

# ESTUDIO PRELIMINAR

## DEL HORIZONTE MEXICANO DEL DERECHO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

### I. PREÁMBULO

1. *Una cimentación progresiva.* De padres mexicanos, nacido en la ciudad de Los Mochis, Sinaloa, el 29 de junio de 1960, José Pedro López-Elías realiza estudios primarios y secundarios en su comarca natal, para culminar su formación universitaria en derecho (bachillerato, licenciatura, especialidad, maestría, doctorado) en la Universidad Nacional Autónoma de México, con las máximas calificaciones. El horizonte profesional y científico de nuestro autor se cimenta progresivamente, en teoría y práctica jurídicas que hermanan inescindiblemente lo público con lo privado, en etapas significativas.

2. *La “antorchas germánica”.* En este sentido: su tesis de licenciatura *Análisis jurídico del contrato administrativo de compraventa internacional de alimentos*, con mención honorífica (1983); su especialidad y maestría en derecho administrativo; sus encomiendas como abogado y como consejero jurídico en instituciones de los sectores tanto público como privado (1979-1998); señaladamente su ponencia ante el “III Coloquio Internacional Deuda Externa y Derecho”<sup>1</sup> (*Drittes Internationales Kolloquium über Auslandsschuld und Recht*) (1996) sobre “La naturaleza jurídica del contrato de empréstito público internacional” (*Die rechtliche Natur des inter-*

<sup>1</sup> Con el alto patrocinio de la Alexander von Humboldt-Stiftung (Fundación Alexander von Humboldt/Alemania-Bonn), de la Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) (Comunidad Alemana de la Investigación/Alemania-Bad Godesberg) y de la Universidad Carlos III de Madrid (España), fue organizado por la Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco, División de Ciencias Sociales y Humanidades-Departamento de Derecho, del 27 al 29 de noviembre de 1996, gracias al impulso y lúcida creatividad del licenciado Edmundo Jacobo-Molina, rector magnífico (1993-1997) de la UAM-Azcapotzalco.

*nationalen öffentlichen Darlehensvertrages), que parecería prepararlo para un sólido postdoctorado en alguna de las justamente conceptuadas universidades alemanas, que esperan ansiosas la llegada del académico mexicano que recoja la antorcha que con honor portaron otrora maestros como Mario de la Cueva, Eduardo García-Máynez y Arturo González-Cosío; todo ello paralelamente enriquecido por sus incesantes labores de docencia, investigación y publicaciones en mexicanas universidades públicas y privadas, tanto de la capital como del interior de la República, así como en países vecinos.*

Por todo ello y por razones de espacio y tiempo, hago mías las conceptuosas palabras del maestro Héctor Fix-Zamudio, que prologan este volumen, en su calidad de presidente del sínodo que, en mérito a esta investigación, le confiriera por unanimidad y con la felicitación expresa del profesor Fix-Zamudio, el grado de doctor en derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM.

*3. Deferencia e hidalgüía del Instituto de Investigaciones Jurídicas.* Ahora bien, como permanente (1990-1998) asesor *material* de esta tesis antes, durante y después de mi año sabático en la Universidad Carlos III de Madrid, en misión de la Universidad Autónoma Metropolitana (Azcapotzalco), aquí por noble deferencia que agradezco del maestro Fix-Zamudio y por hidalgüía de las autoridades del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se me ha confiado el estudio preliminar que sigue. Lo asumo, como un gran honor académico, con alegría y emoción, máxime cuando me permitirá, en diálogo con el primero de sus lectores, la libre prosecución de un franco intercambio con este joven y tan prometedor investigador científico mexicano.

## II. LATINOAMERICANISMO MEDULAR

*4. Dos posturas a conciliar.* En la medida en que este trabajo del profesor López-Elías, se inscribe en el marco de la investigación científica del derecho de la administración pública, nos parece relevante recordar que esta última es un fenómeno humano, cuyo estudio académico en América Latina corre el riesgo de verse desvirtuado por dos enfoques opuestos, entre los cuales es menester hallar un justo medio.

*Un extremo* está constituido por la “tesis del universalismo”, para la cual, los países tecnológicamente más adelantados del planeta es decir, en definitiva, los anglosajones y los europeos continentales habrían forjado ya instrumentos científicos de validez intemporal e inespacial, dotados de una comprensión exhaustiva de las posibilidades individuales y sociales de la

especie, por lo cual, la joven ciencia latinoamericana tendría en ellos modelos insuperables para nuestros limitados recursos humanos, materiales y técnicos, por lo que sólo procedería el trasplante de aquellos instrumentos a nuestros “países emergentes”.

*El otro extremo* está constituido por la “tesis del particularismo”, para la cual los valores espirituales del Hombre (*Mensch*) latinoamericano exigirían instituciones radicalmente originales, que nada tendrían que aprender y sí mucho que perder, mediante una imitación simiesca siempre más o menos servil, dominada y deformada de teorías y políticas concebidas en atención a realidades individuales y sociales, temporal y espacialmente muy distintas de las enfrentadas por nuestra América Latina en este umbral del tercer milenio.

5. *Hacia la síntesis europea y americana.* Ambas posturas, tanto el universalismo como el particularismo, nos parecen pecar de una simplificación arbitraria, abstracta, ahistórica, de la realidad enfrentada por el derecho de la administración pública de nuestro presente latinoamericano. Filosóficamente, la postura universalista se emparenta con un cierto idealismo, mientras que la postura particularista invoca una aproximación realista del objeto de nuestra ciencia. En cierta medida, podría decirse que ambas tesis se derivan de una disociación arbitraria de esa realidad compleja que es la latinoamericanidad,<sup>2</sup> que la presente *disertación* de doctorado permite ubicar como una síntesis de la universalidad europea y de la particularidad americana, en el ejemplo preciso del régimen jurídico mexicano de la licitación pública.

