

¿HACIA UN NUEVO SECTOR PÚBLICO? (De sus consistentes fundamentos mexicanos)

Por
LEÓN CORTIÑAS-PELÁEZ (*)
y
LUCIANO JUÁREZ-GARCÍA (**)

A la memoria de don José Antonio Pérez-Porrúa (1908-1997), Embajador de Asturias, tierra grávida de nobleza, visión y perseverancia en la lid por un México más eficiente en la instrucción pública y la educación superior.

SUMARIO: I. LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (ORIGINALIDADES, APORTACIÓN Y VALORES JURÍDICO-CULTURALES): 1. *La Constitución federal mexicana: su originalidad sustantiva.* 2. *México, aportador de soluciones.* 3. *La estructura neorromana y la cultura ibérica.* 4. *La Constitución federal de 1917: una reasunción del sistema ibérico de desarrollo institucional.* 5. *La Constitución: naturaleza estatutaria del derecho de propiedad y cometidos del Poder Público.*—II. EMPRESAS PÚBLICAS (COMETIDOS, GÉNESIS Y MULTIFORMIDAD ESTRUCTURAL): 6. *El hexágono administrativo, los cometidos que conlleva y las empresas requeridas.* 7. *Hacia la emergencia de la paraestatalidad.* 8. *La Revolución mexicana y el «cambio en el concepto de libertad».* 9. *Del Estado como cometido: indeterminación conceptual y multiformidad empresarial.* 10. *De las libertades abstractas a la «libertad potenciada» por la Administración prestacional.* 11. *Otros imperativos empresariales públicos derivados de la Constitución.*—III. HACIA UNA NUEVA RELACIÓN ENTRE LOS COMETIDOS DEL PODER PÚBLICO Y LOS CUATRO PODERES DE LA UNIÓN: ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO CONFRONTADOS POR EL CONTROL: 12. *Nueva relación entre cometidos y poderes de la Unión.* 13. *Del surgimiento del control.* 14. *Del desempeño de los administradores.* 15. *Imputación y figuras constitucionales: juicio político y responsabilidad administrativa.* 16. *Modalidades y casos de la responsabilidad.* 17. *La problemática del tipo.* 18. *Las omisiones graves.* 19. *Las violaciones graves y sistémicas.* 20. *Lev reglamentaria, esencia del control («Geschäftsleite») y abuso de poder.*—IV. PERSPECTIVAS: 21. *Horizontes de la presente investigación e indicación bibliográfica.*

I. LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (ORIGINALIDADES, APORTACIÓN Y VALORES JURÍDICO-CULTURALES)

1. *La Constitución federal mexicana: su originalidad sustantiva*

A diferencia de las constituciones clásicas del liberalismo burgués de los siglos XVIII, XIX y XX, hasta el término de la Primera Guerra Mundial, el constitucionalismo mexicano del siglo XX —fiel a sus raíces del liberalismo avanzado en el Constituyente de 1857 y a la tradición intervencionista de

(*) Doctor en Derecho; Profesor-Investigador en la Universidad Autónoma Metropolitana y, en período sabático, en la Universidad Carlos III de Madrid (beca sabática del Ministerio de Educación y Ciencia de España, en misión de la UAM-Azcapotzalco).

(**) Licenciado en Derecho; Profesor por oposición en Derecho Administrativo I y II, en la Universidad Nacional Autónoma de México.

las culturas mesoamericanas e ibéricas— se convierte en la vanguardia del moderno constitucionalismo económico (versión prístina del 27 constitucional de 1917) y del constitucionalismo social (versión igualmente originaria del 123 constitucional de 1917), según así lo ha reconocido la doctrina internacional más autorizada.

Pero el reto técnico-jurídico, asumido con acierto ejemplar por el Constituyente de 1917, merece ser desglosado en estas notas con algún cuidado, pues él es, sustantivamente, de tal magnitud que nos explica paralelamente la originalidad formal (*infra*) que preside la política constituyente de sus adiciones y modificaciones (1917-1997) en el marco del artículo 135 de la Carta Magna de Querétaro.

2. México, aportador de soluciones

Vanguardia de las innovaciones de la Constitución soviética de 1918, de la Constitución alemana de Weimar y de la Constitución de la Segunda República española de 1931, esta Constitución federal mexicana, surgida de un movimiento armado que costó más de un millón de muertos, se propuso complementar los objetivos abstencionistas del Estado liberal burgués de Derecho, mediante los ricos contenidos de lo que se terminaría conociendo en doctrina comparada como el Estado democrático y social de Derecho. Por ello, la casi fascinación ejercida desde un principio sobre la doctrina y numerosos textos positivos de América Latina, incluido el reciente de la Constitución de Nicaragua de 1987.

La crisis de la Administración pública abstencionista, que se empieza a insinuar en el primer tercio del siglo XIX, viene a aflorar en verdad hacia la Primera Guerra Mundial. Cuando los vestigios de las antiguas estructuras políticas comienzan a desaparecer, empieza a hacerse concomitantemente conciencia de que el Poder Público no tiene ya respuestas para los problemas sociales y económicos que están planteándose, y que es indispensable que dé pasos adelante, que revise estructuras, que las adecúe, que introduzca nuevas.

El primer país en el mundo que da una respuesta normativa concreta es México. La Constitución de 1917 concibe ya un Estado de Servicio, manifestado en el imperativo de una potente Administración prestacional radicalmente inescindible de la esencia democrática del Estado.

Un Estado de Servicio que se responsabiliza de los problemas básicos de una sociedad en «vías de subdesarrollo», de una sociedad cuyas contradicciones ascendentes y descendentes la convierten en la sociedad en perpetuo devenir. De esta manera, México, *después de ser importador de instituciones*, resultado de experiencias ajenas, *empieza a ser aportador de soluciones*. El Estado de Servicio, el contemporáneo Estado democrático y social de Derecho reconoce, al impulso inolvidable de las masas obreras y campesinas, que lo forjan en el campo de batalla, que tiene responsabilidades ineludibles en la solución de los problemas económicos y sociales.

Como indicábamos *supra*, en nuestro numeral 1 *in fine*, para las responsabilidades del trabajo y de la previsión social se incorpora expresamente el Título Sexto, cuyo artículo 123 ha dado la vuelta al mundo, como testimonio de la originalidad y hondura del Constituyente de Querétaro. Para las responsabilidades económicas, sin hacer por ahora referencia a las adiciones y modificaciones de los últimos ochenta años, surge el artículo 27. La trascendencia de este último, en el tema de este trabajo y en cuanto avanzada del actual «capítulo económico de la Constitución», nos exige su tratamiento en epígrafe separado.

3. *La estructura neorromana y la cultura ibérica*

La «tolerancia» que una sociedad dada siente frente a la injerencia de la Administración pública en la vida económica y social es de esencial exploración. Los troqueles romano y germánico de la cultura ibérica no presentan la misma resistencia a la expansión de la institución gubernamental que existe en general en los países anglosajones, y particularmente en los Estados Unidos de América. En este último país, y esto explica su visceral y tenaz resistencia de décadas a las nuevas reglas constitucionales mexicanas derivadas de la Revolución de 1910, la posición correcta de rigor ha sido antigubernista, actitud que se resume perfectamente en la frase: «El mejor gobierno es el que gobierna menos».

Como lo ha enfatizado la historiografía de la civilización ibérica, cabe radicalmente distinguir el proceso gubernamental *unitario* de los pueblos latinos del proceso gubernamental *dualista* de las comunidades anglosajonas, que siempre sitúan a los gobernados actuando en contraposición a los gobernantes. El concepto del Estado y de su Administración pública, que surgió de las experiencias vitales de los pueblos ibéricos, ha sido reforzado en diversos puntos de su historia cultural: el legado de la Roma imperial (incluida la fase bizantina); la influencia del Islam y la presión para que hubiera más firmes controles sociales, durante el período de la Reconquista; las doctrinas sociales de la Iglesia Católica Romana, particularmente por oposición a las posturas de diálogo, individualismo y antijerárquicas nacidas de la Revolución Protestante; la experiencia del período colonial; la intensidad intervencionista de la versión germánica del «Estado de la buena policía» y de las doctrinas de la Cameralística alemana, así como las realidades recurrentes planteadas en nuestro siglo por las crisis económicas del mundo capitalista (sin excluir el atroz divorcio entre tecnología y empleo, precursoramente apuntado por el profesor Marcos KAPLAN, desde los años setenta, coyuntura agravada hoy peor que en 1929, por los «antigobiernos» dominantes en el período 1981-2001).

