31.

<sup>200</sup> Magíster en ciencia política e investigadora en el Centro de Estudios Políticos y Administrativos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo, Venezuela.

de la actividad pública al orden normativo integrador, que es la Constitución.

### 1. *Límites de la actividad del poder público*

El poder público es intrínsecamente limitado, pero solamente el poder controla al poder, así, la clave del ejercicio del poder reside en la autolimitación del poder, para lo cual se aplica un sistema de frenos y contrapesos que permite, tal como lo expresó Montesquieu en *L'Esprit des Lois* (1748): *le pouvoir arrête le pouvoir*. Se ha señalado que el aristócrata francés cargó más el acento sobre la idea del equilibrio que sobre la separación, precisamente como mecanismo de limitación y control del abuso del poder.

Cuando se atribuye una potestad es necesario asignar también reglas y limitaciones a dicha potestad para evitar desviaciones y para que se defina el marco de actuación del órgano investido de poder. En cuanto al poder público podemos hablar de dos grandes limitaciones o categorías de limitaciones: limitación a la separación de los poderes y limitación a la legalidad.

### 2. *La necesaria separación de funciones*

Radica en el fraccionamiento organizativo del aparato del Estado, según la naturaleza de las funciones a cumplir y los fines a alcanzar. El principio de separación de los poderes, o propiamente separación de funciones, se considera indispensable para asegurar la libertad de los ciudadanos, precisamente porque al fraccionarse, atribuyéndose su ejercicio a entes distintos, el poder en manos de cada uno se limita.

Se trata de un principio dogmático porque afirma la identidad absoluta entre la separación de poderes y el reconocimiento y garantía de la libertad, además es un principio institucional que a partir de la Constitución Norteamericana de 1787 ha servido

para distribuir las funciones del Estado entre órganos distintos, sin perjuicio de sus interrelaciones y colaboraciones.<sup>201</sup>

### 3. *La legalidad*

El rasgo que mejor define al Estado de derecho es la sujeción de todos sus actos a la ley, asegurándose así el imperio de ésta y el de la Constitución que como ley suprema excluye la existencia del poder arbitrario, de la prerrogativa, aun de una gran autoridad discrecional del gobierno.

Lo esencial del principio de legalidad es que es la ley y no los hombres los que gobiernan. El Estado de derecho es aquel que está sometido al imperio de ley y a la legalidad como orden superior que reconoce a la Constitución como norma suprema.

En virtud del principio de legalidad, el Estado se vale del derecho para organizarse, fijar los límites de la actuación de sus órganos y ejercer el control de los mismos, las funciones públicas sólo pueden ser ejercidas si están previstas en una norma y en la forma en que tal previsión se enuncia, y al mismo tiempo con las modalidades que le son asignadas.

El principio de legalidad distingue claramente la naturaleza de la actividad de los órganos públicos de la de los particulares: los órganos públicos están constreñidos a realizar sólo aquellas actividades que le son asignadas por una norma del ordenamiento jurídico formal, lo que se conoce como competencia. Para los particulares, en cambio, es posible llevar a cabo todo aquello que no esté expresamente prohibido por la ley, lo que se conoce como capacidad. El principio de legalidad, también llamado principio de competencia, atribuye facultades a los órganos públicos y regula su actuación de una manera rígida, por ello se considera una limitación al ejercicio del poder que representan.

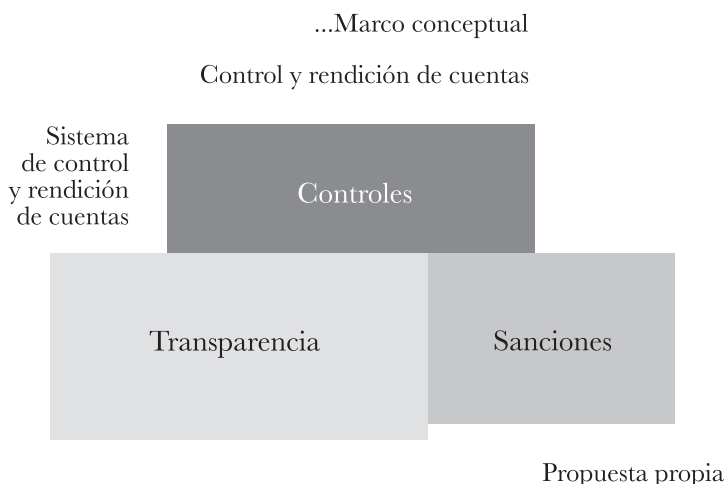
<sup>201</sup> Lucas Verdú, Pablo, *Curso de derecho político*, Madrid, Tecnos, 1977, p. 133.

