

CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO PÚBLICO-ADMINISTRATIVO EN LA VIDA DEL ESTADO

I. El derecho administrativo como rama del derecho público relacionado con la actividad eminente del Estado	9
1. Dimensión del derecho administrativo	9
2. Conceptuación del derecho público	14
3. Estado: política, administración y derecho	18
II. Las fuentes del derecho administrativo	29
1. Legislación	32
2. Jurisprudencia	39
3. Costumbre	40
4. Doctrina	40
5. Principios generales del derecho	41
6. Fuentes particulares o normas individualizadas	41

CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO PÚBLICO-ADMINISTRATIVO EN LA VIDA DEL ESTADO

I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO RAMA DEL DERECHO PÚBLICO RELACIONADO CON LA ACTIVIDAD EMINENTE DEL ESTADO

1. *Dimensión del derecho administrativo*

Si existe una rama del derecho que esté vinculada esencial y eminentemente con el Estado lo es sin duda el derecho administrativo, cuyo apelativo pudiera ofrecer la imagen equivocada de una materia árida, limitada al estudio y aplicación de las técnicas para el manejo eficiente de recursos; cuando en realidad en el derecho administrativo se conjugan con mayor énfasis todos los factores que influyen en la vida de las sociedades, ya sean de orden político, económico, social o cultural, entre otros.

El derecho administrativo se ocupa de estudiar y regular la vida y conducta del ser jurídico-político-cultural denominado Estado, tanto en su organización y funcionamiento interno como en su interrelación con otras entidades de poder y, sobre todo, con los gobernados/particulares. El derecho administrativo debe hacer coincidir la teoría del Estado y los postulados de la ciencia política con los principios fundamentales del derecho constitucional, con la infinidad de normas del derecho privado y del derecho social, con la multiplicidad de necesidades permanentes de la colectividad, con el uso racional y eficiente de los recursos naturales y las tecnologías, con los fines y valores más altos de la humanidad, etcétera.

Aun cuando definiéramos al derecho administrativo en razón del estudio de la administración pública (criterio demasiado estrecho porque el derecho administrativo no sólo se limita a ello), concluiríamos en la amplitud de tan importante disciplina jurídica, pues administrar la cosa pública, de interés general para la sociedad y el Estado, es cualitativamente distinto a regular un simple esquema de administración privada. La administración pública implica, además de la

aplicación de las mejores técnicas administrativas, la sensibilidad política que permita el uso del poder de gobierno en la atención de los requerimientos sociales, con justicia, con respeto y con legalidad. Además, por si lo anterior fuera insuficiente, la administración pública y el derecho que la regula tienen un trato directo y permanente con todos y cada uno de los miembros de una sociedad que reclama minuto a minuto, de manera ininterrumpida durante todos los días del año, la satisfacción de múltiples necesidades, a diferencia de otras funciones estatales de carácter periódico o circunstancial que sólo atañen a determinados grupos o personas, como en los casos de las tareas legislativa y judicial.

Es tan vasto e incalculable el ámbito administrativo del Estado que ya Adolfo Merkl, distinguido miembro de la escuela alemana de administración y autor de su famosa *Teoría general del derecho administrativo* (1927), anunciaba que la mayor parte del campo jurídico es derecho administrativo; mientras que la conclusión más aceptada al precisar las funciones del Poder Ejecutivo (identificado esencialmente con la administración) dentro de la teoría tripartita de la división de poderes afirma que, por exclusión, compete a la administración todo aquello que no sea legislar ni juzgar.

Si enunciáramos las tareas (atribuciones o cometidos) de la administración, podríamos decir que comprenden desde las más delicadas responsabilidades de Estado, como la defensa y seguridad nacional, las relaciones exteriores, la planeación y programación económico-social o la procuración de justicia, hasta la satisfacción diaria e ininterrumpida de las necesidades más ordinarias y domésticas de la comunidad, como agua, energía, abasto, transporte o limpia, pasando por la prestación de los servicios de educación, salud, seguridad social, seguridad pública, comunicaciones, expedición de permisos, licencias y certificaciones, obra pública, etcétera.