Por principio de cuentas, la tradición de un gobierno fuerte, con prerrogativas para intervenir en los asuntos económicos y sociales de sus ciudadanos, con cierta responsabilidad por el bienestar económico general, es sólo un aspecto de la muy compleja estructura neorromana que ha caracterizado a los pueblos ibéricos desde la Reconquista.

Una monarquía cada vez más fuerte y que asume los cometidos del Poder Público del Estado imperial romano fue el sistema que España trajo a Nuestra América en el siglo xvi. Como era de esperar, el régimen colonial era intervencionista por naturaleza, y contaba con numerosos organismos dedicados a definir las relaciones entre la Administración pública y la empresa privada económica, entre los cuales el primero y principal era la propia monarquía, mediante su dominación directa sobre tierras y aguas, su gran preocupación por la minería y la concertación regional de facultades en el titular unipersonal y casi omnímodo del Poder Público, el virrey.

Importa el señalamiento de que la expansión del liberalismo —en la República pretendidamente restaurada según historiadores de clara filiación sajonzante— y del positivismo, en el México del siglo xix, patentizada en los «científicos» y en sus actuales epígonos de la historiografía «modernizante», reflejó entonces y tiende a reflejar en estos años noventa del siglo xx una desintegración (*adelgazamiento*) del viejo sistema cultural administrativo de los pueblos ibéricos, puesta de manifiesto en que los dirigentes mexicanos decimonómicos (como los de los sexenios 1982-94 y quienes en 1994-2000 parecen pretender sucederlos, amparados en el fraude electoral y en las bendiciones de la diplomacia del Imperio) no encontraban (no encuentran) en sus propias tradiciones ni en su herencia cultural las soluciones a los problemas que los rodeaban y las buscaron (las buscan) en una tradición cultural y económico-administrativa completamente ajena a la suya, la del liberalismo político y económico de los pueblos angloamericanos, cuya irrupción normativa formal parece documentarse en la Constitución de 1857 y sus principales disposiciones reglamentarias.

Atendiendo a la frecuente comparación entre los desarrollos económico-administrativos de México y Brasil, importa añadir que el positivismo mexicano era de cuño anglosajón y mecanicista, es decir, spenceriano, por oposición al humanismo del positivismo francés, irradiado por los discípulos de Augusto COMTE no sólo en Brasil, sino, en general, en los países de la cuenca del Río de la Plata. Ahora bien, mientras COMTE subordinaba los individuos a la sociedad en todos los aspectos materiales (sociocracia) y abogaba porque la Administración pública interviniera y controlara la riqueza, los positivistas mexicanos seguían a SPENCER (y su interpretación de DARWIN) al relegar al Estado al papel pasivo de guardián del orden público (algo así como, después de la crisis de los setenta, lo pretenden los organismos financieros internacionales, con la complicidad «vicarial» de ciertos gobiernos latinoamericanos), abogando por la libertad de los individuos para enriquecerse, sin otras limitaciones que las derivadas de sus iniciales potencias de clase y capacidades eventuales. En este sentido, el movimiento positivista mexicano se reveló como el instrumento ideológico de la naciente burguesía: ideología que con el Porfiriato llegaría a sacrificar el liberalismo político al liberalismo económico, como es tradicional en el liberalismo (caso del Chile 1973-1990, bajo la dictadura de Pinochet;

y, en general, de todas las dictaduras «liberales y proestadounidenses» de América del Sur, en esas décadas posteriores a 1964) y hoy lo vemos con los «compañeros intelectuales del reaganismo» y con los aguerridos «carniceros» del G-7, indiferentes a la miseria y aun a los millones de vidas, cuya inmólación cotidiana «financia» la prosperidad y los satisfactores sofisticados de la voraz minoría planetaria (cfr. los pactos de 27 de mayo de 1997, en París, entre la ex OTAN y Rusia).

4. *La Constitución federal de 1917: una reasunción del sistema ibérico de desarrollo institucional*

La Revolución mexicana y su corolario jurídico supremo representan no sólo una innovación en sus procesos filosófico e institucional, sino también una reversión a la subyacente tradición de sentido común de los pueblos mediterráneos y, muy particularmente, la reasunción del sistema ibérico de desarrollo institucional. Regresando a las fuentes e intentando hacer tabla rasa del ultraliberalismo —que históricamente hermana a Porfirio Díaz con Augusto Pinochet—, el Estado mexicano asume la responsabilidad del bienestar general y una declarada política intervencionista. La ampliación del concepto de utilidad pública, el crecimiento de la legislación administrativa, el establecimiento de empresas públicas financiadas con capital exclusivamente estatal o mixto en participación mayoritaria o minoritaria de particulares tanto nacionales como extranjeros, la detallada reglamentación estatal de las relaciones económicas, el control del Poder Público sobre el comercio internacional y la industria doméstica, todas estas cosas pueden rastrearse en el pasado a través de España, Bizancio y Roma, hasta la Antigüedad, sin excluir la importante aportación de los países germánicos y la doctrina de los cameralistas. Haciendo hincapié en la integración de la vida colectiva, *el objetivo es más de fines que de medios*: el Poder Público se propone una economía funcional nacionalista, una economía nacida de conceptos tradicionales tanto de los antepasados asiáticos como de los antepasados europeos de los mexicanos del siglo XX, una economía aplicable a un medio social cambiante cuyas instituciones, aunque inspiradas libremente en el capitalismo y en el socialismo, *se basan esencialmente en la función más bien que en el derecho*. Sin fijarnos todavía en las enriquecedoras adiciones y modificaciones experimentadas por el texto originario de la Constitución de 1917 —en las cuales encontraremos, más lejos, una recepción formal de *las empresas públicas* en el marco del tema aquí desarrollado—, importa el señalamiento de que la doctrina inclusive estadounidense sostiene que *los artículos 3, 4, 73 y, fundamentalmente, el texto prístino del 27 conceden «carta blanca» para la intervención del Poder Público en casi cualquier área de la economía*. Baste con recordar aquí el tenor de los tres primeros párrafos del artículo 27:

«La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, *corresponde origina-*

riamente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, *constituyendo* la propiedad privada.

Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y *mediante* indemnización.

La nación tendrá en todo tiempo *el derecho de imponer* a la propiedad privada *las modalidades que dicte el interés público*, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer *una distribución equitativa de la riqueza pública* y para cuidar de su conservación. Con este objeto se dictarán las medidas necesarias para (...) *evitar* la destrucción de los elementos naturales y los *daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad*. (...)

Corresponde a la nación el dominio directo de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos constituyen depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos (...)» (énfasis nuestros).

5. *La Constitución: naturaleza estatutaria del derecho de propiedad y cometidos del Poder Público*

Estos tres primeros párrafos del 27 constitucional, al reconocer la propiedad privada como una creación específica del Estado, *confieren al derecho de propiedad una naturaleza puramente estatutaria* y proporcionan la refutación fundamental a la vieja idea de la privacía y absolutismo de la propiedad privada individual. El artículo 27, bien interpretado de acuerdo a la teleología revolucionaria de las instituciones, constituye una *apoyatura decisiva para la acción eficiente de las dependencias y entidades de la Administración pública en el cumplimiento de los cometidos del Poder Público*, a ellas encomendados por el ordenamiento jurídico objetivo. En efecto, su básica modificación de la institución de la propiedad, que la reduce a «propiedad condicional», comprensiva de una amplia variedad de tipos de propiedad, la hace susceptible de sufrir cambios y limitaciones, en variados y hasta contrarios sentidos, en el futuro por actos legislativos.

Estos párrafos normativos, en su tenor originario y posteriormente mediante la evolución de los textos, a lo largo de más de ocho décadas, abrieron y abren el camino a una amplia intervención y participación del Poder Público en la actividad económica del país. Sin referirnos todavía a las dependencias y entidades que asumirían progresivamente la ejecución directa e indirecta de los cometidos del Poder Público, no podríamos dejar de mencionar en este contexto del 27 constitucional a la reglamentaria Ley de Expropiación de 1936, que dio sin cortapisas al Gobierno federal el derecho de intervenir en la economía en grado virtualmente ilimitado, respecto de cometidos amplísimos y mediante intensas facultades, cuya

conformidad con la Constitución ha sido reiteradamente consagrada por los tribunales federales.

