

## DERECHO ADMINISTRATIVO

Alfonso NAVA NEGRETE

**SUMARIO:** I. *Perspectiva del derecho administrativo.* 1. *Tiempos del derecho administrativo.* 2. *Ubicación del derecho administrativo.* 3. *Expansión del derecho administrativo.* 4. *Ramificación del derecho administrativo.* 5. *Membresías del derecho administrativo.* 6. *Codificación del derecho administrativo.* 7. *Derecho privado de la administración pública.* II. *Administración pública federal.* 1. *Desorbitado crecimiento de la administración.* 2. *Capitis deminutio de los secretarios de Estado.* 3. *Derecho burocrático federal.* III. *Control político de la administración pública.* IV. *Control jurisdiccional de la administración pública.* V. *Bibliografía.*

### I. PERSPECTIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

#### 1. *Tiempos del derecho administrativo*

Preliminar a esta visión de conjunto del derecho administrativo que se vertebra en una serie de temáticas sobresalientes, es encerrar en unos cuantos párrafos el estado actual del derecho administrativo y lograrlo desde la cúspide que alcanza el ojo avizor del ave.

Roto está el molde en que se construyeron los primeros y grandes trabajos o tratados de derecho administrativo, que obligaba a pensar en una ciencia cuyo único objeto de estudio y regulación era la administración pública encargada de organizar, prestar, conservar y vigilar los servicios públicos. Eran los años, fines del siglo pasado y primeras décadas del presente, en que los servicios públicos constituían la actividad natural y exclusiva del Estado, en que éste al prestarlos no podía siquiera pretender lucro alguno y en que el derecho público dominaba toda la actividad estatal y sometía a su régimen a todos los servicios públicos.

Diseña entonces el legislador una administración pública centralizada, de estructura y organización someras, que respondía a esa su principal y casi única responsabilidad; prevé en sus leyes como procedimientos administrativos vías que sólo canalizan la actividad de servicio

público del Estado, y las leyes administrativas que fabrica son pocas, pues pocos son los servicios públicos de la época.

Costó mucho separarse de esas ideas clásicas, aun antes de que se iniciara la segunda mitad del presente siglo.

Difícil fue, por ejemplo, pero se aceptó, que el particular pudiera prestar servicios públicos paralelamente con el Estado o él el único prestador, aunque fuese por medio del cordón umbilical irrompible del permiso, la autorización o la concesión otorgados por la autoridad administrativa e inclusive con la aprobación del Congreso de la Unión, como sucedió con algunas concesiones a fines de nuestro siglo XIX.

Significó aquello además otro cambio, la presencia del lucro en el servicio público, pues era lo que movía al particular a su prestación. Luego, más tarde, el Estado mismo obtendría lucro en sus grandes servicios públicos industriales.

Penetró así el derecho privado en la vida de los servicios públicos. La sociedad anónima, la cooperativa o con cierta frecuencia la asociación civil, incursionaron como nuevas estructuras de los servicios. El usuario también hubo de cambiar su vía de defensa, pues sustituyó el juicio de amparo por juicios civiles y mercantiles.

Admítase por fin que el Estado o la administración pueden contratar. Para esto se crea la ficción legal de la doble personalidad del Estado, o sea que éste puede actuar jurídicamente como particular y como poder público. Gracias a esta metamorfosis legal, falsa a todas luces, el Estado puede colocarse en plano de igualdad con el particular, plano único en el que se admitía en esos tiempos el fenómeno de la contratación.

Esos pasos primeros de evolución del derecho administrativo se vieron acompañados por la aparición de un invento del derecho administrativo francés, los establecimientos públicos, que el maestro Gabino Fraga en su *Derecho administrativo* presentó y familiarizó en el medio jurídico nuestro en los años treinta con el nombre de "organismos descentralizados por servicio".

Registan las administraciones públicas europeas a estos organismos públicos autónomos, como pensados para la atención directa y exclusiva de un servicio público. América Latina los adopta y México en los años veinte crea los primeros. Tomó por esto nueva dimensión la administración y creció y empezó a hacerse compleja. Empezaron los controles de la vieja administración centralizada, desacreditada para prestar con eficacia los grandes servicios públicos, sobre las nuevas administraciones autónomas.

Apresuró la caminata del derecho administrativo para su franca evolución, el acontecimiento de la Segunda Guerra Mundial.

Sin más, aparece en el escenario político y jurídico la administración pública económica, que cobra personalidad en las empresas públicas. La intervención del Estado en la economía, cruzado el medio siglo, derriba todas las fronteras ideológicas y legales e invade casi todos los campos; parece no existir prohibición o impedimento a esta nueva forma de manifestarse. Las viejas cercas que zonificaron la actividad económica estatal, ahora son grilletes para los particulares; el Estado inicia su era de monopolios económicos.

Protegen los Estados sus economías de toda injerencia extranjera. Francia institucionaliza la nacionalización de las empresas, y Europa occidental la sigue tanto contra empresas de extranjeros como de nacionales, importando sólo el valor estratégico de la actividad económica. Banca, petróleo, gas, acero, electricidad, radio, aviones, ferrocarriles, etcétera, todo lo que sirva a la protección de cada Estado. América Latina la utiliza para desterrar todo tipo de coloniaje económico extranjero y levanta grandes empresas estatales.

Inmóvil no podía quedarse el derecho administrativo ante este gran cambio. Transforma su imagen a un derecho público económico.<sup>1</sup> De gran regulador de servicios públicos administrativos pasa ahora a rector del Estado empresario e incorpora vastos servicios públicos económicos, de tipo industrial, comercial, y se adueña así de nuevos terrenos antes desconocidos. Acrece sus dominios con organismos descentralizados económicos que en Francia son los establecimientos públicos industriales y comerciales y en el derecho norteamericano las comisiones administrativas o las corporaciones públicas en el derecho inglés.

Inevitable le es ahora su asociación con el derecho mercantil. Cuando el Estado utiliza para sus empresas la estructura de la sociedad anónima, provoca la publicización de áreas propias de aquél, a beneficio del administrativo. La sociedad anónima pierde su pureza mercantil y adquiere atributos que le imponen el calificativo de sociedad anónima de Estado en Francia,<sup>2</sup> de sociedad de economía mixta en Italia y de empresa de participación estatal en México. No es ya la típica sociedad mercantil sino una sociedad mestiza, digámoslo así. A decir del maestro

<sup>1</sup> Nava Negrete, Alfonso, "Transformación de la administración y el derecho administrativo", *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Caracas, vol. II, 1970-1971, p. 187.

<sup>2</sup> Nava Negrete, Alfonso, "Empresa pública y sociedad anónima de Estado", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XV, núm. 57, enero-marzo 1965.

Roberto L. Mantilla Molina, son sociedades de Estado “[...] que no pueden subsumirse en ninguno de los tipos sociales regidos por la legislación mercantil”.<sup>3</sup>

Hubo en el remoto pasado en no pocos países, empresas económicas del Estado, pero la legislación administrativa estaba ausente y la legislación mercantil era escasa. Quien verdaderamente imponía sus mandatos era la costumbre. Ahora que el Estado se dedica, no por ocasión sino por vocación, a ser empresario, es cuando el derecho administrativo tiene un papel qué representar.