6. *La tesis del universalismo es falsa.* Ello, en cuanto pretende que los valores individuales y sociales fijados por los países dominantes, por el hecho de haberse revelado eficaces en su peculiar coyuntura espacio-temporal, deben ser adoptados universalmente por todos los pueblos del planeta. Lo grave no es tanto el relativo complejo de superioridad que, con implícito racismo, lleva a los anglosajones (¿troquelantes de los japoneses?) y a los europeos continentales a pretender inculcarnos sus “formas superiores” de promoción humana y de organización social; lo grave es la “mentalidad colonialista de ciertas élites académicas y gerenciales latinoamericanas”, que confunden una transitoria superioridad tecnológica con la supremacía de una estirpe humana, y que partiendo consciente o incons-

<sup>2</sup> Arda, Arturo, *La inteligencia latinoamericana*, Montevideo, Universidad de la República, División de Publicaciones y Ediciones, 1987, 150 pp., *in totum*.

cientemente de esta falsa dicotomía, olvidan que, antes de la llegada de los europeos a América (siglos antes de 1492) ya existían en nuestro continente todos los niveles de desarrollo cultural, y que los indios de Nuestra América a pesar de la limitación del aislamiento continental y de la forzosa endogamia habían inventado múltiples tipos de sociedad, de la simple tribu al imperio incaico, compartían algunas de las cimas de las ciencias naturales (matemáticas, medicina, cosmografía), practicaban casi todos los sistemas religiosos conocidos y hablaban unas quinientas lenguas.

*La tesis del particularismo es falsa*, en cuanto, deslumbrada por las realizaciones institucionales del Hombre (*Mensch*) americano anteriores al siglo XV e irritada con razón por el genocidio atroz de los siglos XV y XVI y por sus actuales prolongaciones, aspira a un crecimiento cultural y tecnológico rígidamente “endógamo”, que desconocería todo valor a las realizaciones institucionales de los países dominantes y a la doctrina que intenta reflejarlas. Ciertamente, una civilización de la Edad de Piedra nada puede contra el ataque de una civilización de la Edad Metálica; tampoco pudieron mucho los japoneses de 1945 cuando fueron atacados por una civilización de la Edad Atómica. Sería insensato deducir de los triunfos hispánicos de los siglos XV y XVI, así como de los triunfos anglosajones de los siglos XIX y XX, una superioridad humana radical y definitiva. Igualmente no sería menos insensata la creencia de que aislándose definitivamente se lograría captar y descontar la ventaja tecnológica y financiera, accidental, que desde 1945 (Bretton Woods) parecería asegurar el predominio y la dominación, perecedera como todas las dominaciones de la historia, de una civilización sobre otra.<sup>3</sup>

*7. La tesis del latinoamericanismo modular.* Ella configura el justo medio ante las afirmaciones y negaciones excesivas del universalismo y del particularismo. Ella se formula ya etimológicamente, al hablar de ésta, Nuestra América como la denominara José Martí, calificándola de latina. Lo sustantivo es América, lo adjetivo —lo cual no quiere en modo alguno aquí significar secundario— es la latinidad: los propios españoles, tan susceptibles en el siglo XX al manejo de la expresión “América Latina”, fueron quienes, según la investigación del decano Arturo Ardao,<sup>4</sup> la

<sup>3</sup> Cfr. Hallwirth, Volker, *Und Keynes hatte doch recht* (Y Keynes sí tuvo razón), Frankfurt-Nueva York, Campus, 1998, 243 pp.

<sup>4</sup> Ardao, Arturo, *España en el origen del nombre América Latina*, Montevideo, coed. Biblioteca de Marcha-Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación-Facultad de Ciencias Sociales, 1992, 121 pp., *in totum*.

inventaron hacia 1850 y después del desastre de la guerra mexicano-americana. Así, encabezados por Castelar y otros políticos e intelectuales ilustres de comienzos de la segunda mitad del siglo XIX, comprendieron no sólo los ya inevitables y casi visibles desastres de la guerra de 1898 (Cuba, Filipinas, Puerto Rico) sino el incontenible avance anglosajón, frente al cual propugnaron la formación franco-ibérica de una “Armada Invencible de la latinidad” (de Madrid-París a Manila, pasando por Santiago de Chile, México y Quebec).

De este modo, como académicos mexicanos del inminente tercer milenio, entendemos que nuestro deber es construir una administración concreta, para una América calificada, para un crisol particular de razas que, receptivas a todas las culturas y formas de civilización del planeta, se integran en la universalidad latina. No es un juego de palabras. El lenguaje simplemente nos define, sobriamente, sin rodeos. No somos ni anglosajones ni europeos continentales, y ésta es la verdad del particularismo; pero la verdad del universalismo radica en exigirnos lo mejor de nosotros mismos para superar las realizaciones institucionales extranjeras y su doctrina, adaptándolas o rechazándolas en lo pertinente.

8. *Una vocación ascendente de síntesis crítica.* Esta tesis no niega las potencias y las realizaciones históricas concretas, las aportaciones definitivas realizadas a la cultura universal por las instituciones tanto foráneas como latinoamericanas. Pero tan segura está de su vocación ascendente, que no rehúye examinar críticamente dichos aportes —especialmente doctrinales, en materia de régimen de la administración pública— los cuales pueden enriquecer desde afuera, permitiendo un perfil más rico en la elaboración, no sólo de nuestra propia doctrina, sino muy particularmente de nuestra práctica, jurisprudencia y documentación administrativas. Partiendo de éstas, *la tesis del latinoamericanismo medular* postula la necesidad de forjar aquellas categorías propias, y de estimular todo esfuerzo de valía que se manifieste en la bibliografía administrativa latinoamericana.<sup>5</sup>

9. *Aval de un maestro europeo.* Eduardo García de Enterría —maestro castellano, doctor *honoris causa* y catedrático múltiple de nuestras universidades de América y de la Europa continental— ha tenido la nobleza de reconocer, con ricahombría, en páginas de 1971, la exactitud de la tesis del latinoamericanismo medular, con palabras que merecen ser aquí reproducidas en extenso:

<sup>5</sup> Cortiñas-Peláez, León, *Las ciencias administrativas en América Latina*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Público, 1972, 124 pp., esp. 5-12.