De esta interpretación legislativa auténtica de la Ley Suprema, cabe transcribir aquí *in extenso* sus preceptos capitales, que ratifican la naturaleza estatutaria de la «propiedad condicionada», originalidad radical del constitucionalismo social mexicano que preside automáticamente la estructura, el funcionamiento y los controles relativos a las empresas públicas:

«Art. 1. Se consideran *causas de utilidad pública*:

I) El establecimiento, explotación o conservación de *un servicio público*.

II) La apertura, ampliación o alineamiento de calles, la construcción de calzadas, puentes, caminos y túneles, para facilitar el tránsito urbano y suburbano.

III) El embellecimiento, ampliación y saneamiento de las poblaciones y puertos, la construcción de hospitales, escuelas, parques, jardines, campos deportivos o de aterrizaje, construcciones de oficinas para el Gobierno Federal y de cualquier obra destinada a prestar *servicios de beneficio colectivo*.

IV) La conservación de los lugares de belleza panorámica, de las antigüedades y objetos de arte, los edificios y monumentos arqueológicos o históricos, y de las cosas que se consideran como características notables de nuestra cultura nacional.

V) La satisfacción de necesidades colectivas en caso de guerra o trastornos interiores; el abastecimiento de las ciudades o centros de población, de víveres o de otros artículos de consumo necesario y los procedimientos necesarios para combatir o impedir la propagación de epidemias, epizootias, incendios, plagas, inundaciones y otras calamidades públicas.

VI) Los medios empleados para la defensa nacional o para el mantenimiento de la paz pública.

VII) La defensa, conservación, desarrollo o aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de explotación.

VIII) *La equitativa distribución de la riqueza* acaparada o monopolizada con ventaja exclusiva de una o varias personas y con perjuicio de la colectividad en general o de una clase en particular.

IX) La creación, fomento o conservación de *una empresa para beneficio de la colectividad*.

X) Las medidas necesarias para evitar la destrucción

de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la colectividad.

XI) La creación o mejoramiento de centros de población y de sus fuentes propias de vida.

XII) Los demás casos previstos por leyes especiales.

Art. 2. En los casos comprendidos en la enumeración del artículo 1.º, previa declaración del Ejecutivo Federal, procederá la expropiación, la ocupación temporal, total o parcial, o la simple *limitación de los derechos de dominio* para fines del Estado o el interés de la colectividad.»

En el marco de esta originalidad sustantiva de la Constitución federal, así ratificada en la soberana interpretación del Congreso de la Unión, cabe ahora preguntarnos respecto de la organización administrativa responsable de la ejecución de los planes, programas y metas requeridos por objetivos tan nobles como ambiciosos. En efecto, con la caída de la dictadura de Porfirio Díaz y a pesar de las turbulencias revolucionarias, la fase constructiva de la Revolución, desde 1920 a 1940, va a ir estableciendo las bases de un sistema político, pero fundamentalmente administrativo y económico, capaz de integrar el «mosaico» que era y es México, capacitándolo para el ejercicio interior de la potestad pública y para el pleno ejercicio exterior de la soberanía. Estos propósitos del Estado mexicano postrevolucionario se ponen de manifiesto, al igual que en otros países pobres del Tercer Mundo, en la proposición y ejecución de decisiones claves en *el hexágono de las prioridades de la Administración pública*, el cual merece tratamiento en epígrafe separado, en esta sumaria exposición «macro» del horizonte constitucional federal de nuestro sector público.

II. EMPRESAS PÚBLICAS (COMETIDOS, GÉNESIS Y MULTIFORMIDAD ESTRUCTURAL)

6. *El hexágono administrativo, los cometidos que conlleva y las empresas requeridas*

Toda ciencia jurídica bien entendida, en cuanto ciencia social, forma parte del gran espectro de las ciencias políticas, de las cuales las ciencias administrativas, y en particular el Derecho administrativo, no son sino una rama. El mérito de las construcciones administrativas europeas no les confiere automáticamente validez universal; pero sería igualmente arbitraria una exasperación acomplejada de ese «particularismo latinoamericano», que implicara el rechazo de su aportación teórica y práctica, sin cotejarla críticamente con las necesidades mexicanas, de Estado débil y asediado por la dominación deformante del Imperio en turno y por las disfuncionalidades «vicariales» de poderosos sectores económico-sociales de la sociedad civil. Es un Estado cuyas prioridades aquí resumimos con la imagen del «hexágono administrativo».

Una consideración rigurosa del entorno, que engendra y protege a nuestra frágil Administración pública en México, implica, en efecto y automáticamente, el rechazo de un enfoque formalista, intemporal e inespacial, ahistórico, desvinculado del realismo jurídico, que nos parece el único método científico, coherente y sistemático, aplicable a las construcciones, entrelazadas dialécticamente, de los elementos normativos y extranormativos de toda ciencia jurídica, en particular de la ciencia de los Derechos constitucional y administrativo.

Ahora bien, la profundización de las categorías constitucionales y administrativas no será eficaz si se limita, como en la numerología de ciertas dependencias gubernamentales de corte «extraterrestre», a la cuantificación funcionalista del gerencialismo estadounidense. Este prescinde de la «almendra», de la realidad esencial de la Administración como conducción, como centro de preparación y formulación primaria, sometido luego a la decisión de las grandes opciones del Poder Público, las del «hexágono administrativo», confiadas por el ordenamiento constitucional objetivo a los órganos surgidos del sufragio universal, derivado de la soberanía instaurada por el Libertador Morelos en 1814 en la Constitución de Apatzingán y reafirmada por el artículo 39 y concordantes de la Carta de 1917.

El Poder Público no es una colección de prerrogativas para su ejercicio abusivo por los titulares de sus órganos. Muy por el contrario, Morelos, inflamado por el espíritu creativo de la Revolución francesa traducido en nuestra disciplina por la escuela de DUGUIT y LAUBADÈRE, plantea la exigencia de que los gobernantes sean los «siervos de la Nación», los eficaces y eficientes ejecutantes de los cometidos asignados a la Administración por el orden jurídico objetivo. En ello radica la raigambre democrática de nuestras instituciones públicas, cuya «piedra de toque» fuera inclusive descubierta por el aparente forjador de la postura contraria, por Maurice HAU-RIOU, el apóstol institucional de la «potestad pública». Veamos, pues, algo más articuladamente, en qué consisten las mexicanas prioridades del hexágono administrativo.

Necesariamente en evolución, partiendo de las tareas concretas trasvasadas de la Carta de 1857 a la de 1917, estas prioridades —cuya ejecución específica corresponderá a las empresas públicas en sentido amplio (*paraestatalidad*) cuya garantía existencial constitucional ha recogido la Ley Suprema sólo muy tardíamente, en 1981 y 1983— nos parecen ser las siguientes:

Primera: El acceso libre y efectivo de las mayorías a todos los bienes y servicios de la comunidad, y en particular a la ciencia y a la cultura, para hacer más consciente y responsable la participación de las mismas en la gesta de un Nuevo Poder Público.

Segunda: La determinación, por el Nuevo Poder Público, de una racional absorción de la desocupación, apoyándose en una potente Administración prestacional, la cual y en ejecución de todos sus cuatro niveles de co-

metidos (esenciales, de servicio público, sociales y privados) procede a una reestructuración dinamizante de los espacios inexplorados.

Tercera: La plena participación, en régimen de autoadministración, de las mayorías en este aparato prestacional, en sus dependencias centralizadas como en sus entidades paraestatales o territorialmente autónomas.

Cuarta: La superación del divorcio entre Estado y Sociedad, mediante la quiebra de los sectores feudales del poder político, federales o estatales, sean ellos económicos, sociales o burocráticos, nacionales o extranjeros; para lo cual deben garantizarse elecciones no manipuladas por los «medios», sino equitativa y efectivamente disputadas, cuyos resultados, limpiamente reconocidos mediante una jurisdicción electoral autónoma, sean fiel reflejo del sufragio universal directo.

Quinta: La extensión sectorial y el perfeccionamiento técnico-gerencial de las instituciones (organismos, empresas, fideicomisos o como se les llame, en la arbitraria jerga de legisladores poco familiarizados con el lenguaje técnico del Derecho administrativo) responsables de la ejecución de los cometidos del Poder Público.