De aquí que se justifique dentro de un régimen constitucional presidencial la existencia de un Poder Ejecutivo muy fuerte, dotado de amplísimas facultades regladas.

La amplitud interdisciplinaria y la riqueza sustantiva de la administración pública y del derecho administrativo hacen casi imposible emitir un concepto definitivo de este último; es ilimitado el número de definiciones externadas sobre el derecho administrativo en razón de la postura ideológica o la formación académica del sustentante. Por ello, nos apegamos al comentario de Miguel Acosta Romero, quien conceptualiza al derecho administrativo en un sentido amplio e incluyente al afirmar que abarca normas, instituciones, principios, procedimientos y teorías de derecho público, privado y social, que atienden la estructura y funcionamiento de la administración pública, así como sus relacio-

nes con los gobernados, con los otros poderes de la Unión, con las entidades federativas, los municipios y la comunidad internacional, mediante la regulación de factores de naturaleza política, social, económica, cultural e ideológica y en busca permanente de los fines del Estado y la sociedad, como la paz, la seguridad, la justicia, la libertad y el bien común.¹

En México, la conceptualización del derecho administrativo podría cifrarse en la exposición de sus mejores representantes a lo largo de cuatro etapas perfectamente definidas,² a saber:

1) Siglo XIX. En el siglo pasado se desarrollaron interesantes estudios sobre la materia jurídico-administrativa, con autores como Teodosio Lares, quien en su obra *Lecciones de derecho administrativo* (1851), identifica a éste con la ciencia de la acción y de la competencia del Poder Ejecutivo, de sus agentes y de los tribunales administrativos, en relación con los derechos e intereses de los ciudadanos y con el interés general del Estado; Manuel Dublán, quien analiza las facultades administrativas del Estado en materia tributaria en su *Curso de derecho fiscal* (1865); y José María Castillo de Velasco y Manuel Cruzado, quienes estudian al derecho administrativo en su relación con el derecho constitucional y la ciencia política, en sus obras *Ensayos sobre el derecho administrativo mexicano* (1874) y *Elementos de derecho administrativo* (1895), respectivamente.

2) Gabino Fraga. Fraga es pasado y presente de la concepción de la administración pública a través del derecho administrativo. Es el tránsito entre el antiguo derecho administrativo mexicano del siglo XIX y el moderno derecho administrativo nacido de la Revolución de 1910. Es el fundador de la escuela mexicana de derecho administrativo y gran sistematizador de la abundante literatura nacional y extranjera existente sobre la materia. En 1934 publica su famoso *Derecho administrativo*, al que define como un derecho público del Estado, y que desarrolla a partir de aspectos básicos, como los de atribuciones del Estado, situación jurídica de los servidores públicos, régimen patrimonial y financiero de la entidad estatal y situación de los particulares frente a la administración. Fraga conceptúa al derecho administrativo a partir de la doble connotación de la función administrativa, es decir, en sentido formal (el derecho administrativo estudia lo relativo a la organización y funcionamiento del Poder Ejecutivo) y en

1 Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*. México, Porrúa, 1986, p. 13.

2 INAP, "La concepción de la administración pública a través del derecho administrativo mexicano, pasado y presente", *Revista de Administración Pública*, México, edición especial en memoria de Gabino Fraga, 1982.

sentido material (el derecho administrativo regula el ejercicio de la actividad administrativa del Estado).