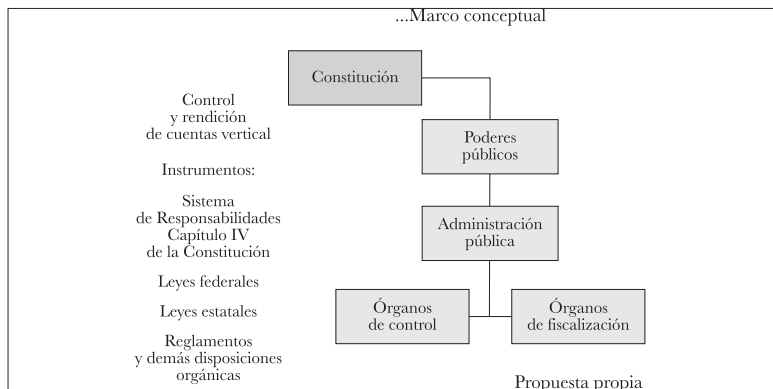
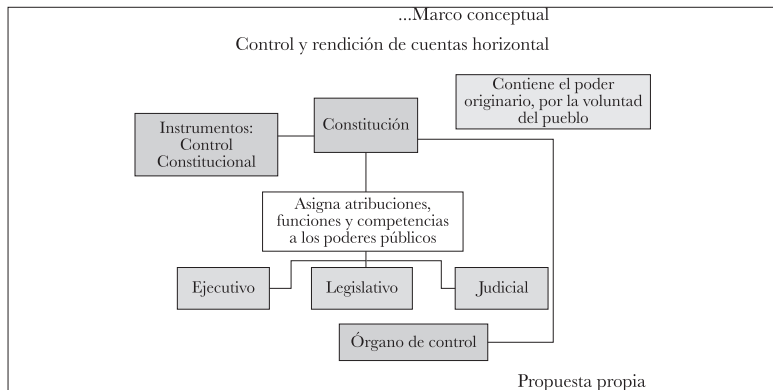
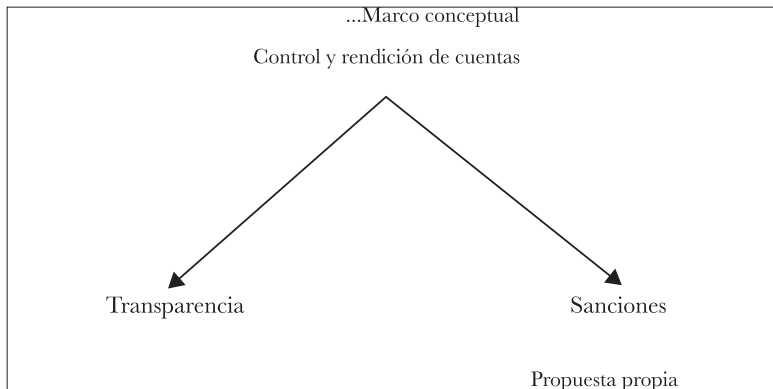
Por tanto, resulta necesario tener presente que el control debe ser entendido como un concepto jurídico-político-constitucional, que implica limitación específica al poder y es uno de los postulados fundamentales del Estado de derecho.

### III. REDISEÑO DEL SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDADES

Conviene en esta parte final enlistar algunos conceptos que, en este rediseño, serán parte medular para el planteamiento y comprensión del tema, los cuales son:

- Democracia
- Frenos y contrapesos
- División de poderes y vigilancia entre ellos
- Rendición de cuentas
- Transparencia
- Fiscalización superior





Así, el Estado, sus representantes y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública estarán obligados a rendir cuentas y enfrentar la responsabilidad en que incurran por violaciones a los derechos de los ciudadanos, como puede ser la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos o por las acciones u omisiones de sus servidores y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado debe garantizar el derecho de reprochabilidad en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas, debe ser responsable de garantizar el cumplimiento y reparar el incumplimiento de sus servidores públicos, para lo cual contará con medios de control que determinen la responsabilidad de quienes incumplan con dicha obligación.

Se debe construir un nuevo paradigma de la responsabilidad dentro de nuestros Estados modernos, pasar del actual paradigma judicial o de legalidad donde todo el ordenamiento jurídico está sujeto a la ley en sacrificio de la protección de los derechos sociales, porque no se sustentan en los principios de la Constitución, sino en la dura letra de la ley.<sup>202</sup>

Se debe avanzar al paradigma del “Estado constitucional responsable”, en el que las normas constitucionales no sean meramente declarativas y vinculantes, sino de efectiva e inmediata aplicación, así como garantizar su exigibilidad, incluyendo a los derechos sociales. Porque ahora se busca que los conflictos de los derechos sociales sean resueltos en un juicio de ponderación, por los representantes jurisdiccionales del Estado, para que se cumpla el deber máximo del Estado garantista, y así lograr el fin supremo del derecho, que es el de garantizar la convivencia social

<sup>202</sup> Cfr. Montero Lara, M., *El Estado constitucional y su influencia en la configuración de los derechos sociales*, Guayaquil, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, agosto de 2010.

y por ende la vigencia del propio Estado, utilizando como paradigma a la propia Constitución.

Debemos buscar nuevos elementos dentro del pensamiento clásico de los teóricos; por ejemplo, Max Weber siempre nos permite recordar que el conocimiento se mantiene vigente cuando se contextualizan situaciones o hechos actuales; en sus escritos sostiene que la experiencia tiende a demostrar universalmente que el tipo de organización administrativa puramente burocrática, es decir, la variedad monocrática de burocracia es, desde un punto de vista técnico, capaz de lograr el grado más alto de eficiencia y, en este sentido, es el medio formal más racional que se conoce para lograr un control efectivo sobre los seres humanos, es decir, superior a cualquier voluntad personal.<sup>203</sup>

Con ella finalmente es superior tanto en eficiencia como en el alcance de sus operaciones, y es formalmente capaz de realizar cualquier tipo de tareas administrativas.

Aunque existe una discusión sobre la vigencia de la teoría de la burocracia de Max Weber, es necesario recordar que la misma toma las bases del neokantianismo e historicismo jurídico, por tanto, la misma cobra vigencia en el presente, sobre todo al buscar referentes como los “tipos ideales” propuestos por Weber, los cuales, cabe mencionar, se han sujetado a interpretaciones realmente erróneas, aunque no ahondaremos al respecto, podemos afirmar que el propio Weber consideró a la burocracia como un tipo de poder y no como un sistema social. Un tipo de poder ejercido desde el Estado por medio de su clase en el poder, es decir, la clase dominante. Lo anterior nos hace pensar inmediatamente en los servidores públicos de todos los órdenes de gobierno que forman la administración pública.