Sexta: La atenuación de la deformación, principalmente económica pero, consecuentemente, política, cultural y militar, ejercida por centros de poder externos (otrota europeos, hoy americanos y hasta inefablemente globalizados), corolario apenas separable de las cinco prioridades precedentes.

La naturaleza política del hexágono, de las prioridades de la Administración pública en México, ratifica la naturaleza del Derecho administrativo como una «rama concretizada del Derecho constitucional»; ella justifica plenamente que la mayoría de estas temáticas entrelacen temas de Derecho administrativo con sus «cabezas de capítulo» constitucionales.

Este mismo entrelazamiento explica que aquella tradición ibérico-romana rehabilitada por el Constituyente de 1917 conlleve objetivos que arrasan con el abstencionismo de la Carta liberal de 1857, imponga la ejecución de tareas concretas impensables en el esquema «sajonizante» de la República tan tendenciosamente «restaurada» y vaya forjando, *praeter* y hasta *contraconstitutionem*, muy variadas instituciones en cuya estructuración político-administrativa el Estado mexicano perdió, lamentablemente, una oportunidad para la instauración de «centros de poder» que atenuaran técnica y financieramente, como nos lo enseña el Derecho comparado, la hoy aparentemente indomeñable concentración y centralización de todas las instituciones nacionales, en el marco del paradójico «Estado federal unitario», justamente definido como «imperio sexenal».

7. *Hacia la emergencia de la paraestatalidad*

En el siglo pasado, bastaron como máximo seis Secretarías del Despacho para atender las necesidades gubernamentales y administrativas de un

país que, en ese entonces, contaba con una población de unos diez millones de habitantes. En los años que siguen a la promulgación constitucional del 5 de febrero de 1917, el Ejecutivo va expandiendo prudentemente las dependencias centralizadas y, para ello, se sirve de la categoría menos «*gastada*» de los Departamentos administrativos, a los cuales, sabia pero infecundamente, el Constituyente había pretendido distinguir de las Secretarías del Despacho, por considerarlos órganos apolíticos, técnicos, ajenos al entonces nominado Consejo de Ministros y carentes por todo ello de la facultad de refrendo. Sin embargo, la práctica omnipolitizante fue disminuyendo, con el tiempo, la relevancia de estos Departamentos y varios de ellos fueron reabsorbidos por las Secretarías de las cuales se habían desprendido. Así se perdió, por lo menos por más de ochenta años (1917-1999?), la posibilidad de estructurar una auténtica descentralización, que permitiera cumplir con la formidable expansión de los cometidos del Poder Público contemporáneo, sin perjuicio de impedir que ellos sirvieran, en cuanto instituciones apolíticas y técnicas, para compensar los inevitables desbordes del titular del Ejecutivo federal, en un país intensamente troquelado por la concepción patrimonialista hispano-árabe del Poder Público.

Al margen de la Constitución, en su letra pero ciertamente no en la plenitud de su espíritu, empezaron a surgir, ya en el siglo XIX pero especialmente a partir de 1925, pragmáticamente, instituciones ajenas a la clásica Administración centralizada, simientes de la futura Administración paraestatal. En forma oblicua, ésta aparecería en el hoy apartado A) del artículo 123, fracción XXXI, literal *b*), numeral 1, con referencia al régimen laboral ordinario aplicable a los trabajadores de «las *empresas* que sean administradas en forma *directa o descentralizada* por el gobierno federal»; posteriormente, siempre en forma indirecta y oblicua, la referencia se consolidaría en los setenta con el artículo 93 en sus sucesivas adiciones, en los ochenta con la mención formal de la Administración paraestatal, así como de las «*empresas*» requeridas por el Estado. Finalmente, con total incoherencia formal respecto de las denominaciones anteriores, siempre vigentes e intercaladas en el texto constitucional, surge el término «*empresas públicas*», una vez más en forma oblicua, con referencia a las operaciones de crédito público de Estados y Municipios, ello sin perjuicio de que, a efectos de la responsabilidad política de sus máximos dirigentes, la «*paraestatalidad*» sea desglosada en el párrafo 1.º del artículo 110, desde 1982.

Lamentablemente, el empirismo que ha presidido tanto las iniciales fórmulas legislativas como su ulterior y vacilante recepción constitucional, ha privado de toda coherencia técnico-administrativa a las figuras adoptadas por el Derecho patrio, donde hubiera sido perfectamente adaptable al «genio nacional» alguna de las tipologías de *establecimientos públicos* o *entes autónomos* rigurosamente configuradas en doctrina y Derecho comparados desde finales de los cuarenta.

Dentro de esta escueta versión «macro» de nuestras empresas públicas, se imponen consideraciones complementarias, históricas y político-conceptuales.

8. *La Revolución mexicana y el «cambio en el concepto de libertad»*

Las creaciones institucionales de la Revolución, iniciadas con el Banco de Emisión en 1925, fueron precedidas en el siglo XIX por el Banco de Avío, el Banco de Amortización de la Moneda de Cobre, las empresas regionales de participación en la prestación del servicio eléctrico, la Caja de préstamos para obras de irrigación y fomento de la agricultura, y otras muchas, de variada envergadura y misión, todas instituciones «inventadas» al margen de las Constituciones liberales o conservadoras del siglo XIX.

Al término de la etapa armada del proceso revolucionario, el Gobierno federal decidió emprender la reconstrucción institucional, económica y política del país. Con este propósito, y a partir de 1925, se multiplicaron entidades financieras, de fomento, de producción de bienes y servicios. Su creación o adquisición se caracteriza por el establecimiento coyuntural, por agregación, alcatario y asistemático de instituciones de todo tipo, que a la postre redundarían en el «desorden conceptual constitucional» aludido en nuestro epígrafe anterior, *in fine*. Emisión, crédito para el desarrollo, energía, comunicaciones, seguridad social, fueron algunos de los principales cometidos del Poder Público mexicano atribuidos, formalmente por ley, a instituciones que serían pilares del desarrollo económico y social del país en esta segunda mitad del siglo XX. Factores de esta consolidación fueron el robustecimiento de la estabilidad política, la lucha contra la severa baja en la producción minera y manufacturera inmediata a la Revolución, la tensión y la superación de las dificultades planteadas por los inversionistas extranjeros, la mayor movilidad social y económica tanto en lo rural como en lo urbano; en definitiva, la reducción de las tradicionales demandas que se hacían al sistema político mexicano, para que proporcionara medios que facilitarían el progreso de los segmentos intermedios de la sociedad. En resumen, si el principal factor del retardo económico de toda América Latina se encuentra en su estructura social y en los valores que se derivan de ella, es mérito de los gobiernos revolucionarios mexicanos y de su Administración pública, en la fase justamente designada como «constructiva de la Revolución» (1917-40), el logro de la modificación de la estructura y de los valores de la sociedad mexicana, cambio que contribuyó decisivamente al «milagroso» crecimiento económico del país a partir de 1940.

9. *Del Estado como cometido: indeterminación conceptual y multiformidad empresarial*

Ahora bien, antes y después de su primera «emergencia constitucional» de 1942, el impresionante desarrollo de la hoy llamada Administración paraestatal (y su permanencia cualitativa y aun cuantitativa incluso después de los regímenes privatizadores de 1982-200?) nos pone de manifiesto la

tremenda transformación operada por el tránsito del Estado liberal burgués de *Derecho al Estado Democrático y Social de Derecho*. Llámese a este último Estado de Servicio, hablese de la Administración pública federal como de una administración «prestacional», lo cierto es que, al descenderse del Estado en cuanto *Ser (Sein)* al Estado como cometido (*Aufgabe*), la magnitud cuantitativa y cualitativa de las tareas concretas del Poder Público nos desconcierta y, ciertamente, hubiera sido inimaginable para inclusive los radicales puros o avanzados del Constituyente de 1856-57.