3) Antonio Carrillo Flores y Andrés Serra Rojas. Discípulos destacados de la escuela fundada por Fraga, ambos juristas publicaron textos clásicos en los que definen los alcances del derecho administrativo en México. Con *La defensa jurídica de los particulares frente a la administración en México* (1939), Carrillo Flores inició una vasta obra jurídico-administrativa que pone especial énfasis en el aspecto adjetivo o procedimental, definiendo al derecho administrativo como la rama del derecho público relativa a la administración pública, entendida como la organización que cumple toda la actividad estatal que no está a cargo ni del Poder Legislativo ni del Poder Judicial; a su vez, el derecho público es aquel que rige las relaciones jurídicas en que uno al menos de los sujetos tiene poder, esto es, autoridad para imponer sus decisiones aun por la fuerza.³ Por su parte, el doctor Serra Rojas en el libro de texto de la materia *Derecho administrativo* (publicado por primera vez en 1959) nos dice que el derecho administrativo es el conjunto de normas que rigen a la administración pública, a los servicios públicos y demás actividades relacionadas con dicha función, que corresponden normalmente al Poder Ejecutivo federal, es el derecho que encauza a la función administrativa regulada por el interés general y bajo un régimen de policía o control.⁴

4) En una cuarta etapa encontramos autores como Jorge Olivera Toro, Alfonso Nava Negrete, Arturo González Cosío y el propio Miguel Acosta Romero, quienes coinciden en atribuir al derecho administrativo el carácter de derecho público, el estudio de la organización y funcionamiento de la administración del Estado y la atención de las necesidades colectivas de la sociedad.

Algunos pensadores (juristas, politólogos y humanistas) citados por Omar Guerrero en sus conocidos libros sobre introducción y teoría de la administración pública, ya dejaban en claro desde el siglo pasado la trascendencia de la administración pública y del derecho administrativo. Así por ejemplo:

—Alexis de Tocqueville (1856), al tratar sobre el surgimiento de las poderosas teorías de la administración pública, dice que “la revolución administrativa [...] esta renovación repentina e inmensa de todas las reglas y todos los usos administrativos que precedió entre nosotros a la revolución políti-

3 Carrillo Flores, Antonio, “La evolución del derecho administrativo mexicano en el siglo XX”, en *Estudios de derecho administrativo y constitucional*, México, UNAM, 1987, p. 25.

4 Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1982, p. 61.

- ca, y de la que hoy apenas se habla, era ya, sin embargo, una de las mayores perturbaciones que nunca se hayan dado en la historia de todo gran pueblo”.
- Carlos Juan Bonin (1812), refiriéndose a su clásica obra intitulada *Compendio de principios de la administración*, informa que la ciencia de la administración es inmensa y su conocimiento no debe ser ajeno al hombre público. Todo lo que tiende al orden general, todo lo que tiende a estrechar las relaciones de los ciudadanos del Estado, a poner en armonía a las personas, a las voluntades y las acciones, a asegurar la tranquilidad, la conservación y la moralidad de los hombres, el uso libre de la propiedad dentro del interés general, ¿no es acaso un deber y una atribución del administrador? Todo lo que interesa a la humanidad y al orden público, que debe ser continuamente estudiado, ¿no es el primero de sus deberes, la más importante de sus obligaciones?
- Javier de Burgos (1841), al comentar las reformas administrativas en España, indica que “la administración es la más variada, la más vasta y la más útil de todas las ciencias morales. Ella preside el movimiento de la máquina social, precipita o modera su acción, arregla o modifica su mecanismo y protege así, y conserva o mejora, todos los intereses públicos”.
- Lorenzo von Stein (1865), al acotar sobre las ciencias camerales y la ciencia de la administración en Alemania, señala que “la ciencia de la administración —para satisfacer un nuevo propósito que nuestra época impone a los estudios sociales y políticos— deberá decir qué debe hacer este poderoso y vasto organismo que se llama Estado”.
- V. Wautrain-Cavagnari (1890), sobre la administración pública italiana dice que la ciencia de la administración estudia la acción social del Estado, aludiendo aquella acción que se refiere al mejoramiento de las clases sociales bajo el cuádruple aspecto: económico, físico, intelectual y moral.
- Finalmente, W. H. Moreland (1921) aborda la relación entre política, que decide los objetivos, y administración, que pone a la política en ejecución o, dicho en pocas palabras, hace las cosas. La ciencia política trata esencialmente con los medios por los cuales se formula la política pública, y la emparentada ciencia de la administración pública comienza donde la política termina.