Así podemos afirmar que el aparato organizador de la burocracia es el marco racional y legal donde se concentra la autoridad formal en la cúspide del sistema (Constitución). Los medios

<sup>203</sup> Max Weber y la teoría de la burocracia economía y finanzas, *www.elprisma.com/apuntes/.../maxweberburocracia/*.

de administración no son propiedad del administrador intermedio (servidor público). Sus competencias no están sujetas a herencia o venta, sino están enmarcadas en el orden constitucional supremo (atribuciones), y por ende se debe cumplir cabalmente con dichos postulados.

Aplicando lo anterior a nuestra propuesta es necesario construir un modelo que garantice la efectiva aplicación de la norma constitucional, que establezca los objetivos, metas y señale las atribuciones claras y precisas; que el servidor público tenga la autoridad suficiente para cumplir primero con sus obligaciones y después verificar el cumplimiento de los fines constitucionales de parte de los obligados a ello. Supeditando así su actuar a los fines del Estado constitucional, y en su caso establecer el sistema de control que impida la desviación del servidor público y en última instancia a través del sistema de responsabilidades, forzar al servidor público a cumplir con su obligación, garantizando con ello el cumplimiento de sus atribuciones y responsabilidades para alcanzar los fines y objetivos del Estado constitucional.

Al efecto, hoy más que nunca resulta necesario contar con una institución eminentemente de control de la responsabilidad que en su naturaleza tenga la de ser garante en la revisión de la función y actuar de entes y personas que cumplan con sus atribuciones, y en caso de no ser así, tenga la posibilidad de la reprochabilidad y la función sancionadora. Lo anterior dentro del marco constitucional que contempla el Título IV de nuestra Constitución vigente, que permita constreñir a todos los funcionarios o servidores públicos al cumplimiento eficaz, pertinaz y responsable de sus funciones.

El rediseño del sistema de control constitucional en materia de responsabilidades se concibe como el mecanismo jurídico por el cual se asegura el cumplimiento de las normas constitucionales, se invalidan las normas de rango inferior que no hayan sido hechas de conformidad con aquéllas.

El control de constitucionalidad tiene como fundamento el principio de supremacía constitucional, esto es que la Constitu-

ción de un país es la norma de mayor jerarquía a la cual deben sujetarse no sólo todos los mandamientos, sino también los actos administrativos y jurisdiccionales en general, entendiéndose por tales a cualquier acto emanado de la autoridad.

Según los órganos de control, y de conformidad al tema, éstos se clasifican en:

- Centralizado (o especializado): es el sistema ideado por Kelsen, es decir la supremacía constitucional. Algunos países lo han implementado exactamente como él lo propuso; otros ubicaron un tribunal constitucional dentro del Poder Judicial, algunos más se quedaron a mitad de camino y otorgaron la función de tribunal constitucional a un órgano ordinario del Poder Judicial, ya sea la Corte Suprema o alguna de sus salas, llamándola sala constitucional.
- Mixto: aunque compagina las ideas del sistema difuso y del concentrado, en estos sistemas todos los jueces resuelven las cuestiones de constitucionalidad en las acciones ordinarias con efectos interpartes, pero en ciertas acciones especiales, generalmente reservadas a ciertos órganos (presidente, fiscal general), van directamente al Tribunal Constitucional, cuya sentencia será *erga omnes*. O bien el Tribunal conoce por apelación en los aspectos constitucionales de los casos comunes, pero es primera instancia en las acciones generales de inconstitucionalidad.
- No judiciales: en algunos países, la desconfianza por la judicatura (conservadora, no electa popularmente) ha hecho que se entregue el control de constitucionalidad a otros entes, por ejemplo, Al Poder Legislativo, en ellos es el mismo Parlamento quien controla, o él a través de alguno de sus órganos. Se trata principalmente de naciones que sostienen la doctrina del “centralismo democrático”, donde el órgano más representativo del pueblo (Poder

Legislativo) es quien concentra mayor poder, prevaleciendo sobre los demás.

Y aunque hay debates vigentes respecto del control difuso de la constitucionalidad y la revisión de los órganos de control constitucional, sendas voces coinciden en señalar que no solamente se debe considerar la no aplicación de la norma ordinaria cuando ésta se opone al texto constitucional, sino también debe considerarse incluso a los límites y alcances de dicho modelo de control, pues debe comprender incluso a las autoridades administrativas, servidores públicos, en virtud de la protesta que deben rendir los funcionarios públicos conforme a la Constitución.

Por tanto, debemos seguir trabajando acerca del tema y considerar que una es la función de legalidad que se ventila ante los tribunales ordinarios y otra muy diferente es la función constitucional y la pertinencia de contar con un órgano que no sólo garantice la legalidad sino la función constitucional, que dé cuenta del actuar de los servidores públicos.

En ese entendido, el uso de los medios de control constitucional adquiere un papel determinante, para darle a la Constitución, y por ende a la ciudadanía, la oportunidad de contar con elementos de certeza y garantía que brinden claridad al actuar del aparato gubernamental y fije las normas de funcionamiento del sistema de control de la responsabilidad pública, que en otros tiempos eran definidas exclusivamente a través de otros procedimientos (principalmente políticos), pero que en la actualidad deben tener como horizonte la verticalidad del actuar de órganos y servidores públicos.<sup>204</sup>

Debemos impulsar la creación de un órgano constitucional lo suficientemente autónomo que controle el actuar de los servidores públicos, a fin de procurar el eficiente desempeño de los poderes y órdenes de gobierno, posibilitado por el adecuado funcionamiento del sistema de control de las responsabilidades públicas, con la participación de la ciudadanía. Que no esté vinculado ni con par-

<sup>204</sup> Bien podemos llamar a esto la “moralización del servicio público”.

tidos políticos, ni gobiernos, garantizando así su autonomía constitucional plena, que le dote de alta especialización y su función tenga como finalidad el logro de la eficiencia y eficacia de órganos y funcionarios en el cumplimiento del mandato ciudadano.

