

## CAPÍTULO SEXTO APUNTES PARA UNA TEORÍA DE LA FISCALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

|                                                                                              |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Control como género y fiscalización como especie . . . . .                                | 270 |
| II. El fracaso de los órganos de fiscalización interna y externa . . . . .                   | 270 |
| III. Juridificación de los principios contables . . . . .                                    | 272 |
| IV. Delimitación de atribuciones de los órganos de fiscalización externa . . . . .           | 273 |
| V. ¿Delitos, infracciones o faltas administrativos? . . . . .                                | 276 |
| VI. Conducta . . . . .                                                                       | 279 |
| 1. Tipo y tipicidad administrativas . . . . .                                                | 281 |
| 2. Apuntes para una clasificación de los ilícitos administrativos . . . . .                  | 282 |
| 3. La clasificación legal de las infracciones administrativas . . . . .                      | 285 |
| 4. Auditoría . . . . .                                                                       | 288 |
| 5. Pliegos . . . . .                                                                         | 293 |
| 6. Pliegos de observaciones . . . . .                                                        | 295 |
| 7. Pliegos de cargos . . . . .                                                               | 295 |
| VII. Antijuridicidad en el actuar administrativo . . . . .                                   | 297 |
| VIII. Imputabilidad . . . . .                                                                | 298 |
| 1. Crítica al uso de la palabra “fincamiento” en materia de control administrativo . . . . . | 299 |
| 2. Responsabilidad . . . . .                                                                 | 299 |
| 3. Tipos de responsabilidad . . . . .                                                        | 300 |
| IX. Culpabilidad . . . . .                                                                   | 304 |
| 1. El dolo en la administración . . . . .                                                    | 305 |
| 2. La culpa en el actuar administrativo . . . . .                                            | 306 |
| X. Sanciones . . . . .                                                                       | 307 |
| XI. Naturaleza jurídica de la función de fiscalización . . . . .                             | 309 |
| XII. Necesidad de una fiscalía especializada en la materia administrativa . . . . .          | 317 |
| XIII. Consideración final . . . . .                                                          | 318 |

## CAPÍTULO SEXTO

### APUNTES PARA UNA TEORÍA DE LA FISCALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Aunque parezca paradójal, los grandes principios sólo pueden formularse o conocerse a lo largo de una vida consagrada al examen directo de las grandes cuestiones jurídicas; es necesario el estudio incesante y desinteresado de los problemas de derecho que, influidos por las modificaciones de orden político, económico y social crean nuevos casos de conciencia jurídica. Luego tienen derecho a llamarse principios, los que han surgido de las grandes conquistas de la libertad y del derecho clásico, al cual, como en la arquitectura, será necesario volver toda vez que se quiera realizar algo armónico, humano y duradero.

Rafael BIELSA, *Principios de derecho administrativo*

El fenómeno de la corrupción no es novedoso, sin embargo, sus efectos lesionan permanentemente la vida social, siguiendo la clasificación que realiza Robert Klitgaard,<sup>235</sup> modificada para nuestros fines, éstos pueden ser: a) en materia de eficiencia social nos lleva al desperdicio de recursos, genera problemas públicos y degenera a la política, al grado de introducir grandes problemas de entendimiento público y legitimidad; b) en lo que se refiere a la cuestión económica, produce problemas de distribución, pues asigna recursos a los políticos, los adinerados, los militares o policías y a

<sup>235</sup> Klitgaard, Robert, *Controlando la corrupción*, Buenos Aires, Argentina, Sudamericana, 1994, p. 58.

quienes detentan poderes monopólicos, puesto que son quienes pueden pagar sus costos para acceder a los beneficios que otorga; c) en materia de incentivos públicos enfoca las fuerzas de los funcionarios y de la sociedad hacia la búsqueda de ganancias derivadas de transacciones corruptas, genera riesgos al introducir medidas improductivas preventivas y desalienta la inversión, puesto que, al no existir certeza en las reglas de la acción pública, los inversionistas prefieren tener seguridad en sus capitales invirtiendo en paraísos fiscales, lo que aleja la inversión productiva; d) además, en materia política genera alineación, cinismo e inestabilidad del régimen, permite el tráfico de intereses, puesto que el gobierno corrupto, al no sustentarse en la legitimidad de la acción pública honesta, debe realizar concesiones permanentes a los grupos de presión, lo que desgasta la vida institucional; e) en el ámbito internacional hace más vulnerables a los países a presiones del exterior, pues no existe una base social que les permita enfrentar ataques encaminados a diezmar la soberanía o a beneficiar los intereses de las grandes transnacionales con todo su poderío económico; f) por último, en materia de vitalidad social, genera desaliento psicológico, pues entre la población no sujeta a las prácticas corruptas se tiene la percepción de que nada va a cambiar, lo que las lleva a una serie de depresiones y, por último, a la atonía social, lo que limita la vitalidad de la sociedad.

Así, para Susan Rose-Ackerman:

Since time is money, firms and individuals Hill pay to avoid delay. In many countries a telephone, a passport, or driver's license cannot be obtained expeditiously without a payoff. Sometimes the service is available only to the corrupt, but not to the patient but honest citizen.

"Grand corruption" occurs at the highest levels of government and involves major government projects and programs (...) Governments frequently transfer large financial benefits to private firms through procurements contracts and the award of concessions. Bribes transfer monopoly rents to private investors with a share to the corrupts officials. Privatization processes are vulnerable to insider deals.<sup>236</sup>

<sup>236</sup> Rose-Ackerman, Susan, *Corruption and Government*, United Kingdom, Cambridge University, 1999, pp. 15 y 27. "Desde que el tiempo es dinero, las compañías y los individuos pagarán para evitar retrasos. En muchos países un teléfono, un pasaporte o una licencia de chofer no se pueden obtener expeditamente sin un soborno. Algunas veces el servicio sólo está disponible para los corruptos, pero no para el ciudadano honesto y pa-

Robert Klitgaard nos proporciona un esquema de los ingredientes fundamentales de la corrupción. Estima que la conducta ilícita florece cuando los agentes tienen poder monopólico sobre los clientes, grandes facultades discrecionales y débil responsabilidad ante el mandante, por lo que enuncia la siguiente ecuación: *corrupción = monopolio + discrecionalidad – responsabilidad*.<sup>237</sup> A lo largo de la exposición antecedente, hemos advertido, como en el caso de nuestro país, que los órganos de fiscalización gozan de poderes monopólicos, amplia discrecionalidad y poca o nula responsabilidad, por lo que no es extraño que tengamos corrupción. Los ingredientes que señala Robert Klitgaard, desde nuestro punto de vista, están presentes en toda la administración pública mexicana.

Otro de los aspectos interesantes sobre la corrupción es que sólo se persigue la corrupción formal o jurídica, que es aquella que se traduce en violación de las normas legales; sin embargo, abundan otras clases de corrupción que de una u otra manera se toleran.<sup>238</sup> Tal es el caso de los gastos en propaganda, en los que, en forma quizá no ilegal, pero si inmoral, se utilizan los programas públicos para fines de promoción de un individuo, partido o grupo político.

¿Cómo enfrentar esos problemas? Es evidente que el sistema de control vigente en nuestro país está pensado para prohijar la corrupción, no para combatirla.

Como ejemplo de lo anterior basta recordar las exoneraciones que se han realizado en los grandes casos de corrupción en el país. Los nombres de renombrados políticos, banqueros, etcétera, están ligados a conductas

ciente. La gran corrupción ocurre en los niveles más altos del gobierno e involucra a los principales programas y proyectos gubernamentales (...) El gobierno frecuentemente transfiere grandes beneficios financieros a las compañías privadas a través de la obtención de contratos y el premio de las concesiones. Los sobornos transfieren ingresos monopólicos con una tarifa a los funcionarios corruptos. Los procesos de privatización son vulnerables a los tratos corruptos de personas bien informadas”.

<sup>237</sup> Klitgaard, Robert, *op. cit.*, nota 235, p. 85.

<sup>238</sup> Así, para Jaime Rodríguez-Arana Muñoz: “Quizá la versión grave de la corrupción sea ese conjunto de prácticas que, sin contrariar formalmente a la ley, suponen un claro atentado a la conducta que cabe esperar de los funcionarios y a la imagen misma del funcionamiento de las Administraciones democráticas (...) desde una perspectiva formal o jurídica es obvio que sólo existiría corrupción si se vulneran las normas jurídicas. Es la corrupción ilegal, pero puede haber, y es la que más abunda, corrupción o prácticas corruptas no prohibidas expresamente por la ley, *Ética institucional*, España, Dykinson, 1996, pp. 216 y 217.

corruptas que no han sido debidamente investigadas: Fobaproa, *Toallagate*, *Pemexgate*, *Amigos de Fox*, desvío de recursos en municipios, estados, la Federación, el asunto de Guido Belsasso, son lugares comunes en las noticias del país. Transparencia Internacional nos asigna un 3.7 por ciento de percepción de corrupción, lo que nos ubica en el lugar 60 en una lista de 90 países.

Otro “botón de muestra” es la estadística federal. Según los informes de labores de la actual SFP, para los periodos 1998-1999, 1999-2000, 2001-2002, se cuenta con los datos siguientes:

|                                                        | 1998-1999 | 1999-2000 | 2000-2001 | 2001-2002 |
|--------------------------------------------------------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| Solicitudes ciudadanas                                 | 1'444,678 | 384,242   | 169,498   | 22,838    |
| Expedientes relacionados con presuntas irregularidades | 346,386   | 55,861    | 11,403    | 14,520    |
| Porcentaje (%)                                         | 23.97%    | 14.5%     | 6.72%     | 63.5%     |
| Servidores públicos sancionados                        | 8.007*    | 11.781*   | 5,326*    | 4,407*    |

(\*) No se puede determinar el porcentaje entre los expedientes relacionados con presuntas irregularidades y los servidores públicos sancionados, puesto que la fuente no menciona en cuantos expedientes estaban involucrados. Sólo señala el número de servidores públicos sancionados.

Ahora bien, de esa numeralia se puede obtener una gran lección. Si se estima sólo el número de expedientes que se abrieron por presuntas irregularidades y se le compara con las peticiones ciudadanas captadas, se puede considerar arbitrariamente, si el 10% es el mínimo y el 100% el máximo, que existió una razonable eficacia en el desarrollo de las labores del órgano de central interno federal, salvo en el periodo 2000-2001.

En cambio, si se compara la captación de demandas ciudadanas de un periodo a otro, se observan decrementos significativos en el periodo 2001-2002 del ¡6,325.7 por ciento! Además, si se contrasta el número de servidores públicos sancionados con el total de empleados que integran la APF, nos encontraremos con que, de aproximadamente 2,300,000 tra-

bajadores,<sup>239</sup> los sancionados representan el 0.34 % del total en el periodo 1998-1999, el 0.51 % en el periodo de 1999-2000, el 0.2 % para el ciclo 2000-2001 y sólo el 0.19 % para el lapso temporal 2001-2002.

Para el caso del Distrito Federal no se cuenta con una estadística exacta que permita realizar una comparación.

Así, podemos concluir: o México cuenta con una APF eficiente, dedicada, honesta, imparcial que se apega estrictamente a los cánones de legalidad en su actuación, o el sistema es ineficaz para combatir la corrupción.

En este apartado nos corresponde realizar una serie de apuntes que pudieran servir para unificar los criterios dispersos en materia de fiscalización, como una medida que permitirá contar con mejores herramientas conceptuales de fiscalización para enfrentar el fenómeno de la corrupción. Nuestro propósito es modesto, no deseamos agotar los temas propuestos, sólo nos interesa contribuir en un debate incipiente: el de la naturaleza jurídica de los actos de fiscalización interna y externa, y, dentro de ellos, el de la facultad disciplinaria del Estado mexicano, en forma tal que permita evitar las contradicciones con las que opera el sistema en la actualidad.

Metodológicamente, partiremos de la delimitación conceptual de diversas palabras, para al final desentrañar la naturaleza jurídica de la función disciplinaria del Estado, esto es, concluiremos nuestra exposición delimitando la naturaleza jurídica de la función de fiscalización interna y externa, poniendo énfasis en la función materialmente jurisdiccional que realizan los órganos de control.

Esa función es una de las más sensibles del poder, porque a través de ella se hace realidad la represión de las conductas que vulneran la legalidad en el marco de la administración pública. En la función de fiscalización la administración pública justifica su aparato frente a la ciudadanía, peso por peso, el gasto en fiscalización se debe aplicar de tal manera que, ante la menor evidencia de violación al orden normativo, por parte de un servidor público, *ipso iure*, se le imponga una sanción.

<sup>239</sup> Fuente: Estadística de derechohabientes del IMSS e ISSSTE. Tomando en cuenta sólo la cifra de servidores públicos para los años 1999 (2,304); 2000 (2,338); 2001 (2,369); 2002 (2,373) y el estimado de 2003 (2,362) redondeándola arbitrariamente a 2,300,000.

## I. CONTROL COMO GÉNERO Y FISCALIZACIÓN COMO ESPECIE

En el capítulo primero, ya nos ocupamos de esta cuestión;<sup>240</sup> aquí debemos asentar que para Patricia R. Martínez la importancia de la función de control político (o de gestión) y jurídico (de legalidad) impulsa la conformación de un aparato administrativo de fiscalización. El control es el género comprensivo de las distintas especies de fiscalización, política, jurídica, administrativa, legislativa y judicial.<sup>241</sup> De lo anterior se desprende la posibilidad de disminuir el ruido que la pluralidad de significados que la palabra control tiene, utilizando en su lugar la palabra fiscalización.

Por lo que sería conveniente dejar la palabra control para referirse al conjunto de medios utilizados para disciplinar la acción administrativa (género) y la palabra fiscalización (especie) para referirse a la actividad que desarrollan los órganos encargados de la actividad de revisión y vigilancia de la gestión administrativa.

## II. EL FRACASO DE LOS ÓRGANOS DE FISCALIZACIÓN INTERNA Y EXTERNA

Como se estableció en el capítulo primero, en México la existencia de controles ha llevado a la proliferación excesiva de normas. En la vida jurídica vemos con preocupación la existencia de diversas “normas” expedidas por servidores públicos que carecen de atribuciones, entre ellas encontramos: circulares, decretos, acuerdos, instrucciones, directivas, criterios, reglas, disposiciones internas, medidas, normas, orientaciones, políticas, cartas, esquemas, guías, modelos, directrices, reglamentos internos, notas, etcétera.<sup>242</sup>

Sin ánimo de ser exhaustivos, de la lectura del índice de la compilación Porrúa, edición 2003, advertimos: 19 leyes; 17 reglamentos; 69 acuerdos; 1 criterio; 1 relación; 9 decretos; 1 regla; 1 presupuesto; 7 oficios-circulares; 3 normas; 1 manual; 1 instructivo; 5 lineamientos; y 1 circular. Lo que hace un total de 136 disposiciones normativas. Sólo nos referimos a normas conocidas, falta el enorme grupo de normas que sólo se aplican al

<sup>240</sup> Véase capítulo primero numerales IV. y IV.1.

<sup>241</sup> Farrando, Ismael y Martínez, Patricia R. *op. cit.*, nota 81, p. 148.