Para los autores europeos, el contacto con la realidad americana y con la doctrina que, más o menos penosamente (como todas las doctrinas), la refleja y a la vez intenta conformarla, es algo no sólo enriquecedor, sino, yo diría, teniendo aún muy reciente mi primera experiencia de suelo americano, para mí tan tardía, imprescindible para su propia madurez y conformación intelectual.

*El mundo latinoamericano tiene plena y sustantiva realidad y no es un apéndice de nada ni de nadie;* así como el amor al prójimo comienza por su aceptación como persona, singular y distinta, el amor a América comienza por la conciencia de ese hecho elemental, por lo demás de una evidencia desmesurada, que sólo la vulgaridad nacionalista (como es vulgar y limitada toda autocomplacencia) es capaz de no percibir.

América Latina es para un europeo justamente lo contrario de un mero pretexto para el esteticismo nacionalista, es la liberación de la estrechez de los horizontes domésticos, del encerramiento en una supuesta dialéctica definitiva y predeterminante, de la reducción del futuro a repetición de gestos y posturas ya usados y vacíos, del personalismo y del hastío de lo cotidiano. *La formidable realidad latinoamericana, sus ingentes problemas, su vitalidad proteica, su inmediato protagonismo planetario, son una cura de universalidad que necesitamos de manera especialmente aguda.*

En el campo de la administración y del derecho público, ese contacto relativiza, por de pronto, fórmulas que tendemos a usar como absolutas y alumbran funcionalismos y comprobaciones o correcciones inesperadas para poder penetrar en la esencia de las instituciones.<sup>6</sup>

### III. TRIBULACIONES DEL ESTADO DE DERECHO

*10. Un puente procedural hacia la eficacia administrativa.* Ahora bien, la globalización económica y financiera desatada en los años noventa tiende a configurar ya en Europa e implícitamente en los países del Tercer Mundo, un reto todavía impreciso para la noción clásica del Estado de derecho, inclusive en sus recientes modalidades del Estado democrático y social de derecho normado por la Constitución federal mexicana y sus reglas subordinadas. Al respecto, la temática del colega sinaloense<sup>7</sup> nos provoca a la formulación de algunas consideraciones: en efecto, el subtema de la licitación pública conectado con la búsqueda eficiente de mejores herra-

<sup>6</sup> García de Enterría, Eduardo, Prólogo a Prat, Julio A., *Los entes autónomos en la descentralización funcional uruguaya*, Montevideo, Librería Editorial Amalio M. Fernández, 1971, 200 pp., esp. 7-8.

<sup>7</sup> López-Elías, José Pedro, *Aspectos jurídicos de la licitación pública en México*, tesis para el doctorado en derecho, México, UNAM, Facultad de Derecho, junio de 1997, 439 pp.

mientas para la ejecución de los cometidos<sup>8</sup> del poder público termina convirtiéndose en un puente procedural hacia la exploración de los mejores recursos técnicos y materiales en el aseguramiento de la eficacia administrativa.

*11. Entrelazamiento de la vigencia material y de la realización formal.* Cabe aquí recordar que el Estado de derecho, como noción formal y aun como noción sustancial, ha generado complejas y sutiles discusiones en esta segunda mitad del siglo XX, rebasando sus moldes formales del siglo XIX para adquirir una identidad sustancial con las libertades públicas “liberales” pero también con los derechos humanos en materia económica y social: ello conlleva al enriquecimiento de la noción formal (la clásica de la doctrina alemana) con los elementos de una noción material o sustancial,<sup>9</sup> particularmente abanderada por la Corte Europea de los Derechos del Hombre (Estrasburgo) y por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas (Luxemburgo).

Insistiendo. Existe en la contemporánea noción del Estado de derecho un entrelazamiento indisoluble de los clásicos elementos formales con los contemporáneos elementos materiales. Las necesidades materiales son tan inmensas que, para la plena vigencia material del Estado de derecho es menester una radical realización formal del Estado de derecho. En otras palabras, la multiplicación de los cometidos del poder público, y consecuentemente de las instituciones administrativas responsables de su prestación, engendra un indispensable perfeccionamiento de los controles jurisdiccionales: como nos enseñaba en Estrasburgo el maestro estadounidense John N. Hazard refiriéndose al derecho soviético de los años sesenta, es imposi-

<sup>8</sup> Sayagués-Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, 7a. ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, puesta al día a 1998 por Daniel-Hugo Martins, colección Clásicos Jurídicos Uruguayos, 1998, 673 + 592 + 272 pp., esp. vol. I, 42-74.

<sup>9</sup> Scheuing, Dieter-Helmut, “La protection des droits fondamentaux en République Fédérale d'Allemagne”, *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje al profesor Enrique Sayagués-Laso (Uruguay)*, “Préface” del profesor Marcel Waline [ahora, como breve artículo y en versión castellana de Gabriela Fouilloux Morales, publicada en *Alegatos*, México, UAM-Azcapotzalco, núm. 28, diciembre de 1994, pp. 643-644, bajo el título “La reconfortante lección de que los juristas todos (más allá de hábitos de pensar y de métodos divergentes) integramos una única y gran familia que intenta racionalizar y humanizar las relaciones sociales”], Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 5 vols., 1969. La aún hoy insuperada (inclusive respecto de estudios en su propia lengua alemana) contribución del discípulo del maestro Otto Bachof, puede leerse en el vol. III, pp. 307-359.

ble ni siquiera creer en la verdad de los preceptos sustantivos, cuando carecemos de los adecuados preceptos adjetivos.