Por tanto, debemos abrir nuestra mente a nuevas formas de control que contrasten la realidad de las responsabilidades públicas, lo cual permita cambiar el paradigma imperante. Esto no será tarea fácil, sin embargo, debemos intentarlo día con día y ampliar el horizonte del sistema actual de responsabilidades, para garantizar así que si el individuo, en este caso (servidor público), se ha desviado de la norma (suprema o general), ajuste su conducta al precepto, aun por la fuerza, de ser necesario. Como podemos ver, en la actualidad ha sido rebasado este modelo, donde únicamente se contempla un mínimo de obligatoriedad conforme al contenido de la norma, ya que a nadie se le puede impedir que haga lo que no está prohibido por la ley, ni obligarle a hacer lo que ella no le manda.<sup>205</sup>

Sin lugar a duda, debemos retomar aspectos primigenios del derecho, donde se contemplan formas de conducta que los miembros de la colectividad deben asumir, y en caso de no hacerlo se les debe infringir un castigo por parte de la autoridad.

Vemos aquí que el bien tutelado que se protege es el orden que debe imperar en la comunidad.

Ante la presencia de acciones u omisiones, ya sean voluntarias o involuntarias en el cumplimiento del orden jurídico, resulta necesario dar vigencia a la teoría de la responsabilidad, estableciendo la obligación de la restitución del orden previamente establecido.

Como en su tiempo diría Aristóteles, busquemos que nuestros representantes se conviertan no sólo en buenos gobernantes, sino en hombres ejemplares que sirvan a los demás.

<sup>205</sup> El imperio de la ley y no la voluntad del hombre.

## CONSIDERACIONES FINALES

1. Ha quedado claro que en los pensadores clásicos podemos encontrar aportaciones en la búsqueda de nuevos paradigmas, por ejemplo, Max Weber nos permite recordar que el conocimiento se mantiene vigente cuando se contextualizan situaciones o hechos actuales, y refiere que la experiencia tiende a demostrar universalmente que el tipo de organización administrativa puramente burocrática se podría aplicar la teoría de la burocracia que él propone. El aparato organizador de ésta es el marco racional y legal donde se concentra la autoridad formal en la cúspide del sistema (Constitución), los medios de administración no son propiedad del administrador intermediario (servidor público), sus competencias no son sujeto de herencia o venta, sino que están enmarcadas en el orden constitucional supremo (atribuciones), por ende, se deben cumplir cabalmente con dichos postulados.

2. Es necesario rediseñar o construir un modelo que garantice la efectiva aplicación de la norma constitucional, que organice y otorgue atribuciones claras a su clase en el poder (servidores públicos) y que, con base en la eficiencia prevista en la propia norma constitucional, garantice el cumplimiento de las atribuciones y responsabilidades necesarias para poder alcanzar los objetos y fines del Estado constitucional.

3. Se debe propiciar la construcción teórica de un nuevo paradigma, el cual construya una nueva relación entre el Estado constitucional, donde las normas supremas no sean meramente declarativas, sino vinculantes, efectivas y de inmediata aplicación, garantizando así su exigibilidad a quienes están obligados a ello por la Constitución, generando un deber máximo del Estado garantista.

4. Se tiene que avanzar en la consolidación del fin supremo del derecho de garantizar la convivencia social y por ende la vigencia del propio Estado, utilizando como paradigma a la Constitución en la construcción del Estado responsable.

5. Hoy más que nunca resulta necesario contar con una institución eminentemente de control de la responsabilidad que en su naturaleza tenga la de ser garante en la revisión de la función y el actuar de entes y personas que cumplan con sus atribuciones, en caso de no ser así poder reprocharlo y cumplir con la función sancionadora. Lo anterior dentro del marco constitucional que contempla el Título IV de la Constitución, que permita constreñir a todos los funcionarios o servidores públicos al cumplimiento eficaz y pertinaz de sus responsabilidades.

6. Es necesario entender que, desde el ámbito constitucional, se concibe el mecanismo jurídico por el cual se asegura el cumplimiento de las normas constitucionales, mediante la certeza del cumplimiento responsable del servidor público de las atribuciones y obligaciones que la Constitución y las leyes que de ella derivan les asignan a los órganos de la administración pública en que se desarrollan, con el deber de actuar con estricto apego a las mismas, las conductas que no se realicen de conformidad con éstas, ya sea por acción u omisión, serán sujetas de responsabilidad, lo que garantiza así el cabal cumplimiento de las responsabilidades de los servidores públicos y la reprochabilidad en caso de incumplimiento.

7. Se debe impulsar la creación de un órgano constitucional autónomo que garantice el control responsable de los servidores públicos a fin de lograr un eficiente desempeño de los poderes y niveles de gobierno que permita la vigencia del nuevo paradigma del sistema de control de las responsabilidades públicas, cuya función tenga como finalidad el cumplimiento eficaz de los órganos y servidores públicos, derivados del mandato ciudadano.

8. Debemos priorizar el bien jurídico tutelado que se protege, que en este caso lo representa el orden que debe imperar en la

comunidad. Por tanto, debemos procurar que se sustente en todo momento el imperio de la ley y no la voluntariedad del hombre.