El derecho administrativo es un derecho joven (las teorías más acabadas le dan su autonomía en los años veinte); dinámico (debe resolver sin demora las múltiples tareas que enfrenta el Estado durante las veinticuatro horas de todos los días del año en un mundo heterogéneo y vertiginoso); profundamente humano (al

proveer las condiciones que favorezcan la superación del hombre y la realización de sus fines más elevados) y de alto contenido político y social (al resolver, aplicando el derecho en toda su dimensión —justicia, orden, legalidad y seguridad—, la infinidad de problemas que se incrementan sin cesar en la vida cotidiana).

El derecho administrativo —identificado también como la “ciencia del gobierno del Estado” (Escuela de Gobierno en Harvard y Escuela Nacional de Administración Pública en Francia)— es de gran interés cultural por su misión de mejor proveer a la cosa pública, eminentemente político por su sujeto-objeto de regulación (el Estado), y sustancialmente social porque con él se encuentra diariamente el ciudadano (el hombre nace, vive y muere en contacto con el Estado y con el derecho que regula su acción). Es el derecho que más se ve y se siente aunque curiosamente es quizá el menos estudiado y sistematizado.

Como se anunció antes, el derecho administrativo no sólo atiende los problemas vitales de la cotidianidad, sino también debe ver por el impulso a los grandes proyectos de desarrollo nacional a mediano y largo plazo; así, el derecho administrativo tiene vinculación con la planeación, la filosofía política, la prospectiva sociológica, la programación económica y la antropología jurídica, que ven por los fines y proyecciones superiores de la humanidad y del Estado. Por eso se afirma que el derecho administrativo es mucho más que el manejo de recursos, la prestación de servicios o la función de policía. El derecho administrativo es la síntesis jurídica de todas las disciplinas involucradas con la realización del hombre en sus relaciones colectivas y de poder. De aquí la trascendencia de impulsarlo como piedra angular de la reforma del Estado, actualizando sus contenidos y sistematizando los criterios de hermenéutica que aseguren su desarrollo en armonía con la realidad.

Los grandes fines existenciales del hombre y con él, del Estado y del derecho como premisa y consecuencia, sólo se alcanzarán con una poderosa administración pública que garantice seguridad, eficacia, creatividad y solidaridad en un marco de libertad y respeto a los derechos fundamentales.

La historia del derecho administrativo es la historia de la evolución del Estado y del derecho público, del tránsito del Estado gendarme al Estado providencia y al Estado social de derecho, del cambio de la sociedad liberal-individualista a la sociedad con justicia solidaria y colectiva.

2. Conceptuación del derecho público

Al hablar de la estructura de los sistemas jurídicos, René David asegura que en todos los países con derecho romanista la ciencia jurídica agrupa a las normas

en idénticas categorías genéricas. En todas partes, continúa, encontramos la misma división básica entre derecho público y derecho privado, que corresponde a una diferente formación y orientación de los juristas.⁵

Norberto Bobbio habla de la gran dicotomía público-privado que ha trascendido a las materias jurídicas para ser aplicada a las áreas económicas, históricas y sociales; esta dualidad es uno de los tópicos de la secular controversia entre las esferas pública y privada que buscan aumentar su predominio a costa del menoscabo de la otra. Al derecho privado, Bobbio lo identifica con el derecho romano de Occidente que contiene la esencia del saber jurídico con sólidas instituciones que han superado el paso de los siglos y en donde se defiende el predominio de la esfera autónoma del individuo; mientras que el derecho público regula relaciones de poder, se fortalece con el surgimiento del Estado moderno y descansa en la primacía del interés colectivo que busca el bien común sobre los intereses individuales: el todo antes que las partes.⁶

Mario de la Cueva, citando a Bluntschli y a Girard, comenta que según los romanos el objeto del derecho público era servir al Estado regulando la organización de los poderes públicos y sus relaciones con los particulares, en tanto el derecho privado se encamina al servicio de los intereses individuales y rige las relaciones de los particulares entre sí; como afirmara Luis Legaz y Lacambra, el derecho público es un derecho para el derecho, mientras el derecho privado es un derecho para el hombre.⁷

Entre las teorías que intentan justificar la división del derecho en público y privado, tenemos:

a) *Teoría del interés en juego*. Es la clásica teoría romana de Ulpiano por la cual, según se trate de un interés común que afecte a toda la colectividad por estar involucrada la cosa pública (*res publicum*), o bien sólo se atiendan intereses

5 David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Aguilar, 1973, p. 62.

6 Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, Madrid, Plaza y Janés, 1987, pp. 11 y ss.