<sup>242</sup> Para exposición más detallada del fenómeno parareglamentario, véase Acosta Romero, Miguel, *op. cit.*, nota 15, pp. 803 a 850.

interior de los órganos administrativos. Además, como vimos en el capítulo segundo, este fenómeno es un síntoma de corrupción.<sup>243</sup>

Esa proliferación de normas podría llevarnos a estimar que la única solución al problema de la corrupción es la emisión de normas con el sello de “acátese, pero no se cumpla”. En este contexto advertimos que en ese fenómeno existe otra forma de corrupción. Así, para Agustín Gordillo la proliferación de normas irreales cuyo único destino posible es el incumplimiento y con ello la alimentación del parasistema, no se juzga desde esta perspectiva por quienes tienen en sus manos emitir nuevas normas legales o administrativas. Antes bien y al contrario, sostiene, la percepción de la diferencia existente entre el sistema y las prácticas administrativas lleva por lo general a concluir que se trata de una falla del sistema de control que debe corregirse por la vía de la implementación de nuevos y mejores controles de legalidad; pero según él, lo que ocurre es que se refuerzan los controles puramente formales y se llega inevitablemente a una exageración del análisis de juridicidad reglamentaria del acto, en desmedro de la apreciación de su mérito. Así, continúa, se va distorsionado todo el sistema, no sólo a partir del control sino también a partir de la emisión de normas que el control provoca para autosatisfacerse y autorrealizarse. Esto lleva al directivo a depender de los controles externos, rechazando la autofijación de objetivos y la autocrítica, e induce una “rutinización” progresiva. Por lo que afirma, se llega al desajuste del conjunto, pues no sólo se ignoran las normas irreales o excesivas del sistema, peor aún, ¡se las cumple! Por lo que estima que:

Los controles formalistas de legalidad, por ejemplo las Contralorías y Tribunales de Cuentas, y los procedimientos de licitación pública en los cuales se enfatiza la forma más que el contenido, porque así viene legislado o reglamentado el mecanismo y así además se escoge interpretarlo, no son sino una muestra más de disfuncionalidad. Nace con ello otra faceta del parasistema, en la cual el funcionario que para ser eficaz se atreve a desafiar los mecanismos administrativos que resultan inoportunos o irreales, recurre en suma a subterfugios que constituyen una violación al sistema.<sup>244</sup>

La conclusión que se puede extraer, como ya se asentó, es el fracaso del control. No pretendemos, al realizar esta larga cita, negar la vigencia

<sup>243</sup> Véase punto V.4 Fenómeno de sobreregulación administrativa.

<sup>244</sup> Gordillo, Agustín, *La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*, España, Civitas, 1995, pp. 115 y ss.

de los controles de orden jurídico, pues eso haría insostenible nuestra hipótesis inicial y privaría de razón a la presente investigación. Además, estamos convencidos del valor del derecho como medio para regular la vida en sociedad.

Este problema ya se advertía en México. Así se decía que se debía “revisar sistemas de control, vigilancia e inspección; apuntando que el exagerado reglamentismo, la propensión excesiva al control o inspección, son la mejor fuente de corrupción”.<sup>245</sup>

Estimamos que si bien, el diagnóstico de este respetado administrativo es correcto, olvida en lo sustancial los elementos de orden social y psicológico que se involucran en las conductas que atribuye a un amorfo “parasistema”. Detrás de toda institución hay individuos, seres humanos de carne y hueso que con sus conductas uniforman a las instituciones. Las instituciones jurídicas son de orden instrumental, por lo que los vicios que Agustín Gordillo imputa al parasistema, en realidad deben predicarse de los seres humanos que tienen en sus manos al sistema y que, con sus conductas corruptas, contribuyen a crear lo que ese publicista llama el “parasistema” administrativo.

### III. JURIDIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONTABLES

Para José María Garreta Such los principios de contabilidad tienen un nacimiento y paternidad distinta y concreta: las prácticas de las asociaciones profesionales de contadores, especialmente en el mundo anglosajón, con el fin de unificar y armonizar la técnica contable. Para nosotros no es dudoso que tales principios de contabilidad, tales prácticas contables, no constituyen derecho contable, al menos hasta en tanto no se incorporen como norma escrita.<sup>246</sup>

Un aspecto importante relacionado con nuestro tema constituye la necesidad de que esos principios contables se arranquen, por así decirlo, de las manos de las asociaciones de los profesionales de la contaduría y se juridifiquen, esto es, que se incorporen al ordenamiento positivo.

Eso podría hacerse en el CFF, en el nivel federal, o en el CFDF, en el ámbito local.

<sup>245</sup> *La renovación moral de la sociedad*, 1982-1988, México, SECOGEF, Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 12.

<sup>246</sup> *Cfr.* Garreta Such, José María, *op. cit.*, nota 60, p. 47.

#### IV. DELIMITACIÓN DE ATRIBUCIONES DE LOS ÓRGANOS DE FISCALIZACIÓN EXTERNA

La Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización, emitida en IX Congreso de INTOSAI reunido en Lima, debido a su importancia, “puede considerarse con toda justicia como la carta magna de la auditoría de la administración pública”. En ese documento se establece que:

El control no representa una finalidad en sí mismo, sino una parte imprescindible de un mecanismo regulador que debe señalar, oportunamente, las desviaciones normativas y las infracciones de los principios de legalidad, rentabilidad, utilidad y racionalidad de las operaciones financieras, de tal modo que puedan adoptarse las medidas correctivas convenientes en cada caso, determinarse la responsabilidad del órgano culpable, exigirse la indemnización correspondiente o adoptarse las determinaciones que impidan o, por lo menos, dificulten, la repetición de tales infracciones en el futuro.

Proporciona una definición de los controles previo y posterior, en los siguientes términos: “Si el control se lleva a cabo antes de la realización de las operaciones financieras o administrativas, se trata de un control previo; de lo contrario, de un control posterior”. Ese control puede ser ejercido por una Entidad Fiscalizadora Superior, pero también por otras instituciones de control. Señala que el control previo tiene la ventaja de impedir un perjuicio antes de producirse éste, y la desventaja de comportar un trabajo excesivo y de que la responsabilidad no está claramente definida. El control posterior, en cambio, reclama la responsabilidad del órgano culpable, puede llevar a la indemnización del perjuicio producido y es apropiado para impedir, en el futuro, la repetición de infracciones.

Señala que: “Los órganos de control interno dependen necesariamente del director del departamento en cuya organización se crearon. No obstante, deben gozar de independencia funcional y organizativa en cuanto sea posible al tenor de la estructura constitucional correspondiente” y sostiene que:

Incumbe a la Entidad Fiscalizadora Superior, como órgano de control externo, controlar la eficacia de los órganos de control interno. Asegurada la eficacia del órgano de control interno, ha de aspirarse a la delimitación de las respectivas funciones, a la delegación de las funciones oportunas y a la cooperación entre la Entidad Fiscalizadora Superior y el órgano de control

interno, independientemente del derecho de la Entidad Fiscalizadora Superior a un control total.

En lo que se refiere a la necesidad de que los órganos de fiscalización externa controlen la actuación de los órganos internos de control, es evidente que no se cumple en nuestro país. Las leyes sólo obligan a una vaga “coordinación”, sin delimitar con claridad sus contenidos. Además, existe una especie de celo profesional entre los integrantes de unos y otros órganos internos y externos, lo que los lleva a negarse información y, en casos extremos, a investigar los mismos hechos, con lo que se duplica innecesariamente la labor de fiscalización.

Un aspecto trascendente de esas entidades es su independencia; así, en esa declaración, se establece que: “Las Entidades Fiscalizadoras Superiores sólo pueden cumplir eficazmente sus funciones si son independientes de la institución controlada y se hallan protegidas contra influencias exteriores”, lo que nos lleva al problema del uso político por parte de algunos legisladores de las facultades de los órganos externos de fiscalización.

En materia de relaciones entre el órgano de fiscalización externa y el gobierno, el documento señala:

La actividad del Gobierno, de las Autoridades Administrativas subordinadas y las demás instituciones dependientes, es objeto de control por parte de la Entidad Fiscalizadora Superior. De ello no se deduce ninguna subordinación del Gobierno a la Entidad Fiscalizadora Superior. En particular, el Gobierno asume la plena y exclusiva responsabilidad de las operaciones realizadas por él y de sus omisiones y no puede remitirse a operaciones de control y dictámenes de la Entidad Fiscalizadora Superior para su descargo, siempre que no se hayan dictado en forma de resoluciones judiciales ejecutables y firmes.

En lo que se relaciona con las facultades de las Entidades Fiscalizadoras Superiores, el documento establece que son:

De investigación, para que se les conceda acceso a todos los documentos relacionados con las operaciones y el derecho a pedir de los órganos del departamento controlado todos los informes, de forma oral o escrita, que les parezcan necesarios. De decisión sobre la sede en la que se debe realizar el control, Los plazos para la presentación de informes y documentos, incluidos los balances, han de determinarse por Ley o, según los casos, por la propia Entidad Fiscalizadora Superior, la Ejecución de las verificaciones de control de las Entidades Fiscalizadoras Superiores, Los órganos

controlados tienen que responder a las verificaciones de control de la Entidad Fiscalizadora Superior, dentro de los plazos determinados generalmente por Ley o, en casos especiales, por la Entidad Fiscalizadora Superior, y dar a conocer las medidas adoptadas en base a dichas verificaciones de control. Siempre que las verificaciones de control de la Entidad Fiscalizadora Superior no se dicten en forma de una resolución judicial firme y ejecutable, la Entidad Fiscalizadora Superior tiene que tener la facultad de dirigirse a la autoridad competente para que adopte las medidas necesarias y exija las correspondientes responsabilidades.

En materia de métodos y procedimientos de control, esa declaración señala que:

Las Entidades Fiscalizadoras Superiores deben realizar su actividad de control de acuerdo con un programa previo trazado por ellas mismas. El derecho de ciertos órganos estatales de exigir, en casos especiales, la realización de determinadas verificaciones, no se verá afectado por aquella norma. Dado que el control en muy pocos casos puede ser realizado exhaustivamente, las Entidades Fiscalizadoras Superiores tendrán que limitarse, en general, al procedimiento de muestreo. Este, sin embargo, debe realizarse en base a un programa dado y en tal número que resulte posible formarse un juicio sobre la calidad y la regularidad de las operaciones. Los métodos de control deben adaptarse continuamente a los progresos de las ciencias y técnicas relacionadas con las operaciones. Es conveniente la elaboración de manuales de control como medio de trabajo para los funcionarios de control.

La riqueza de la Declaración de Lima no puede plasmarse en unos apuntes, pues por su importancia requiere de un análisis especial. Las líneas que anotamos sólo tienen la pretensión de contrastar lo que tenemos en México y lo que deberíamos tener en materia de fiscalización.

No ignoro que algunas de las propuestas de la Declaración de Lima ya las recogen los órganos que ejercen esas funciones en México, pero otras simplemente no se mencionan, como es el considerar al control como proceso y no como un fin, pues se le quiere ver como la panacea de todos los males de la administración; otro aspecto es la relación entre las entidades de fiscalización interna y externa, que en la actualidad es de des-coordinación; una cuestión más se relaciona con la protección de esas entidades en contra de influencias exteriores, pues el hecho de que dependan

de los órganos legislativos, trae como consecuencia que los diputados ejerzan toda clase de presiones en contra de los miembros de esos órganos para obtener información privilegiada o imponer a personas de su confianza “política” en puestos clave.

## V. ¿DELITOS, INFRACCIONES O FALTAS ADMINISTRATIVOS?

Se discute en la doctrina sobre la naturaleza de las violaciones normativas en el campo de la administración. Así, se estudia a la conducta contraria al orden jurídico como ilícito, estimando que es la omisión de los actos ordenados y la ejecución de los actos prohibidos. Lo anterior liga los conceptos de ilícito y sanción. En el campo del derecho tenemos ilícitos administrativos, penales, civiles, laborales, etcétera. Sin embargo, todos los ilícitos se caracterizan porque ante su realización se enlaza a ellos una sanción.

La palabra ilícito posee notas que lo identifican con la materia penal, a pesar de que la teoría de los delitos surgió en la materia civil, en Roma, donde se distinguía entre *crimina* y *delicta*. Para Fernando Castellanos Tena los crímenes son los atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre; delitos, las conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social; y por faltas y contravenciones entiende las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno.<sup>247</sup> Aunque no coincidimos con el concepto de “derechos naturales del hombre” por ser excesivamente subjetivo, respetamos la idea del autor.

Por lo que se considera que en el campo administrativo sólo existen infracciones, conceptualizadas como actos u omisiones que definen las leyes administrativas y que no son consideradas como delitos. Miguel Acosta Romero las define como “todo acto o hecho de una persona que viole el orden establecido por la Administración Pública”,<sup>248</sup> ambas posiciones son criticables, la primera porque no delimita las notas intrínsecas de la infracción, sólo aplica un criterio legal y otro de exclusión. La segunda, porque estima que el orden emana de la administración, cuando en realidad ese orden sólo puede surgir de la ley, la administración es quien aplica la ley, no quien la elabora.

<sup>247</sup> Cfr. Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 28a. ed., México, Porrúa, 1990, p. 135.

<sup>248</sup> Acosta Romero, Miguel, *op. cit.*, nota 15, p. 878.

Para Rudolf von Ihering, etimológicamente, el delito (*de – linquese, linquere*) es el aportamiento de las sendas prescritas por la ley; la infracción, término más general, es la ruptura del orden establecido.<sup>249</sup>

En este contexto, estimamos toda ruptura del orden jurídico como acto antijurídico, al que, en caso de realizarse, se enlaza una sanción.

No se puede dejar de mencionar que nuestras ideas pueden conciliarse con la CPUem, pues el artículo 21 de la CPEUM, claramente establece que: “Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía”. De lo que se advierte que constitucionalmente se acepta que las autoridades administrativas pueden imponer “sanciones”. Por otra parte, con independencia de las diferencias que se encuentren entre los delitos y las infracciones o faltas, se requiere de un concepto integrador que permita clasificar a todas las partes de un todo. Por lo que, en el presente trabajo estudiaremos al acto antijurídico como el concepto general, y a los delitos, infracciones, faltas, entre otros, como sus especies jurídicas.

### *El acto antijurídico*

En otra parte ya nos ocupamos del acto jurídico,<sup>250</sup> ahora nos corresponde establecer cuándo nos encontramos ante un acto antijurídico.

En principio debemos reconocer el enorme mérito de la Teoría pura del derecho del jurista Hans Kelsen, esa magna obra del derecho pretende establecer el carácter científico del derecho y pone el acento en el uso apropiado de los vocablos jurídicos. Por lo que nos apoyaremos en sus postulados para desarrollar parte de los temas siguientes.

Para el jurista austriaco, la sanción es una consecuencia de la conducta que se considera perjudicial a la sociedad y que debe ser evitada, además, estima que la diferencia entre derecho civil y penal deviene de sus respectivas sanciones, la ley penal tiende a la prevención, la civil a la reparación, no obstante, concluye que la técnica social en ambos casos es fundamentalmente la misma. Considera al “acto antijurídico” como el supuesto al cual la norma enlaza la sanción y, para él, el acto violatorio debe basarse en la noción de norma jurídica. Así, define al acto antijurídico co-

<sup>249</sup> Ihering, Rudolf von, *El fin en el derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 1978, p. 231, nota 2.