El punto es capital para vertebrar el tema del nuevo sector público en el Derecho público mexicano vigente. Desde la Constitución de 1857, *la idea misma de libertad ha cambiado*: el mismo vocablo recubre en nuestro tiempo muy otros contenidos. No son ni siquiera los algo difusos del capitalismo de pequeñas unidades anterior a la Segunda Guerra Mundial, estamos ante el capitalismo molecular o de grandes unidades, de esta segunda mitad del siglo xx, ante las cuales la acción del Estado asume modalidades «empresariales» no sólo de autoridad o directas, sino de gestión o indirectas, e inclusive concesionadas, en la que el maestro FRAGA-MAGANA llamara «descentralización por colaboración». En el cumplimiento de las adiciones y modificaciones a la Constitución de 1917, decretadas durante ochenta años (1917-1997) y que configuran *la originalidad formal de nuestro constitucionalismo* en el Derecho mundial comparado, así como de su legislación reglamentaria, se imponen al Poder Público mexicano un cúmulo de cometidos, que obliga a desbordar terminológicamente los esenciales y los de servicio público, para complementarlos no sólo con los cometidos sociales, sino con los cometidos privados asumidos por nuestra Administración pública federal. *Estos son los nuevos baluartes del contemporáneo concepto de libertad*. Esta existe no porque nos defendamos exclusivamente de las acciones del Estado contrarias a nuestra libertad física personal, sino para que nos defendamos de su omisión en el cumplimiento de las prestaciones (agua, transportes, educación, salud, vivienda, subsistencias populares, etc.) requeridas por la plenitud de nuestro desarrollo personal y comunitario. De este modo, en el sendero que nos iluminan ya los cameralistas alemanes de los siglos xviii y xix, se concibe a la Administración pública como el motor científico de la evolución social, como la guía responsable de la prosperidad del pueblo, del Estado y del país; en definitiva, como la organización que, mediante el fomento de las facultades colectivas de la Nación mexicana, especialmente merced al estímulo y eventual ejecución directa o indirecta de las actividades productivas y económicas, se convierte en la promotora del progreso humano, encargada de analizar las previsiones del cambio social y de proponer, prospectivamente, las estructuras y cometidos tendentes a su realización armónica y acelerada.

En estos términos, nuestra Administración pública configura una manifestación activa, y de personificación casi automática, del Estado respecto de la Sociedad. Los actos de planeación, decisión, ejecución y control configuran una función del Poder Público, la función administrativa. *Una*

función del Estado mexicano. No estamos necesariamente ante el Estado como expresión ineludible de una dominación, ante una mera personificación abstracta de una relación socioeconómica de fuerzas políticas, sino ante el Estado como el centro de imputación, directo o indirecto, de las acciones de un sector público jurídicamente competente para la prestación de un conjunto de cometidos prestacionales, tendentes a la promoción integral del Hombre (*Mensch*), mediante un acabamiento creciente y jamás totalmente realizado, del Estado *democrático social* de Derecho. De este modo, el estudio de nuestro tema se conecta con el del Estado como síntesis de mecanismos de promoción y desarrollo, en la búsqueda de la felicidad individual y colectiva, para lo cual sus objetivos, en función administrativa, desbordan necesariamente los raquíticos moldes del abstencionismo liberal, que hoy (1981-1997) pretenden resucitar e imponernos las globalizadas instancias monetarias y financieras internacionales. Es más, la expansión, algo conceptualmente indiferenciada, de las instituciones administrativas encargadas del cumplimiento de los cada vez más diversificados cometidos del Poder Público, desborda la clásica naturaleza privada del «fisco» y nos lleva a hablar de *una única personalidad jurídica estatal de Derecho público alternativamente beneficiaria de regímenes de Derecho público, de Derecho privado o de Derecho social*, según sean los intereses tutelados en juego y las estructuras jurídicas a las cuales se confie su administración centralizada o paraestatal. De este modo, *la Administración pública mexicana utiliza, tanto en sus modalidades centralizada como paraestatal, el género de las «empresas públicas», en especies tanto de Derecho público como de Derecho privado, lo cual nos lleva a anticipar nuestra reticencia ante criterios letristas y simplistas, que pretenden verlas únicamente como sinónimos de «empresas de participación o asimiladas».*

10. *De las libertades abstractas a la «libertad potenciada» por la Administración prestacional*

Respecto de las consecuencias institucionales y funcionales del antedicho cambio en el concepto de libertad, al pasar ésta de ser la resultante de nuestra individualista esfera de acción, que defendemos inclusive contra el abstencionista Estado liberal, y devenir *una «libertad potenciada» por nuestra activa participación como destinatarios y hasta gestores de las prestaciones del Estado intervencionista*, nos encontramos con una radical transformación de ambas partes: el individuo y su libertad han cambiado, precisamente porque «se enriquecen» con la transformación operada en las intervenciones sociales y económicas del Estado. Naturalmente, la nueva coyuntura histórica supone la plenitud permanente de las libertades individuales clásicas, que pretendíamos aseguradas por el Estado «juez y gendarme», ejemplificado en los escasos cometidos encomendados a la raquítica Administración centralizada establecida por el decreto juarista del 6 de abril de 1861. En aquellos tiempos de la Constitución de 1857, todavía

era válido el aforismo de que «cuanto menor sea la esfera de acción del Estado, tanto mayor será la esfera de libertad de los individuos», postulado típico del conservadurismo constitucional estadounidense.

Nuestro tiempo, además de aquellas libertades clásicas abstractas, se plantea la exigencia de libertades concretas, que el individuo aislado parece incapaz de lograr plenamente en la sociedad de masas. Estas libertades concretas invierten, con su mera exigencia, «la mentalidad defensiva» ante la Administración pública, y ello a tal grado que, muy por el contrario, el aforismo de la segunda mitad del siglo xx bien podría ser, en el marco de la Constitución federal vigente, que «*cuanto mayor queramos que sea la esfera de libertad de los individuos, tanto mayor y más eficiente deberá ser la esfera de acción del Estado*». Reiterando, *no nos basta con los clásicos cometidos esenciales y aun de servicio público del Estado burgués de Derecho del liberalismo*, pues resulta insuficiente satisfacer las exigencias contemporáneas de plenitud de la persona humana, con los meros cometidos legados por la tradición (de los soberanos medievales, precortesianos y novohispanos) y por los regímenes decimonónicos del cometido de servicio público. De la Administración pública, de su sector público responsable de la ejecución de los cometidos impuestos por el ordenamiento jurídico-objetivo, las personas y la comunidad política exigen diversas categorías de *libertades concretas*, cuya garantía prestacional tiende cada vez más a presumir su gestión directa: así, agua, transporte colectivo, drenaje, alcantarillado, alumbrado, limpia, mercados y centrales de abasto, panteones, rastrojos, etc., en el nivel de vida municipal, el cual, de este modo, tiende a satisfacer «micronecesidades», mediante estos cometidos expresamente preceptuados por la Constitución federal.

11. *Otros imperativos empresariales públicos derivados de la Constitución*

Además de la satisfacción de estas «micronecesidades», cuya satisfacción empresarial, directamente centralizada o indirectamente paraestatal, resulta impuesta por la Carta Magna, la vida en sociedad, y en particular en las zonas urbanas metropolitanas, genera «macronecesidades» que también devienen exigencias prestacionales, del individuo y de la comunidad, al Poder Público.

En este sentido y sin pretensión de exhaustividad, cabe apuntar los siguientes imperativos empresariales públicos expresamente reglados en la Constitución, ello sin perjuicio de todos aquellos otros que resulten absolutamente imprescindibles para la ejecución de éstos: emisión de billetes, acuñación de moneda, correos, telégrafos, radiotelegrafía, petróleo e hidrocarburos, petroquímica básica, minerales radiactivos y generación de energía nuclear; electricidad generada para la prestación de un servicio público, en cuya materia no se otorgarán concesiones a particulares; la explotación de una zona marítima exclusiva, situada fuera del mar territorial y adyacente a éste; el seguro social, para el sector privado; y la seguridad y servicios sociales para el sector público; el fondo nacional de la vivienda

para los trabajadores del sector privado; el fondo nacional de la vivienda para los trabajadores de los Poderes de la Unión y del Gobierno del Distrito Federal; el organismo para la vivienda y la seguridad social de las fuerzas armadas; las instituciones titulares de la prestación del cometido esencial de banca y crédito, etc.