9. Resulta necesario contar con mecanismos de control más eficientes que inhiban conductas perniciosas en la administración pública y responsabilice a quien las comete, cierto es que esto no se dará de forma automática, ya que ni los mejores entramados constitucionales y legales aseguran el triunfo de las instituciones democráticas, ni el aprobar y decretar leyes garantiza su cumplimiento, por ello resulta indispensable revisar y reformular las reglas que rodean a las instituciones públicas, así como el grado de efectividad de los mecanismos y procedimientos en materia de responsabilidad y sus procesos al interior de éstas.

10. Es menester entender que nuestro marco jurídico constitucional quedaría incompleto si las entidades federativas de nuestro país no se ajustan al citado Título IV de la Constitución federal y fortalezcan esta función.

11. Nada más atinado que el pensamiento aristotélico que señala que llevar a cualquier persona a una disposición moral no es tarea para el primer venido al azar, antes bien, si es tarea propia de alguien lo será del que conozca la cuestión, como ocurre en la medicina y las demás artes que requieren una cierta solicitud y prudencia, pero sobre todo el convencimiento y la voluntad de servir a los demás.

12. Debemos tener muy presente que la promesa del servidor público al protestar cumplir con su cargo es cumplir y hacer cumplir con la Constitución y las leyes que de ella emanen, por tanto, hay que entender que el vínculo entre el servidor público y el pueblo es la Constitución; el servidor público debe tener claro que su compromiso no es con el partido, su jefe o su amigo, su compromiso es con el pueblo, en la medida de las condiciones y términos que establece la Constitución. Al igual que en los actos de constitucionalidad, se valida la legalidad de la misma manera, debe haber órganos que declaren que un servidor público debe ser confrontado con la constitucionalidad de su actuar, lo cual debe estar implícito en la propia Constitución, garantizando así su pleno cumplimiento.

13. Finalmente, en una visión integradora del pensamiento filosófico-jurídico, la interacción del binomio ética-política es esencial porque si bien la política delibera sobre lo que es mejor o nocivo para el Estado, la ética modera los deseos de los hombres preocupándose por el bien general. Cuando un Estado no se preocupa por cultivar y fomentar los valores en su personal, las actitudes antitéticas y de contravalores de éste invaden las actividades del Estado, generando un mundo de corrupción que afecta al desarrollo y la marcha de las instituciones.

14. En conclusión, y con otras palabras, podemos decir que en nuestra realidad actual, las necesidades sociales, el tamaño de la conflictividad, el juego democrático, la correlación de fuerzas políticas y la experiencia en materia de control serán los factores decisivos para instaurar y operar con éxito los instrumentos futuros y necesarios para la vigilancia de los haberes públicos, para hacer de nuestros países un campo donde impere la ley y no la voluntariedad personal, logrando así la consolidación de un Estado constitucional fuerte, democrático, eficiente, racional y con vocación humanista.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DE LUQUE, L., “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución Española”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 10, 1981.
- ARAGÓN, M., *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- ARAGÓN, M., “El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979.
- ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, Madrid, Ed. Aguilar, 1982.
- BODENHEIMER, E., *Teoría del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- BORJA, Rodrigo, *Derecho político y constitucional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991.
- BURGOA ORIHUELA, I., *Derecho constitucional mexicano*, 18a. ed., México, Porrúa, 2006.
- CARBONELL, M. (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2000.
- CÁRDENAS, Jaime y MIJANGOS, María de la Luz, *Estado de derecho y corrupción*, México, Porrúa-UNAM, 2005.
- CÁRDENAS, José Trinidad, *La contraloría y el control interno en México*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- CARMONA LARA, Ma. del C., *Código ético de conducta de los servidores públicos. Las responsabilidades administrativas en el ámbito regional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.
- CARRILLO FLORES, A., *Estudios de derecho administrativo y constitucional*, México, UNAM, 1987.

- CARPISO, J., *La Constitución de 1917*, 7a. ed., México, Porrúa, 1986.
- CARPISO, J. y MADRAZO, J. J., *Derecho constitucional*, México, IFE, 1993.
- CASTRO ESTRADA, A., *Responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 2006.
- CRESPO, J. A., *Fundamentos políticos de la rendición de cuentas*, México, ASF, núm. 1, Serie Cultura de la Rendición de Cuentas, 2001.
- Código Ético de Conducta de los Servidores Públicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Secretaría de la Contraloría General de la Federación, 1994.
- COSSÍO DÍAZ, J. R., *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, México, Fontanera, núm. 71, 2000.
- COSSÍO DÍAZ, J. R., *La interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, núm. 12, 2002.
- CHÁVEZ ALCÁZAR, M., *El servicio civil de carrera en la administración pública mexicana*, México, 1985.
- COVIÁN ANDRADE, M., *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, México, Centro de Estudios de Ingeniería Política Constitucional, 2001.
- COVIÁN ANDRADE, M., *¿Cómo transformar el sistema político sin reformar el Estado social?*, México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, 2008.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, que reforma la del 5 de febrero de 1857, texto conforme al *Diario Oficial*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Cuarta Época, t. V, núm. 30, 5 de febrero de 1917.
- DELGADILLO GUTIÉRREZ, L. H., *Sistema de responsabilidades de los servidores públicos*, México, Porrúa, 2005.
- Diccionario de la lengua española*, 21a. ed., Madrid, Real Academia Española-Espasa, 1992, 2000 y 2001.
- Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa, 1987.
- DIEGO BAUTISTA, O., *Necesidad de la ética pública*, México, Universi-