<sup>250</sup> Véase capítulo tercero, numeral I.3.

mo “la conducta de aquel individuo contra el cual se dirige la sanción considerada como consecuencia de tal conducta”.<sup>251</sup>

Por lo que el acto antijurídico será el acto contrario a las normas jurídicas, por acción u omisión, al que se enlace una sanción. Desde nuestro punto de vista, acto antijurídico y acto ilícito se asimilan. Así, para Manuel Atienza un ilícito se puede definir como un acto contrario a una norma regulatoria de mandato, para él la acción en sentido amplio es una conducta (activa u omisiva).<sup>252</sup>

Para el penalista Mariano Jiménez Huerta, a fin de calificar una conducta como antijurídica, es necesario comprobar que es contraria a una norma, ya que una misma conducta puede ser tanto lícita como ilícita y estima que:

No corresponde sólo al derecho Penal, determinar cuándo es antijurídico el comportamiento humano. El derecho Punitivo establece el castigo que debe imponerse a una concreta conducta, comportamiento que sanciona es antijurídico; más la antijuridicidad de una conducta dedúcese también de las demás ramas del derecho: el Civil, el Administrativo, etcétera.<sup>253</sup>

El mismo autor considera que la antijuridicidad es un atributo de la conducta que surge de la relación de contradicción existentes entre ella y el derecho, entre el ser y el debe ser.

Para Rafael Márquez Piñero, la antijuridicidad es única, para todas las ramas del derecho, existen injustos administrativos, mercantiles, civiles y obviamente también injustos penales.<sup>254</sup>

Como se advierte, de las posiciones doctrinales mencionadas, podemos caracterizar correctamente al acto antijurídico como acto ilícito. El acto antijurídico nos lleva a la conducta, pues no existe acto sin un agente, a su vez, la conducta en el derecho nos lleva al problema de la tipicidad y éste al de la imputabilidad y la culpabilidad.

Ahora bien, es importante destacar que, como lo señala Fernando Castellanos Tena, para estudiar los elementos constitutivos del delito (entién-

<sup>251</sup> Cfr. Hans, Kelsen, *op. cit.*, nota 50, pp. 58 y ss.

<sup>252</sup> Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000, p. 23.

<sup>253</sup> Jiménez Huerta, Mariano, *La antijuridicidad*, México, Imprenta Universitaria, 1952, pp. 10, 17, 18 y 29.

<sup>254</sup> Márquez Piñero, Rafael, *Teoría de la antijuridicidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 19.

dase acto ilícito), en un plano estrictamente lógico, se debe observar si existe conducta. Luego verificar la tipicidad. Después analizar las justificantes o excluyentes de responsabilidad y, en caso negativo, constatar la antijuridicidad; posteriormente, determinar la presencia de capacidad intelectual y volitiva del agente, para obtener la imputabilidad y finalmente establecer si ese agente actuó culpablemente.<sup>255</sup> A nosotros nos parece lógico el esquema que propone el maestro, y, puesto que el campo del derecho “disciplinario” carece de categorías conceptuales para tratar el problema de la culpabilidad estimamos que atendiendo al carácter unitario del derecho se pueden utilizar en esta materia, por otro lado, consideramos que su carácter de “elementales” que le da el autor citado a sus lineamientos, vicie su científicidad, por lo que utilizaremos ese esquema.

Estamos conscientes de que los críticos inmediatamente van a poner el “grito en el cielo” por la asimilación de las instituciones del derecho penal al derecho administrativo, sin embargo, pensamos que la rama penal del derecho lleva años depurando la técnica de la culpabilidad y consideramos que para imponer una sanción, con independencia de su naturaleza, se debe acreditar la existencia de culpabilidad. Por lo que, con el propósito de contribuir al debate, nos serviremos provisionalmente de ese esquema, con la reserva de que alguna persona con mejores luces, determine, sin lugar a dudas, las notas intrínsecas de las instituciones disciplinarias.

## VI. CONDUCTA

En un sentido *lato*, la conducta es un hacer, positivo o negativo, de un individuo a la que el derecho le asigna consecuencias. La diferencia entre conducta y hecho es clara, cuando el tipo distingue una acción u omisión nos encontramos en presencia de la conducta; en cambio, cuando el tipo exige, además de la acción u omisión, la existencia de un resultado material y un nexo causal entre la conducta u omisión y el resultado material, nos encontramos ante el hecho. Ahora bien, en sentido estricto, en el campo de la administración la conducta es todo hecho de un servidor público que modifica el ámbito de la administración pública o la pone en estado precario o de peligro. En cambio la omisión es una abstención, que en el campo de la administración consiste en dejar de hacer lo que las normas aplicables al empleo, cargo o comisión prescriben.

<sup>255</sup> Cfr. Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, nota 247, p. 132.

Así, la conducta en la administración pública será el comportamiento voluntario del servidor público, positivo o negativo, encaminado a un objetivo o fin. De lo anterior, se infiere que el único ente capaz de realizar un acto voluntario es el ser humano, toda acción u omisión debe corresponder a éste.

Como podemos advertir, la conducta en la administración pública se estructura con diversos elementos: a) un querer del agente; b) un hacer, y c) un nexo de causalidad que liga al querer o al hecho con el resultado. En este contexto, el nexo causal constituye la liga que une a la conducta con sus consecuencias. Por su parte, en la omisión se encuentran dos elementos: la voluntad y la inactividad.

Es importante diferenciar entre el sujeto activo y el pasivo del antijurídico administrativo. En materia penal, el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico tutelado por la norma, en cambio, el ofendido es la persona que resiente el daño.<sup>256</sup> En el caso de las faltas administrativas, la calidad de sujeto pasivo le corresponde siempre al Estado, puesto que éste es el titular de los bienes jurídicos contenidos en los tipos administrativos. Otro sujeto pasivo sería la ciudadanía, esto es, aquellos individuos que en términos del artículo 31, fracción IV, de la CPEUM, contribuyeron en la forma proporcional y equitativa al gasto público en la forma que señalan las leyes, pues es evidente que tendrían interés legítimo en el uso y destino del dinero que otorgaron al Estado para el gasto público.

Lo anterior, permite afirmar algo que puede considerarse una verdadera herejía: la posibilidad de una tutela amplia del interés legítimo, a través de una acción pública similar a la que se otorga a grupos sociales para proteger los llamados derechos difusos. Algunos pasos ya se han dado en esta dirección.<sup>257</sup>

Por otra parte, aunque parezca obvio, el sujeto activo de la conducta ilícita en la materia “disciplinaria” es quien desempeña un empleo, cargo o comisión en la administración pública. En cambio, el ofendido será la dependencia, entidad, órgano desconcentrado, órgano autónomo por ley o cualquier otro ente público dentro del cual el sujeto activo del ilícito

<sup>256</sup> Cfr. Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, nota 247, pp. 151 y 152.

<sup>257</sup> Casas Comaduran, Jorge, *Propuesta de organización del sistema nacional de responsabilidades pública*. Documento inédito, proporcionado por el autor, en el que se pronuncia por “organizar a nivel nacional la operación de un sistema de garantías generales del orden público” y por qué las “las responsabilidades públicas” operen “como parte del derecho a la rendición de cuentas a la población (*sic*)”.

administrativo ejerza sus funciones y, en algunos casos, el individuo que resintiera daño o perjuicio con la actuación del servidor público derivado del desarrollo de su función pública.

En la materia administrativa el objeto material de la falta siempre será el Estado, pues sobre él recae el daño o peligro de la acción anti-jurídica. El objeto jurídico corresponderá a la buena marcha de la administración, que se plasma en el conjunto de normas que vinculan a los servidores con su empleo, cargo o comisión. Lo anterior, permite establecer el por qué los códigos éticos no juridificados son inútiles en el servicio público. Sólo las obligaciones plasmadas en normas legales se pueden incumplir para dar lugar a una sanción.

De lo mencionado líneas arriba, se infiere que cuando no existe conducta del sujeto activo, difícilmente se configurará el injusto administrativo, entendido como toda infracción a normas de esa naturaleza.

### 1. *Tipo y tipicidad administrativas*

Los tipos administrativos son descripciones de conductas punibles en la esfera administrativa plasmados por el legislador en las normas, es, por decirlo de alguna manera, la institución tutelada en el ámbito administrativo. En cambio, la tipicidad es la adecuación de la conducta con la descripción típica establecida en la ley. En materia penal se estima que el tipo es la razón de ser de la antijuridicidad.<sup>258</sup>

El tipo cumple una serie de funciones político-criminales, estas son: a) función de garantía que plasma el principio de legalidad y asegura que sólo van a ser consideradas como delictivas aquellas conductas que previamente hayan sido descritas por la ley penal; b) función selectiva que muestra cuáles son los comportamientos que se han decidido van a ser protegidos mediante las normas penales; c) función de taxatividad que describe las conductas que la experiencia ha revelado como dañinas o peligrosas para los bienes jurídicos; d) función indiciaria de la antijuridicidad, esto es, constituyen un indicio para establecer que una conducta es contraria a la ley; e) función de alerta a los destinatarios de la norma para que no incurran en errores de tipo ni de prohibición, y f) función de definidora y delimitadora, ya que conceptualizan y marcan límites en la actuación.<sup>259</sup>

<sup>258</sup> Cfr. Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, nota 247, pp. 169-170.

<sup>259</sup> Cfr. Álvarez García, Francisco Javier, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, España, Tiranto lo Blanch, 1999, pp. 57 y s.

En este contexto es evidente que en la administración el tipo también cumple con esas funciones, pues cuando el legislador prescribe la conducta debida o la prohibida para los agentes de la administración, estatuye la causa o motivo para estimar a una acción acorde con el derecho o discorde con éste, esto es, jurídica o antijurídica. Lo anterior justifica que, en el caso de que la conducta del servidor público no se adecue a la descripción propia del tipo, aparezca también, como en la materia penal, el fenómeno de la atipicidad. En este sentido, el hecho será susceptible de una medida de orden preventivo, pero no se podrá imponer una sanción jurídica.

Por lo anterior estamos en contra de la posición de Bartolomé A. Fiorini, para quien en el derecho disciplinario no se puede regir por el principio de legalidad y que tampoco rige el principio de la tipicidad, *nullum crimen sine lege*, pues, según él, las faltas de los agentes provienen de incumplimientos en una escala calificatoria ascendente según la gravedad, ya que, sostiene, hay variedades de incumplimiento.<sup>260</sup>

Es incomprensible cómo un gran maestro del derecho les niegue a los servidores públicos uno de los más elementales derechos: el de conocer con antelación cuáles infracciones a la legalidad podrían ser motivo de sanción al desempeñar su empleo, cargo o comisión. Esa posición abre la puerta a la discrecionalidad y, como consecuencia, a la injusticia e impunidad, pues nada se opone, ante la inexistencia de tipos administrativos, a que se sancione al servidor público por cualquier infracción “leve” y que se le absuelva incluso por la comisión de conductas materialmente “graves”. Sin embargo, existe una contradicción en la posición de este respetado publicista, pues más adelante sostiene que: “El principio *lex post facto* rige en el derecho disciplinario (...) por aplicación del gran valor humano justicia, que prohíbe sancionar una falta que no fue previa y legalmente calificada en la época de su realización”.<sup>261</sup> Con lo que acepta implícitamente que para que el incumplimiento de la obligación sea sancionable, previamente debe estar plasmada en la ley, esto es, debe existir el tipo legal.

## 2. Apuntes para una clasificación de los ilícitos administrativos

En este trabajo decidimos nombrar a los actos antijurídicos administrativos, infracciones. Sin embargo, no podemos ignorar que atendiendo a la

<sup>260</sup> Cfr. Fiorini, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, t. I, 2a. ed., Argentina, Abeledo-Perrot, 1995, pp. 844 y ss.

<sup>261</sup> *Idem*.

independencia de vías para atribuir responsabilidad y a que en el caso de los actos u omisiones en las que incurre el servidor público en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, sus características complejas, nos pueden llevar a considerar que en algunos casos nos encontramos ante verdaderos delitos. Tampoco podemos soslayar que en los delitos la reacción social es más violenta que en las infracciones y que el delito desde la perspectiva formal, es materia del derecho penal y corresponde al Ministerio Público su persecución. No obstante, provisionalmente aceptaremos que las características de las conductas punibles en la esfera penal son aplicables a todas las especies de las conductas antijurídicas; con independencia de que hayamos considerado a las conductas verificadas en la administración, violatorias del orden jurídico, como infracciones o faltas.

Para el desarrollo de esta parte nos apoyaremos en las ideas de Fernando Castellanos Tena, sobre todo en la clasificación que formula de los delitos y tipos,<sup>262</sup> en lo que sea necesario dentro de nuestro trabajo.

Por la gravedad de las infracciones administrativas, éstas son: crímenes, delitos y faltas, de esta clasificación ya nos ocupamos en el apartado V.<sup>263</sup> Para los propósitos de nuestra investigación es importante destacar que todavía no se da el debate sobre la naturaleza de las violaciones legales que se verifican al interior de la administración pública, en las que participan los individuos a los que se encomienda ejercer las funciones públicas, nosotros los consideramos infracciones o faltas, pues estimamos que no reúnen los caracteres de reproche social como para estimarlos delitos.

Según la forma de la conducta del agente existe una acción o una omisión. Las de acción se cometen mediante un comportamiento positivo; puesto que se viola una norma prohibitiva. En las de omisión el agente se abstiene de ejecutar un acto ordenado por la ley. Estos últimos, a su vez se clasifican en de simple comisión y de comisión por omisión. En marco de la administración pública se pueden presentar faltas por acción o por omisión. Las primeras cuando el sujeto activo de la conducta antijurídica voluntariamente realiza los actos que vulneran la legalidad en esa

<sup>262</sup> Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, nota 247, pp. 126 a 133 y 170 a 176.

<sup>263</sup> Es importante matizar que nosotros utilizamos la palabra “crimen” desde la perspectiva criminológica como “toda conducta antisocial”, no en el sentido en que le da Fernando Castellanos Tena, por lo que carece de la carga valorativa de gravedad que en ocasiones se asigna a la palabra. Además, como ya lo establecimos, desde nuestro punto de vista todas las clasificaciones son arbitrarias.

esfera de actuación. Las segundas se presentan cuando el agente con su inactividad incumple un mandato que legalmente le es exigible.

Por el resultado: formales y materiales. En los primeros, el tipo administrativo se agota con la acción u omisión del agente. Los segundos requieren de un resultado objetivo. En la administración pública los ilícitos administrativos formales son aquellos en los que la conducta del servidor público se adecua a la descripción formulada por el legislador, tal es el caso de no ejecutar legalmente los planes o programas aplicables a la administración. En cambio, en los materiales, también existe un resultado objetivo, como es el caso en el que el servidor público pretenda obtener contraprestaciones adicionales a las que le correspondan legalmente por el desempeño de su empleo, cargo o comisión.