III. HACIA UNA NUEVA RELACIÓN ENTRE LOS COMETIDOS DEL PODER PÚBLICO Y LOS CUATRO PODERES DE LA UNIÓN: ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO CONFRONTADOS POR EL CONTROL

12. *Nueva relación entre cometidos y poderes de la Unión*

Como ya se demostró ampliamente, la innovadora Constitución de 1917 engloba una serie de aspectos novedosos que, armónicamente interpretados, dan pie a la existencia de las empresas públicas encarnadoras también de la responsabilidad del bienestar general y de los compromisos de una política intervencionista del Estado mexicano. Por lo tanto, la Norma Suprema regula institucionalmente un nuevo cometido de orden concreto sobrepasando el marco clásico adoptado para la división de poderes de la Unión. Sin embargo, no se consideró prudente la creación de un nuevo órgano del poder público para los nuevos cometidos de la empresa pública, no obstante ser ésta conceptualmente diversa a la gestión administrativa clásica *strictu sensu*.

En efecto, la propia Constitución en su articulado reconoce que se está dando una reunión de «poderes» (*) en un solo órgano, al prever que la Administración pública federal será centralizada y paraestatal, y que a la primera corresponderán los negocios del orden administrativo, en tanto la segunda se integra con organismos, empresas e instituciones a través de los cuales se llevan a cabo las actividades de gestión económico-social, con lo cual establece claramente la diferencia de ambas series de cometidos atribuidas al Poder Ejecutivo.

Una vez así impuestos nuevos cometidos para órganos del Poder Público, no se consideró ni en el proyecto constitucional original ni en sus numerosas reformas (de exceptuarse el limitadísimo juicio político) el establecimiento de un nuevo sistema de pesos y contrapesos (en verdad, de controles específicos para la nueva organización prestacional, generalmente «auxiliar» del Poder Ejecutivo). A nivel constitucional y mediante una adecuada colaboración entre los tres poderes, ello habría evitado la prevalencia de alguno de ellos, omisión penosa en ciencia jurídica pues ya se contaba con las soluciones experimentadas durante centurias en derecho comparado. Por ende, surge la preeminencia del Poder Ejecutivo sobre los otros poderes de la Unión, cuyos riesgos denunciaba ya, respecto del socialismo real, el maestro André HAURIOU en sus obras de 1961-1966.

(*) Seguimos la terminología del artículo 29 constitucional.

13. *Del surgimiento del control*

Vista la necesidad de libertades concretas ante la complejidad de la situación contemporánea, se exige, como vimos, la existencia de una Administración pública más activa en la vida económica del conglomerado humano y, por ende, un incremento en número de los cometidos del Estado, traducidos en el constitucionalismo mexicano en una concentración de potestades en el Ejecutivo (y nuevos órganos «auxiliares», configurativos de la llamada administración «paraestatal») y no en la creación de un órgano nuevo y diverso del Poder Público.

La casi inevitabilidad del abuso de poder se pone de manifiesto en tres aspectos. Los señalaremos seguidamente.

En primer lugar, ante la nueva coyuntura de distribución de cometidos en el Estado mexicano, la doctrina más temerosa de los excesos del Ejecutivo auguraba en el aumento de nuevas facultades un factible abuso de poder fomentado por la escasa intervención de la sociedad que, en vez de hallarse agrupada en células de organización ciudadana, surge ante el Estado como una auténtica masa en el sentido literal del vocablo, al carecer de algún orden que le permitiera dirigir sus energías y aspiraciones a un objetivo y que la capacitaría para el ejercicio interior de la potestad pública y para el pleno ejercicio exterior de la soberanía. Es interesante, en segundo lugar, la comparación que hace la doctrina española de esta situación con la articulación entre los Consejos de Administración y las Asambleas de Socios de las Entidades mercantiles. Como también lo apunta Marcos KAPLAN, la creciente «tecnificación del mando», motivada por la *Tercera Revolución Industrial de la era Nuclear y de la Computación*, se traduce en el acceso al poder permitido a los detentadores de elevados conocimientos científicos y tecnológicos; por tal motivo, deviene lógica, entre una agrupación de peritos, que impere la decisión del más habilidoso líder, resurrección del *Führer-prinzip*, aparentemente ya superado (1939-1945) por los vencedores de la Carta del Atlántico, lo que no deja de plantear hipotéticas limitaciones al campo de las instituciones democráticas. El tercer aspecto facilitador del abuso de poder se halla delineado en la doctrina germana y estadounidense al indicar que los grupos dominantes así forjados, una vez consolidadas sus posiciones, buscan perpetuar en otras estructuras del poder a elementos de su propio grupo, por lo que su facultad decisoria tiende a fortificarse; por ende, se recomienda la adopción de una serie de medidas que contrarresten tal situación.

En tal coyuntura, la sugerencia de los juristas se traduce en una delineación especial de los medios de control de los administradores al frente de las empresas públicas (cfr., más ampliamente, CORTIÑAS-PELÁEZ *et al.*, *Introducción al Derecho administrativo*, 3.ª ed., ciudad de México, Porrúa Hermanos, S.A., 1998, esp. apartado 6), generalmente contenidos en los siguientes cauces:

- 1) la *Geschäftsleite*, desempeño diligente de los administradores en el ejercicio de sus facultades y cometidos, y
- 2) imputación de una conducta traducible en daño.

14. *Del desempeño de los administradores*

El primer elemento de control presupone que el titular de una empresa pública, más que ser una persona particular constreñida a la producción de un lucro determinado, es un servidor público capaz de ejecutar una serie de medios para lograr un fin ya establecido; en otras palabras, define un plan productor de óptimos resultados en la Administración pública y actúa conforme a los lineamientos del proyecto de referencia, buscando lograr las metas, resultados económicos y financieros esperados.

El primer supuesto, la falta de obligatoriedad de un beneficio, deviene ampliamente convalidado por los principios de las finanzas públicas modernas relativos a la soberanía tarifaria, rechazantes de la postura «privatística» de las empresas públicas; por ende, desdeña que los bienes y servicios de ellas sean primordialmente autofinanciados mediante la correspondiente tarifa de derechos o tasas.

El segundo integrante del supuesto, la búsqueda de un fin socialmente más comprometido con el bien común, y no con la libre empresa, mediante el despliegue de medios, surge en el momento en que la doctrina reconoce la trascendencia del gasto público fijado en función de aspectos cualitativos, es decir, no sólo se trata de gastar para mantener en funcionamiento la maquinaria del Estado, sino que debe vérselo como una inversión para obtener un fin material, axiológica y constitucionalmente determinado; es decir, tratándose de una herramienta de fomento del progreso material y de la masificación de los beneficios de la época moderna, la empresa pública debe encaminar sus recursos a estos objetivos al formar parte de la Administración pública con ellos comprometida.

En la coyuntura anterior se implica por lógica de un objetivo delineado en la propia Constitución, que la participación del sector público en actividades de las áreas estratégicas y prioritarias debe encaminarse al logro del desarrollo económico nacional a fin de garantizar que sea integral, fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático. Por lo tanto, que la empresa pública sujete sus programas a los fines imperativos del proyecto nacional normado en la Constitución, mediante la debida armonización de los mismos con el Plan Nacional de Desarrollo constitucionalmente a cargo del Ejecutivo; ello sin perder de vista tampoco que la propia empresa pública es parte del Sistema Nacional de Planeación en las materias de su competencia, participación que es el primer elemento de control constitucional de la empresa pública.

Tal postura queda claramente convalidada por la vertiente obligatoria del Plan Nacional de Desarrollo, al enunciar que la empresa pública se encuentra sujeta a los planes de las dependencias elaborados para su propio ámbito sectorial.

Por su parte, al emplear al vocablo «sectorial» invocamos al concepto administrativo «Sectorización», facultad del Ejecutivo de asociar a las empresas públicas en grupos por razón de materia y de poner al frente de cada uno de ellos como coordinador (o «cabeza de sector») a una Dependencia (Secretaría o Departamento de Estado); implicando también un segundo tipo de control ejercido por las Secretarías y Departamentos de Estado en relación con su sector coordinado de empresas públicas, traducido en que a cada dependencia le corresponde establecer políticas de desarrollo, coordinar la programación y presupuestación, ello de acuerdo con las asignaciones pecuniarias del sector, conocer la operación de todas las entidades a su cargo y evaluar sus resultados. Atendiendo a la naturaleza de las actividades de dichas entidades, el titular de la dependencia coordinadora podrá agruparlas en subsectores, cuando así convenga para facilitar su actuación y dar congruencia al funcionamiento de las citadas entidades. Por ende, también por la técnica de la sectorización los objetivos de las empresas públicas deben ajustarse a los programas sectoriales de la dependencia coordinadora, cuyas directrices formularán sus programas institucionales a corto, mediano y largo plazos.