Moldes legales que sirvieron para establecer la relación laboral auténtica entre el Estado y sus trabajadores en la primera mitad del presente siglo, tuvieron que sustituirse por otros que tomaran en cuenta el crecimiento extraordinario de la administración y su diversificación en nuevos entes, llamados descentralizados o empresas públicas, cuyos trabajadores ameritaban revisar e instituir el régimen laboral que más conviniera o el que mejor correspondiera a la naturaleza empresarial de la actividad de esos entes económicos públicos.

Aquí el derecho administrativo no supo cómo evolucionar y se quedó perplejo. No incorporó a su régimen burocrático a la mayoría de los trabajadores de las empresas públicas, los que encontraron el territorio laboral de los obreros como el más idóneo. De plano, el derecho administrativo burocrático en México de ese momento se quedó, como sigue estando, minimizado y desacreditado. Ni comprende en su normativa a todos los trabajadores que prestan servicios al Estado —de los órganos de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial—, y ni siquiera de la sola administración pública federal, pues de ésta están fuera de su dominio la mayoría de los trabajadores de los organismos que integran la llamada administración pública paraestatal, y no sólo éstos, pues los mismos trabajadores de la administración central no gozan todos de la protección que se deriva de la ley laboral burocrática, ya que ésta misma en forma expresa excluye de su régimen tutelador a los trabajadores de confianza, que son los que prestan los servicios de mayor nivel político y técnico.

Provocó el nuevo Estado empresario el gigantismo en la administración. La denominada administración paraestatal aumentó su población de entes con numerosas empresas descentralizadas y empresas de participación estatal, a las que pronto se sumarían las entidades publicizadas de los fideicomisos públicos. Toleró irresponsablemente el legis-

<sup>3</sup> Mantilla Molina, Roberto L., “Sociedades de Estado”, *Estudios de derecho público contemporáneo*, México, UNAM, FCE, 1972, p. 19.

lador mexicano la producción excesiva de esas empresas, y el Ejecutivo Federal, sin barreras políticas y legales algunas, contribuyó poderosamente en la misma fábrica, engendrando especialmente, sin parar en número, fideicomisos públicos, útiles para todo, inclusive para empresas públicas.

Estatuta esa tan desmesurada de la administración, fecundo intempestivamente una abundante legislación administrativa de contenido económico, reformas constitucionales, leyes, reglamentos, decretos, acuerdos y convenios. Inestabilizó la política económica la organización interna de las mismas secretarías de Estado, que se vio sujeta a cambios iterativos que permitirían a éstas acomodarse a la nueva vida económica de la administración. Crisis también se sucedió en los procedimientos administrativos; cientos se registraron en la legislación implantando una red ferroviaria administrativa, la más compleja posible como para impedir el tránsito a las autoridades y a los particulares.<sup>4</sup>

Checoslovaquia, España, Argentina, Alemania, son países, por ejemplo, que han logrado sustituir sus viejas y múltiples redes por una sola vía, que encauza a toda la actividad de la administración, tal vez con ramales de verdadera excepción. Esta unitarización del procedimiento administrativo no lo ha conseguido nuestra legislación. Los pocos intentos conocidos ni siquiera empezaron bien.

Diciembre de 1970, inicio de un gobierno sexenal. Éste recibió a una administración pública imposible de fotografiar. Sólo el pincel de mil colores del impresionista podía haber la virtud de identificarla, y de seguro nos entregaría los colores sin fin de la selva chiapaneca o de la amazónica del Brasil. El paso a una buena administración estaba vedado. La legislación selvática, entre administrativa y tributaria, anidó una burocracia excesiva, costosa, impreparada, irresponsable y estéril. La acción administrativa, de nula visibilidad, fácilmente se perdía en los caminos o de la ilegalidad o de la arbitrariedad.

¿Qué es ahora el derecho administrativo?

Volvieron sobre sus pasos las administraciones europeas, a las que imitamos mucho, y resolvieron en las últimas décadas, reducir el tamaño de la administración. Fueron mal vistas las administraciones latinoamericanas, voluminosas, pesadas y costosas, por los gobiernos

<sup>4</sup> En 1965 comentaba el maestro Gabino Fraga: "En donde se nota un gran vacío es en materia de procedimiento administrativo [...] no es posible ya en la actualidad prescindir de una ley general que sin perjuicio de casos particulares sea el derecho común en materia de procedimiento administrativo." Fraga, Gabino, "Síntesis del derecho administrativo", *Panorama del derecho mexicano*, México, UNAM, Instituto de Derecho Comparado, 1965, pp. 21 y 22.

norteamericano e inglés, cuya ciencia administrativa la estiman prototipo a seguir. Era cierto. Una creciente burocracia excesivamente centralizada y una proliferación sin límite de administraciones paraestatales germinaron una administración descomunal, fenómenos que pronto saturaron la convicción de los gobiernos de que no se estaba viviendo una buena administración.

Remedio para el primer fenómeno fueron la desconcentración administrativa y la simplificación administrativa, y para el segundo, privatizar a la administración o desincorporar empresas públicas, fórmulas de alivio que se están aplicando. Claro que su seguimiento en cada país ha revestido condiciones y consecuencias diversas. Además, cada una de las fórmulas han tenido distinto éxito.

Descongestionar a la administración centralizada y minimizar el sector paraestatal, han significado iniciar un cúmulo impresionante de acciones legislativas y administrativas y que aún no termina, pues la empresa reformadora es todavía acción gubernamental presente.

Receptor de la “reforma administrativa” —institucionalizada en las administraciones occidentales —y necesariamente de todo ese alud legislativo que la hizo posible, integrada ésta por reales y aparentes nuevos ordenamientos, por leyes sumamente parchadas o zurcidas, por reglamentos de continuo hacer y deshacer, por decretos y acuerdos generales a tropel y por una plaga mayor, convenios administrativos, el derecho administrativo contemporáneo es tela de Penélope, se teje y desteje todos los días; su material normativo se vuelve “desechable” como se entiende esta voz aplicada a ciertos artículos comerciales; sus textos legales cada vez son menos para el alcance del ciudadano común, pues se manufacturan con lenguajes técnicos, científicos, palabras de importación, voces inventadas o con significación no usual, que los hace de escritura jeroglífica y que demandan artífices para su desciframiento.

Sepultados están los sabios principios que predicaban los grandes maestros de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Decían: las leyes se hacen para el pueblo, y deben por lo mismo estar redactadas en lenguaje sencillo, llano, claro, para que las pueda cumplir sin error y sin asistencia alguna. Hácense las leyes, repetían, para dar certeza y seguridad a las personas en su vida individual como social, luego el legislador debe ser previsor,<sup>5</sup> adelantarse al tiempo, para que sus fórmulas normativas logren esos valores supremos.

<sup>5</sup> Nava Negrete, Alfonso, “El derecho administrativo como instrumento de cambio”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, tomo XXVI, núm. 103-104, julio-diciembre de 1976, p. 515.