7 Cueva, Mario de la, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982, p. 8. El derecho como sistema jurídico es uno solo (unitario) y únicamente se clasifica con fines de estudio y de aplicación práctica. La clasificación público-privado es propia de la familia romanista, y para algunos sólo obedece a un criterio apriorístico de categorías con peso histórico (Radbruch) o a intereses político-ideológicos (Kelsen, para quien la división del derecho en público y privado tuvo como finalidad liberar al príncipe de la obligación de respetar al derecho, otorgándole con el derecho público un amplio arbitrio en los asuntos internos y en la vida internacional; la idea del derecho público surge aliada al principio de la razón de Estado y es consecuencia de la influencia política sobre los conceptos jurídicos. *Cfr. idem*, p. 21) que carecen de trascendencia por haberse superado ampliamente. Esta clasificación, se afirma, está vinculada al espíritu sistematizador de la escuela alemana que limita la creación y el desarrollo jurídico.

privados o de particulares (*res privata*), se estará en presencia de asuntos del derecho público o del derecho privado, respectivamente. Es, en otras palabras, el criterio para el entendimiento de la *utilitas: singulorum utilitas* o *utilitatis comunione*. Aunque Paul Roubier anota con razón que no es fácil separar nítidamente los intereses generales de los intereses particulares.

b) *Teoría de la naturaleza de los sujetos de la relación*. Si en la relación jurídica interviene el Estado en su calidad de autoridad estaremos en presencia del derecho público; en tanto que si los sujetos de la relación son particulares o el propio Estado sin su calidad de imperio, se tratará de materias del derecho privado.

c) *Teoría de la naturaleza de la relación*. En atención a que se regulen relaciones de igualdad entre particulares (derecho privado) o relaciones de supra a subordinación entre el Estado actuando como autoridad con *imperium* y el gobernado (derecho público).

El sistema jurídico del Estado mexicano comprende tres grandes grupos, a saber:

1. *Derecho privado*. Es el derecho que regula las relaciones de igualdad entre particulares o entre particulares y el Estado (cuando este último actúa despojado de su calidad de autoridad-imperio), en cuanto a sus personas, sus patrimonios, sus derechos y obligaciones. Es antiguo, formal, conservador y con una marcada esencia romanista que no ha cambiado en siglos su protocolo. En México comprende al derecho civil y al derecho mercantil.

2. *Derecho público*. Es el derecho que norma la organización y actividad del Estado, así como las relaciones de supra a subordinación entre éste y los gobernados, entendido esto último en el sentido de que el Estado actúa en aras de los intereses colectivos de la sociedad y con investidura de imperio, y no con un significado autoritario de superioridad sobre el gobernado.

Es el derecho que más se vincula con la teoría del Estado y la ciencia política, y aunque nace desde Roma (donde ya se hablaba del *jus publicum*), es hasta el Renacimiento cuando se define en toda su dimensión, pues ahí se consolidan el Estado y todos los postulados de las revoluciones modernas (garantías individuales, división de poderes, representación política, constitucionalismo, estado de derecho, etcétera.)

Para autores como Maquiavelo y Kelsen (este último afirmaba que todo el derecho es público pues proviene del Estado), es público el derecho que estudia y regula las razones de Estado, con esencia más política y social que jurídica, y que en la época contemporánea se fortaleció con la mayor intervención del

Estado. En México abarca básicamente al derecho constitucional, derecho administrativo, derecho penal y derecho procesal.