12. *Turbaciones del “Estado de las vías de derecho”*. Para ser honestos, debemos reconocer lúcidamente las dificultades y turbaciones de este también llamado “Estado de las vías de derecho”.<sup>10</sup> En primer lugar, el Estado de derecho debe aceptar las tribulaciones de su propia idea, que están dadas con la naturaleza misma del hombre, en una siempre impura historia. En segundo lugar, la esencia de toda jurisprudencia constitucional y particularmente de la naciente de nuestra Suprema Corte de la Nación (desde 1995) se reconoce cuando tenemos en cuenta sus dificultades balbuceantes y las búsquedas de solución planteadas por nuestro aún inmaduro ordenamiento. Así, entre otros problemas, la juridificación de la política y la politización de la justicia y, además, la soberanía congresional democrática ante la tecnocrática y pretendidamente suprema autoridad de los jueces.<sup>11</sup>

13. *El Estado de derecho: de una técnica a una misión*. En función de todo ello, podemos comprender que el Estado de derecho ya no puede ser considerado sólo como una técnica de limitación de poder, sino que implica igualmente una concepción de las libertades públicas, de la democracia y de la misión del Estado.<sup>12</sup> Y esto se complica por la creciente integración de la normatividad internacional,<sup>13</sup> tanto universal como regional, con la normatividad interna<sup>14</sup> de nuestros conocidos derechos constitucional, ad-

<sup>10</sup> Jahrreiss, Hermann, *Mensch und Staat: Rechtsphilosophische, Staatsrechtliche und Völkerrechtliche Grundfragen in unserer Zeit* (Persona humana y Estado: cuestiones fundamentales de nuestro tiempo en filosofía del derecho, derecho del Estado y derecho internacional), Köln-Berlín, Heymanns, 1957, 325 pp., esp. 7 y 126.

<sup>11</sup> Críticamente, respecto de ciertas insinuaciones de un pretendido “gobierno de los jueces” en México, véase el dictamen de la Cámara de Senadores LD-38/84, contenido en la obra de González-Cosío, Arturo, *El juicio de amparo*, 5a. ed., México, Porrúa, 1998, XXIII + 325 pp., pp. 279-282.

<sup>12</sup> Chevallier, Jacques, 2a. ed., *L'État de Droit*, París, Montchrestien, 1994, 158 pp., esp. 121-150.

<sup>13</sup> Chemillier-Gendreau, Monique, *Humanité et souveraineté (Essai sur la fonction du droit international)*, París, La Découverte, 1995, 382 pp.

<sup>14</sup> Por ejemplo, en el caso de la nueva ley alemana referente a las adquisiciones públicas, entrada en vigor el 1 de enero de 1999 (*infra*, numerales 17 a 25, y 27): *cfr.* Pietzcker, Jost, “Die neue Gestalt des Vergaberechts” (La nueva configuración del derecho de la licitación pública), Bonn, ZHR (Zeitschrift für das gesamme Handels- und Wirtschaftsrecht) (Revista General de los Derechos Comercial y Económico), 1998, núm. 162, pp. 427-473. Del mismo Pietzcker, discípulo del maestro Otto Bachof, puede compararse su tesis profesoral anterior, *Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, Recht und Praxis der Beschaffungsverträge in den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland* (Las convocatorias públicas como instrumento de la actuación administrativa. Derecho y práctica de los contratos de adquisiciones en los Estados Unidos de América y en la República Federal de Alemania), Tübingen, Mohr, 1978, XVIII + 439 pp.

ministrativo y financiero; el ejemplo más abrumador nos viene en estos años noventa de la Unión Europea (Maastricht) y de los imperativos del Banco Central Europeo (Francfort). Ni qué decir que, como bien lo apunta nuestro autor refiriéndose a las *compras del sector público* en el marco del Tratado de Libre Comercio de la América del Norte, poco tiempo pasará antes de que las hoy novedosas integraciones normativas europeas<sup>15</sup> pasen a configurar un antecedente inquietante para la tan asimétrica relación instaurada en 1994 entre Canadá, Estados Unidos y México.

14. *Valores y principios, sustento último de la crítica político-histórica al normativismo de todo sistema totalitario.* La experiencia del nazismo, y de sus epígonos brasileños y chilenos en la segunda mitad del siglo XX, ha demostrado *a contrario sensu* que, llevando el positivismo jurídico hasta sus últimas consecuencias, el enfoque kelseniano ha permitido realizar ciertas exigencias subyacentes al Estado de derecho. Este enfoque nos muestra que el Estado de derecho no podría reducirse a un simple ordenamiento jerarquizado de reglas jurídicas, sin tener en cuenta el contenido mismo de estas normas: *el Estado de derecho no es el Estado de un derecho cualquiera*, sino de un derecho sustentado por un conjunto de valores y principios. La existencia de un orden jurídico formal no basta para que se pueda hablar de “Estado de derecho”; de donde, después de la segunda guerra mundial, la reinterpretación del concepto reenvía a la democracia liberal y a los derechos del Hombre (*Mensch*), constituyéndose en fundamento de la crítica a todo sistema totalitario.<sup>16</sup>

15. *La inflación normativa: una devaluación paradójica del propio derecho.* En Europa Occidental y particularmente en México después de la crisis de 1929, la irrupción del Estado providencia vino a socavar los fundamentos últimos del liberal Estado de derecho: el objetivo de los límites al poderío estatal fue reemplazado por la misión suprema de forjar satisfactores individuales y colectivos de todo tipo. Ha habido una voluntad pública de ajustarse constantemente a las necesidades cotidianas y aun de largo plazo de los habitantes del país, por lo cual un derecho intervencionista se manifestó mediante la transición de las “leyes-reglas” a las “leyes-mediada”; y esto último a tal grado que la inflación normativa generó paradójicamente una devaluación del propio derecho.

15 El texto, normas concomitantes y derivadas de la nueva legislación alemana de 1999, se encuentran en la recopilación de Ute Jasper y Fridhelm Marx, *Vergaberecht* (Derecho de la licitación pública), 2a. ed., München, Beck, 1998, XLII + 426 pp.