- dad Autónoma del Estado de México, Centro de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades-Asociación Nacional de Contralores del Poder Legislativo-Poder Legislativo del Estado de México, cuaderno 1 de la serie Cuadernos de Ética para los Servidores Públicos, agosto de 2009.
- DIEGO BAUTISTA, O., *Fundamentos éticos para un buen gobierno*, México, Universidad Autónoma del Estado de México, Centro de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades-Asociación Nacional de Contralores del Poder Legislativo-Poder Legislativo del Estado de México, serie Cuadernos de Ética para los Servidores Públicos, 2009.
- Enciclopedia jurídica mexicana*, II, letra C, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- ESMEIN, Adhémar, *Elementos de derecho constitucional comparado francés*, Madrid, Tecnos, 1985.
- FERRAJOLI, L., *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- FERNÁNDEZ DELGADO, M. A. y SOBERANES FERNÁNDEZ, J. L., *Código ético de conducta de los servidores públicos. Antecedentes históricos de la responsabilidad de los servidores públicos en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.
- FERNÁNDEZ RUIZ, J., *Derecho administrativo*, México, McGraw-Hill, 1997.
- FIX-ZAMUDIO, H., *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa, 2005.
- FIX-ZAMUDIO, H., *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984.
- FOUCAULT, M., *El orden del discurso*, México, Fábula Tus Quets, 2009.
- GALEOTTI, S., voz “La garanzia costituzionale (presupposti e concetto)”, *Enciclopedia del Diritto*, 1969, t. XVIII.

- GARCÍA MARÍN, J. M., *El oficio público en Castilla durante la Baja Edad Media*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987.
- GARCÍA MORILLO, J., “Aproximación a un concepto del control parlamentario”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Madrid, núm. 10, 1986.
- GUASTINI, R., “Sobre el concepto de Constitución”, *Cuestiones Constitucionales*, México, 1999.
- HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998.
- HANS, K., *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1993.
- HANS, K. *Qué es la teoría pura del derecho*, 7a. ed., México, Fontamara, 1999.
- HARO BÉLCHEZ, G., diplomado “Gestión integral de la función pública en México: profesionalización y transparencia”, *Boletín núm. 3001*, enero-mayo de 2007.
- HARO BÉLCHEZ, G., *Foro Iberoamericano sobre el Combate a la Corrupción*, Santa Cruz de la Sierra, CLAD-Agencia Española de Cooperación Internacional, 15 y 16 de junio de 1998, [www.clad.org/.../foro-iberoamericano-sobre-el-combate-a-la-corrupcion](http://www.clad.org/.../foro-iberoamericano-sobre-el-combate-a-la-corrupcion).
- HENESTROSA, Andrés, “Textos políticos. Benito Juárez García”, *Enciclopedia Popular*, México, Secretaría de Educación Pública, 1994.
- HERRERA PÉREZ, A., *Las responsabilidades administrativas de los servidores públicos*, México, Ed. Carsa, 1991.
- HERNÁNDEZ FIGUEROA, Adolfo, *El poder individual como fuente del transpersonalismo político*, México, CODHEM, abril de 1994,
- HOHFELD, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, 4a. ed., México, Fontamara, 1997.
- Informe Ejecutivo INCBG*, 2007, [www.transparenciamexicana.org.mx](http://www.transparenciamexicana.org.mx).

- JUÁREZ GARCÍA, B., *Textos Políticos* —5—, Andrés Henestrosa, Enciclopedia Popular, México, Secretaría de Educación Pública, 1944.
- JUÁREZ MEJÍA, G. H., *La constitucionalidad del sistema de responsabilidades administrativas de los servidores públicos federales*, México, Porrúa, 2004.
- LANZ CÁRDENAS, J. T., *La contraloría y el control interno en México*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- LARRAÑAGA, P., *El concepto de responsabilidad*, México, Fontamara, núm. 72, 2000.
- LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., trad. y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte, Buenos Aires-Barcelona, 1970.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *Curso de derecho político*, Madrid, Tecnos, 1977.
- LUHMANN, N., Lecciones publicadas por Javier Torres Navarrate, *Introducción a la teoría de sistemas*, México, Universidad Iberoamericana, colección Teoría Social, 2002.
- LUHMANN, N., *Poder*, México, Universidad Iberoamericana-Anthropos, 2005.
- MÁRQUEZ RÁBAGO, S. R., *Evolución constitucional mexicana*, México, Porrúa, 2002.
- Max Weber y la teoría de la burocracia economía y finanzas*, [www.elprisma.com/apuntes/.../maxweberburocracia/](http://www.elprisma.com/apuntes/.../maxweberburocracia/).
- MIJANGOS BORJA, Ma. de la L., “Control del gasto público”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XXIX, núm. 87, septiembre-diciembre de 1996.
- MONSERRIT ORTIZ SOLTERO, S., *Responsabilidades legales de los servidores públicos*, México, Porrúa, 2004.
- MONTERO LARA, M., *El Estado constitucional y su influencia en la configuración de los derechos sociales*, Guayaquil, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, agosto de 2010.