Por el daño que causan se clasifican en de lesión y de peligro. Los primeros causan daño directo y efectivo a los intereses jurídicamente protegidos; los segundos ponen en peligro esos intereses. En la administración tenemos que los primeros son aquellos que se refieren a daños o perjuicios relacionados con el erario, esto es, son las faltas cuantificables en dinero de las que deben responder los servidores públicos por su conducta que los produzca. En las segundas se encuentran las llamadas faltas “normativas”, en las que no existe daño al erario, pero que, sin embargo, se pone en peligro a la administración con el incumplimiento de las normas aplicables a esa actividad.

Por su duración, los ilícitos administrativos pueden ser instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes. En los primeros, la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento. En los segundos, la conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas. En los terceros, se dan varias acciones y una sola lesión jurídica. Por último, en los permanentes, la acción delictiva se prolonga voluntariamente en el tiempo, violando la ley en cada uno de sus momentos, con la potestad del agente activo de hacer cesar sus efectos.

Por el elemento interno o culpabilidad, las conductas antijurídicas administrativas pueden ser dolosas, culposas y preterintencionales. En las primeras la voluntad del servidor público, como sujeto activo de la conducta, se dirige conscientemente a la realización del hecho típico. Como ejemplo se pueden considerar las maquinaciones para beneficiar a un proveedor. En los segundos, el servidor público no desea el resultado típico, éste surge de la falta de cautela y precaución exigida en el actuar, como en el caso de la negligencia. Los preterintencionales, por su parte,

surgen cuando el resultado rebasa la intención, esto es, el servidor público sólo quería “descansar”, y derivado de ello se entorpece gravemente el servicio que se le encomendó.

Por su estructura y composición las infracciones administrativas pueden ser: a) simples cuando la lesión jurídica es única y b) complejas si existen dos infracciones de cuya fusión nacen un acto antijurídico en la esfera administrativa.

Por el número de los actos integrantes del injusto administrativo, pueden ser unisubsistentes si constan de un solo acto o plurisubsistentes si la violación normativa en el marco administrativo consta de uno o varios actos.

Por la unidad o pluralidad de servidores públicos que intervienen en el acto u omisión descrito por el legislador en el tipo administrativo, pueden ser unisubjetivos y plurisubjetivos, el primero se dará cuando participe un solo servidor público; y el segundo, si son varios servidores públicos quienes incurrn en la conducta que vulnere la regularidad administrativa.

Por su forma de persecución las conductas antijurídicas administrativas serían de oficio o queja. Aquí es conveniente aclarar que atendiendo al hecho de que el titular del bien jurídico es el Estado, todas las faltas administrativas son oficiosas, esto es, cuando se tenga noticia de ellas se debe, *ipso iure*, abrir el o los expedientes respectivos e iniciar las indagaciones que procedan. No obstante, hay algunos casos en los que el sujeto ofendido por una conducta verificada por un servidor público, acude ante la autoridad a formular una queja.

En función de la materia, las infracciones administrativas serían comunes o federales. Las primeras son aquellas contenidas en las leyes de responsabilidades o administrativas estatales. Las federales se establecen en las leyes expedidas por el Congreso de la Unión.

Como ya lo asentamos, toda clasificación es arbitraria, utilizar el esquema que nos facilitó el derecho penal nos permitió ubicar, en un determinado orden, algunos elementos de las normas disciplinarias o sancionatorias.

### 3. La clasificación legal de las infracciones administrativas

Los artículos 8o., en sus XXIV fracciones, de la LFRASP y 47, también en XXIV fracciones, de la LFRSP, respectivamente, ya contienen una clasificación de las conductas que se exigen a los servidores públicos en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, con diferencias de

grado, pues en la primera norma se fusionan varios tipos administrativos y se incorporan otros, por lo que la similitud es sólo aparente.

Para clasificar estas conductas nos serviremos del marco conceptual que proporciona el código ético aplicable al servicio público, esta manera de acercarse a una clasificación de las conductas materia de sanción disciplinaria no es nueva, sin embargo, en nuestro caso, es necesaria para complementar nuestro estudio. Sólo utilizaremos el contenido del artículo 8o. de la LFRASP, pues contiene más obligaciones a cargo de los servidores públicos que el 47 de la LFRSP. Además, en el primero las descripciones típicas son más complejas.

El código ético aplicable al servicio público se sustenta en los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia. Todos refieren a cualidad, esto es a propiedad o característica de legal, honrado, leal, imparcial y eficiente. Lo legal es lo establecido en la ley; honrado es el que obra dignamente y cumple con su palabra y obligaciones; leal es la persona que guarda fidelidad, que no engaña; imparcial es quien juzga con objetividad y eficiente es la persona que realiza satisfactoriamente su función. Como ya lo asentamos, entendemos que toda clasificación es arbitraria, la que proponemos tiene como único propósito fines didácticos, pues estamos conscientes que todas las obligaciones que se imponen a los servidores públicos en el desempeño de su empleo, cargo o comisión son de naturaleza legal.

Para nosotros, entonces, la clasificación legal de las conductas deseables en el servicio público es:

a) *Legalidad*: 1. Cumplir las leyes y la normatividad que determine el manejo de recursos económicos; 2. Coadyuvar con la rendición de cuentas en los términos que establezcan las leyes; 3. Comunicar por escrito al titular de la dependencia o entidad las dudas fundadas que le suscite la procedencia de las órdenes que reciba y que pudieran violar la ley, disposiciones jurídicas o administrativas; 4. Abstenerse de contratar personal inhabilitado; 5. Presentar con veracidad las declaraciones de situación patrimonial en términos legales; 6. Abstenerse de celebrar pedidos o contratos con quien esté inhabilitado; 7. Abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa.

b) *Honradez*: 1. Utilizar los recursos y las facultades que le hayan sido atribuidas para el desempeño de su empleo, cargo o comisión; 2. Rendir

cuentas sobre el ejercicio de sus funciones; 3. Custodiar y cuidar la documentación e información que tenga bajo su responsabilidad; 4. Abstenerse de ejercer las funciones de un empleo, cargo o comisión, cuando concluya el periodo de designación, sea cesado o exista impedimento legal; 5. Abstenerse de solicitar, aceptar o recibir dinero, bienes muebles o inmuebles de cualquier persona física o moral reguladas o supervisadas por el servidor público; 6. Desempeñar su empleo, cargo o comisión sin obtener o pretender obtener beneficios adicionales de las contraprestaciones que el Estado le otorga por sus servicios; 7. Abstenerse de intervenir en la selección, nombramiento, designación, contratación, promoción, suspensión, remoción, cese, rescisión del contrato o sanción de cualquier servidor público, cuando tenga interés personal, familiar o de negocios; 8. Abstenerse de celebrar pedidos o contratos con quien desempeñe un empleo, cargo o comisión; 9. Abstenerse de aprovechar su posición para inducir a otro servidor público para que efectúe, retrase u omita realizar algún acto de su competencia; 10. Abstenerse de adquirir bienes inmuebles relacionados con autorizaciones que haya otorgado o con información derivada de su empleo, cargo o comisión.

c) *Lealtad*: 1. Abstenerse de cualquier acto u omisión que implique abuso o ejercicio indebido del empleo, cargo o comisión; 2. Observar buena conducta en el empleo, cargo o comisión; 3. Atender con diligencia las instrucciones, requerimientos o resoluciones que reciba de la SFP o de la contraloría interna.

d) *Imparcialidad*: 1. Excusarse de intervenir en asuntos en los que tenga interés personal, familiar o de negocios; 2. Proporcionar información veraz y oportuna a la CNDH; 3. Abstenerse de inhibir a los quejosos para evitar que se formulen quejas o denuncias; 4. Con motivo de quejas o denuncias realizar cualquier acto que perjudique a quienes las formulan.

e) *Eficiencia*: 1. Cumplir el servicio y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión y deficiencia de dicho servicio; 2. Formular y ejecutar los planes, programas y presupuestos; 3. Abstenerse de disponer o autorizar que un subordinado no asista sin causa justificada a sus labores y de otorgar indebidamente licencias, permisos o comisiones; 4. Supervisar que los servidores públicos cumplan con la LFRASP.

Refrendando nuestro comentario sobre lo arbitrario de las clasificaciones, se advierte que todas las conductas descritas encuadrarían perfectamente en cualquiera de los nichos asignados. Así, Sergio Monserrit Ortiz

Soltero, realiza una clasificación que difiere en varios puntos de la que proponemos; puesto que a guisa de ejemplo, encuadra la obligación de formular y ejecutar los planes, programas y presupuestos en el apartado de “legalidad”, mientras nosotros lo agrupamos en el “nicho” de “eficiencia”.<sup>264</sup> Por lo que de nuevo consideramos que todas esas obligaciones al estar contenidas en una ley son de naturaleza jurídica.

Un aspecto interesante es que, desde nuestra perspectiva, las descripciones realizadas en los artículos 8o. de la LFRASP y 47 de la LFRSP, requieren complementarse con otras normas de naturaleza administrativa, pues de su exégesis se desprende que están redactadas en forma tal que necesitan de un incumplimiento para actualizar sus supuestos normativos.

Ahora bien, las violaciones se detectan y se plasman a través de métodos y en documentos, eso nos lleva a ocuparnos de la auditoría y de los diversos pliegos que pueden emitirse derivados de esa técnica de comprobación.

#### 4. Auditoría

Esta técnica contable ya fue definida en el capítulo primero.<sup>265</sup> Aquí es importante mencionar que la auditoría o censura de cuentas es la comprobación de los estados financieros de una entidad, realizada de conformidad con normas y procedimientos técnicos, con el fin de expresarse sobre la veracidad y credibilidad con que estos estados presentan la información en ellos contenida.<sup>266</sup> Además, esas auditorías se realizan por profesionales que, aunque formalmente llevan dentro de los currícula de estudios, derecho, carecen de los medios conceptuales para establecer cuándo se encuentran ante una conducta antijurídica, cuentan con habilidades técnicas para establecer cuándo existe una desviación o irregularidad, pero debemos precisar que no toda irregularidad debe dar lugar a una sanción jurídica.

La auditoría se ha olvidado de las medidas preventivas y de las correctivas no represivas. Las fallas sistémicas en los procedimientos administrativos se encuadran inadecuadamente en tipos jurídicos y se obliga al Estado a invertir recursos en procedimientos que son nulificados por el TCADF, el TFJFA, o en algunos casos, los presuntos responsables obtienen el amparo del Poder Judicial de la Federación.

<sup>264</sup> Monserrit Ortiz Soltero, Sergio, *op. cit.*, nota 123, pp. 13 y ss.

<sup>265</sup> Véase capítulo primero, numeral IV.2.D.b.

<sup>266</sup> Rocafort, Nicolau, *Auditoría de cuentas*, España, Biblioteca de Dirección, Organización y Administración de Empresas, 1983, p. 9.

Como ejemplo podemos citar las violaciones a normas técnicas, como es la normatividad en materia de construcción, esa normatividad se plasma en los contratos que suscriben los contratistas y supervisores de obra con la administración pública, por lo que, atendiendo a su carácter contractual, las responsabilidades derivadas de su incumplimiento se pueden exigir en la vía civil. Sin embargo, nos encontramos con el absurdo de que los órganos de fiscalización indebidamente imputan responsabilidades a servidores públicos por el presunto incumplimiento de estas normas, cuando en la mayoría de los casos no les son exigibles.

Las auditorías se sujetan a una serie de técnicas y métodos, su objetivo principal es obtener evidencia suficiente y competente de las irregularidades. Por lo que analizaremos brevemente el significado de esas palabras. En el *Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española*, se entiende por *suficiente*: bastante para lo que se necesita (p. 1421) y por *competente*: bastante, debido, proporcionado, oportuno, adecuado. Dícese a la persona a quien compete o incumbe alguna cosa. Apto. Idóneo (p. 408). *El Larousse Diccionario Enciclopédico 2001*, señala sobre estas voces: *suficiente*: bastante para lo que se necesita. Apto, idóneo. Pedante, presumido. Calificación que indica la suficiencia del alumno (p. 942) y *competente*: dícese de la persona a quien compete o incumbe alguna cosa. Experto, apto (p. 268).

Adentrándonos específicamente en nuestra materia, podemos advertir que no existe unidad de criterio para establecer el significado de estas voces, en atención a que se refieren a las características que deben poseer las pruebas que obtiene el auditor, así, para suficiente y competente se dice en las normas de auditoría gubernamental emitidas por la Oficina de la Contraloría General de los Estados Unidos de América, que: “Competente. Se aplica a la evidencia que es válida y confiable”. En cambio, “Suficiencia. Requisito que cumple la evidencia cuando, además de ser objetiva y convincente, basta para sustentar los hallazgos, conclusiones y recomendaciones del auditor”.

En relación con estas voces, es prudente comentar sobre las pruebas de auditoría que la Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores<sup>267</sup> estima que son la: “Información que constituye la

<sup>267</sup> Cfr. Normas de Auditoría, publicadas por el Comité de Normas de Auditoría en el XIV Congreso de la INTOSAI 1992 en Washington, DF., Estados Unidos con anexos del XV Congreso de la INTOSAI 1995 en El Cairo, Egipto. Glosario.

base en que se sustentan las opiniones, conclusiones o informes del auditor o de la EFS”. Y cita los siguientes tipos de pruebas: “Adecuadas: información que, cuantitativamente, es suficiente y apropiada para lograr los resultados de la auditoría; y que, cualitativamente, tiene la imparcialidad necesaria para inspirar confianza y fiabilidad. Pertinentes: información que es pertinente en relación con los objetivos de la auditoría. Razones: Información que es económica en el sentido de que el costo de reunir la guarda razonable proporción con el resultado que el auditor o la EFS trata de lograr”.

Por otra parte, se prescribe la forma de obtener las pruebas. Así para la “obtención de la evidencia. En la ejecución del trabajo, el auditor deberá acumular los hechos, documentos y pruebas suficientes, competentes y pertinentes, que demuestren la autenticidad, razonabilidad de las conclusiones a que se llegaron”.<sup>268</sup> Desde el punto de vista gramatical las palabras suficiente y competente se podrían considerar sinónimos atendiendo a que confluyen en el significado de bastante; aunque la palabra competente posee mayor amplitud de significados.

No obstante, en su connotación técnica, estas palabras no están debidamente delimitadas, puesto que la palabra competente se aplica a la evidencia válida y confiable o adecuada. No se debe soslayar que la palabra evidencia posee el atributo de “certeza manifiesta y tan perceptible de una cosa que nadie puede dudar de ella” (*Diccionario Manual e Ilustrado...* p. 707) y adecuar se refiere a “proporcionar, acomodar una cosa a otra” (*Diccionario Manual e Ilustrado...* p. 30). La palabra suficiente, por su parte, alude al requisito que cumple la evidencia cuando, además de ser objetiva y convincente, sustenta los hallazgos, conclusiones y recomendaciones del auditor. En este tenor, si consideramos que las palabras válida y confiable pueden intercambiarse por las palabras objetiva y convincente, es claro que la voz suficiente está contenida en la palabra competente. Sin embargo, lingüísticamente no existe esa correspondencia.

