

PRESENTACIÓN

El reto de la economía mexicana es, sin duda, construir la infraestructura suficiente y darle el mantenimiento adecuado a la existente para que nuestro país alcance en el grado de desarrollo a sus principales socios y competidores en el mundo globalizado que vivimos. En este sentido, obras colectivas como la que se presenta, editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de nuestra máxima casa de estudios, son oportunas e indispensables para explicar, conocer y divulgar el estado en que se encuentra este proceso en los primeros años del siglo XXI.

¿Cuál es el estado del financiamiento de la construcción de infraestructura? ¿Cuáles son los retos para nuestra generación y la siguiente en esta materia? ¿Cómo impacta la normatividad en el avance o rezago de la infraestructura en los sectores de energía, comunicaciones y transportes y educación? ¿Qué es aprovechable de experiencias internacionales? ¿Cuál es la relación de la normatividad con la Constitución? ¿Cuál es el alcance de las limitaciones que impone la Constitución en esta materia a la inversión privada? ¿Qué necesidades existen en infraestructura proyectadas en el mediano y largo plazos? La respuesta a estas y otras preguntas es el propósito de esta obra colectiva, producto de un exitoso seminario que organizó el Instituto de Investigaciones Jurídicas en 2008.

El derecho administrativo en razón al proceso de extensión y de especialización en el que ha estado inmerso, así como debido a la transferencia de la gestión a entidades de carácter híbrido,

financiadas mayoritariamente con capital proveniente del mercado, requiere de una idea ordenadora que permita una construcción sistemática de conceptos compartidos por los diversos aspectos que contiene.

La autonomía y singularidad del derecho administrativo lo ha convertido en una fuente importante de grandes áreas del saber jurídico y esta circunstancia ha permitido que se presenten valiosas investigaciones de cuestiones específicas con base en un bagaje común proveniente de la teoría, tales como los conceptos de órgano administrativo, concesión, acto administrativo, tarifa, contrato administrativo, entre otros.

Asimismo, existe una dogmática propia que deriva de sus orígenes en el Estado liberal, que consiste primordialmente en tres aspectos: la norma administrativa debe respetar la esfera mínima de garantías que la Constitución otorga a los gobernados, el sometimiento al principio de legalidad y el control de calidad del derecho llevado a cabo a través de la tutela judicial. Esta dogmática se combina con la imperiosa necesidad de aumentar progresivamente la eficiencia y eficacia en la multiplicidad de acciones administrativas, con lo que las exigencias formales vinculadas con los límites del poder social, “aparentemente” pasan a un segundo plano en un Estado constitucional de derecho comprometido con la legitimidad de los resultados y la participación del gobernado y los organismos intermedios en el diseño de políticas públicas.

En estos dos pilares, la legalidad como principio indispensable en el ejercicio del poder administrativo y la responsabilidad de cumplir con la encomienda de conseguir objetivos y finalidades concretos, como sucede en la materia de infraestructura, se finca el libro coordinado por los juristas Manuel Barquín y Francisco Treviño, que tiene la virtud de aportar elementos para elaborar una teoría del “derecho de la infraestructura”, que ayude a crear categorías particulares y forjar valores de control útiles para el ejercicio de la tutela judicial. Esto último es de suma importancia, ya que en los procedimientos de revisión de la constitucionalidad o legalidad de normas en un derecho profundamente espe-

cializado, las contribuciones académicas serias son bienvenidas porque permiten distinguir las situaciones nuevas emergentes, las contradicciones que se presentan entre lo necesario en términos económicos, sociales y administrativos y lo posible jurídicamente bajo la perspectiva del respeto a las garantías constitucionales, así como las expresiones concretas de lo que en la teoría del derecho se conoce como la crisis del principio de legalidad.

El método jurídico, para conformar un pensamiento capaz de encontrar identidades entre las diversas especialidades del derecho administrativo, debe atender a las funciones del mismo: la práctica, la dogmática y la política. Tal y como lo aborda esta obra, que logra conjugar estas funciones a partir de la intervención de especialistas en materias jurídicas, económicas y técnicas. En ella participan expertos en subsectores que requieren de la disposición de infraestructura para llevar a cabo su función social.

La primera función, la práctica, es la que, con base en estudios científicos-técnicos, propone un conjunto de reglas, cuya finalidad primordial es la organización de una actividad específica y la estructuración e interrelación de entidades públicas, híbridas y privadas, con miras a obtener resultados medibles, *v. gr.* la construcción de aeropuertos, vías de comunicación, escuelas, presas y toda clase de infraestructura. En esta dimensión se ubica la creciente legislación relacionada con la misión del Estado, que lo legitima en términos objetivo y material, en atención a la ejecución efectiva, eficiente, económica y transparente del presupuesto.