Actualmente se habla de la publicización del derecho privado y la privatización del derecho público con base en que figuras jurídicas del derecho privado se han integrado al ámbito del derecho público-administrativo, como el caso del registro civil, el registro de la propiedad y un sinnúmero de instituciones de índole bancaria-financiera; o bien los casos en donde diversos organismos públicos del influyente sector paraestatal se someten al régimen del derecho privado. Confirmándose los cuestionamientos sobre la vigencia de la clasificación tradicional de nuestro derecho y las reflexiones sobre la reestructuración de toda su conceptualización bajo una marcada influencia socializadora.⁸

3. *Derecho social*. Es la nueva rama que surge como un derecho de clase con sentido económico-social, como un derecho reivindicador de los marginados y desposeídos. Es derecho de una amplia tradición histórico-filosófica en donde con mayor fuerza se observa la teleología de la justicia (tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, pues la igualdad es más una aspiración por alcanzar que una realidad consumada). Surgen figuras como el sindicato, la huelga, el ejido y la cooperativa, y principios como la suplencia de la queja y la ayuda al más débil. A diferencia del derecho privado, que es de corte individualista y que parte de la igualdad como un hecho, el derecho social es colectivista y busca atenuar la notoria desigualdad que impera en las sociedades.

Conocido como el *tercius genus* que rompió con la clasificación tradicional del derecho en privado y público, el derecho social aparece en México a nivel constitucional antes que en cualquier otra parte del mundo, con ámbitos tan relevantes como el derecho del trabajo, el derecho agrario y el derecho de la seguridad social, que difícilmente podrían ser regulados por el derecho público o, menos aún, por el derecho privado.

Ante las exigencias de mayor justicia social en el mundo, el derecho social tiende a ampliar sus alcances dentro del llamado Estado social de derecho, por lo que cabría pensar en la socialización del derecho público que ocupa a este trabajo.

8 Es importante destacar los comentarios que el maestro Ernesto Gutiérrez y González externa al criticar las posturas radicales que sostiene una absoluta independencia del derecho público respecto de las instituciones jurídicas del derecho privado. En este sentido coincidimos con el autor en cuanto a la estrecha relación que existe entre ambas ramas jurídicas; si bien es cierto que el derecho privado y el derecho público poseen algunas características que los distinguen, también lo es que no están desvinculados y que se retroalimentan en experiencias y contenidos. De hecho, el propio derecho administrativo se ha construido en buena medida a partir de la adopción-adaptación de instituciones jurídicas del derecho privado. (Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho administrativo y derecho administrativo al estilo mexicano*, México, Porrúa, 1993, p. XXI.)

3. *Estado: política, administración y derecho*

El título de este apartado pretende englobar tres disciplinas que indiscutiblemente competen al Estado: la política, la administración (pública) y el derecho (constitucional-administrativo). Trilogía inseparable de elementos que se condicionan y retroalimentan de tal manera que cada uno de ellos es imprescindible si pretendemos tener una imagen integral de lo estatal.

No obstante sus raíces etimológicas (Estado, del latín *status*, antepresente indicativo del verbo estar, lo que está, lo que permanece), el Estado es dinámico y está involucrado en un proceso eminentemente dialéctico. Gran cantidad de estudiosos han realizado interesantes trabajos sobre el particular, arribando a teorías muchas veces opuestas e irreductibles: desde la teoría del Estado benefactor y forma superior de organización humana, hasta la del Estado como principal instrumento de opresión de una elite sobre las mayorías. En ese antecedente, y a efecto de alcanzar su síntesis objetiva, podríamos señalar que el Estado es una forma de organización jurídico-política que surge en Occidente hacia el siglo XV, en una etapa de cambio y evolución identificada en la historia como Renacimiento (ciencias, artes, descubrimientos, humanismo, racionalismo, etcétera). El Estado aparece como un producto de la cultura política, social y jurídica del hombre, a través del cual las sociedades y sus miembros buscan alcanzar fines como la seguridad, la justicia, la libertad, la paz, el desarrollo integral, la felicidad y el bien común. El Estado está integrado por un conjunto de elementos fundamentales, categorías o conceptos (pueblo, territorio, gobierno y orden) enriquecido o cualificado por una serie de características, como la soberanía, los derechos del gobernado, la división de funciones, la representación política y la personalidad jurídica del propio Estado.⁹