Además, hay duda en lo que se refiere al producto final de la auditoría, algunos órganos le llaman resultado y otros observación, por lo que conviene detenerse un poco en este tema. En el *Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española*, se entiende por resultado efecto y consecuencia de un hecho, operación o deliberación (p. 1329) y la palabra observación no aparece en la edición del diccionario consultado. En

<sup>268</sup> Castro Vázquez, Raúl, *Contraloría gubernamental*, México, IMCP, 1996. p. 134.

cambio, el *Larousse Diccionario Enciclopédico 2001*, señala sobre estas voces que: *resultado* es lo que resulta, la consecuencia, el efecto de una acción, de un hecho, de una operación matemática. Resultados: realizaciones concretas (p. 879) y *observación*, la acción y efecto de observar; *advertencia*, indicación que se hace sobre el comportamiento de alguien; *objeción*, reparo, anotación o comentario que se hace a un texto. Estar, o poner, en observación, estar o poner a examen o vigilancia alguien o algo (p. 724).

Por lo que se refiere a las palabras resultados y observación, desde el punto de vista técnico, se desprende una situación similar a la que se señaló en las voces competente y suficiente, así se afirma que:

Los resultados de las auditorías que hacen estas contralorías, van a ser concentrados en la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, y así, en este caso, las contralorías internas de cada Secretaría de Estado le va a reportar los resultados a esta Secretaría como la coordinadora de la contraloría de todo el sector público presupuestario.<sup>269</sup>

Oportunidad y comunicación de los resultados. Los resultados significativos que se obtengan en el censo de la auditoría deberán presentarse oportunamente durante su ejecución y/o al final de la misma; el informe que se obtenga como resultado del trabajo deberá hacerse del conocimiento de los funcionarios responsables.<sup>270</sup>

En las normas de auditoría gubernamental emitidas por la Oficina de la Contraloría General de los Estados Unidos de América se establece que: “Resultados de la auditoría. Incluyen los hallazgos de la auditoría y, cuando procede, las conclusiones y recomendaciones correspondientes”.

Dentro de las normas de auditorías, destacan aquellas que se refieren a la realización del trabajo de auditoría, por su importancia para el tema de la diferencia entre observación y resultado destacan: “Resultados, Conclusiones y Recomendaciones”. Los resultados o hechos puestos de manifiesto son las pruebas concretas reunidas por el auditor para cumplir los objetivos de la auditoría; las conclusiones son declaraciones deducidas por el auditor a partir de esos hechos; las recomendaciones son medidas sugeridas por el auditor atendiendo a los objetivos de la auditoría.

Por su parte Juan Ramón Santillana González, refiriéndose a la observación opina que:

<sup>269</sup> *Ibidem*, p. 116. La mención a SECODAM debe referirse a la SFP.

<sup>270</sup> *Ibidem*, p. 134.

Control de hallazgos y Observaciones de Auditoría. El auditor administrativo, operacional y financiero, durante el desarrollo de su trabajo, y cualquiera de sus etapas, irá detectando situaciones, irregularidades o anomalías que merecen ser tomadas en consideración para su análisis y discusión con el personal de la unidad administrativa o función sujeta a auditoría; del resultado de tal proceso se derivará su eventual inclusión en el informe de auditoría. En este punto es determinante el término a aplicar. Si el autor se va a comentar con los auditados una “irregularidad”, “anomalía”, “deficiencia”, “falta”, etc., con toda seguridad que se va a enfrentar a un rechazo, conflicto animadversión hacia él y su trabajo. Para evitar tales situaciones es conveniente emplear el término genérico de “observación”, que en filosofía auditiva viene siendo lo mismo a otros calificativos a emplear, pero en su presentación se recibe con posturas diferentes por parte de los auditados.<sup>271</sup>

En las normas y procedimientos de auditoría se dice que la observación es la “presencia física de cómo se realizan ciertas operaciones o hechos”. “El auditor se cerciora de la forma como se realizan ciertas operaciones, dándose cuenta ocularmente de la forma como el personal de la empresa las realiza.”<sup>272</sup>

En el *Diccionario para Contadores* de Eric L. Kohler, se dice en lo conducente que: “La auditoría interna en situaciones ampliamente desarrolladas implica (...) la información y las observaciones hechas con recomendaciones para el mejoramiento en los diversos sectores del negocio”. Y continúa afirmando que: “Un elemento importante de la efectividad de un programa de auditoría interna lo constituye el método de informar sobre las observaciones y recomendaciones del auditor interno” (...) Algunos de los elementos esenciales en estos informes son: 1. La revisión de las observaciones con el personal de cualquiera unidad de la organización, que deben ser examinadas antes de la preparación del informe final”. (*Diccionario para Contadores, México, Uthea*, 1982, pp. 47 y 48). También, Raúl Castro Vázquez, señala que: “Seguimiento de las observaciones de auditoría. Estarán sujetos al seguimiento aquellas recomendaciones aprobadas como resultado del informe de auditoría.”<sup>273</sup>

<sup>271</sup> Santillana González, Juan Ramón, *Auditoría santillana IV, Auditoría interna: administrativa, operacional y financiera*, 3a.ed., México, Ecafsa, 1998, p. 186.

<sup>272</sup> Normas y procedimiento de auditoría, tomo I, Boletín 5010-9, 16a. ed., México, Instituto Mexicano de Contadores Públicos, 1996, p. 5010-9.

<sup>273</sup> Castro Vázquez, Raúl, *op. cit.*, nota 266, p. 134.

Otro autor, al tratar el tema estima que: la observación equivale a objeción, reparo, reflexión y que es “especialmente usada en la práctica contable para designar el reparo que se formula a algún acto del poder administrador cuando éste ha omitido el cumplimiento de alguna disposición legal o reglamentaria relacionada con el mismo.”<sup>274</sup>

Así, es necesario destacar que en las entidades de fiscalización exterior se utiliza la palabra “resultado”, en cambio, en las de fiscalización interna se prefiere la palabra “observación” para referirse a los hallazgos derivados de una auditoría.

Por lo que estamos de acuerdo con Enrique Fowler Newton cuando afirma que: “sería bueno que los organismos profesionales de los países de habla hispana adoptasen una terminología uniforme para la elaboración de los informes contables y de auditoría”.<sup>275</sup> En este sentido proponemos que se utilice la palabra “observación” para los hallazgos de auditoría y “resultado” para los informes respectivos.

De las auditorías se derivan una serie de documentos conocidos genéricamente como pliegos, con efectos y características de diversa naturaleza, veamos algunos.

## 5. Pliegos

De acuerdo con el *Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española*, la palabra pliego tiene, entre otros, los siguientes significados: a) porción o pieza de papel de forma cuadrangular de uno u otro tamaño doblada por medio; b) conjunto de páginas de un libro o folleto, y c) el pliego de cargos es el resumen de las faltas que aparecen en un expediente en contra del funcionario a quien se le comunica que puede contestar defendiéndose.<sup>276</sup>

En la materia penal el pliego de consignación es:

en donde se hacen constar: los datos reunidos de la averiguación previa que pueden ser considerados para los efectos previstos en el artículo 20, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y

<sup>274</sup> René Bach, Juan, *op. cit.*, nota 22, voz “observación”.

<sup>275</sup> Fowler Newton, Enrique, *Diccionario de Contabilidad y Auditoría*, Argentina, Ediciones Macchi, 1994, prefacio, p. IX.

<sup>276</sup> Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española*, 2a. ed., España, Espasa. Calpe, 1981, p. 1208.

en los preceptos del Código de Procedimientos Penales, referentes a la libertad provisional bajo caución, etc.; además de esto, si cuando existe detenido y el Ministerio Público, lo deja a disposición del juez en la prisión preventiva o en el centro de salud en el que esté, indicando que queda a disposición de la autoridad judicial y para esos fines deja constancia...<sup>277</sup>

En nuestro régimen jurídico se habla de pliegos preventivos y definitivos. Los primeros se levantan cuando se descubre un ilícito que lleve la responsabilidad material valuada en pesos por: a) subestimaciones de obra; b) faltantes de almacenes; c) compras ficticias; d) pagos excesivos y e) uso indebido de los activos. En cambio, los segundos son: el resultado del trámite del pliego preventivo de responsabilidad que no se ha solventado en el lapso de tiempo estipulado y, como consecuencia de ello, se redocumenta en un pliego definitivo para los efectos administrativos y legales conducentes para reparar el daño a la hacienda pública federal.<sup>278</sup>

Esta clase de documentos se regulan en los artículos 45, 46, 47 y 48 de la LPCGPF y 146 a 186 del RLPCGPF, y 51 de la LFSF.

En lo que nos interesa, en las fracciones II y III del artículo 45 se establece la existencia de los llamados pliegos preventivos y de observaciones.

Por otra parte el RLPCGF, señala que esos documentos deben ser calificados por la entonces SECODAM, actual SFP, de esta manera los pliegos preventivos devienen definitivos. A estos documentos también se les llama pliegos preventivo y definitivo de responsabilidades.

Por su parte, en el “Oficio-Circular por el que se dan a conocer los Lineamientos y Procedimientos para el Control, Seguimiento y Cobro de las Sanciones Económicas, Multas y Pliegos de Responsabilidades”.<sup>279</sup> Se establece que: “Los pliegos de responsabilidades, sanciones económicas y multas se contienen en documentos que persiguen la restitución de daños causados al erario federal o de imposición de sanciones de carácter económico que pueden ser impuestas tanto a servidores públicos como a particulares (sic)”, y en la regla 8 establece que: “Son pliegos de responsabilidades las resoluciones emitidas por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo con fundamento en los artículos 45, 46, 47 y 49 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal,

<sup>277</sup> Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 13a. ed., México, Porrúa, 1992, p. 292.

<sup>278</sup> Cfr. Castro Vázquez, Raúl, *op. cit.*, nota 268, pp. 117 y 215.

<sup>279</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 15 de enero de 1998.

por conducto de la Dirección General de Responsabilidades y Situación Patrimonial o de las Contralorías Internas, mismos que se consideran firmes (sic)". Lo que confirma la confusión lingüística que existe en la materia. En este sentido nos pronunciamos porque se clarifique esta situación.

## 6. *Pliegos de observaciones*

En la practica jurídica mexicana, los órganos de fiscalización externa emiten pliegos de observaciones para comunicar las desviaciones de carácter pecuniario que adviertan en el desarrollo de las auditorías. El pliego de observaciones es un documento jurídico contable. La CMHALDF lo conceptualizaba como:

el documento por medio del cual la Contaduría Mayor de Hacienda de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (CMHALDF), da a conocer formalmente, a la dependencia, órgano desconcentrado o entidad auditada, la irregularidad o irregularidades que causen daño o perjuicio a la Hacienda Pública y que ocasionan el resarcimiento correspondiente, por lo que se le requiere la información y documentación justificativa comprobatoria que demuestre la inexistencia de la irregularidad o, en su caso, el resarcimiento respectivo, otorgándole para ello un plazo improrrogable de 30 días hábiles.<sup>280</sup>

Para nosotros el pliego de observaciones es un documento jurídico-contable en el que se plasman las irregularidades administrativas observadas durante la auditoría, cuantificables en dinero, que provocan un daño o perjuicio a la Hacienda pública. Su naturaleza jurídica deviene del hecho de que es una determinación de autoridad regulada en la ley; su naturaleza contable de sus relaciones con la auditoría y la obligación de contabilizarlos.

## 7. *Pliegos de cargos*

Como ya se asentó, este documento contiene la relación de las faltas que aparecen en un expediente contra una persona a la que se le comuni-

<sup>280</sup> Dirección General de Asuntos Jurídicos, *Procedimiento para la elaboración del Pliego de observaciones*, CMHALDF, julio de 1999, p. 2 (desconocemos si todavía esté vigente, creemos que no).

ca para que se defienda. Por lo que contiene una exposición de las faltas e infracciones de que se acusa a un funcionario sujeto a un expediente administrativo.

En el proyecto de Ley Federal de Justicia Administrativa de la Función Pública se le da importancia capital, pues constituye el documento que elabora la SFP, en el que constan las irregularidades administrativas que se imputan a un servidor público, con el que se iniciará el procedimiento disciplinario.

Según ese proyecto, el pliego de cargo deberá reunir los requisitos siguientes: autoridad ante la que se promueve y presenta; el nombre del servidor público o servidores públicos probables responsables; los antecedentes del caso, incluyendo el cargo que ejercía el servidor público en el momento en que se producen los actos u omisiones motivo del pliego; una narración sucinta de los hechos y de los actos u omisiones atribuidos al servidor público, con las consideraciones que hagan presumir su probable responsabilidad administrativa y que sustenten la acusación; una relación de las constancias del expediente y la valoración realizada a cada una de ellas; los fundamentos de derecho que sustenten la acusación y la competencia de la SFP para formularla; la solicitud al tribunal o a la comisión para que incoen el proceso disciplinario, así como la sanción o sanciones administrativas que se solicita imponer, y cuando con motivo de las investigaciones efectuadas se advierta que existen actos u omisiones que podrían ser sancionados con amonestación o suspensión y otros con destitución, inhabilitación o sanción económica, por existir pluralidad de servidores públicos involucrados en su ejecución, identidad en los hechos o por cualquier otra causa, tendrán que elaborarse distintos pliegos y precisar las razones por las que se pretenden desagregar las actuaciones, a fin de que exista la certeza debida en cuanto a la intervención que tendrán la comisión o el tribunal, en la imposición, en su caso, de las sanciones que resulten procedentes. En este supuesto se enviará el original del expediente al tribunal y una copia certificada del mismo a la comisión.

Si se va a utilizar funcionalmente el concepto de pliego de cargo, sería conveniente incorporar a la legislación su contrario, el pliego de descargo. Éste es el documento en el que el funcionario sometido a un expediente alega en su defensa.

## VII. ANTIJURIDICIDAD EN EL ACTUAR ADMINISTRATIVO

A los comentarios vertidos en el apartado V habría que agregar que comúnmente se acepta como lo contrario a las normas jurídicas, en nuestra materia consideraremos que un acto es antijurídico cuando viola el valor o bien jurídico protegido por la norma administrativa respectiva.

Para Edmundo Mezger una acción antijurídica es punible sólo si es antijurídica y esa antijuridicidad (injusto) significa el juicio impersonal-objetivo sobre la contradicción entre el hecho y el ordenamiento jurídico.<sup>281</sup> De lo anterior es evidente que lo antijurídico administrativo implica un juicio de valor, esto es, se debe establecer si el hecho o la conducta del servidor público encuadra en los supuestos normativos considerados por el legislador al describir la conducta susceptible de sancionarse en el marco de la administración.

La función de la antijuridicidad es comprobar si el indicio de infracción a la norma que la constatación de la tipicidad supuso, puede confirmarse.<sup>282</sup>

Ese juicio de valor constituye la constatación de la contradicción objetiva entre lo regulado y la conducta o hecho. Lo que nos lleva a considerar la posible existencia de casos en los que, la conducta aparentemente no parece adecuarse a la norma, sin embargo, existen factores que lo justifican.

### *La justificación de la conducta contraria a la norma administrativa*

Si el derecho es unitario como se pretende y cada una de las ramas que lo componen forman parte del gran tronco de las ciencias jurídicas, nada se opone a que los mismos conceptos que denotan fenómenos jurídicos en otras ramas legales se apliquen en el ámbito administrativo. Así, las causas de justificación serán aquellas que excluyen la antijuridicidad en la conducta típica administrativa.<sup>283</sup> Cuando se presentan la conducta aparentemente contraria a la norma, se estima acorde con el derecho.