16 Chevallier, *ibidem*, p. 98.

camente una devaluación del derecho, autoaniquilado o por lo menos bloqueado por el número y la diversidad de sus normatividades especiales, frecuentemente contradictorias. Así nos lo muestra repetidamente el colega López-Elías, en esta obra cuyos alcances desbordan la modesta autolimitación de su título: de ella podría decirse, como de la Constitución de Alemania federal (1949), que no sólo permite precisar el contenido “liberal” de nuestro artículo 134 constitucional sino ir entreabriendo la perspectiva de ciertos principios allí no escritos y empero inherentes al Estado de derecho; tales como los de seguridad y de proporcionalidad, que presiden en cuanto derechos fundamentales las “compras del sector público”, e igualmente el robustecimiento del pluralismo y de la independencia de la información, el fortalecimiento de la lucha contra todas las discriminaciones y, ojalá próximamente en el marco absorbente del TLC, la aparición de autoridades administrativas independientes cada vez más libres de la corrupción y de sus desvirtuaciones endémicas.

16. *“Un homenaje del vicio a la virtud”*. A este respecto procede sin embargo *una reserva mayor*. Sin eufemismos, se afirma por lúcidos publicistas mexicanos, que aún nos encontramos lejos de un auténtico Estado de derecho. Su reiterada proclamación, por normas constituyentes, legislativas y particularmente jurisprudenciales, configura “un homenaje del vicio a la virtud”, que pone hasta en peligro la fe cívica de los jóvenes en el futuro de una nación que ya les pertenece. En efecto, *el constitucionalismo puramente semántico desacredita los principios y valores que falsamente pretende encarnar y normar*. Al igual que en el constitucionalismo formal de los países de la Europa del Este, con posterioridad a 1989, la reproducción mimética de la normatividad de los países capitalistas dominantes podría ser como en la Europa Oriental el vector de la transición hacia la democracia. En el caso de México y quizás de toda América Latina, sin embargo, esta transición enfrenta impedimentos formidables, centrados en la tradición dialéctica de abuso y sumisión legada por las culturas hispano-árabe y precortesianas. En ausencia de una cultura jurídica y política moderna, la proclamación del Estado de derecho corre el riesgo de convertirse en un “archipiélago de *Blue Sky Laws*”,<sup>17</sup> en una retórica que

17 Así lo indicó sarcásticamente, hace ya casi cuatro décadas y con referencia a las estructuras sociales y a las instituciones políticas latinoamericanas, el profesor Jacques Lambert, *Amérique Latine*, París, PUF, 1963, *in totum*; hay múltiples reediciones, e inclusive una versión castellana de Ariel en Barcelona, España.

vaciaría a esta normatividad de toda sustancia. No nos engañemos: estamos experimentando en México un injerto y los riesgos de su rechazo. *El éxito del Estado de derecho* que presupone, entre otros, el artículo 134 de la Constitución conjuntamente con su legislación derivada aquí tan cuidadosamente analizada por el doctor López-Elías, *únicamente puede darse como “almendra” de un proceso de aculturación*, de largo aliento, “catapultado” a lo más noble y por ende a lo más difícil de nuestro *latinoamericanismo medular*.

#### IV. UN VUELCO COMPARATIVO INESPERADO: LA LEY ALEMANA DE 1999

17. *Una novísima normatividad.* En este contexto determinado por la opción del latinoamericanismo medular y por las tribulaciones del Estado de derecho, séame permitido dar cuenta de una novísima normatividad, de cuyo conocimiento y posibilidades nos brindan estas páginas introductorias, en la letra doctrinal y en la apertura comparativa<sup>18</sup> de López-Elías, la ocasión de una muy provisoria aproximación. Acabamos en efecto de recibir de Alemania el texto de la *Vergaberechtsänderungsgesetz* [Ley modificativa del derecho de la licitación pública], sancionada a fines de mayo de 1998 y que acaba de entrar en vigor el 1 de enero de 1999. Trataremos seguidamente de sobrevolar algunos de sus principios teóricos y de sus reglas prácticas, con la convicción elemental de que estas anotaciones serán rápidamente superadas por la dogmática nacional y europea, así como por las “invencibles” aportaciones de la política legislativa y la praxis forense y administrativa, tanto de la República Federal de Alemania como de la Unión Europea.

18. *Equilibrio y fragilidad de la institución.* Desde siempre, *la ambigüedad* ha sido y permanecerá siendo un rasgo del procedimiento de la licitación pública, tanto en derecho positivo como en derecho comparado, por cuanto este mecanismo “navega” permanentemente oscilando entre fines y medios asaz divergentes, cuya dialéctica configura a un mismo

18 En oposición al marco del positivismo a ultranza dominante en ciertas universidades públicas de América Latina, para el derecho comparado y su misión definitiva en la formación de la cultura teórica y en la práctica profesional de un “mínimo” jurista, la “salud intelectual” de nuestros profesores y alumnos tendría un horizonte más moderno y menos unilateral, estudiando, por todos, Zweigert, Konrad y Puttfarken, Hans-Jürgen (coords.), *Rechtsvergleichung* (La comparación del derecho), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978, vol. CCCXXII de la colección Wege der Forschung, VIII + 467 pp.

tiempo el necesario equilibrio y la riesgosa fragilidad de esta institución-cosa. En este sentido, se enfrentan: el clásico derecho interno o nacional con el naciente derecho externo o comunitario; los intereses público y privado, encarnados en la eterna dialéctica del poder público y de la iniciativa privada; la conveniencia práctica de robustecer las facultades y la independencia de la administración, frente a las perfeccionistas pretensiones del mercado y de la libre empresa; el imperativo formal del procedimiento de la licitación y la flexibilidad práctica de su evitación.

19. *La traslación de los fines de la licitación.* La nueva normatividad alemana *traslada el centro de gravedad, del derecho interno alemán al derecho externo comunitario* de la Unión Europea. Anteriormente, era objetivo nuclear del fisco un precio favorable, una compra económicamente conveniente y ello explicaba la primacía del procedimiento de la licitación pública respecto de otras modalidades de adquisición; en otras palabras, *lo importante era la maquinaria administrativa centrada en la obtención del ingreso público y no la protección del ofertante*. Esta teleología está siendo básicamente cambiada, en el marco del mercado de la Unión Europea, en la cual importa primordialmente abrir el camino de ofertantes e interesados mediante una “judicialización” del procedimiento: importa asegurar a los particulares la eficacia de derechos sustantivos (igualdad de trato y de interpretación no descriminatoria de la normatividad; legítima y justiciable pretensión de daños y perjuicios) adjetivamente protegidos. La finalidad presupuestaria y económica no es desdeñada, la rentabilidad es en sí misma un objetivo de la acción pública en el marco de una economía de mercado; pero dicha finalidad es completada por la igualdad de trato para los ofertantes y la apertura del mercado común en materia de adquisiciones.