Pasados aquellos tiempos, de leyes para años y para décadas; de leyes para ser leídas y comprendidas por sus destinatarios todos, los de ahora, son para leyes heroínas —las administrativas y fiscales— de un año o dos cuando mucho; su diseño original parece estar pensado para ser pronto desdibujado; es obra inacabada siempre. El derecho administrativo de hoy nace de momentáneas acciones políticas; en un derecho de momentos políticos.

## 2. *Ubicación del derecho administrativo*

### a) *Concepto*

Por tradición jurídica, el derecho se ha dividido en dos grandes partes: el derecho público y el derecho privado, tradición que se sigue en la enseñanza del derecho en nuestra Facultad y en todas las escuelas de derecho del país, y que es aceptada por el sistema jurídico vigente en México. Por esto el derecho administrativo puede conceptuarse como una rama del derecho público, cuyo objeto de estudio y regulación es la administración pública y las relaciones de ésta con los particulares.<sup>6</sup>

De ese concepto hay que destacar lo siguiente. Históricamente el derecho administrativo se había concebido siempre como el derecho que se ocupaba exclusivamente de la administración pública, como se advierte en los primeros tratados de la materia publicados a fines del siglo pasado y aun en los primeros del presente siglo. Empero, ahora no podría ignorarse que la administración pública no se da sola ni aislada, sino frente a los particulares, y que éstos cotidianamente están en relación con aquélla.

Necesitan los particulares, por ejemplo, de permisos, autorizaciones, licencias o concesiones para llevar a cabo diversas actividades, y los tendrán que solicitar de la administración pública. Es un fenómeno de relación que se presenta en México y en cualquier otro país. También se puede comprobar este tipo de relación mutua y casi inseparable, en la conocida vinculación fisco-contribuyente, o sea, el cobro y el pago de contribuciones que dan origen a situaciones jurídicas casi permanentes entre la administración pública y los individuos, ella con el nombre de fisco y ellos con el de contribuyentes.

<sup>6</sup> Nava Negrete, Alfonso, *Diccionario jurídico mexicano*, 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-Porrúa, 1987, tomo III, p. 933.



Serían numerosos los casos que podrían invocarse para acreditar objetivamente que no es posible concebir a la administración pública lejos, distante o separada de la situación de los particulares. La misma legislación administrativa de prueba evidente de esto.

Estamos en lo correcto ahora, si enfatizamos que el derecho administrativo ya no es el derecho exclusivo de la administración pública, sino que también comprende a la vida de relación de los particulares con ella.

b) *Derecho administrativo, ciencia y norma*

Es necesario reconocer que el derecho administrativo tiene doble naturaleza: de ciencia y de norma. Como ciencia, el derecho administrativo es un conjunto de principios, de teorías, de conceptos fundamentales que informan y explican cada una de las instituciones administrativas. Si consultamos cualquier texto de derecho administrativo nacional o extranjero, se podrá verificar que en el mismo se analizan y estudian conceptos fundamentales como son el de servicio público, el de acto administrativo, el de procedimiento administrativo, etcétera, así como teorías o doctrinas que buscan la esencia de lo jurídico administrativo.

Como norma, el derecho administrativo es regulador; es un conjunto de normas o leyes que regulan a los dos sujetos: administración pública y administrados. Es así como el derecho administrativo mexicano se integra con numerosas leyes como son, a guisa de ejemplo, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley General de Bienes Nacionales, la Ley de Obras Públicas, etcétera, y muy numerosos reglamentos, decretos, acuerdos; todos ellos forman el derecho administrativo como ordenamiento normativo.

No hay en consecuencia manera de confundir lo que es el derecho administrativo como ciencia y como norma, aunque ambos aspectos se estudien en un tratado o en una obra de derecho administrativo, como se hace por ejemplo en los tratados de don Gabino Fraga y de don Andrés Serra Rojas.

c) *Derecho administrativo y ciencia administrativa*

Mucho ha cambiado el derecho administrativo cuando en Europa, en América Latina y en particular en México, se ha puesto de moda la llamada ciencia administrativa o ciencia de la administración. Si bien



esta moda llegó tarde entre nosotros, a partir del sexenio diciembre de 1970 a diciembre de 1976, la concepción de la ciencia es de fines del siglo pasado. Aún no se va, sigue en el sexenio que empezó en diciembre de 1988.

Ambas ciencias, derecho administrativo y ciencia administrativa, tienen el mismo objeto de estudio: la administración pública, aunque la segunda se ocupa también de la administración privada. Pero las separa o las distingue el distinto enfoque con que miran a ese objeto, el jurídico la primera y el técnico-administrativo la segunda. Sus objetivos son diversos. Al derecho le interesa lograr el ajuste de la administración a la ley, a la ciencia, que la administración sea eficiente y eficaz.

Conviven, no están separadas radicalmente, las dos ciencias. La ciencia administrativa no podría alcanzar sus metas si abandonara éstas a la única voluntad de los administradores. Hace falta que asegure su éxito y éste depende en buena parte de la ley. Pasa igual al derecho administrativo; por perfecto que sea su sistema normativo éste resultará inoperante si la capacidad del administrador público es nula o deficiente. Enlazadas así, pero manteniendo su individualidad propia, su mismo lenguaje resulta diferente; al estudioso del derecho administrativo las más de las veces le resulta extraño y enigmático el de la ciencia administrativa, y a los prosélitos de ésta el jurídico es casi siempre imperceptible o inaceptable.

Frontera sin embargo muy difícil de precisar, como lo reconocen Jacques Chevalier y Danièle Loschak, autores de la magna *Science administrative* (dos volúmenes que suman más de mil trescientas páginas). Dicen: “varias disciplinas abordan el estudio de la administración pública en función de sus preocupaciones propias. Entre ellas, el derecho administrativo ocupa un lugar privilegiado”.<sup>7</sup> Después de que el derecho administrativo tuvo el monopolio sobre el estudio de la administración pública por muchos años, ahora aparece como principal rival la ciencia administrativa, más que la política y la economía. Admiten los tratadistas: “la dificultad que ha tenido la ciencia administrativa para separarse del derecho administrativo, en razón de la extensión tomada por esta disciplina y de la preponderancia de las preocupaciones jurídicas acerca de la administración pública”.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Chevalier, Jacques y Loschak Danièle, *Science administrative*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1978, tomo I, p. 49.

<sup>8</sup> *Idem*.

#### d) *Idea de administración pública*

Se sabe que el objeto de estudio del derecho administrativo es la administración pública. Por lo mismo, es necesario saber qué es. Sin embargo, no debemos conformarnos con un concepto formal de la misma, quizá sea más importante darnos cuenta y tener conciencia de su contenido, para finalmente llegar a una idea de ella.

Antes que nada, administración pública es administración. Entre administración pública y administración privada no existe una diferencia más que teleológica, pues ambas parten de lo que debe entenderse en principio por administración. Tanto es administración la administración pública como la administración privada. Luego, conviene primero averiguar qué es administración.

Por administración entendemos la custodia, el cuidado o la conservación de bienes o intereses ajenos, que se hacen conforme a principios, métodos o técnicas modernas o prácticas que procuren tales fines. No ocultamos que puede ser acertado afirmar que se pueden administrar los bienes propios y no sólo los ajenos, pero no con el alcance genérico cuando se habla de las dos administraciones referidas.