- MONTERO LARA, M., *Revista Jurídica de Derecho Público*, t. 3 de la publicación electrónica, 24 de agosto de 2010, [www.revistajuridicaonline.com/index](http://www.revistajuridicaonline.com/index).
- MORELOS Y PAVÓN J. Ma., *Sentimientos de la Nación*, Congreso Constituyente de Chilpancingo, 1913.
- MORLINO, L., “Calidad de la democracia. Notas para su discusión”, *Revista Metapolítica*, México, núm. 39, enero-febrero de 2005.
- NEGRI, A., *La forma-Estado*, Madrid, Akal, 2006.
- NIETO, S. y MEDINA PÉREZ, Y., *Control externo y responsabilidad de los servidores públicos del Distrito Federal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 1999.
- Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 1998.
- Oxford English Dictionary*, citado por Wills Herrera, Eduardo y Wiesner, Luis Roberto, *El apagón del sector eléctrico. El sistema frente a las negociaciones*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1996.
- OLIVERA TORO, J., *Manual de derecho administrativo*, 7a. ed., México, Porrúa, 1997.
- PEDROZA DE LA LLAVE, S. T., *El control del gobierno. Función del Poder Legislativo*, México, INAP, 1996.
- PEÑA FREIRE, A. M., *La garantía en el Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 1997.
- PÉREZ ARAUJO, G., *Max Weber y la teoría de la burocracia economía y finanzas*, 2010, [www.elprisma.com/apuntes/.../maxweberburocracia/](http://www.elprisma.com/apuntes/.../maxweberburocracia/).
- PINCIONE, G., voz “Responsabilidad”, en GARZÓN VALDEZ, Ernesto y LAPORTA, F., *El derecho y la justicia*, 2a. ed., Madrid, Trotta, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía 2000.
- POPPER, K., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Buenos Aires, Paidós, 1967, t. I.

- POPPER, K., *El problema del mito común, ciencia: problemas, objetivos y responsabilidad*, España, Paidós, 1997.
- POPPER, K., *La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento*, Barcelona-Buenos Aires, Paidós-SAICF, 1995.
- QUISBERT, E., *¿Qué es una Constitución política del Estado?*, La Paz, Bolivia, CED, 2007.
- ROBLES MARTÍNEZ, R., *El municipio*, México, Porrúa, 2004.
- ROBLES MARTÍNEZ, R., ponencia “Control de la Constitución” (inédito), 2009.
- SÁNCHEZ BRINGAS, E., *La responsabilidad en México. El presidente de la República y el sistema de responsabilidades*, [www.bibliojuridica.org/libros/5/2102/12.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2102/12.pdf).
- SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, O., *El sistema de responsabilidad de los servidores públicos y la supletoriedad procesal*, participación en la inauguración del ciclo de conferencias organizado por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo con motivo de la publicación de la nueva Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, 21 de mayo de 2002.
- SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1998.
- SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho administrativo, segundo curso*, 25a. ed., México, Porrúa, 2004.
- SOLARES MENDIOLA, Manuel, *La Auditoría Superior de la Federación: antecedentes perspectiva jurídica*, México, UNAM, 2004.
- TAMAYO Y SALMORÁN, R., *Introducción al estudio de la Constitución*, 2a. ed., México, Fontamara, 2002.
- TAMAYO Y SALMORÁN, R., *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, 2001.
- Transparency International, [www.transparency.org](http://www.transparency.org).

- Transparencia Mexicana, Informe ejecutivo, INCBG, 2010, *www.transparenciamexicana.org.mx*.
- TENA RAMÍREZ, F., *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1981.
- UGALDE, L. C., *La rendición de cuentas en los gobiernos estatales y municipales*, México, Auditoría Superior de la Federación, 2002.
- URIBE ARZATE, E., *El tribunal constitucional*, tesis de doctorado, México, UNAM, 2001.
- URIBE ARZATE, E., *El sistema de justicia constitucional en México*, México, H. Cámara de Diputados, LIX Legislatura-Universidad Autónoma del Estado de México-Miguel Angel Porrúa-Librero-Editor, 2006.
- URQUIJO MARILUZ, J. M., *Ensayo sobre los juicios de residencia indianos*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, 1952.
- VAN GIGCH, J. P., *Teoría general de sistemas*, México, Trillas, 2007.
- VARELA, SUANZES y CARPEGNA, J., “Algunas reflexiones metodológicas sobre la historia constitucional”, *Historia Constitucional* (revista electrónica), núm. 8, 2007, <http://hc.rediris.es/08/index.html>.
- VÁZQUEZ ALFARO, J. L., *El control de la administración pública en México*, México, UNAM, 1996.
- VÁZQUEZ ALFARO, J. L., *Evolución y perspectiva de los órganos de jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano (El marco conceptual para el estudio de la jurisdicción administrativa)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991.

### *Legislación*

- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México.
- Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado y Municipios.

*Páginas electrónicas*

<https://sna.org.mx/nosotros/>

[http://www.posgrado.unam.mx/filosofia/pdfs/Aristoteles\\_\\_Etica-a-NicomacoEtica-Eudemia-Gredos.pdf](http://www.posgrado.unam.mx/filosofia/pdfs/Aristoteles__Etica-a-NicomacoEtica-Eudemia-Gredos.pdf)

[https://www.transparency.org/files/content/pages/CPI\\_2018\\_Executive\\_summary\\_web\\_ES.pdf](https://www.transparency.org/files/content/pages/CPI_2018_Executive_summary_web_ES.pdf). Informe de Transparencia Internacional, febrero de 2018.

[https://sna.org.mx/wpcontent/uploads/2020/05/Seguimiento\\_32SLA\\_08\\_05\\_2020.pdf](https://sna.org.mx/wpcontent/uploads/2020/05/Seguimiento_32SLA_08_05_2020.pdf). Resumen del Seguimiento de los Sistemas Locales Anticorrupción, Actualización al 8 de mayo de 2020, Comité Coordinador del Sistema Estatal Anticorrupción, Informe Anual, 2018-2019, Secretaría Ejecutiva del Sistema Anticorrupción del Estado de México y Municipios.