Ya en terrenos propiamente dichos del principio *Geschäftsleite*, Administración delegada diligente, se exige la actuación del principio constitucional de eficiencia de los servidores públicos mediante la oportunidad de adoptar una decisión al presentarse una coyuntura favorable. Esto implica que el titular de la empresa pública, al disponer generalmente de personalidad y patrimonio propios, ejerce cierta autonomía decisoria circunstancial aplicable al aprovechamiento inclusive de una eventualidad, prerrogativa difícilmente accesible a los titulares de las dependencias por la rigidez de sus disposiciones presupuestarias. Postura ampliamente coherente de concebirse al titular de una empresa como un ente encargado de la ejecución de determinados medios, que la *praxis* tildaría de ineficientes de no emplearse en el momento oportuno. Así, en el caso del fideicomiso público, bajo determinados requisitos, el fiduciario puede abstenerse de consultar al Comité Técnico si se requiere la realización de acciones urgentes cuya omisión lesionaría al fideicomiso: luego, las obligaciones del titular no son simplemente de cuidar la estabilidad del patrimonio de la empresa ni de limitarse a una actitud francamente contemplativa, sino, al contrario, debe realizar todas las gestiones de negocios necesarias con cierta iniciativa para lograr de manera eficiente el cumplimiento de los Planes Nacionales. Por ende, debe considerársele responsable de los daños y perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al sector público, incluso sectores doctrinales insisten en reputarla responsable aun en caso fortuito si ha hecho operaciones arriesgadas, con lo que se corrobora la postura de enunciar al titular de la empresa pública como un ejecutor de medios, más que como un productor de lucros, y con este antecedente ingresamos al segundo elemento teórico de todo sistema de control de la empresa pública.

15. *Imputación y figuras constitucionales: juicio político y responsabilidad administrativa*

El segundo elemento de control, la imputación de conducta traducible en daño, debe existir en todos los ordenamientos, regulando una relación de causalidad entre el daño y el acto culposo o doloso que lo origina.

Dentro del marco constitucional, los principales criterios de responsabilidad referidos en especial a las empresas públicas giran en torno al juicio político y a la responsabilidad administrativa propiamente dicha.

Mediante juicio político, seguido por la Cámara de Senadores a instancia de la Cámara de Diputados, los titulares de las empresas públicas son sancionados con destitución de su cargo e inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público, sin que exista medio de impugnación en contra del fallo senatorial. El juicio político sólo podrá iniciarse durante el período en que el titular de la empresa pública desempeñe su cargo y dentro del año de su terminación. Las sanciones correspondientes se aplicarán en un período no mayor de un año a partir de iniciado el procedimiento.

Por su parte, la responsabilidad estrictamente sancionada por la propia Administración pública se encamina a salvaguardar los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de las actividades de los servidores públicos dentro de las empresas públicas mediante la imposición de diversas sanciones comprendidas desde la amonestación hasta la destitución e inhabilitación.

16. *Modalidades y casos de la responsabilidad*

Cabe plantearse una serie de breves cuestiones en torno a la responsabilidad de los administradores de las empresas públicas, antes de cerrar estas notas sobre el control de la empresa pública.

Teniendo en cuenta que la organización básica de una empresa pública sigue a la organización germana del *Aufsichtsrat*, Consejo de Vigilancia, y del *Vorstand*, Directorio, este último, al ser colegiado por integrarse su órgano de gobierno por no menos de cinco ni más de quince miembros propietarios y de sus respectivos suplentes, todos y cada uno de sus miembros son responsables de las decisiones adoptadas, salvo los que votaron en contra y los ausentes cuando su falta revista el carácter de justificada, toda vez que las decisiones se toman por mayoría de votos en sesiones integradas por la mitad más uno de sus miembros. Asimismo, cabe la pregunta de si la responsabilidad debe ser solidaria o mancomunada. En el caso mexicano, la opinión más aceptable es la responsabilidad mancomunada, es decir, que cada miembro del órgano de administración debe responder por el total del daño o perjuicio ocasionado por su inadecuada gestión de la empresa pública, ya que al no preverse en las leyes porcentajes de participa-

ción en las decisiones no es factible sostener postura favorable a la solidaridad o responsabilidad prorata.

Puede presentarse el caso de que la decisión emane del subordinado en ejercicio de facultades desconcentradas: en tal situación resulta obvio en primera instancia que el único responsable es el inferior jerárquico y no el titular de la empresa pública, salvo si cae en *culpa in vigilando* sobre la conducta de su delegado o en *culpa in omittendo* si, enterado de la coyuntura, no le gira las instrucciones correspondientes, avalando con ello la iniciativa propia del inferior, quien goza de la facultad de tomar las medidas pertinentes a fin de que las funciones de la entidad se realicen de manera articulada, congruente y eficaz.

Asimismo, no es de extrañar la situación de que el ordenamiento emanado de *Vorstand* sea contrario a los intereses públicos, por lo que el subordinado deberá obrar no conforme a los lineamientos recibidos, sino tutelando los intereses de la empresa pública por ser su obligación primigenia; tal principio incluso es recogido respecto de los fideicomisos públicos, al estipularse que el fiduciario deberá abstenerse de cumplir las resoluciones que el comité técnico del fideicomiso dicte en exceso de las facultades expresamente fijadas por el fideicomitente, debiendo responder de los daños y perjuicios que se causen en caso de ejecutar dichos acuerdos.

No obstante contarse con cierta regulación para fincar el control de las empresas públicas, los lineamientos constitucionales sobre presupuesto, ingresos públicos, cuenta anual y deuda nacional no tomaban en el texto original, ni toman, en consideración la situación jurídica de los cometidos concretizables: no hay disposiciones claras para deturminar si la pléyade de empresas públicas debe estar incluida en el presupuesto de egresos de la Federación y en la cuenta anual; si el Congreso tiene alguna facultad en cuanto a los precios de los bienes y servicios generados por tales empresas, y en la designación de sus altos funcionarios. De aplicarse con rigidez los preceptos constitucionales, se descubriría lo inadecuado de éstos en cuanto a los nuevos cometidos, ya que los equilibrios constitucionales clásicos del liberalismo no se hallaban diseñados para afrontar el orden intervencionista del Estado *democrático y social* de Derecho.

Así, por ejemplo, aunque una interpretación sistemática de la Constitución llevaría a la conclusión de que toda empresa pública, por formar parte de la Administración pública federal, debe integrarse a los controles del Congreso en materia hacendaria (que implican el presupuesto de egresos, la ley de ingresos y la cuenta anual), en la práctica sólo algunas de las empresas públicas se integran a tales controles, y se deja al Ejecutivo la decisión de cuáles deben hacerlo, sin que medie al respecto ni una simple circular que regule el criterio a seguir.

Análogamente, si bien constitucionalmente los pagos por bienes y servicios de las empresas públicas son contribuciones a los gastos públicos y, por ende, sujetos a los principios de legalidad, proporcionalidad y equidad que rigen en materia tributaria, en la realidad no se les considera tales y se les maneja como decisiones del Ejecutivo no sujetas al principio de legali-

dad, a pesar de que se prevé que las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos, abriendo con ello la puerta a los apetitos de implantación de la antisocial tarifa suficiente y no a la ponderadamente bonificada, sin que el gobernado cuente con un sistema de impugnación al respecto. Deviniendo con ello en nugatorias las garantías individuales concretas por carencia de acciones jurisdiccionales, ya que inclusive el Juicio Constitucional de Garantías se vuelve notoriamente frívolo e improcedente por ser imposible al usuario o destinatario acreditar la existencia de un agravio personal y directo motivado por el despliegue tarifario de una empresa pública, puesto que ésta no es autoridad, según la SCJN, para efectos de amparo, al carecer de la potestad de servirse de la fuerza pública para hacer acatar sus decisiones.