En tal sentido, se administra en ambas, administración pública y administración privada. Existen no obstante diferencias entre administrar en una y en otra, y podríamos decir, concretamente, que son dos las esenciales.

La administración en la administración pública busca el cuidado, conservación, atención de los bienes públicos y de los intereses colectivos, en cambio, en la administración privada lo que se cuida y se protege son los bienes e intereses individuales. Además, una relevante diferencia es que en la administración pública se administra sin propósitos de lucro; en cambio, en la administración privada existe el móvil permanente de alcanzar un lucro que satisfaga el interés individualista del administrador privado.

Lo anterior no desconoce que existen empresas públicas en que probablemente se lleguen a resultados de lucro, como sucede en Petróleos Mexicanos, Comisión Federal de Electricidad, Altos Hornos de México, S. A., etcétera, pero no es ese el propósito que las guía u orienta. En todo caso los resultados óptimos alcanzados serán para satisfacer más el sentido social que toda empresa pública del país debe pretender.

Tampoco se ignora que también se dan administraciones privadas, como son las de tipo asistencial en las que evidentemente la administración está muy lejos de todo fin lucrativo, pero su índole individua-

lista no desaparece. Es probable que instituciones privadas de asistencia social hayan roto el egocentrismo característico en la administración privada, pero aún no llegan a tipificarse como administraciones de intereses colectivos.

Por su índole esencialmente instrumental, la administración pública tiene como único fin o razón de ser el de realizar o alcanzar los fines políticos del gobierno. Si gobernar es fijar metas, propósitos o políticas, administrar es poner los medios para la realización concreta o conquista de tales objetivos. Luego, la administración sirve a los fines del gobierno. Esto se advierte en nuestro sistema de gobierno sexenal: las metas o políticas que se trazan al inicio de cada gobierno de seis años, implican frecuentemente cambios en la administración pública, y estos últimos tienen plena justificación si entendemos que con ellos el gobierno lo que está haciendo es perfeccionar la herramienta que habrá de servirle para lograr sus propios cometidos.

De la naturaleza estrictamente instrumental que reviste la administración pública, nace la idea de la misma. Administración pública es un conjunto de medios de tipo jurídico, económico, social y material con vista a la realización de los fines políticos del gobierno. No puede llegarse a un concepto de administración pública valiéndose exclusivamente, como lo hacen algunos autores, de uno solo de sus elementos básicos: el estructural u orgánico. Es muy frecuente llegar a definir o a conceptuar a la administración pública como una organización o una compleja estructura, lo cual es cierto por cuanto a que efectivamente la administración pública es organización o estructura, pero también lo es que al hacerlo así se define el todo por sólo una de sus partes. Luego, administración pública es estructura u organización, pero también es otras cosas que constituyen su cuerpo total como son los recursos burocráticos, los procedimientos administrativos, los recursos de carácter presupuestal, financiero, patrimonial o simplemente materiales.

A propósito, el jurista francés Pierre Escoube<sup>9</sup> considera que la administración posee cuatro elementos esenciales o básicos: a) elemento estructural u orgánico, b) elemento personal, c) elemento procedimental y d) elemento material. Al primero es fácil identificarlo en nuestro medio, con las secretarías y departamentos de Estado y los organismos descentralizados que forman la estructura y organización fundamental de la administración. Al segundo también, pues concretamente se refiere a los recursos humanos burocráticos. Más difícil es el tercero:

<sup>9</sup> Citado por Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, 13a. ed., México, Porrúa, 1985, tomo I. p. 80.

los procedimientos administrativos son las vías o caminos legales que debe seguir la administración para la realización de sus actos y que se les suele confundir con los procesos administrativos, que son los procedimientos que deben seguirse ante los tribunales para la resolución jurisdiccional de controversias administrativas. El último, comprende todos los recursos o medios de carácter fiscal o financiero y los bienes patrimoniales de que se sirve el Estado para lograr sus fines.

Es incontestable: la administración pública es una herramienta o instrumento que utilizan los gobiernos para colmar los requerimientos de la sociedad.

### 3. *Expansión del derecho administrativo*

Después de la primera mitad del presente siglo, atado por razón natural a la actividad del Estado, el derecho administrativo ha dilatado sus territorios en forma que no puede tenerse por exagerado si se la califica de descomunal. Así también desorbitada empezó y es todavía la actividad del Estado en esta segunda mitad del siglo. Crisis o evolución del derecho administrativo, su estado actual es resultado casi único de los dominios gigantescos que ha adquirido el Estado.

Si aún se habla de derecho privado como régimen jurídico que norma la vida de los particulares es quizás por una antigua tradición que así lo concibió, pero que ahora es irreal.

Ni el particular tiene ya como único a ese régimen en su vida individual y social, ni el Estado se priva de él para el logro de muchos de sus objetivos. Se advierte que los tiempos son del derecho administrativo para regir la vida del Estado y de los individuos, que el arsenal normativo del derecho privado “clásico” se reduce continuamente al paso de los días, meses, años y tiempos contemporáneos.

Siglos atrás era verdad absoluta decir derecho público derecho del Estado, derecho privado derecho de los particulares. Hoy es difícil percibir la frontera entre las dos grandes mitades del derecho. Cuando menos el derecho mercantil ha ido perdiendo áreas propias en favor del derecho administrativo, pues se han convertido en áreas de la actividad del Estado, el derecho marítimo, el derecho de los bancos, el derecho de los fideicomisos públicos y el de las sociedades mercantiles del Estado, etcétera. Un caminar detenido por los 3074 artículos que forman el texto del Código Civil del Distrito Federal nos arroja no sin sorpresa numerosos artículos y no pocas instituciones que no están debidamente alojadas en tal cuerpo, pues su naturaleza corres-

ponde a los ámbitos del derecho público administrativo (bienes del Estado, registro público de la propiedad, registro civil, ministerio público, etcétera).

No se debe, como pudiera pensarse, a una ambición oculta del cultivador de esta disciplina jurídica el robusto crecimiento de la misma. La deuda se tiene con la desorbitada intervención del Estado en todos los órdenes de la vida individual y colectiva y a la extensa y compleja red que tejen el Estado y los particulares en su inevitable relación de intereses.

Primero. La posguerra del segundo conflicto mundial produjo un Estado inseguro de sí y desconfiado de los particulares. Las experiencias recibidas lo llevaron a convertirse en el gran propietario de los bienes de la nación, calificados entonces de estratégicos. Surgieron así las empresas públicas que se adueñaron pronto de las principales actividades económicas: producción de acero, de energía eléctrica, de crédito, de minerales básicos, de servicios de comunicación: teléfonos, telégrafos, radio, cine, prensa, ferrocarriles, transporte aéreo y marítimo, de numerosos bienes pesqueros, forestales, agrícolas y pecuarios. Hasta fábricas de automóviles, camiones, locomotoras, carros de ferrocarril, barcos, aviones, se volvieron estatales o semiestatales.