20. *Dificultades en la conciliación de lo interno y lo externo.* La transformación teleológica del derecho de la licitación implica también significativos *cambios competenciales*, pues en el Estado federal alemán, éste deberá rearticular sus facultades con los “soberanos” Estados-miembros (tengase presente la unidad del espacio económico mexicano, preceptuada desde 1983 en la Constitución federal por el todavía “opaco” artículo 73, XXIX-E), máxime si se requiere proteger exitosamente a ofertantes e interesados en el marco jurídico “externo” del nuevo derecho europeo. Esto, como lo anticipábamos, implica una experiencia jurídica de integración, ciertamente diversa de la nuda zona de libre comercio establecida en América del Norte por el TLC, pero cuya gravitación histórico-jurídica en

la hora actual resulta indescuidable para todo jurista mexicano seriamente vocado a la abogacía de los intereses de su país, públicos como privados.

En otros términos, el eje del antiguo derecho interno alemán se encontraba en el interés económico del fisco y en su protección presupuestaria, mientras que el eje del nuevo derecho “hacia afuera” se encuentra en la protección de los particulares intervenientes en la licitación. Sintéticamente, *el “guardián” era la administración nacional; el nuevo “guardián” es el juez* comunitario europeo y sus colegas nacionales. Antes importaba la regularidad de la competencia del fisco nacional; ahora importa la transparencia del trato externo para todos los participantes; la vieja administración no se preocupaba por los intereses legítimos de los particulares participantes, la nueva institucionalidad europea impone la protección de los participantes en una versión muy estricta de la juridicidad (*Rechtsstaat*, en su prístina y más radical acepción).

21. *El precio, sólo uno de los elementos de evaluación.* Sin perjuicio de esta visión “macro” de los fines de la licitación, en absoluto podemos despreciar la plena vigencia de ciertos objetivos tradicionales y, en primer lugar, el del *precio* más conveniente. El precio importa, pero no es decisivo: en ofertas paralelas o inclusive modificativas, pueden abrirse nuevas posibilidades tecnológicas desconocidas por la administración, pero generadoras de soluciones de mayor economicidad en el futuro. Así, emergen otros criterios de valoración: calidad, términos de entrega, seriedad de cumplimiento y plazos respaldada en severas cláusulas penales,<sup>19</sup> refacciones, solidez, comodidad, experiencia del vendedor, etcétera; a ellos, como era tradición y sigue siendo oportuno y razonable, habrá que añadir en la evaluación ética y probatoria de las ofertas, los principios de la confiabilidad, de la proporcionalidad y de la veracidad comprobada de los cargos que llevaren a la exclusión, transitoria o definitiva, de algún o de algunos licitantes.

22. *La discutida instrumentalización.* Partiendo de la postura intervencionista de la administración nacional, tendente al aprovechamiento de masas ingentes de capital capaces de transformar horizontal y verticalmente resortes determinantes del mercado, de la sociedad y de la economía de un

19 Ampliamente, en la que Planiol y Ripert, consideraban justamente la mejor monografía del siglo XX, en este tan arduo tema de la teoría general de las obligaciones, civiles fundamentalmente pero ciertamente con alcance en teoría general del derecho: cfr. Peirano Facio, Jorge, *La cláusula penal*, Montevideo, García Morales-Mercant, 1947, 350 pp.; conocemos una reedición en Santa Fe de Bogotá, Themis, 1989.

país, se ha planteado y aún se discute la posibilidad de *instrumentalización de las compras* del Estado. Así, destinando dichos ingresos, por ejemplo, para la adquisición o promoción de empresas en zonas deprimidas, para la lucha contra la contaminación, para el fomento del pleno empleo de las mujeres en el mercado del trabajo, para la promoción de la educación profesional técnica en jóvenes que prefieren una carrera corta a las “alargaderas” del currículum universitario, etcétera. Ejemplo rotundo de ello fue dado por el sistema institucional estadounidense cuando, careciendo de facultades expresas para ello y ya desde la segunda guerra mundial, la Unión destinó sumas crecientes a la promoción de la igualdad entre las razas.

Lamentablemente, con criterios muy rígidos (particularmente aplicando los imperativos de la transparencia y de la prohibición de toda discriminación, ésta por supuesto manejada “al revés”) a cuyo detalle escapan estas notas.<sup>20</sup>

23. *Las alternativas orgánicas de organización de la justicia.* Tal parecería que los juristas alemanes se habrían ahorrado trabajo si tratando de “sacudirse” los rigurosos y eternos trámites de la justicia ordinaria, hubieran intentado el conocimiento y la práctica de la jurisdicción administrativa autónoma de cuño francés,<sup>21</sup> que tan enriquecedoras reflexiones motivara a partir de la doctrina<sup>22</sup> y legislación<sup>23</sup> legadas desde el siglo XIX por nuestro<sup>24</sup> Teodosio Lares.<sup>25</sup> En efecto, por oposición a la visión quizá excesivamente

20 Cfr., por todos, Pietzcker, 1998, pp. 464-468.

21 Véase, con matices y perplejidades, en apuntamiento de Pietzcker, 1998, pp. 439 y 457.

22 Lares, Teodosio, *Lecciones de derecho administrativo dadas en el Ateneo Mexicano*, Imprenta de Ignacio Cumplido, ciudad de México, 1852; hay reimpresiones facsimilares de la UNAM, Prólogo de Antonio Carrillo-Flores, septiembre de 1978, XIV + 409 pp.; y de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de los Estados Unidos Mexicanos, junio de 1979, 407 pp.