En este apartado se abarcan varias clasificaciones como son: a) la ausencia de conducta; b) atipicidad; c) causas de justificación; d) causas de inimputabilidad, y e) causas de inculpabilidad. La ausencia de conducta y la atipicidad ya fueron mencionadas, las causas de justificación son objetivas y

<sup>281</sup> Mezger, Edmundo, *Derecho penal*, 2 ed., México, Cárdenas (ed.), p. 131.

<sup>282</sup> Cfr. Álvarez García, Francisco Javier, *op. cit.*, nota 259, p. 105.

<sup>283</sup> Cfr. Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, nota 247, p. 183.

se ligan al hecho, la de inculpabilidad se relaciona con el sujeto y las de inculpabilidad se refieren a la capacidad del sujeto, las causas de inculpabilidad anulan la incriminación, las de inimputabilidad eliminan la presunción de responsabilidad. Por lo anterior en este apartado nos ocuparemos de las causas de justificación. De las que reconoce la doctrina: legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, obediencia jerárquica e impedimento legítimo, nosotros estimamos que sólo las de: cumplimiento de un deber, obediencia jerárquica e impedimento legítimo se podrían aplicar como justificantes en la esfera administrativa.

### VIII. IMPUTABILIDAD

La palabra imputar proviene del latín *imputare* y significa atribuir a otro una culpa, delito o acción. Para Sergio García Ramírez, la “imputabilidad resulta ser una capacidad, suficiente para los fines de la defensa social, de entenderse el carácter ilícito (antijurídico) de la conducta, y de obrar con normal autonomía”.<sup>284</sup> La imputabilidad constituye un presupuesto lógico y necesario de la culpabilidad.<sup>285</sup> Para Mezger imputabilidad significa la capacidad de cometer culpablemente hechos punibles. Imputabilidad significa capacidad de culpabilidad.<sup>286</sup> Aplicado en el campo de la administración implica que el servidor público cuente con las condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales que lo capaciten para entender su acción.

Cabe mencionar que si no hay imputabilidad, tampoco puede haber culpabilidad, y la ausencia de ésta provoca la inexistencia de la infracción administrativa.

En la Enciclopedia Jurídica Omeba se establece que:

Conforme a la significación más generalizada del término corresponde distinguir en la actividad dos diversas clases de imputación normativa: a) la imputación de un hecho consecuente a otro antecedente, y b) la imputación de un carácter o situación jurídica a un sujeto (individual o colectivo). En el primer caso se trata de la referencia o correlación de una

<sup>284</sup> García Ramírez, Sergio, *La imputabilidad en el derecho penal mexicano*, 2a. ed., México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, p. 17.

<sup>285</sup> *Idem*, p. 217. En igual sentido, Vela Treviño, Sergio; *Culpabilidad e inculpabilidad*, México, Ed. Trillas, 1973, p. 4.

<sup>286</sup> Mezger, Edmundo, *op. cit.*, nota 281, pp. 201 y 202.

consecuencia jurídica a su respectiva condición (la prestación es imputable a la situación de hecho que la origina y la hace exigible; el acto coactivo es imputado a la ilicitud). En el segundo caso se trata de la atribución a un sujeto individual o colectivo de una determinación o estado que lo caracteriza jurídicamente (una posibilidad o un conjunto de posibilidades de acción es imputada al sujeto facultado; o bien, una o varias acciones exigibles son imputadas al sujeto obligado).<sup>287</sup>

### 1. *Crítica al uso de la palabra “fincamiento” en materia de control administrativo*

Aquí debemos hacer un alto para pronunciarnos en contra de una nefasta práctica que se ha impuesto en el ámbito del derecho administrativo: la recepción acrítica de vocablos de algunas profesiones, tal es el caso de la palabra “fincamiento”.

La palabra finca refiere a propiedad, predio o heredad inmueble, ya sea de carácter urbano o rústico. Jurídicamente exige que la unidad del dominio, pertenezca a un solo dueño o a varios *pro indiviso*. Por su parte, la palabra fincar refiere a adquirir fincas o predios.<sup>288</sup> A pesar de la claridad del concepto en el ámbito de los órganos de control se utiliza como sinónimo de imputación. Sin embargo, la imputación, en una de sus acepciones jurídicas, consiste en atribuir una culpa a una persona capaz moralmente, también, significa cargo, acusación, cosa imputada o a inversión o aplicación contable de una cantidad.

Por lo anterior, estimamos conveniente que se retome el uso original de la palabra “fincamiento” y después de un análisis cuidadoso se deseché su uso como sinónimo de imputación. Por lo que, para referirse a la parte en la que se formula la acusación en contra de alguien que con su conducta vulneró el orden administrativo, nos pronunciamos porque se utilice la palabra imputación.

### 2. *Responsabilidad*

La responsabilidad es un vocablo malentendido en el campo normativo, en ocasiones se le confunde con la culpabilidad o con la imputabili-

<sup>287</sup> Smith Juan Carlos, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XV, Impo-Insa, Argentina, Bibliográfica Omeba, 1967, p. 247.

<sup>288</sup> Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, t. IV, F-I, 21a. ed., Argentina, Heliasta, 1989, pp. 74 y 75.

dad. Sin embargo, la responsabilidad es la situación en la que se encuentra un individuo imputable para dar cuenta a la sociedad de responder por sus actos. Sólo son responsables jurídicamente quienes tienen la obligación legal de responder por un acto.

La responsabilidad establece una relación entre el sujeto y Estado, pues a través del orden jurídico éste establece que aquél tiene la obligación de realizar determinada conducta.

En este sentido, la inimputabilidad será la carencia de las condiciones de desarrollo y salud mental necesarias para responder por una conducta.

### 3. Tipos de responsabilidad

En términos generales la doctrina acepta que los servidores públicos están sujetos a una triple responsabilidad: civil, penal y administrativa.<sup>289</sup>

Sin embargo, para nuestro estudio no es trascendente la responsabilidad penal, por lo que sólo nos ocuparemos de la responsabilidad política, civil, contable y administrativa.

#### A. Responsabilidad política

La responsabilidad política se orienta a reprimir aquellas en que incurren los servidores públicos violando el orden jurídico y que perjudiquen los intereses públicos fundamentales o su buen despacho.

La responsabilidad de esta naturaleza se exige a través del juicio político, que se encuentra regulado en los artículos 5o. al 24 de la LFRS. Ignacio Burgoa entiende por juicio político una actividad político-jurisdiccional del Congreso de la Unión, y establece que debe referirse a los delitos oficiales, esto es, aquellos en que incurran los altos funcionarios de la Federación durante el desempeño de su cargo o comisión pública. Y lo define como el procedimiento que se sigue contra algún alto funcionario para desaforarlo o aplicarle la sanción legal conducente según el delito oficial que hubiese cometido y de cuya comisión se le declare culpable. En el primer caso le llama antejuicio, en el segundo considera que se trata de un verdadero proceso.<sup>290</sup>

<sup>289</sup> Cfr. Bielsa, Rafael, *op. cit.*, nota 139, p. 575; Entrena Cuesta, Rafael, *op. cit.*, nota 226, p. 309.

<sup>290</sup> Cfr. Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, nota 157, pp. 564, 565 y 672.

A la crítica que ya formulamos,<sup>291</sup> se debe agregar que lo que se ventila en el juicio es la actuación política del servidor público, no cuestiones “delictivas”, esto no es obstáculo para que con la conducta se pudiera llegar a una pluralidad de resultados.

Por otra parte, las hipótesis que regula el artículo 7o. de la LFRSP son discrecionales y subjetivas. Así, con excepción de las violaciones graves y sistemáticas a las garantías constitucionales, el ataque a la libertad de sufragio y la usurpación de atribuciones, que pueden configurar verdaderos delitos; el ataque a las instituciones democráticas, a la forma de gobierno, cualquier infracción u omisión grave a la Constitución o a las leyes federales, y las violaciones graves y sistemáticas a los planes, programas y presupuestos de la administración pública federal, son cuestiones que se sujetan a la libre apreciación de los denunciantes y enjuiciantes. Como ejemplo, podemos establecer que los subejercicios constantes o sobrejercicios presupuestales en los que incurre la administración pública, podrían dar lugar a un juicio político, si se estimara que constituyen “violaciones sistemáticas o graves a los presupuestos”, sin embargo, no se tiene noticia que se haya solicitado esa acción legal por esas circunstancias.<sup>292</sup>

Otro aspecto es el que se relaciona con el cumplimiento de los programas. En los reportes respectivos existen serios desfases entre lo programado y las metas alcanzadas, tampoco se tiene noticia de que se haya solicitado juicio político por esta circunstancia.

En este proceso interviene el Congreso de la Unión. A la Cámara de Diputados le corresponde constituirse en órgano de instrucción y acusación y a la Cámara de Senadores emitir la sentencia.

El juicio político se inicia con la denuncia que formula el ciudadano, bajo su más estricta responsabilidad, apoyada con pruebas documentales u otros elementos probatorios. En él intervienen la Subcomisión de Examen Previo de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia. Su temporalidad está constreñida al tiempo durante el cual el servidor público desempeñe su empleo, cargo o comisión y hasta un año después de concluir sus funciones. El juicio debe concluir en un año. La Cámara de Senadores aplicará las sanciones correspondien-

<sup>291</sup> *Los procedimientos administrativos materialmente jurisdiccionales...*, p. 89.

<sup>292</sup> Así, en los datos de la cuenta pública 2002, se tiene conocimiento de un subejercicio de 4 mil millones en el gasto de combate a la pobreza, lo que podría vulnerar el Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación (véase *La Jornada* número 6760, Sección Política, del lunes 23 de junio de 2003, p. 3).

tes por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes en la sesión. Cabe asentar que las determinaciones de las Cámaras en materia de juicio político son inatacables.

En el artículo 111 de la CPEUM se regula otro procedimiento materialmente jurisdiccional que aplica la función legislativa: la declaración de procedencia. Para Sergio Monserrit Ortiz Soltero, la declaración de procedencia es un procedimiento sumario de tipo político y materialmente jurisdiccional, que se interpone contra servidores públicos que gozan de inmunidad procesal para posibilitar la procedencia de la acción penal.<sup>293</sup>

Esta institución se plasma en los artículos 25 al 29 de la LFRSP. La declaración de procedencia no prejuzga sobre los fundamentos de la acusación. Si la resolución es negativa se suspende todo procedimiento, sin embargo, la imputación por la comisión de un presunto delito puede continuar cuando el inculpado haya concluido el ejercicio de su cargo. Sí se declara que ha lugar a proceder, el servidor público será separado de su encargo, y quedará a disposición de las autoridades competentes para que actúen con arreglo a la ley, esto es, incoando el procedimiento penal respectivo. Esto es así, porque la doctrina del derecho penal considera que la declaración de procedencia es un requisito de procedibilidad.

Las sanciones penales se aplicarán de acuerdo con lo dispuesto en la legislación penal. Al presidente de la República sólo se le puede juzgar por delitos graves del orden común y por traición a la patria, como lo previene el artículo 108 de la CPEUM. Lo que ratifica nuestro aserto de que el sistema de control está diseñado para garantizar la impunidad.

### B. Responsabilidad civil

Para René Savatier “La responsabilité civile est l’obligation qui peut incomber á une personne de réparer le dommage causé a’ autrui par son fait, ou le fait des personnes ou des choses dépendant d’elle”.<sup>294</sup>

Así, esta clase de responsabilidad es aquella en la que incurre un servidor público al producir daño o perjuicios en ejercicio de su función pública al actuar ilícitamente. En el artículo 1927 del CC se establece que:

<sup>293</sup> Monserrit Ortiz Soltero, Sergio, *op. cit.*, nota 123, p. 238.

<sup>294</sup> Savatier, René, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, t. I, Paris, deuxième édition, 1951, p. 1. “La responsabilidad civil es la obligación que puede incumbir a una persona de reparar el daño causado a otras por sus hechos, o por los hechos de las personas o cosas que dependan de ella”.

“El Estado tiene la obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas...”. Lo que hace evidente la liga de carácter causal que existe entre la investidura de servidor público, el ejercicio de las “atribuciones” que la ley le encomienda y la acción ilícita que tenga como consecuencia y un daño o perjuicio. Sin estos elementos no podrá configurarse la responsabilidad civil.

La sanción civil afecta al funcionario en su patrimonio, esto es, en su dinero o bienes, en casos específicos la persona perjudicada por el servidor público, puede hacer efectiva directamente en contra del Estado, cuando el servidor público responsable carezca de bienes o los que tenga no sean suficientes para cubrir el monto de los daños y perjuicios.

### *C. Responsabilidad contable*

La responsabilidad contable es, en esencia, una especie de responsabilidad civil. En México a pesar o aun con la existencia de órganos de fiscalización externa, existe doctrina escasa en la materia de responsabilidad contable. No hay un desarrollo como en Francia de un órgano especializado en juzgar las cuentas de los contadores, sólo existen órganos especializados en auditoría. Ahora bien, para Antoni Castells:

La responsabilidad contable es aquella en la que incurren quienes originan un menoscabo en los caudales o efectos públicos, a consecuencia de una conducta (en la que se aprecia la existencia del dolo, culpa o negligencia grave), que supone la infracción de las leyes específicas que regulan la actividad presupuestaria o contable del sector público. La declaración de esta responsabilidad supone el reconocimiento al sector público a ser indemnizado por los daños causados, y la obligación de los responsables de los mismos a proceder a dicha indemnización. El Tribunal de Cuentas tiene atribuida la función jurisdiccional en este campo concreto de la jurisdicción contable. (...) La responsabilidad contable es, como se ha destacado reiteradamente, una especie de responsabilidad civil.<sup>295</sup>

Por lo que la responsabilidad civil, por sus notas características, se atribuye a un servidor público, en ejercicio de una función pública, cuan-

<sup>295</sup> Castells, Antoni, prólogo, en Rosiñol I. Vidal, Carlos, *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos*, 2a. ed., España, Civitas, 1999, pp. 12 y 13.

do genera un acto ilícito y, como consecuencia, un daño o perjuicio estimable en dinero. Por lo que coincidimos con el autor arriba citado, cuando afirma que es una especie de la responsabilidad civil.

El desarrollo de la responsabilidad contable en nuestro país tendría efectos positivos, por un lado, obligaría a desarrollar el derecho contable como rama del derecho administrativo especializada en la contabilidad; juridificaría esa actividad, que en la actualidad se encuentra en manos de colegios y asociaciones de profesionistas de la contaduría y administración, lo que permitiría generar una doctrina en torno a esa rama del conocimiento. Por último, daría certeza jurídica a los sujetos activos y pasivos de la contabilidad, pues la norma constituiría el mejor parámetro de que se está realizando en forma adecuada determinada actividad.

#### *D. Responsabilidad administrativa*

Esta clase de responsabilidad se liga con el desempeño del empleo, cargo o comisión. El artículo 109, fracción III, de la CPEUM establece que: “Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben observar en el desempeño de sus empleos, cargos y comisiones”. De esta norma se advierte con claridad que esa clase de responsabilidad deviene del vínculo que se establece entre la administración y el individuo que ejerce una función pública.