Aparece el Estado empresario convencido de su nuevo papel. Ni las reiteradas protestas ni las inconformidades de los particulares pudieron nunca por más de tres décadas cambiar su opinión y rumbo tomado. Las pocas vías económicas que pudieron ensayarse para aminorar los pasos del nuevo gigante de la economía fueron inútiles y apagadas con severas decisiones políticas. Las mismas vías legales que en países como México, sujeto formalmente a vivir bajo un régimen de Estado de derecho, son siempre la única defensa de los particulares frente al Estado presidencialista o dictatorial inveteradamente poderosísimo, tampoco sirvieron de dique. Al contrario, estas últimas hubieron de transformarse en el nuevo carril que facilitara el tránsito al novel y poderoso empresario. La justicia de los supremos tribunales, aunque es uno de los tres poderes del Estado, quedó amordazada.

Natural fue que la administración pública agigantara su tamaño. Proliferaron organismos públicos de diversa naturaleza jurídica: bien organismos descentralizados por servicios o establecimientos públicos; empresas de participación estatal o sociedades de economía mixta; comisiones autónomas o corporaciones públicas; instituciones nacionales de crédito o sociedades nacionales de crédito o simplemente bancos nacionales; fideicomisos públicos, etcétera. Creció en forma extraordina-

ria la burocracia, aunque en México bajo dos sistemas laborales: el estrictamente burocrático (apartado B del artículo 123 constitucional) y el de los obreros (apartado A del mismo 123), preferido para los trabajadores de las empresas públicas. Multiplicaron su ya cuantioso número los procedimientos administrativos, miles de vías legales, aparte de cientos de secuelas fácticas, para trámites ante las autoridades administrativas y para decisiones de éstas. Aumentaron su deterioro anárquico, incompleto, atécnico, los controles sobre los bienes propiedad del Estado, la contratación y ejecución de las obras públicas, las adquisiciones públicas, los créditos concedidos al campo, los subsidios otorgados a la industria nacional, las responsabilidades civiles, administrativas y penales de los empleados y funcionarios públicos, etcétera.

Natural también que el derecho administrativo agigantara su dimensión. Aquel tropel de fenómenos administrativos se vio acompañado de fuerte armamentismo legislativo. Registran las Constituciones europeas, latinoamericanas y la nuestra, numerosas reformas, que encumbran el poder económico e intervencionista del Estado. Adiciones, modificaciones, sustituciones, son finalmente todas, reformas que incrementan notablemente el contenido económico de las Constituciones. Sobre estas bases fundamentales se construye el nuevo derecho público económico, esencialmente administrativo. Integra este derecho una renovada y naciente legislación administrativa que entre leyes, reglamentos, decretos y acuerdos generales forman un verdadero océano en que la nave de la administración pública con frecuencia zozobra y a veces culmina su rumbo con desastrosos naufragios.

Segundo. Las sociedades del mundo occidental despertaron a horas de renovación que las impulsaron a dilatar sus necesidades o que las obligaron a inventar otras. Varios fenómenos contribuyeron al cambio social: a) el excesivo crecimiento poblacional, especialmente en los países subdesarrollados o llamados del tercer mundo, que dio como inmediato resultado la insuficiencia alimentaria; b) el urbanismo, o sea la concentración desmedida de la población en los centros urbanos que ha generado graves problemas como la escasez de vivienda, la inseguridad entre los componentes de la comunidad, la irregularidad e incapacidad de la prestación de servicios públicos vitales como el de suministro de agua potable, el de asistencia médica, el de transporte, u otros básicos como el educativo, el de electricidad, el de teléfonos, el de la basura, el de panteones, etcétera; c) la contaminación ambiental, que ha disminuido la vitalidad en numerosas poblaciones y ciudades —la ciudad de México sin salvación inmediata— y que amenaza ya la tran-

quilidad de grandes regiones y continentes, y d) las nuevas tecnologías y descubrimientos científicos como la electrónica, que han impuesto nuevas costumbres domésticas, comerciales, industriales y políticas.

Inmersos estamos en una legislación cambiante, que busca dar cauce adecuado a fenómenos calificados como los más importantes y trascendentales de la época actual, tales como el urbanismo y la contaminación ambiental. Es una legislación administrativa totalmente innovadora, de vida adolescente aún.

Existen otros hechos sociales de menor estatura a aquellos, que pueden hacer explosión y crecer al tamaño no deseado. Por ejemplo, la corrupción de los funcionarios públicos, la corrupción electoral, la drogadicción, el alcoholismo y la mediocre o inexistente autonomía de los jueces. De esta fuente social, aparte de la penal, ha nacido una valiosa legislación administrativa.

Crece, aumenta de estatura, adquiere mayores dominios, el derecho administrativo, por la fuerza de los hechos, de la realidad económica y social, no por los trabajos de laboratorio del especialista. Vale decir, como líneas finales, que se observa que los gobiernos y sus políticas de los años de la década de los ochenta, parece que han decidido detener su proceso de crecimiento y más aún con decisiones ya tomadas de disminuir su tamaño. Existe una visible política en las administraciones europeas y latinoamericanas para adelgazar su actual condición obesa.

Privatizar, reprivatizar, desincorporación, cualesquiera que sea el término o el membrete, lo cierto es que la receta universal para lograr el propósito señalado es que el Estado se deshaga de casi todas sus empresas públicas y que sólo conserve las verdaderamente estratégicas o prioritarias. Ahórrase así, según se dice o parece, cuantiosos recursos económicos, que son más urgentes para otros fines del Estado.

Venta o desincorporación de empresas públicas, es fenómeno que se está viviendo en México, como hecho real, pero además se fusionan sociedades, se liquidan o extinguen. El procedimiento cambia o es diverso, pero el fin es el mismo: deshacerse de peso. Esto también significa, aunque las voces gubernamentales no lo reconocen públicamente, que el Estado es mal empresario, que estaba plagado de empresarios públicos improvisados y de sindicatos irresponsables, que es difícil evitar la corrupción en las empresas públicas y castigar a sus autores; en fin, que lo saludable económica y moralmente es abandonar su papel de empresario en casi todo.



Lo que se observa tal vez conduzca también a un adelgazamiento del derecho administrativo.

#### 4. *Ramificación del derecho administrativo*

Alía al gigantismo la ramificación, el derecho administrativo.

Frutos de su desmesurada robustez, son las múltiples ramas de mayor o menor espesor que sin dejar de ser derecho administrativo se ostentan como si tuvieran tronco propio. Notorias son el derecho fiscal o derecho tributario, el derecho agrario, el derecho marítimo, el derecho aéreo, el derecho turístico, el derecho de las telecomunicaciones (derecho de la radio, de la televisión, telefonía, telegrafía, etcétera), el derecho aduanero, el derecho sanitario o de la salud, el derecho penitenciario, el derecho demográfico y de migración, el derecho cinematográfico, el derecho intelectual (de autor, de patentes, de marcas), el derecho minero, el derecho del petróleo, el derecho pesquero, el derecho forestal, el derecho presupuestario, etcétera. Y las más recientes de amplio interés mundial: el derecho del urbanismo y el derecho del ambiente o del medio humano.

Connotadísimos especialistas se han formado a la sombra de estas “ramas administrativas”, así como tratados, manuales, monografías y estudios, que les han dado la notoriedad suficiente para pensar en su autonomía.