En este plano se ubican categorías como el Programa Nacional de Infraestructura, las reglas de integración del Fondo Nacional de Infraestructura, “bancabilidad” de los proyectos, la organización económico-administrativa del sector transporte, las reglas de inversión pública y privada, las modalidades de financiamiento mixto, las formas de administración de las entidades públicas que intervienen en la construcción y mantenimiento de infraestructura, el subejercicio presupuestal, los indicadores de gestión, la competitividad, las formas de contratación, los diag-

nósticos de la infraestructura y la proyección de necesidades al futuro, entre otros. Estas categorías son analizadas desde diversos enfoques por Raúl Ayala Aceves, José Barbero, Óscar de Buen Richkarday, Jorge Fernández Ruiz, Gerardo Gil Valdivia, Reyes Juárez del Ángel, Alejandro López Velarde, Roberto Remes Tello de Meneses, José Luis Stein-Velasco González-Casanova y Javier H. Estrada Estrada.

La segunda dimensión, la dogmática, relacionada con la argumentación en modo coherente y consistente dentro de un orden jurídico dado, en términos kelsenianos y hartianos, permite vincular los conceptos e instituciones jurídicas constitucionales y administrativas con las normas de la parte especial con la infraestructura. Esta función se puede revisar desde dos perspectivas: la deductiva y la inductiva.

El método deductivo es el proceso lógico más común que se emplea en la aplicación de la norma general, es decir, la subsunción jerarquizada que se efectúa con base en la hipótesis normativa del hecho que efectivamente se presenta en la realidad. El derecho administrativo supone que prevalecen los principios formales y sustanciales de la legalidad y que imperan en todos los casos que se someten a la revisión de los órganos del Estado, que en última instancia, siempre serán los jurisdiccionales. En este sentido, algunos de los trabajos que integran la obra proceden a verificar lo dispuesto en las normas, tomando como referencia la Constitución, que es la ley suprema de nuestro orden jurídico. Para tal efecto, el artículo 134 se utiliza como principal referente inmediato a la materia de infraestructura y, en especial, de la contratación pública.

El método inductivo, que consiste en hacer abstracción a partir del caso concreto, se utiliza para avanzar en la construcción del derecho. En la materia de infraestructura esta metodología es cada vez más socorrida, en virtud de que la complejidad técnica y el progreso tecnológico plantean necesidades nuevas, que exigen un orden jurídico en permanente evolución. Por ejemplo, Roberto Ortega Lomelín, a partir de la explicación de las formas de contra-

tación de la industria petrolera en el mundo, concluye que la actual legislación en materia de obra pública aplicada a Pemex restringe el desarrollo de la infraestructura y, con base en el estudio del caso, pretende demostrar que la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con la misma, debido a su orientación a la construcción de obras civiles, no especializadas, estandarizadas y de corto plazo, no es óptima en términos de eficiencia para regular las obras de la industria petrolera que se distinguen por ser de carácter productivo, especializadas, complejas y de largo plazo.

Ambos métodos de la dogmática son empleados con maestría en la obra. Los trabajos de Manuel Barquín Álvarez, César E. Hernández Ochoa, Roberto Ortega Lomelín y Francisco J. Treviño Moreno desarrollan argumentaciones que combinan los principios generales del derecho administrativo, los criterios de experiencia, derivados de la jurisprudencia y de la aplicación de las normas en los casos concretos, y las reglas de lógica o los criterios de razonabilidad extraídos de la práctica.

La necesidad de regular con mayor eficiencia la construcción y mantenimiento de la infraestructura en México es la principal razón de la edificación teórica de esta especialidad del derecho administrativo y la urgencia de superar los cuellos de botella en materia de energía, transporte y comunicaciones, que afectan gravemente a la economía nacional, es la justificación para la modernización de la normatividad existente, tal y como lo sostiene Barquín Álvarez.

En este sentido, el método inductivo sustituye al deductivo, como el más común de la dogmática, debido a que la teoría existente y contenida en la Constitución y las leyes que derivan de ésta, son aparentemente insuficientes para normar la complejidad que implican las obras especializadas de largo plazo y que exigen, según Ortega Lomelín y Treviño Moreno, regímenes diferenciados de contratación de obra pública o cambios legislativos que incluyan esquemas de asociación pública-privada (APP) que regule el régimen de contratación pública y el otorgamiento de concesio-

nes, con base en un procedimiento único establecido en una sola ley para el sector de comunicaciones y transportes.

Lo expuesto muestra la riqueza dogmática de la obra, que proviene de la confrontación de puntos de vista y de la inclusión, en la mayoría de los artículos que la integran, de conclusiones propositivas tendentes a impulsar modificaciones legislativas o modificar la interpretación imperante del artículo 134 constitucional, especialmente las confrontaciones constitucionales relacionadas con la participación privada en el sector energético, o la normatividad secundaria.

Los aspectos importantes del plano dogmático son la preocupación por la constitucionalidad de la intervención de entidades creadas con base en la legislación mercantil y con capital privado en los sectores que analiza la obra, puesto que son actividades que históricamente han sido consideradas estratégicas para el Estado mexicano y la exposición sistemática de la evolución de la legislación que regula la construcción y mantenimiento de la infraestructura. Los trabajos que contiene abordan en forma clara y descriptiva, didácticamente divididos por materia, el contenido de la Constitución y la legislación, derogada y vigente, como punto de partida para demostrar las conclusiones a las que se arriba.