Los artículos 46 y 47 de la LFRSP y 7o. y 8o. de la LFRASP refrendan el contenido de la norma constitucional. Así, los servidores públicos incurrirán en responsabilidad administrativa cuando la infracción a sus deberes y obligaciones fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria.

### IX. CULPABILIDAD

La culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto. En rigor estricto, es el conjunto de presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor del hecho punible que ha cometido.<sup>296</sup>

La culpabilidad puede ser dolosa o culposa, según que el agente al realizar su acción quiera el resultado típico o, sin quererlo, éste se pro-

<sup>296</sup> Mezger, Edmund, *op. cit.*, nota 281, p. 189.

duzca por su falta de previsión o cuidado. En ambos casos, la conducta del servidor público es de desprecio al orden administrativo, encamina conscientemente sus acciones hacía el resultado contraventor de las normas, con diferencias de grado, en el primero existe la conciencia del acto que se realiza y su resultado, en el segundo, existe la conciencia del acto, pero no del resultado típico, éste se produce como un efecto no deseado para el servidor público. Por lo que se estima que a la forma más grave de culpabilidad se llama dolo y a la forma más leve comisión “culposa”.

En el campo de los procedimientos disciplinarios, estos conceptos nos permiten sustentar la gravedad de la conducta para individualizar la sanción aplicable al servidor público, por lo que es importante delimitarlos en el ámbito de las conductas administrativamente responsables.

### 1. *El dolo en la administración*

En el dolo la conducta del servidor público se encamina de manera consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como infracción administrativa.

En el *Dizionario Giuridico Romano*, en relación con el dolo se establece que:

Il dolo rilevante quale vizio della volontà nella conclusione di un negozio giuridico (in conficiendo negotio) si connotava quale dólus malus e consisteva nel comportamento inescusabilmente, malizioso, fatto di raggire e artifizi, di un soggetto nei riguardi di altro soggetto con cui fosse in trattative o in rapporti giuridici, allo scapo e con gli effetti di intuirlo al un'azione pregiudizierole dei propri interessi.<sup>297</sup>

El dolo contiene dos elementos: a) uno ético que consiste en la conciencia de que se vulnera un deber y b) otro volitivo o psicológico que se desprende de la voluntad de ejecutar el acto, se desea el hecho típico. Existen diversas clases de dolo: 1. Directo. El servidor público conoce la norma y las consecuencias de su infracción, por lo que el resultado coincide con la intención del infractor; 2. Dolo indirecto o de consecuencia necesaria. El servidor público sabe que con su conducta producirá otros resultados típicos y, sin embargo, realiza el hecho para obtener el fin que

<sup>297</sup> Guarino, Antonio (int), *Dizionario Giuridico Romano*, 3a. ed., Italia, Edizione Giuridice Simona, 2000, p. 163.

persigue; 3. Dolo indeterminado. En el que el servidor público tiene la intención genérica de infringir las normas administrativas, sin proponerse ningún resultado en especial, y 4. Dolo eventual. Aquí se desea el resultado típico, a pesar de tener conocimiento de que se pueden dar otros que violen la normatividad administrativa.

## 2. La culpa en el actuar administrativo

En la culpa, en cambio, se ejecuta la conducta sin desear el resultado típico, esto es, no existe la intención, pero se carece de la diligencia debida, por lo que se produce el resultado típico sancionado por las normas. Éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego las precauciones legalmente prescritas, por negligencia o imprudencia.

En el mismo *Dizionario Giuridico Romano*, en relación con la culpa se establece que:

In diritto romano arcaico, il termine culpa indicava un fatto in sé stesso illecito.

Nelle epoche successive, la culpa constitui, nello sua varie gradazione, criterio generale di imputazione della responsabilità, contrattuale o por fatto illecito, insieme al dolo.

Come criterio di responsabilità, la differenza tra dolos e, secondo il diritto classico, era la seguente: se l'obligato era certa per esclusivo interesse del creditor, il debitor era responsabile solo se l'inadempimento era dipeso da dolos; se, invece, l'obligatio era certa anche nell'interesse del debitor, questi era responsabile anche se l'inadempimento fosse dipeso da culpa.<sup>298</sup>

Existen dos clases de culpa: a) la consciente, con previsión o con representación y b) la inconsciente, sin previsión o sin representación. En la primera, se da cuando el servidor público prevé el resultado contraventor de la norma como posible, pero no lo quiere y abriga la esperanza de que esto no ocurrirá. La segunda existe cuando no se prevé el resultado que viola la legalidad en la administración. Esta última, a su vez, se clasifica en: 1. Lata cuando el resultado era previsible para cualquier personal; 2. Leve si el resultado lo podía prever alguien cuidadoso, y 3. Levísima si el resultado sólo podrían preverlo los muy diligentes.

<sup>298</sup> *Ibidem*, p. 139.

Se debe distinguir de la culpa consciente y del dolo eventual. En ambos existe voluntariedad de la conducta causal y representación del resultado típico. Sin embargo, en la primera, no se quiere el resultado típico, se tiene la conciencia que no se producirá, en el segundo se menosprecia el resultado.

El dolo y la culpa son trascendentes en la administración, baste señalar que sólo sería susceptible de una sanción la conducta en la que apareciera el dolo o la culpa. En este sentido, se debe capacitar a los abogados de la administración pública, tanto en el ámbito de la gestión administrativa, como en el de la aplicación del derecho, para que identifiquen esos elementos en la conducta de los servidores públicos presuntos responsables, pues ante su ausencia sería imposible imponerles una sanción, pues faltarían los elementos de conocimiento y voluntad, lo que configuraría la inculpabilidad de los presuntos responsables.

## X. SANCIONES

Es evidente que la sanción es parte sustantiva en la actividad de fiscalización, sin embargo, ese concepto no está libre de problemas terminológicos. Así, Miguel Acosta Romero, después de distinguir entre sanción y pena, define a la sanción administrativa como el castigo que aplica la sociedad a través del derecho, a las violaciones de los ordenamientos administrativos pretendiéndose, por medio de ésta, asegurar el cumplimiento de los deberes que tienen los ciudadanos respecto a la sociedad.<sup>299</sup>

La sanción es la pena establecida para quien infringe una ley y pena alude a un castigo impuesto, lo que hace evidente que las construcciones teóricas que se sustentan en esa distinción carecen de sustento lógico.

### *Sanción disciplinaria*

La sanción es la pena o castigo que se impone a quien incumple con una ley o norma. En el ámbito de la administración pública se permite la represión de aquellas conductas contrarias al orden jurídico mediante la aplicación de sanciones. Así, para André De Laubadère la característica de la represión disciplinaria consiste en estar ligada a la función, tanto en lo

<sup>299</sup> Cfr. Acosta Romero, Miguel, *op. cit.*, nota 15, p. 867.

referente a la naturaleza del motivo que la provoca (falta funcional) como a la naturaleza de la sanción (pena funcional).<sup>300</sup>

Para Rafael Bielsa hay dos tipos de sanciones disciplinarias en contra de los servidores públicos: las que tienden a mejorar al funcionario, y que por eso se llaman correctivas; y las que se dirigen a mejorar a la administración pública, que se llaman expulsivas. Considera que la facultad de aplicar las primeras corresponde a un superior jerárquico; en cambio, las segundas, deben ser aplicadas: 1. Mediante un procedimiento que asegure una defensa normal del funcionario, y 2. Por un órgano especial, que es precisamente el Tribunal Disciplinario.<sup>301</sup>

En otra obra, el mismo autor señala que la trasgresión de los deberes del funcionario o del empleado constituye, precisamente, falta disciplinaria y la sanción disciplinaria difiere de otras sanciones administrativas, porque por ella se impone la pena disciplinaria. Después clasifica a las penas disciplinarias en: a) correctivas, entre las que se encuentra la amonestación, multa, postergación del ascenso, retrogradación en el escalafón, y suspensión en el cargo y goce del sueldo; b) expulsivas, entre las que se halla la remoción que equivale a una revocación de mandato y la destitución o exoneración que constituye una inhabilitación y pérdida de la jubilación, y c) represivas como es el arresto en la esfera militar.

Bartolomé A. Fiorini, señala que las sanciones disciplinarias se clasifican según su objeto en correctivas y expulsivas; entre las primeras se encuentran la amonestación, el apercibimiento, la suspensión, la postergación en el ascenso y la retrogradación; en las segundas la cesantía y exoneración.

Un fenómeno que se ha venido observando en nuestro país, derivado de la actuación arbitraria de las contralorías internas y de los órganos de fiscalización externos, es el exceso de punición. Para Julio R. Comadira

el exceso de punición resultará de una abstracta falta de proporcionalidad entre la sanción prevista en la norma y la conducta descrita por ésta, como contenido y causa, respectivamente, del acto administrativo sancionatorio (...) el exceso provendrá de una concreta ausencia de adecuada proporcionalidad entre la sanción impuesta —contenido del acto— y el comportamiento observado por el agente-causa de la decisión disciplinaria (...) cabe

<sup>300</sup> Laubadère, André de, *Manual de derecho administrativo*, Colombia, Ed. Temis, 1984, p. 261.

<sup>301</sup> Cfr. Bielsa, Rafael, *La función pública. Caracteres jurídicos y políticos*, Argentina, Roque Declama Editor, 1960, p. 25.

afirmar que existe exceso de punición cuando en la norma o en el acto disciplinario se contienen sanciones aplicables o aplicadas que, en relación con las tétesis orientadoras pertinentes, resultan desproporcionadas con las conductas sancionables o sancionadas respectivamente.<sup>302</sup>

En la administración pública, en ocasiones, se sanciona a servidores públicos ¡sólo por firmar documentos!, aunque esa conducta les sea exigible legalmente, por supuesta falta de “supervisión”.

En los términos del artículo 53 de la LFRSP las sanciones pueden ser: a) apercibimiento privado o público; b) amonestación privada o pública, suspensión; c) destitución del puesto; d) sanción económica o e) inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público. En cambio, en el artículo 13 de la LFRASP las sanciones son: a) amonestación privada o pública; b) suspensión del empleo, cargo o comisión por un periodo no menor de tres días ni mayor a un año; c) destitución del puesto; d) sanción económica, y e) inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público.

## XI. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUNCIÓN DE FISCALIZACIÓN

En concordancia con las ideas enunciadas, es evidente que desde la perspectiva formal la función de fiscalización interna es de naturaleza administrativa. Además, desde la perspectiva material, los actos en los que se traduce la función de control pueden ser materialmente administrativos o jurisdiccionales.

El problema mayor se encuentra al tratar de establecer cuál es la naturaleza jurídica de la función de fiscalización disciplinaria. Esto es, si constituye una rama del derecho administrativo o es una parte del derecho penal.

Para Luis Jiménez de Asúa, el derecho penal está limitado a garantizar públicamente los intereses protegidos por el derecho con el fin de justicia, mediante una sanción punitiva o aseguradora de índole afín, y por eso no es derecho penal propiamente dicho el disciplinario.

<sup>302</sup> Comadira, Julio R., *Derecho administrativo*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 73 y 75.

Más adelante, el mismo autor reconoce que:

el derecho penal disciplinario es un conjunto de normas que asocian a las infracciones de naturaleza administrativa en que interviene la potestad jerárquica, con una sanción que reviste el carácter de pena. Pero si afirmamos que ese ordenamiento disciplinario debe separarse claramente del derecho Penal propiamente dicho (“Derecho penal criminal”).

Sin embargo, el autor citado, desafortunadamente desde nuestro punto de vista, critica la resolución del Tercer Congreso Internacional de Derecho comparado, verificado en Londres en 1950, en la que se concluye que: “el derecho penal y el disciplinario son de idéntica esencia y representan dos variedades del derecho social de reprimir”.<sup>303</sup>

La doctrina habla de una rama autónoma del derecho denominada: derecho penal administrativo. Miguel Acosta Romero considera que la terminología es imprecisa, por lo que se debe determinar: 1. Lo ilícito y los diferentes tipos de sanciones; 2. El contenido del derecho penal; 3. Los delitos previstos en leyes administrativas forman parte del derecho penal, pero no son derecho penal administrativo; 4. El derecho de las infracciones administrativas tiene una metodología distinta al derecho Penal y no constituye derecho penal administrativo, y 5. El derecho de las infracciones administrativas debe tener esta denominación y constituir una rama independiente especializada del derecho administrativo.<sup>304</sup>

Al pronunciarse en favor de la existencia de un derecho de las infracciones administrativas, el mismo autor estima que la ilicitud consiste en la omisión de los actos ordenados y en la ejecución de los actos prohibidos por el ordenamiento jurídico, plantea el esquema del ilícito como un género con varias especies: 1. Ilícito penal, al que corresponde el delito; y 2. Infracción administrativa. Establece que el derecho administrativo tiene como fines: a) proveer servicios públicos; b) mantener el orden público, o que entiende como salvaguardar las normas de convivencia social; c) distribuir el gasto público, y d) regular la organización, estructura y actividad de la parte del Estado, que se identifica con la Administración Pública o Poder Ejecutivo. Además, define a la infracción administrativa como: “Todo acto o hecho de una persona que viole el orden esta-

<sup>303</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, t. I, 5a. ed. actualizada, Buenos Aires, Argentina, Editorial Losada, 1985, p. 45.

<sup>304</sup> Acosta Romero, Miguel, *op. cit.*, nota 15, p. 864.

blecido por la Administración Pública, para la consecución de sus fines, tales como mantener el orden público (en su labor de policía) y prestar un servicio eficiente en la administración de servicios”.<sup>305</sup>

No nos interesa entrar en este debate, pues advertimos que la noción del maestro está directamente encaminada a la rama normativa que se encarga de la actividad de policía administrativa. Así, en última instancia si existe o no esta rama del derecho es intrascendente para los propósitos de nuestra investigación. Sin embargo, el autor maneja una serie de conceptos importantes, que delimitan algunos aspectos de nuestro tema, como lo es el de infracción que podría extenderse con algunas modificaciones a la materia disciplinaria.

Ahora bien, ¿cuál es la naturaleza jurídica de la potestad disciplinaria del Estado? No tenemos duda que en algún sentido se vincula directamente con el orden jerárquico piramidal que existe en la administración. Sin embargo, a la hora de establecer sus notas existe cierta confusión. En otra parte de nuestra investigación estimamos que no forma parte de la rama disciplinaria.<sup>306</sup>

Desde la perspectiva procesal, José Ovalle Favela sostiene que la autodefensa se puede expresar como el ejercicio de una potestad de uno de los sujetos en litigio. Y ubica a la facultad disciplinaria en este ámbito, puesto que en su opinión permite a la administración pública imponer por sí misma sanciones administrativas a los servidores públicos.<sup>307</sup>

Nosotros, por nuestra parte, consideramos que la facultad disciplinaria no forma parte de la autotutela. En efecto, el orden jurídico integra un todo, e incluso los poderes que se otorgan a las empresas para disciplinar a sus empleados provienen de éste.