A su relevancia adulta deben su acogida en la enseñanza del derecho de las escuelas y facultades de todos los países. Es imposible incluirlas a todas en los programas del nivel de la licenciatura, ni siquiera contando con los espacios académicos de la especialización, maestría y doctorado. Privilegiado ha sido el derecho civil, cuya enseñanza se reparte en cuatro cursos (anuales o semestrales) en nuestra Facultad de Derecho de la UNAM. Semejante situación quisiéramos para el derecho administrativo: tres cursos siquiera y no dos como existen actualmente deberían cubrir su enseñanza, pues después de todo su conocimiento es fundamental para el éxito en los trabajos del abogado que presta sus servicios en ese gran mercado de trabajo que es el gobierno.

Urgente y merecido fue establecer la enseñanza del derecho fiscal fuera del ámbito del tronco común, el derecho administrativo, en la citada Facultad. Coadyuvó mucho y casi fue decisivo, que el director de esta última fuese un gran especialista en dicha rama. Gracias a esto, el segundo curso de derecho administrativo dejó de ser un curso de legisla-

ción fiscal, y el espacio se cubrió con análisis de leyes administrativas diversas.

Consuela saber que en el programa de la Facultad existe como materia obligatoria reciente, el derecho de la seguridad social, que compromete al maestro y a los alumnos a estudiar leyes administrativas, pues lo son las que rigen el funcionamiento de los organismos descentralizados que prestan ese servicio público el ISSSTE, el IMSS, el ISSSFAM, el INFONAVIT, y las que fijan las bases del régimen del servicio.

Finalmente, alivia saber que en ese almacén jurídico que es el derecho económico, materia obligatoria también en la Facultad y de relativa implantación temprana, se entremezcla el conocimiento de algunas leyes administrativas, así se haga en forma muy sumaria y meramente informativa. Esto último se comprueba por ejemplo en el *Curso de derecho económico* de Jorge Witker (obra editada en 1989 por la UNAM). Allí se citan la Ley de Planeación, Ley Forestal, Ley Federal de Pesca, Ley Federal del Mar, legislación petrolera, legislación minera, Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, Ley Federal de Turismo, Ley de Inventiones y Marcas, etcétera. Es casi exclusivamente derecho administrativo económico.

##### 5. Membresías del derecho administrativo

Membresías. Sí, en plural, porque son varias las que posee nuestro derecho en otras ramas.

Miembro del derecho del trabajo por ejemplo. Gran parte de esta rama es derecho administrativo. Las autoridades que aplican la legislación laboral y la de seguridad social para los obreros, son administrativas. Los procedimientos que siguen aquéllas son administrativos. Las sanciones que se imponen por violación a esas legislaciones son de naturaleza administrativa. La intervención que tiene el titular de la Secretaría del Trabajo para terminar con las grandes huelgas del país es de índole administrativa (con fuertes dosis políticas más que jurídicas). El fenómeno lo reconoce el doctor Alberto Trueba Urbina, quien fuera maestro de derecho laboral durante muchos años en la Facultad, y que escribió para testimonio la obra *Nuevo derecho administrativo del trabajo*.

Miembro del derecho penal, lo es. Las autoridades y el procedimiento de investigación previo al inicio del proceso penal son administrativos. Ejecutoriada la sentencia penal, el delincuente cumple su pena en sitios

o lugares (prisiones, cárceles, “Islas Mariás”) que están sujetos a un régimen jurídico administrativo.

Miembro del derecho internacional público, igual. Los tratados y convenios internacionales celebrados por los gobiernos son la mayoría de contenido administrativo. A esto responde la frase: derecho administrativo internacional o bien derecho internacional administrativo. Las autoridades encargadas de vigilar su cumplimiento como derecho interno de cada país, son administrativas, como los procedimientos que siguen y las sanciones que suelen imponer.

Miembro del derecho mercantil, más que de ninguno. Guarda estrecho maridaje con esta rama del derecho privado, pues aparte de expropiarle importantes campos y darles publicidad, mantiene regímenes de mestizaje de gran monta. Esto último sucede en el derecho de los bancos, en el derecho monetario, en el derecho del comercio exterior, en el derecho de las sociedades anónimas y sociedades cooperativas, en el derecho de fomento industrial, etcétera.

No se trata con este y los dos anteriores apartados de hacer resaltar la mayor importancia del derecho administrativo frente a las restantes ramas del derecho; es simplemente querer exponer la dimensión que posee contemporáneamente la disciplina sin importar ahora si la superficie del terreno que comprende su estudio es mayor o menor que la de las otras ramas.

El estado que guarda el derecho administrativo en nuestros días es de expansión y sin frontera y de una ramificación permanente, lo que daría la imagen equivocada de una situación anarquizante, de un desquiciamiento de la disciplina o quizás como se acostumbra decir por los tratadistas, es un caso de crisis, para nosotros, de evolución.

## 6. *Codificación del derecho administrativo*

Obra de romanos, frase de cuño antiguo y ahora de escasa circulación con la que se quería magnificar la casi imposibilidad que existía para realizar ciertas tareas o trabajos. De esta laya es la obra de la codificación administrativa.

No conocemos las razones o los obstáculos que se hayan presentado para que un país como Francia, que siempre ha estado a la vanguardia del derecho administrativo, no cuente con un código administrativo.

Tampoco posee un código de procedimiento administrativo. Se sabe, sin embargo, que es la rigidez de la ley escrita frente al dinamismo de la jurisprudencia, la mayor de las razones que se opone a la existencia

del código. Raymond Odent, quien fuera presidente de la sección del Contencioso del Consejo de Estado en Francia, opina:

[...] la inercia bien establecida del derecho escrito volverá difíciles y aleatorias las modificaciones posteriores que una evolución en las circunstancias o en las mentalidades considerara oportunas y que la jurisprudencia atada por el derecho escrito no tendría ocasión ya de proponer. El procedimiento administrativo, como el procedimiento civil —y probab'emente más rápido aun— se escleroseará. En definitiva, en un sistema —el jurisprudencial— que ha probado tener cualidades excepcionales de adaptación, la codificación lo substituirá por un sistema rígido cuya única ventaja sería que permitiría que cada administrado o administrador conozca las formalidades por observar y los procedimientos por acatar.<sup>10</sup>

A cambio el jurista francés propone un simple formulario de procedimientos administrativos.

Meritoria ha sido la labor de la famosa casa editorial Dalloz, que ha impuesto su clásica colección de códigos, y entre estos su *Code Administratif*, el cual ha llegado en el año de 1989 a su vigésima edición. No es un autentico código; es una valiosa y práctica compilación o agrupamiento de textos legales de derecho público que, según la editora, se compone de dos partes. La primera reúne los textos relativos a la organización del Estado, a la organización de las colectividades territoriales y a la organización de la jurisdicción administrativa, y la segunda, en orden alfabético, las materias tratadas.

Dice la “Advertencia” de esa vigésima edición, que la Jurisprudencia General Dalloz ha publicado el *Code Administratif* desde 1907.