Las categorías de análisis y aplicación de la normatividad de obra pública muestran la complejidad creciente de la materia. En los artículos se exponen doctrinariamente el sentido y alcance de conceptos tales como: tipología de contratos de procura gubernamental, *joint venture*, contratos de asistencia técnica, los contratos de costos, los contratos incentivados, los contratos de precio fijo con incentivos, los contratos de precio fijo con bono de desempeño, los contratos de diseño, licitación y construcción, los contratos de diseño y construcción, los contratos de administración de la construcción, los contratos integrados de diseño, licitación y construcción con sistemas de entrega, los contratos de entrega indefinida, los productores independientes de energía, los contratos de compraventa de energía a largo plazo (*power*

purchase agreement o PPA), la competencia económica regulada, la interconexión de permisionarios, la regulación tarifaria a los entes público-privados, los contratos de producción compartida, los contratos de servicios, los proyectos de participación conjunta público-privada (PPP), la participación de financiamiento privado (PFI), la subrogación de los servicios al público, la “adopción” de escuelas y las asociaciones público-privadas.

Esta variedad de conceptos es la materia prima para elaborar una teoría del derecho administrativo que sea capaz de garantizar la función ordenadora y directiva, que en los últimos años ha asumido la actividad jurisdiccional y doctrinaria. La sistematización de las normas especializadas relacionadas con la infraestructura permitirá que el derecho se convierta en un instrumento analítico del mercado, de los recursos financieros involucrados, del personal y de las organizaciones participantes. El protagonismo del Estado de derecho en la vida contemporánea no debe limitarse a la función controladora de la legalidad, de la constitucionalidad de la actuación de las autoridades, sino que deben contemplarse los efectos y las consecuencias de las normas en un contexto más amplio, como medios al servicio del desarrollo tecnológico o el equilibrio de los mercados.

El tercer plano que se utiliza para encontrar identidades entre las distintas especialidades del derecho administrativo es el político y consiste en descubrir las contradicciones de valores que subyacen en las distintas propuestas de normatividad o interpretación de las mismas, así como los puntos que adquieren mayor prioridad, en atención a las relaciones que guardan los diversos grupos políticos y sociales.

Las corrientes de pensamiento del derecho administrativo, general y especializado, están orientadas a la nueva gestión pública, al *management*, a la administración estratégica, a la revaloración del contenido económico de la regulación, a la incorporación de los diagnósticos de estadística social en la exposición de motivos de la legislación especializada y a los procesos de modernización.

Los autores del libro *La infraestructura pública en México* evidentemente comparten una valoración política, que no es uniforme, ni dogmática, y consiste en el empleo de una metodología de análisis similar. Esto proviene del consenso que se descubre en su lectura de que las regulaciones legales se aplican preferentemente a través de las formas tradicionales de ejecución administrativa (permiso, concesión o licitación) o de revisión judicial (procesos administrativos, juicios de amparo y acciones de inconstitucionalidad), pero la operación cotidiana está más vinculada con procedimientos técnicos especializados.

Además, los controles no esencialmente jurídicos, como los financieros y estadísticos, son claves para verificar la calidad de la actividad público-privada desarrollada. Incluso, se propone mayoritariamente el uso de esquemas de gestión indirecta y autorregulación como tácticas para aumentar la disponibilidad de infraestructura.

En la dimensión política la obra es congruente con la realidad que expone, y la propuesta de un cambio legislativo con base en la información científica proporcionada tiene una intención manifiesta: modernizar la regulación y el financiamiento vinculado con la obra pública en los sectores de energía, transporte, comunicaciones y educación. El trabajo de Remes Tello de Meneses “Trenes urbanos y suburbanos para México. Una inversión necesaria y urgente” es paradigmático de la orientación axiológica del libro. Lo que debe importar en términos políticos, sostienen gran parte de los autores, es la mejora inmediata de la infraestructura so pena de que nuestro país quede rezagado con respecto a las economías con las que existen lazos de cooperación y competencia.

La urgencia queda manifiesta, los casos que se exponen la confirman e invitan a reflexionar sobre los caminos posibles al futuro. Lo destacable es que la obra es más que una propuesta en el plano político, puesto que, como ya se expuso, tiene un amplio contenido práctico y de dogmática jurídica, la convierte en un referente para investigaciones futuras.

La gran valía de los artículos radica en lo profuso de los datos recopilados, la sistematicidad con que se expone la argumentación y la congruencia axiológica en su conjunto. Los coordinadores aciertan en reunir a un grupo de especialistas que además de conocer profundamente el tema tienen el talento de expresar un pensamiento abstracto capaz de encontrar identidades entre las diversas especialidades del derecho administrativo y demostrar que es posible construir una teoría del derecho administrativo partiendo del derecho administrativo especializado y que esta labor debe desarrollarse considerando puntos de vista de diversas disciplinas.

Sergio Armando VALLS HERNÁNDEZ