En el ámbito del Estado, nosotros consideramos que el poder disciplinario forma parte de la atribución de mando, de policía o coacción que se le otorga, y que encuadra todos los actos necesarios para el mantenimiento y protección del propio Estado, la seguridad, salubridad y orden públicos.<sup>308</sup> Si esto es verdad, debemos concluir que la facultad disciplinaria se otorga a la administración para proteger al propio Estado, no a la administración, que sería el sujeto de la relación de autotutela. No se de-

<sup>305</sup> *Idem*, pp. 864 y ss.

<sup>306</sup> Véase capítulo tercero, numeral III.1.

<sup>307</sup> *Cfr.* Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, 4a. ed., México, Oxford University Press, 2000, p. 13.

<sup>308</sup> *Cfr.* Fraga, Gabino, *op. cit.*, nota 10, p. 15.

be ocultar que el principio de legalidad es claro: “la autoridad sólo puede hacer aquello que la ley le permite”.

En este sentido, estaríamos de acuerdo con el maestro si la relación sustantiva fuese entre el servidor y la organización administrativa; en cambio si la relación sustancial se establece entre el Estado y el servidor público, no podemos hablar de autotutela, sino del ejercicio por parte de la administración de una facultad para mantener el orden jurídico al interior de la propia administración.

No escapa a nuestro análisis que el argumento del maestro Ovalle Favela se encamina a demostrar que, en el ejercicio de la facultad disciplinaria, la administración es juez y parte, esto es, ella resiente violaciones en su esfera jurídica y, a su vez, las reprime, características que, según él, ubican el actuar disciplinario en el perímetro de la autotutela. Sin embargo, aquí se debe aclarar que es intrascendente el hecho de que la propia administración ejerza esa facultad, pues el orden jurídico establece una serie de garantías que se otorgan a las partes, desde el punto de vista formal, a través del proceso, y materiales por medio de los derechos subjetivos para garantizar la imparcialidad, lo que no sucede en las empresas cuando aplican sus reglamentos interiores o sus normas disciplinarias.

Por otra parte, los servidores públicos actúan como órganos del Estado investidos de la función pública, no en nombre de la administración, aquí es importante recordar que a quienes se otorga la personalidad jurídica es a la nación, al Distrito Federal y a los municipios,<sup>309</sup> en este contexto, Gabino Fraga opina que ni la administración pública, ni los demás “poderes”, cuentan con una personalidad jurídica, puesto que sólo constituyen uno de los conductos por los cuales se manifiesta la personalidad del Estado.<sup>310</sup>

Así, los servidores públicos sujetos a la “potestad disciplinaria” no ejercen funciones en nombre de la administración, sino en representación del Estado. Lo anterior, nos lleva a estimar que lo que se tutela con la potestad disciplinaria, es al Estado mismo no a la administración pública, esto es, en última instancia lo que se tutela es el interés general, materializado en uno de los elementos del Estado: el gobierno.

Esto nos permite advertir que la visión del régimen disciplinario como autotutela atribuye implícitamente personalidad jurídica a la administración, por lo que soslaya los puntos mencionados.

<sup>309</sup> Ver artículo 25 del Código Civil.

<sup>310</sup> Cfr. Fraga, Gabino, *op. cit.*, nota 10, p. 119.

Por su parte, Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez afirma la existencia de una rama del derecho a la que denomina derecho disciplinario que consiste en el conjunto de normas que regulan el comportamiento de los servidores públicos. Y sostiene que el procedimiento sancionador se produce por el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, por incumplimiento de las obligaciones a cargo de los particulares o de los empleados de la propia administración. En el primer caso, habla de procedimiento correctivo, en el segundo, de procedimiento disciplinario.<sup>311</sup>

En otra obra, el autor antes mencionado, en un amplio análisis, sostiene que:

...el fenómeno disciplinario ha sido materia de regulación del derecho Civil, Administrativo y Laboral, además de que por su naturaleza sancionatoria también se le ha ubicado dentro del derecho penal.

La rama del derecho que mayor identificación tiene con la materia disciplinaria es la laboral, toda vez que en el campo de las relaciones prestacionales se manifiesta el fenómeno disciplinario ante el incumplimiento de las obligaciones en materia de la relación, que otorga al patrón la facultad de corregir las conductas que afectan el desempeño de las labores que son debidas.

...el derecho penal ha tenido una gran influencia en esta materia, por el hecho de que la facultad disciplinaria se manifiesta mediante la imposición de sanciones a los servidores públicos que con su actuación lesionan el correcto ejercicio de la función pública, y como en términos del artículo 21 constitucional ‘la imposición de penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial’, se consideró que la imposición de las sanciones es una función judicial que excluye la función administrativa, ya que se trata de ‘decir el derecho’ en cada caso particular.

Sin embargo, con este enfoque se pretende desconocer que el disciplinar a un empleado no alcanza la naturaleza penal, puesto que ni cualitativa ni cuantitativamente las infracciones o faltas a la disciplina organizacional tienen la trascendencia que implique la intervención penal, sino que mientras se mantengan en el ámbito de la administración deben resolverse internamente.

El derecho administrativo ha regulado el fenómeno disciplinario en la función pública, por tratarse de una materia que se manifiesta en la función administrativa, en la que participan sujetos de derecho administrativo, regulados por leyes de esta naturaleza.<sup>312</sup>

<sup>311</sup> Cfr. Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, *Elementos de derecho administrativo*, 7a. reimp., México, Limusa-Noriega, 1997, pp. 148 y 165.

<sup>312</sup> Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, *El derecho disciplinario de la función pública*, 2a. ed., México, INAP, 1992, pp. 22, 23 y 24.

Es claro que el autor se pronuncia por la naturaleza administrativa de la potestad disciplinaria. Sin embargo, olvida la estrecha relación que existe entre las palabras sanción y pena. La sanción es la pena establecida para quien infringe una ley y pena alude a un castigo impuesto. En relación con lo anterior, un respetado penalista, Edmundo Mezger estima que el derecho penal es el conjunto de las normas jurídicas que vinculan la pena, como consecuencia jurídica, a un hecho cometido, pero, para él, el derecho penal es también el conjunto de aquellas normas jurídicas que, en conexión con el derecho penal antes definido, vinculan al hecho cometido consecuencias jurídicas de otra naturaleza, para el castigo del hecho o para la prevención de delitos futuros.<sup>313</sup> Por lo que la posición del maestro Delgadillo Gutiérrez carece de sustento desde esa perspectiva.

Por otra parte, Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez incurre en el error ya mencionado, de otorgar personalidad jurídica a la administración pública, cuando afirma que como organización puede aplicar sus propias normas disciplinarias. Como ya se asentó, las normas del régimen disciplinario emanan del Estado para aplicarse a los individuos que encarnan la función pública, no son normas que por delegación del Estado emita una organización para aplicarlas a su interior, como es el caso de los estatutos de una empresa.

Por su parte, Julio R. Comadira señala que el derecho penal disciplinario no persigue la preservación o represión de la delincuencia, sino la protección del orden y la disciplina necesarios para el correcto ejercicio de las funciones administrativas y de que las sanciones de índole disciplinario no importan el ejercicio de la jurisdicción criminal propiamente dicha, ni el poder ordinario de imponer penas.<sup>314</sup>

Otros autores analizan la función disciplinaria desde ángulos diferentes. Rafael Bielsa sostiene que la existencia de un orden de deberes y atribuciones de los funcionarios, sean deberes comprendidos en la obligación de la función o del servicio, sean deberes que deriven de la subordinación jerárquica, exige normas que reglen esas relaciones y sanciones para los transgresores. La transgresión de los deberes administrativos tiene su sanción característica en la responsabilidad administrativa del funcionario, que se hace efectiva por la pena disciplinaria. Complementando su argumentación, sostiene que: “El fin de la responsabilidad disciplinaria es asegurar la

<sup>313</sup> Cfr. Mezger, Edmundo, *op. cit.*, nota 281, p. 27.

<sup>314</sup> Cfr. Comadira, Julio R., *op. cit.*, nota 302, p. 77.

observancia de las normas de subordinación jerárquica y, en general, el cumplimiento regular de los deberes de la función. Aunque la responsabilidad disciplinaria tiene carácter penal (las transgresiones disciplinarias generan penas disciplinarias) ella difiere de la responsabilidad penal...”. Así, concluye que el conjunto de normas positivas constituidas para obligar al funcionario a cumplir su deber, en la forma en que lo exige la administración pública, mirando a las necesidades del servicio, constituye el derecho disciplinario de la Administración.<sup>315</sup>

En contra de esta opinión, Bartolomé A. Fiorini estima que:

El derecho disciplinario jerárquico o del agente público no se rige por las normas del derecho penal (...) los reglamentos disciplinarios, más que identificarse con el Código Penal o con el Código de instrucción criminal, tienen más semejanzas con los reglamentos del personal de empresas o fábricas. No se castiga —en estos casos— actos delictivos sino el incumplimiento de un deber impuesto por relaciones jurídicas creadas estatutariamente. El delito impone la aplicación de otras normas diferentes que juzgan conducta y donde la potestad disciplinaria no tiene nada que hacer.

Sin embargo, más adelante reconoce que: “La sanción disciplinaria que se impone al agente tiene por objeto reprimir las transgresiones de sus deberes públicos hacia la administración estatal”.<sup>316</sup>

En cambio, para Ramón Rueda, en el caso de las sanciones administrativas en general:

La doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del artículo 6o. del Convenio corrigiendo un precedente contrario de la comisión (decisión del 7 de abril de 1967) parte también de la premisa de la identidad sustancial de las sanciones administrativas y penales, exigiendo para las primeras las garantías debidas a las segundas, según la doctrina establecida fundamentalmente en los casos Engel y otros (sentencia del 8 de junio de 1967). Según el Tribunal, no es la colocación de las normas en el sistema jurídico, sino su carácter general y la naturaleza disuasoria y punitiva de la sanción, lo que determina la inclusión del ilícito y su sanción en el ámbito penal”.<sup>317</sup>

<sup>315</sup> Bielsa, Rafael, *op. cit.*, nota 139, pp. 591 y 592.

<sup>316</sup> Fiorini Bartolomé A., *op. cit.*, nota 260, pp. 844 y 855.

<sup>317</sup> Estudio preliminar en Lozano, Blanca; *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, España, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1990, pp. 9 y 10.

Como se advierte, con esos elementos es muy difícil establecer la naturaleza jurídica de la “potestad disciplinaria”. Sin embargo, en todas las argumentaciones existe una constante: la palabra sanción. A este vocablo ya lo definimos en otra parte de este mismo capítulo.

Ante la confusión doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la potestad disciplinaria, partiremos de tres hechos: 1. Ésta se ejerce sobre una clase especial de individuos: quiénes desempeñan un empleo, cargo o comisión en los órganos que forman el gobierno del Estado; 2. Su objeto es reprimir las conductas lesivas de los intereses del Estado que se verifiquen en el interior del cuerpo administrativo, ligadas al desempeño de las funciones que se encomiendan a quienes ejercen empleo, cargo o comisión en la función pública, y 3. Su objetivo final es lograr que se sancione la conducta lesiva a los intereses del Estado, que puede ser de orden administrativo, civil o penal.

Es la finalidad del régimen disciplinario, la que uniforma las posiciones doctrinales mencionadas, todas coinciden en que esa potestad se encamina a sancionar conductas de quienes vulneren el orden legal en el ámbito administrativo. En nuestro análisis partiremos del objeto final de la potestad disciplinaria que es la represión de las conductas que vulneren el orden jurídico al ejercer un empleo, cargo o comisión, así, en estos apuntes estimaremos que la función de fiscalización, que se traduce en la represión de conductas imponiendo una sanción, es de naturaleza sancionatoria, por lo que para nosotros formará parte del derecho sancionatorio.

En apoyo de lo anterior, Luis Morell Ocaña sostiene que:

En la potestad administrativa se plantean los problemas de su relación con la sanción penal, y del ámbito y sus límites. La interpretación tradicional entiende que se está ante dos instituciones independientes, aunque vinculadas por una misma finalidad, y con igualdad de rango entre sí. Más recientemente, sin embargo, se conceptúa la potestad administrativa como una derivación de la potestad de la jurisdicción penal, y complementaria de ésta: una consecuencia del principio de mínima intervención penal (...)

Se ha de añadir que la potestad administrativa de sanción se ha de coordinar en unos principios jurídicos que, surgidos del ámbito penal, ahora se entienden como propios del ya mencionado orden punitivo.<sup>318</sup>

<sup>318</sup> Morell Ocaña, Luis, *Curso de derecho administrativo*, t.II, *La actividad de las administraciones públicas. Su control administrativo y jurisdiccional*, 4a. ed., España, Aranzdi Editorial, 1999, pp. 77 y ss.

Así, para ese autor, los principios de la potestad administrativa de sanción son: 1. Legalidad, esto es, sólo por ley pueden establecerse las infracciones, así como las sanciones correspondientes; 2. Tipicidad, que consiste en la exigencia de que exista una adecuada, detallada y cuidada descripción de la conducta sancionable; 3. Culpabilidad, o sea, que la intencionalidad, la voluntad de infringir una norma, o al menos, el conocimiento, la conciencia de que la misma se infringe, es uno de los elementos del reproche que da lugar a la sanción, y 4. Proporcionalidad, entre la infracción y la pena,<sup>319</sup> para evitar, diríamos nosotros, el fenómeno del “exceso de punición”.

Por lo anterior nos adherimos a ese criterio, por lo cual debemos dejar en claro que nuestra posición no parte de un excesivo dogmatismo, sólo pretende preservar el derecho en su integridad, al considerar a sus diversas ramas como partes de un todo y permitir que las instituciones jurídicas se comuniquen de las características que uniforman a todo el orden jurídico.

## XII. NECESIDAD DE UNA FISCALÍA ESPECIALIZADA EN LA MATERIA ADMINISTRATIVA

Atendiendo a los caracteres de la función pública, en México se requiere un fiscal anticorrupción, con la independencia y los poderes necesarios para realizar sus tareas con autonomía de cualquier autoridad, profesionalismo e imparcialidad, que investigue las conductas de los agentes de la administración pública, que sea parte acusadora en las investigaciones y sumarios que se realicen por transgresiones administrativas, el cual dé publicidad a los dictámenes de sus investigaciones. Instituciones de estas características ya están vigentes en Europa y Latinoamérica: Francia y Argentina son dos ejemplos. En el primero existe un Ministerio Público adscrito al Tribunal de Cuentas. El segundo, cuenta con una Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas. En suma, nuestro país requiere de un organismo social que garantice una efectiva tutela del interés estatal y ciudadano en los procesos administrativos en los que se encuentre en juego el interés superior de la nación.

<sup>319</sup> *Idem.*

### XIII. CONSIDERACIÓN FINAL

Con el contenido del presente capítulo y con el análisis efectuado en los antecedentes, estimamos haber cumplido con el objeto de nuestra investigación, primero porque señalamos la existencia de funciones administrativas y materialmente jurisdiccionales en la actividad de los órganos internos de control; establecimos la existencia de categorías conceptuales inadecuadas para la materia, asentamos categorías léxico-jurídicas que estimamos más adecuadas y establecimos unos apuntes para una futura teoría del control. Sabemos que muchas de las ideas son polémicas, por lo que dejamos a una futura investigación o a mentes mejor dotadas, realizar la titánica labor que implica el estudio del control de la administración pública.