Fenómeno igual ocurre en otro país, de una gran tradición en el derecho administrativo; Italia. Pese a las grandes obras de sus célebres tratadistas y a la prolífica jurisprudencia del Consejo de Estado, sigue siendo una aspiración contar con un código administrativo. A la prestigiosa casa editorial Giuffrè de Milán se debe la edición del *Codice Amministrativo*, que incide como el francés, en ser una compilación de textos legislativos fundamentales de derecho público. Viven la misma situación España, República Federal de Alemania, Bélgica, Argentina, Uruguay, Venezuela, países cuna de grandes autores de derecho administrativo.

Elaborar un código administrativo que es recoger los principios generales rectores comunes a toda la vida de la administración, es tarea

<sup>10</sup> Odent, Raymond, “Preface”, p. 8, *Vers une codification de la procédure administratif*, París, Presses Universitaires de France, 1975.

sumamente compleja. Exige un pequeño grupo de especialistas, con madura experiencia en la administración, gran dominio jurídico de la administración y dotados de sentido común. No es labor de asamblea de licenciados en derecho unidos a otros profesionales o expertos, ni de políticos en buena posición administrativa sexenal, ni menos de extranjeros renombrados que suelen desconocer la realidad administrativa a la que sirven.

Codificar es ciertamente tarea difícil, pero no de imposible realización. Ejemplos de otras codificaciones lo comprueban, los códigos penales, los códigos civiles, los códigos de procedimientos civiles y penales, los códigos de comercio, que inclusive se llega a atribuir su paternidad a un solo jurista. En el campo administrativo también existen casos de codificaciones menores como el célebre código minero de 1884 y ya en nuestro siglo, los códigos postal, eléctrico, sanitario, aduanero, fiscal. Aunque ahora algunas leyes administrativas no se las adjetiva de código, lo son el en fondo como la Ley Federal de Aguas y la Ley General de Salud.

México no tiene código administrativo, salvo el rarísimo del estado de Chihuahua. A pesar de la intensa actividad reformista de los presidentes Echeverría Álvarez y López Portillo, no se intentó nada al respecto, excepto de pretender un código de procedimiento administrativo que en ambos fracasó. O sea que tampoco se tiene un código o ley de procedimiento administrativo que presenta menos obstáculos o complejidad que aquel otro en su realización.

Pretender un código o una ley de procedimiento administrativo, además de sanear a la administración pública mexicana, que está plagada de centenares de procedimientos incrustados en numerosas leyes y reglamentos, significaría dar el paso más firme a la empresa que es la fábrica del código administrativo. Sobre todo no existe el gran "pero" que el jurista francés ve en la ley escrita, su rigidez. La ley mexicana es tan flexible como el reglamento del Ejecutivo, que se puede modificar y adaptar a los cambios sociales, políticos o económicos que demande cada momento. Bien se sabe que las cámaras legislativas aprueban siempre las iniciativas de ley que les envía el presidente de la República (que representan el 99% de las que reciben y conocen) casi sin discusión, salvo, como es natural, alguna excepción.

Ayuda el derecho comparado a conocer las experiencias de otros países que ya tienen ley de procedimiento administrativo y que contrastan con la muy particular de Francia. La jurisprudencia del Consejo de Estado es la legisladora del procedimiento administrativo, como comenta

Wiener, “el conjunto de sus sentencias constituye sin duda ya, un código jurisprudencial de procedimiento casi completo; tan completo que muchos autores estiman que la intervención del legislador no sería nada susceptible de agregarle”. Pero el mismo autor apunta los inconvenientes de tal sistema:

La regla jurisprudencial queda muy confidencial; ningún diario oficial la da a conocer a los administrados y a los agentes de ejecución, su sola publicidad resulta de la doctrina y de las compilaciones especializadas, cuya lectura es poco común fuera de los círculos de los interesados. La ley al menos es conocible: se puede admitir que nadie está relevado de ignorarla [. . .].<sup>11</sup>

Dueños de una ley escrita están: Estados Unidos, Austria (21 de julio de 1928). Polonia (15 de junio de 1960), Yugoslavia (19 de diciembre de 1956), España (17 de julio de 1958), Hungría (9 de junio de 1957), Checoslovaquia (22 de marzo de 1955 y 24 de junio de 1960), Noruega (17 de febrero de 1967), Suiza (20 de diciembre de 1968), Bulgaria (24 de junio de 1970), Suecia (4 de junio de 1971), República Federal de Alemania (1976), Argentina, Buenos Aires (1972). Luego, la ley escrita no será siempre un obstáculo a la codificación del procedimiento ni para la de un código administrativo.

### 7. *Derecho privado de la administración pública*

Por tradición clásica, el derecho público y el derecho privado encontraron clara separación en el derecho romano, que señalaba al primero como el derecho del Estado y al segundo como el derecho de los particulares. No había duda alguna de que el Estado únicamente podía realizar actividades bajo la égida del derecho público y lo mismo, cualquiera relación jurídica que se produjera entre los particulares, el único régimen aplicable era el del derecho privado.

Por razones de orden práctico, cuando menos durante el siglo XX el Estado se vio en la imperiosa necesidad de utilizar las instituciones o procedimientos regulados por el derecho privado para lograr sus fines políticos, y entonces se polemizó si era posible por ejemplo que pudiese celebrar contratos con los particulares y se pensó categóricamente que no. Sin embargo, la realidad rebasó con mucho a los cánones de la doc-

<sup>11</sup> Wiener, Céline, *Vers une codification de la procédure administratif*, París, Presses Universitaires de France, 1975, p. 33.

trina, y por ello surgió la llamada “teoría de la doble personalidad del Estado”. Es decir, que el Estado puede actuar como tal o puede hacerlo como simple particular; según lo primero, obviamente el Estado no puede contratar, pues esto implicaría un serio obstáculo: el de igualarse jurídicamente con los particulares. En cambio, conforme a lo segundo, el Estado deja de ser tal y se transforma en el momento de celebrar un contrato o en general de someterse al derecho privado y se convierte en un simple particular, igualándose jurídicamente con el mismo.

De esa manera fue posible construir una base decorosa, si así se puede llamar, para que el Estado no se viera impedido de utilizar las herramientas del derecho privado para lograr sus cometidos, máxime que en principio eran raros los casos en que lo hacía.

Pero seguramente la situación se volvió crítica después de la Segunda Guerra Mundial, como ya lo hemos apuntado, cuando el Estado se vuelve empresario, cuando nacionaliza empresas privadas, de nacionales o extranjeros, y se dedica a producir industrialmente bienes y servicios, porque entonces para su éxito empresarial adopta las estructuras jurídicas empleadas por los particulares, como son principalmente las sociedades mercantiles y toda la contratación privada; ya no fueron una o varias excepciones sino todo un procedimiento que podría calificarse como algo natural u ordinario, a lo largo de la segunda mitad del presente siglo.

A pesar de lo avanzada como está la doctrina del derecho público y privado, todavía en algunas legislaciones como el Código Fiscal de la Federación vigente en 1983, se admite la tesis de la doble personalidad del Estado, cuando es totalmente anacrónica.