[https://sesaemm.gob.mx/sites/sesaemm.gob.mx/files/files/informes/Informe\\_Anual\\_Coordinador\\_2019\\_y\\_Anexos.pdf](https://sesaemm.gob.mx/sites/sesaemm.gob.mx/files/files/informes/Informe_Anual_Coordinador_2019_y_Anexos.pdf). Avances Municipales, Informe Anual del Comité, Coordinador del Sistema Estatal Anticorrupción, 2018-2019, pág. 83.

[www.antorcha.net/biblioteca\\_virtual/derecho/lassalle/indice.html](http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/lassalle/indice.html).

[www.bibliojuridica.org/libros/5/2102/12.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2102/12.pdf).

[www.clad.org/.../foro-iberoamericano-sobre-el-combate-a-la-corrupción](http://www.clad.org/.../foro-iberoamericano-sobre-el-combate-a-la-corrupción).

<http://hc.rediris.es/08/index.html>.

[www.elprisma.com/apuntes/.../maxweberburocracia/](http://www.elprisma.com/apuntes/.../maxweberburocracia/).

[es.thefreedictionary.com/maravedis](http://es.thefreedictionary.com/maravedis).

[www.revistajuridicaonline.com/index](http://www.revistajuridicaonline.com/index).

[www.transparency.org](http://www.transparency.org)

[www.transparenciamexicana.org.mx](http://www.transparenciamexicana.org.mx).

*Otras*

Parte del Manifiesto Anticorrupción, suscrito por 40 organizaciones académicas y sociales, establecido en el punto de acuerdo de la Ley que crea del Sistema Nacional anticorrupción. <http://rendicióndecuentas.org.mx>

- Proyecto de documento final de la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, Monterrey, México, 18 al 22 de marzo de 2002.
- Recomendación del Consejo Sobre Cohecho y Créditos Oficiales para la Exportación Adoptada por el Consejo, del 14 de diciembre de 2006, suscrita en Caracas Venezuela, el 29 de marzo de 1996.

*Resoluciones de las Naciones Unidas*

- Resolución 55/61, de 4 de diciembre de 2000, en la que estableció un comité especial encargado de negociar un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción.
- Resolución 55/188, de 20 de diciembre de 2000, en la que invitó al Grupo Intergubernamental de Expertos de composición abierta, que debía constituirse de conformidad con lo dispuesto en la resolución 55/61.
- Resoluciones 56/186, de 21 de diciembre de 2001, y 57/244, de 20 de diciembre de 2002, relativas a la prevención de las prácticas corruptas y de la transferencia de fondos de origen ilícito, la lucha contra ellas y la repatriación de esos fondos a sus países de origen.
- Resolución 56/260, de 31 de enero de 2002, en la que pidió al Comité Especial encargado de negociar una convención contra la corrupción que concluyera su labor para fines de 2003.
- Resolución 57/169, de 18 de diciembre de 2002, México.
- Resolución 2001/13 del Consejo Económico y Social, de 24 de julio de 2001, titulada “Fortalecimiento de la cooperación internacional para prevenir y combatir la transferencia de fondos de origen ilícito derivados de actos de corrupción, incluido el blanqueo de capitales, así como para repatriarlos”
- Reunión preparatoria oficiosa del Comité Especial encargado de negociar una convención contra la corrupción Buenos Aires, del diciembre de 2001.

Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, pagina 7.

*El sistema de responsabilidades de los servidores públicos en México*, segunda edición, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se publicó en versión digital el 20 de octubre de 2021. En su composición tipográfica se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos.



Doctor en derecho con  
mención honorífica por la  
Universidad Autónoma del  
Estado de México; presea  
Ignacio Manuel Altamirano por el promedio más  
alto del doctorado; catedrático de licenciatura y  
posgrado en la Facultad de Derecho de la mis-  
ma Universidad, así como de las maestrías en  
Derecho Electoral y Administración Electoral del  
Instituto Electoral del Estado de México; presi-  
dente del Área de Derecho Constitucional Políti-  
co y Municipal.

Ha sido director jurídico del Ayuntamiento de  
Toluca; director de Responsabilidades Adminis-  
trativas en la Contraloría del Poder Legislativo  
del Estado de México; coordinador de Aseso-  
res Jurídicos, LIV Legislatura del Estado de Mé-  
xico, y presidente municipal de Otzolotépec,  
México; abogado postulante en el despacho  
jurídico Robles & Robles; articulista y colabora-  
dor en diferentes revistas científicas y jurídicas.  
Actualmente se desempeña como director de  
Responsabilidad Universitaria en la Universidad  
Autónoma del Estado de México.

# Alfredo

HURTADO CISNEROS

Esta obra nos permite conocer detalles del anterior sistema y la transición al actual paradigma en materia de responsabilidades administrativas enmarcadas en el sistema nacional anti-corrupción; su contenido, por tanto, aborda temas como rendición de cuentas, transparencia y gobernanza.

Siguiendo la postura de Karl Popper, podemos decir que se orienta a buscar las respuestas de las preguntas: “¿quién debe gobernar?, ¿en qué forma podemos organizar las instituciones políticas a fin de que los gobernantes malos o incapaces no puedan ocasionar demasiado daño?”. Tal y como el propio Popper refiere, “corresponde al Estado vigilar la vida moral de sus ciudadanos”, por ello se aborda el tema desde el control de la Constitución y la teoría de las responsabilidades.

Esta obra nos acerca a la comprensión y descripción del sistema de responsabilidades en México en esa dualidad responsabilidad-control; nos permitirá proponer mecanismos o elementos para exigir el cumplimiento de la responsabilidad de los servidores públicos, y en caso de incumplimiento aborda los mecanismos de reprochabilidad y sanción a la luz del actual sistema de responsabilidades de los servidores públicos en México.