23 Así, su Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo, de 25 de mayo de 1853, y su Reglamento de la misma fecha; igualmente, su Ley sobre lo Contencioso Administrativo [Acto núm. 15], de 1 de noviembre de 1865 y su Reglamento [Acto núm. 16], de la misma fecha. Los cuatro textos han sido reproducidos y comentados por Cortiñas-Peláez, León, “Separación o división de poderes: Respeto del parteaguas entre administración y jurisdicción”, *Alegatos*, México, UAM-Azcapotzalco, núm. 38, abril 1998, pp. 5-32, in 40..

24 De su presencia en la vida académica mexicana, véase Cortiñas-Peláez, León, “El horizonte de la justicia administrativa: la herencia de Teodosio Lares”, capítulo en el libro colectivo *La justicia administrativa en derecho mexicano y comparado*, Guadalajara, Universidad de Guadalajara, coordinación del prof. Antonio Jiménez-González, 1996-1997, en prensa; reproducido en *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, México, 3a. época, año X, núm. 115, julio 1997, pp. 145-175.

25 De su irradiación internacional, testimonia el estudio “Jurisdicción administrativa y tecnocracia judicial”, capítulo en el libro colectivo *Homenaje al Doctor Eloy Lares-Martínez*, 2 vols., Caracas, Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, 1984, 1198 pp., esp. t. I, pp. 235-254.

burocrática del derecho alemán anterior a 1999, la reacción a ultranza del judicialismo de las cortes de Estrasburgo y fundamentalmente de Luxemburgo, implica una “sajonización” insólita de las prácticas administrativas de la Europa continental.

24. *Principios alemanes clásicos ante el “reto exterior”*. Precisamente, en esta coyuntura comunitaria renovadora, es donde el “principio nuclear” del viejo derecho alemán de la licitación pública, es decir, el principio de la competencia, se presenta matizado, entre otros, por los no siempre convergentes que aquí sólo podemos mencionar: *a) el principio del derecho privado*, que rige tanto las compras del Estado como las de una empresa privada, en una economía de mercado; *b) el principio de la competencia y de la transparencia*, como imperativos para un mejor precio (en la práctica, evitando el procedimiento de la licitación y favoreciendo la negociación directa con los oferentes) y mejor defensa contra las tentativas de corrupción; *c) en el interés del propio Estado y de la organización de la empresa privada*, el principio de la economicidad de largo plazo, que rebasa la estrechez anual de la regla presupuestaria; *d) el principio de las compras “fuera del centro”*, cuya mayor flexibilidad permite dispersar la demanda en todo el país, evitando los riesgos del centralismo, tanto industrial como mercantil; *e) el principio consensual que, fiel a los antecedentes medievales y corporativos de la Hansa, exige discutir previamente por las instancias interesadas toda normatividad en esta materia; f) finalmente, los principios rígidamente teutones del presupuesto y de la contabilidad públicos, fiscalizados por un tribunal de cuentas independiente.<sup>26</sup>*

25. *“La cuadratura del círculo”*. Con estas palabras, se refiere el profesor Jost Pietzcker,<sup>27</sup> a la ardua convergencia y conciliación planteada por estas normatividades, cuya aplicación coherente configura todo un reto para administraciones y jurisdicciones. Y, tengámoslo muy presente, un caso sólo aparentemente lejano de las compras públicas estudiadas por el profesor López-Elías, que él ya avizora en el marco de nuestro Tratado de Libre Comercio Norteamericano. Por esta compleja circunstancia y la lucidez crítica de su abordaje este libro configura ciertamente una virtud.

26 Cfr., Jasper y Marx, *precitados*, esp. XVI-XVIII.

27 Pietzcker, 1998, p. 472.

## V. ALTERNATIVAS MENORES A LA RICA VERTIENTE PROPOSITIVA

26. *De algunas sugerencias normativas.* La detallista aportación del profesor López-Elías con su “Anteproyecto de Ley de Contratos de la Administración Pública Federal”, configura un arranque irreversible hacia la codificación de este complejo y siempre algo abandonado universo de la actuación administrativa, válido igualmente para los ámbitos estadal y municipal, más allá de las comprensibles reservas federalistas del autor. En acuerdo con éste y buscando, con todo respeto intelectual y personal, el dialogante y dialogado enriquecimiento de su vertiente propositiva, se nos ocurre que podrían ser de interés algunos subtemas y matices complementarios.

Estas alternativas<sup>28</sup> menores podrían ponerse de manifiesto, formulando disposiciones como las que indicamos a continuación, en las materias siguientes:<sup>29</sup>

*Artículo... Interpretación y supletoriedad.* El sentido y alcance de este Ordenamiento se determinan aplicando cualquier método de interpretación. A falta de disposición expresa, se aplica supletoriamente el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en cuanto no contravenga la naturaleza administrativa de los procedimientos de este Ordenamiento.

*Artículo... De la normatividad autoejecutable.* Las reglas que consagran derechos de los interesados o las que imponen deberes a la administración, no dejarán de aplicarse, en ningún caso, por alguna insuficiencia de su reglamentación, y ésta será suplida por los principios esenciales sancionados por la Constitución federal o el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, por los principios generales del derecho, por los fundamentos de las leyes análogas, por las doctrinas generalmente más admitidas y por la equidad.

<sup>28</sup> *Mutatis mutandis*, ellas se inspiran del anteproyecto del “Nuevo ordenamiento administrativo procedural (NOAP) para el Distrito Federal”, bajo la dirección y con una Exposición de motivos de León Cortiñas-Peláez, en equipo con profesores del Taller de Derecho Público de la Universidad Autónoma Metropolitana y de la UNAM. El texto puede verse en *Alegatos*, México, UAM-Atzcapotzalco, núm. 28, diciembre de 1994, pp. 539-564.

<sup>29</sup> Las cuales se indican como epígrafes, en la técnica codificadora del procesalista Eduardo J. Couture, con relación a las normatividades respectivas. Para dicha técnica, procede el reenvío a Couture, Eduardo J., *Proyecto de Código de Procedimiento Civil con exposición de motivos y nota introductiva a la Comisión Redactora del proyecto*, Montevideo, Impresora Uruguaya, y Buenos Aires, Depalma, ambas publicaciones de 1945, 386 pp.