17. *La problemática del tipo*

Ahora bien, analizando brevemente la procedencia del juicio político, resalta en primer plano la falta de las conductas típicas que motiven y fundamenten el inicio del procedimiento: en ninguna parte de la Carta Magna hace su aparición la sistemática congruente de todo proceso, pues se carece de cualquier causa para la imposición de sanciones al administrador de una empresa pública por parte del Senado. En los textos de la ley reglamentaria, los elementos del tipo se hallan redactados de una manera tal que no es posible tener certeza jurídica para encuadrar una conducta, o, por el contrario, la complejidad impuesta por el mismo impide en la práctica una aplicación.

18. *Las omisiones graves*

Así, entre las causales de procedencia del juicio político, según la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, se señalan las omisiones de carácter grave que causan graves perjuicios a la Federación, a una o varias Entidades Federativas o a la sociedad o que motiven algún trastorno en el funcionamiento de las instituciones. El tipo es notoriamente deficiente al nunca esbozar, ni de manera enunciativa, qué debe entenderse por una omisión de carácter grave a fin de diferenciarla de una leve; asimismo, tampoco especifica cuáles son los graves perjuicios originados por dicha comisión por omisión. Además, sanciona la afectación traducible en un perjuicio, es decir, en el menoscabo ilegítimo que sufre una persona en sus ganancias lícitas; luego, si sufre a manos de sus administradores una pérdida en su patrimonio, un daño, no puede invocársele como causal de juicio político por ser un elemento extraño al tipo administrativo.

Continuando en el tipo, una vez clarificado que se ocupa de un perjuicio, éste debe sufrirlo la Federación, sin que dicho término incluya (en discutible interpretación restrictiva) a la empresa pública por ser ésta un ente

dotado de plena autonomía jurídica y patrimonial; de donde, no debe servir de base para la inclusión, del perjuicio de una empresa pública, en el tipo administrativo de la disposición constitucional, aun considerándose la parte de la administración correspondiente al Poder Ejecutivo, por no identificarse éste con la Federación. Pero el perjuicio que afecte a la Federación, de acuerdo con el tipo que comentamos, debe afectar también los intereses de las entidades federativas o de la sociedad o trastornar el funcionamiento normal de las instituciones; ello, suponiendo que con «funcionamiento normal de instituciones» se refiera a una situación diametralmente opuesta a las implicaciones de Estado de Emergencia o Suspensión de Garantías Constitucionales, y que no englobe las consecuencias de la Desaparición de Poderes en una entidad territorial, por disposición del Senado federal. Queda pendiente determinar si los textos jurídicos de todo el orden normativo mexicano reconocen personalidad jurídica a la «Sociedad Mexicana» para que, en efecto, sea legalmente hablando susceptible de sufrir una pérdida ilegítima en sus ganancias lícitas, en lenguaje de juristas debe concluirse la imposibilidad de reconocer a la «Sociedad Mexicana» como un ente susceptible de derechos y deberes, ni mucho menos tener a alguna persona física o moral como su representante legal para que comparezca en juicio político a exponer y acreditar un menoscabo ilegítimo en sus ganancias lícitas, motivado por la comisión por omisión de un administrador de una empresa pública en el indebido ejercicio de sus funciones. Para terminar, este tipo requiere de dos perjuicios atribuibles a una única comisión por omisión: el efectuado en contra de la Federación y de cualquiera de los otros «afectados», ya que entre éstos y aquélla media una coma de enlistado y no una disyuntiva «o».

19. *Las violaciones graves y sistemáticas*

Si el tipo anterior es difícil de integrar en cualquier procedimiento senatorial, el que enuncia la procedencia del juicio político por violaciones graves y sistemáticas a las garantías individuales y sociales no es menos «ideal» y, por ende, poco concretizable.

En este supuesto se requiere que el *Vorstand* o cualquier otro miembro de la empresa pública conculque las garantías individuales y sociales de manera grave, sin que por el momento se haya establecido criterio alguno para calificar una violación como grave o leve; además de que las violaciones deben ser sistemáticas, es decir, el servidor público debe atentar contra el artículo 1 de la Constitución por ser formalmente la primera garantía individual; de poderla violar deberá proseguir contra las contenidas en el artículo 2, y así sucesivamente hasta atacar a todas y cada una de ellas. Es posible, dada la redacción del precepto, que el infractor empezará su obra con alguno de los grupos en que la doctrina ha clasificado las garantías individuales, digamos por el grupo dedicado a la seguridad, luego a la libertad, hasta acabar por agredir todo el conglomerado; no debemos perder, empero, de vista que es factible para los administradores de las em-

presas públicas emitir una serie de actos, como un nombramiento de apoderados, sin necesidad de fundamentar y motivar el acto en cuestión, o bien que el acto no se equiparase con una afectación personal y directa en el patrimonio de las personas, como el mencionado de la sujeción tarifaria a los principios tributarios generales, y por falta de dicha traducción no se considerase una violación a una garantía individual, rompiendo con ello la sistematicidad que el tipo exige.

Ahora bien, debido a encontrarnos ante la adopción ilimitada de los cometidos y garantías en sentido clásico, así como ante la superpuesta normatividad de los cometidos del Estado Social de Derecho y sus garantías concretas ya analizadas, preguntamos: ¿deben también violentarse estas garantías para lograr la integración del tipo o sólo requiere el atentado contra las garantías clásicas?; ¿habrá habilidoso acusador capaz de integrar en un caso concreto este tipo administrativo?

20. *Ley reglamentaria, esencia del control («Geschäftsleite») y abuso de poder*

No obstante, la acuciosidad procedimental de la Ley Reglamentaria de la responsabilidad administrativa de los titulares de las empresas públicas sancionados por la propia Administración pública, sufre de una carencia muy similar a la del juicio político en cuanto a las deficiencias de los tipos; baste con ello asentar que todas y cada una de las fracciones abocadas a la precisión de los tipos, además de enunciarse en forma negativa, lo que conlleva la imposibilidad legal de probar un acto negativo, se enuncian de forma vaga e imprecisa, de tal manera que en la praxis las autoridades encargadas de aplicarlas se encuentran dotadas de amplísimas facultades discrecionales que les permiten prácticamente sancionar sin una razón de peso a cualquier servidor de una empresa pública. Así, ¿qué se debe entender por máxima diligencia, buena conducta o debidas reglas de trato? O bien sufrirse de la ambigüedad del juicio político, impidiendo una integración perfecta de la conducta ilícita sancionable. Además, resulta interesante asentar que en ninguno de los procedimientos examinados es posible dar con un tipo calificado por carcerarse de agravantes, independientemente de que los tipos también carecen de atenuantes.

Lo anterior pone en relieve la falta de apego a la teoría germana de responsabilidad de los administradores: si bien la *Geschäftsleite* aparece esbozada en el caso del fideicomiso público con una mayor precisión, y por lo tanto es factible hacerla extensiva por analogía a las demás empresas públicas, no se cumple cabalmente el segundo principio diseñado por la doctrina, a saber, la imputación de una conducta traducible en daño, dada la amplia ambigüedad de los tipos punitivos o por el diseño tan ideal, que sólo en el mundo metafísico de las ideas puede actualizarse, haciendo que la genial idea de la empresa pública, traducible en un desarrollo armónico del conglomerado social debido a su amplísima libertad de acción, puede

desvirtuarse en un caprichoso abuso del poder típico de nuestro presidencialismo exacerbado.

Si se quiere tener un gobierno de instituciones, no de personas cuyo capricho sea ley, es necesario por lo menos restablecer la esencia de los medios de control de las empresas públicas, pues de lo contrario el futuro predecible es la actualidad llena de arbitrariedades y atentados contra el sano criterio administrativo, como lo demuestran los escandalosos manejos de entidades tan sanas, en su concepto originario, como la Compañía Nacional de Subsistencias Populares (involucrada en posible lavado de dinero del narcotráfico, desde 1990 al 1994).

IV. PERSPECTIVAS

21. *Horizontes de la presente investigación e indicación bibliográfica*

Estas páginas configuran el avance de una investigación en curso, muchas veces interrumpida, sucesivamente en Europa durante los años setenta (especialmente durante mis funciones de docencia e investigación en la Universidad de París I - Panteón/Sorbona) y en México durante los años ochenta y noventa. En esta última fase, fueron inestimables las aportaciones de colegas y estudiantes en la Universidad Nacional Autónoma de México (1974-1988) y, fundamentalmente, en la Universidad Autónoma Metropolitana (desde 1988), potenciadas estas últimas por mi ingreso al SNI.