En la realidad, desde hace más de cuatro décadas el Estado se viene sometiendo al derecho privado con toda naturalidad. Pero que quede bien puntualizado: sin dejar de ser Estado, o sea que de ninguna manera puede someterse o poder utilizar las instituciones de derecho privado ha tenido la necesidad de sufrir una metamorfosis como es eso de la doble personalidad. Para nosotros, el Estado sigue siéndolo sea bajo el régimen de derecho público o el de derecho privado, y por lo mismo deseamos totalmente esa tesis de la doble personalidad porque está fuera de toda realidad jurídica actual.

Admitir la comentada tesis sería tanto como tener que aceptar que cuando los particulares se someten al derecho público y con la misma fuerza de razón de aquélla, momentáneamente se convierten en Estado, fenómeno éste totalmente inadmisibles.



Es cierto que en la época actual resulta cada vez más difícil sostener con criterio objetivo la diferencia o separación de derecho público y de derecho privado, pues resulta más convincente la idea de que el derecho es uno solo. Sin embargo, permanece en los órdenes jurídicos vigentes del mundo occidental esa separación, y por lo mismo nos sirve ahora para hacer notar por qué hablamos de derecho privado de la administración pública.

Hoy no podríamos servirnos ya de los criterios del derecho romano para lograr una separación de las dos ramas fundamentales. Pero con sentido práctico, independientemente de los sujetos que intervienen en uno y en otro ámbitos jurídicos, si tuviéramos la necesidad de determinar si una norma es de derecho público o de derecho privado acudiríamos a verificar a qué cajón de los que tiene el derecho público pertenece, al derecho laboral, al derecho penal, al derecho administrativo, al derecho fiscal, etcétera, o si la misma podría caber en el derecho civil o en el derecho mercantil, y seguido este procedimiento tendríamos la conclusión final si es de derecho público o de derecho privado. Cierto que es seguir un criterio rigurosamente formal, pero es preferible al del derecho romano. Después de todo, quizás años más adelante se llegue a extirpar de la legislación, de la doctrina y hasta de la misma enseñanza, la división de derecho público y de derecho privado.

Importa sin embargo subrayar que mientras la actividad del Estado decida mantenerse en los distintos cajones del derecho público o en los del derecho privado, tradicionalmente aceptados como tales, ello implicará objetivamente consecuencias jurídicas diferentes, y por ende el Estado tendrá que decidir cada vez a cuál de los dos ámbitos jurídicos le conviene más someterse, o tendrá que hacerlo.

Luego, no se puede afirmar en la hora actual que al Estado necesariamente corresponde el régimen del derecho público ni tampoco que a los particulares pertenece exclusivamente el de derecho privado. Ni el derecho público recluye a toda la actividad de la administración pública ni se la excluye de todo el derecho privado; se llegan a formar inclusive para la actividad administrativa regímenes jurídicos híbridos.

Comenta al respecto el profesor emérito de la Universidad de Derecho de París, Jèan Rivero:

El principio de sumisión de la administración al derecho no entraña necesariamente la existencia de un derecho administrativo, es decir, de un derecho especial de la administración. Ella puede estar regida por el mismo derecho que los particulares, es decir, por el derecho

privado [...] la administración inglesa ha estado por mucho tiempo sometida en principio al mismo derecho que no importa más que al particular británico [...] En Francia también, la administración utiliza frecuentemente los procedimientos de derecho privado [...].<sup>12</sup>

Esta realidad también es reconocida por el gran maestro y jurista francés, recientemente desaparecido (17 de octubre de 1981), André de Laubadère: “Pero estas reglas especiales —las del derecho administrativo— no son las únicas aplicables a la administración; una gran parte de la actividad administrativa está sometida, como se verá, al derecho privado [...]”.<sup>13</sup>

Puede tenerse presente, en consecuencia que, un fenómeno natural es que el Estado o la administración pública se someta al derecho privado, ya no en forma excepcional sino en forma continua y múltiple porque así lo han impuesto especialmente las actividades económicas del Estado contemporáneo. Ninguna sorpresa existe sobre el particular, y lo curioso del caso es que ya no existe barrera doctrinal alguna ni la ley de derecho público lo prohíbe, sino que por lo contrario, frecuentemente invoca al derecho privado como supletorio de ella. Pasa esto en la Ley General de Bienes Nacionales, reguladora de los bienes patrimoniales de la nación, por ejemplo.

Decir derecho privado de la administración pública tiene para nosotros dos significados. Primero, que la administración usa el derecho privado para el logro de sus fines, en forma similar a como los particulares usan el derecho público. Segundo, que la administración pública se somete al derecho privado pero imponiendo a éste modalidades particulares que hacen mejor su utilización, o sea, en otros términos, que ya no es el derecho privado que recoge literalmente el Código Civil o la legislación mercantil. Se trata en este último caso de un derecho privado de la administración, no simplemente derecho privado utilizado por la misma. Se fabrica así un derecho especial para la administración, porque va adquiriendo elementos, aspectos que no se aplican a los particulares. Así lo describe y acepta Laubadère:

el derecho privado cuando es llamado a regir ciertas actividades de la administración, no es siempre íntegramente el mismo que aquel que

<sup>12</sup> Rivero, Jean, *Droit administratif*, 12a. ed., París, Dalloz, 1987, pp. 19 y 20.

<sup>13</sup> Laubadère, André de, *Traité de droit administratif*, 8a. ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980, tomo I, p. 14.

se aplica a los particulares. La ley, principalmente, le introduce con bastante frecuencia reglas especiales a fin de adaptarlo a las necesidades de la administración”.<sup>14</sup>

Esta realidad ha propiciado la frase “derecho privado administrativo”. No se piense que ese derecho privado especial es de una invención puramente doctrinal. En la práctica la legislación administrativa federal recoge numerosos casos en que se advierte con toda claridad que el derecho privado cuya aplicación se autoriza, sufre modificaciones o cambios de mayor o menor monta que lo hace precisamente especial.

Citemos, por ejemplo, el caso de las compraventas que hace la administración pública. Estas se llevan a cabo no sólo en los términos del Código Civil. Para que el Estado compre o venda previamente somete su voluntad a requisitos, factores o elementos previstos por la legislación administrativa, condicionantes de la validez de aquéllas. Inclusive ahora por norma que previene el artículo 134 constitucional, recientemente reformado, todas las adquisiciones y enajenaciones que haga el gobierno federal se someten a requisitos que no se imponen por la normativa del derecho privado y que son parte de la legislación administrativa. Algo semejante ocurre con los arrendamientos.

Imposible ignorar ahora que la sociedad anónima, el fideicomiso, el servicio público bancario, los títulos y contratos mercantiles, han abandonado o se han despojado de gran parte de su vestidura de mercantilidad y adoptado la vestimenta administrativa, para así poder servir a los fines del gobierno.

Por último, queremos señalar que el derecho privado a que se someten los particulares no es el mismo derecho que por siglos ha sido propiedad, pertenencia o coto privado de ellos. Son numerosos los casos en que, para que los particulares puedan llevar a cabo compraventas, donaciones, arrendamientos, la legislación administrativa federal prevé el cumplimiento previo de varios requisitos de orden administrativo como son certificados de no adeudo de carácter fiscal, sobre el uso del suelo ecológicamente considerado, etcétera.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 37.