En el marco de estos principios, este Ordenamiento se aplica de inmediato a todos los procedimientos que se inicien a partir del día de su entrada en vigor.

*Artículo... De la responsabilidad político-administrativa de los servidores públicos.* Los servidores públicos encargados de la aplicación o que apliquen las disposiciones de este Ordenamiento incurren al contravenirlas en responsabilidad, conforme a lo dispuesto por el Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, su ley reglamentaria y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal.

*Artículo... De la responsabilidad civil en general.* La mora o retardo en el cumplimiento de las obligaciones contraídas con los particulares por la administración, si les causare un daño patrimonial o moral, da lugar a la responsabilidad civil, independientemente de la responsabilidad administrativa.

*Artículo... De la responsabilidad en reparación.* Cuando el daño ha sido causado por sus servidores públicos, en el ejercicio de sus facultades o ejecución de sus cometidos, o en ocasión de dichos ejercicio y ejecución, en caso de haber éstos obrado con culpa grave o dolo, la dependencia, entidad u órgano correspondiente está obligado a exigirles el reembolso de lo que hubiere pagado en reparación.

*Artículo... De la nulidad de pleno derecho.* Los actos administrativos son nulos, de pleno derecho, en los siguientes casos:

a) Los emitidos por una autoridad o unidad administrativa manifiestamente incompetente;

b) Los de contenido imposible o constitutivos de delito;

c) Los emitidos con prescindencia total y absoluta del procedimiento legal o de las reglas que contienen los principios esenciales de formación de la voluntad de los órganos colegiados.

*Artículo... Declaratoria de la nulidad de pleno derecho.* La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, de acuerdo al artículo (\*\*) de este Ordenamiento, no puede ser declarada en ningún caso de oficio y sí a instancia del interesado, en cualquier momento, previo dictamen favorable del órgano consultivo competente.

*Artículo... Del procedimiento de urgencia.* Cuando la administración lo estima conveniente, puede seguir un procedimiento de urgencia para emitir sus decisiones. El procedimiento de urgencia se inicia de oficio y debe concluir en el término de un mes.

Iniciado el procedimiento de urgencia, el servidor público instructor, con autorización del superior jerárquico inmediato y previa audiencia de los interesados, puede determinar que se siga el procedimiento ordinario, si la complejidad del asunto así lo exige.

En el procedimiento de urgencia, la administración debe comprobar de oficio la verdad de los hechos y demás elementos de juicio necesarios para el esclarecimiento del asunto.

*Artículo... De las medidas cautelares o provisionales.* Para asegurar la eficacia de la resolución definitiva, la administración instructora puede adoptar las medidas cautelares o provisionales necesarias, siempre y cuando existan elementos de juicio suficientes para prever el sentido de la resolución definitiva.

Las medidas cautelares o provisionales deben respetar los derechos fundamentales de los interesados previstos en el ordenamiento jurídico. En ningún caso, procede dictar medidas cautelares o provisionales que puedan causarles perjuicios irreparables.

*Artículo... De la prohibición de la avocación.* En ningún caso y bajo motivo alguno puede el superior jerárquico avocar la decisión de un recurso, que se encuentra sustanciándose ante una autoridad o unidad administrativa u órgano jerárquicamente subordinado.

*Artículo... De la acción de lesividad.* La vía contencioso administrativa anulatoria se denomina de lesividad, cuando la acción es promovida por la misma administración.

*Artículo... De la declaratoria.* La anulación de actos atributivos de derecho requiere la declaratoria previa de lesividad para el interés público, emanada de la propia autoridad o unidad administrativa emisora del acto impugnado.

*Artículo... Del término general de interposición.* La administración puede presentar la demanda de lesividad, dentro de los cinco años siguientes a la emisión del acto declarado lesivo, cuando se pida la modificación o nulidad del mismo. La demanda de lesividad puede ser presentada en cualquier época, sin exceder de los cinco años del último efecto, si se han producido efectos de trato sucesivo.

## VI. AL CABO

27. *Cuestiones planteadas, decisiones pendientes.* El derecho de la licitación pública y, en general, de las *compras del sector público*, como las capitula el TLC, está impregnado de ambigüedad. Pensamos que lo seguirá estando, “jaloneado” entre las exigencias del mercado y los imperativos del interés nacional encarnados en el Estado.

Estamos ante dramáticas disyuntivas, válidas para todos los Estados de este planeta. Por una parte, las actuales preocupaciones por la transparencia, el rechazo de posiciones dominantes y del abuso de poder ínsitos en una globalización detentada por una tecnología convertida en máquina de opresión y no en herramienta de servicio; por otra parte, la pretensión de igualdad y aun equidad, deducida por ofertantes e interesados, presumiblemente dotados de invencible potencia tecnológica y financiera a la hora de insertarse en nuestros muy pobres “mercados de compras del sector público”.

Como lo enfatiza Pietzcker en sus lúcidas conclusiones, la ya lograda protección jurídica individual (acotaríamos, empresarial y muy verosímilmente transnacional) no debiera enturbiar nuestra mirada y hacernos olvidar el viejo objetivo de la legislación germánica, es decir, “el logro de la adquisición más conveniente para el Estado”.<sup>30</sup>

Ahora bien, concluimos, al llegarse al umbral del derecho externo, existe empero la oportunidad de una mayor lucidez en la percepción de estos supremos conflictos de fines y, con ello, la posibilidad de un manejo libre e igualitario, que no excluya la fraternidad.<sup>31</sup>

León CORTIÑAS-PELÁEZ\*

México, D. F., marzo de 1999

<sup>30</sup> Pietzcker, 1998, p. 473.

<sup>31</sup> Entendida, como vimos, en tanto valores ínsitos en la propia normatividad. Al respecto, véase Borgetto, Michel, *La notion de fraternité en droit public français (Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité)*, “Préface” de Philippe Ardant, París, LGDJ, 1993, XVIII + 691 pp.

\* Catedrático-investigador por oposición en la Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco y en la Universidad Nacional Autónoma de México.