Hoy día, este Estado moderno-contemporáneo enfrenta una serie de retos en su proyección hacia el siglo XXI. Al parecer, afirman algunos, el Estado se encuentra en crisis, aunque más bien se trata de los síntomas del cambio, de la evolución, del desarrollo de la inteligencia que intenta dar solución a nuevos problemas.

Jesús Reyes Heróles opina al respecto que el Estado se encuentra en crisis, no porque haya dejado de tener vigencia histórica, sino porque los factores que lo originan han sufrido mutaciones o transformaciones que, sin alterar su validez histórica, requieren de una adaptación que restaure su eficacia.¹⁰

9 López Portillo y Pacheco, José, *Génesis y teoría general del Estado moderno*, México, Joaquín Porrúa, Colección Textos Universitarios, 1982.

-10 Reyes Heróles, Jesús, *Tendencias actuales del Estado*, México, Porrúa, 1988, p. 6.

A. *La política y la ciencia política*

Hablar del Estado es hablar de política porque uno y otra se interrelacionan, se complementan y se condicionan mutuamente en un binomio que tiene como origen y fin al ser humano y, además, atiende al fenómeno del poder.

Dar una definición de política no es nada fácil, pues aparece como uno de esos hechos que superan la capacidad terminológica de la definición. La política es en ocasiones algo indefinible, pero que sin duda deja sentir su presencia y efectos indiscutibles. Quizá porque el hombre conlleva el germen político es por lo que resulta ambiguo trasladar el fenómeno político a un concepto objetivo. El hombre, por naturaleza, es un ser político, un *zoon politikon*.

Sin embargo, el intento de dar un concepto válido de la política y su ciencia no se ha hecho esperar:

- André Hauriou reconoce que la política es de difícil definición; pero buscando su etimología explica que proviene de la palabra griega *polis*, que significa ciudad y, por consiguiente, su origen nos advierte que aborda las relaciones interhumanas en el marco de una sociedad organizada. En realidad —continúa—, los fenómenos propiamente políticos pueden abordarse a partir de tres planos diferentes: el del reconocimiento total del hombre por el hombre; el de la determinación de lo que es bueno para la sociedad; el de las relaciones entre dirigentes o gobernantes y gobernados.¹¹
- Duverger, citando a Littre (la política es la ciencia del gobierno de los Estados, 1870) y a Robert (la política es el arte y práctica del gobierno de las sociedades humanas, 1962), comenta que la semejanza de estas dos definiciones formuladas a casi un siglo de distancia es interesante. Una y otra hacen del gobierno el objeto de la política; pero en la de nuestros días no se considera sólo al gobierno de los Estados sino también el de otras sociedades humanas. De esta forma, el término “gobierno” designa el poder organizado y las instituciones de autoridad y sujeción de toda comunidad. Con este motivo se ha entablado entre los especialistas una polémica, pues mientras algunos consideran en todo momento a la política como la ciencia del Estado, del poder organizado en la comunidad nacional, la mayoría de ellos piensa que es la ciencia del poder organizado en todas las comunidades. Si bien el poder alcanza su forma más perfilada y

¹¹ Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, Ariel, 1980, p. 21.

su organización más completa en el Estado, por lo que es dentro de su contexto donde se debe estudiar principalmente.¹²

- En diversa obra, el mismo tratadista reafirma su postura, y precisa con relación a la ciencia política —o sociología política a fin de destacar el carácter social de los hechos políticos— que es aquella disciplina que tiene por objeto de estudio en sus términos clásicos al Estado.¹³
- Weber y Labastida¹⁴ concluyen que la política y su ciencia tienen como referencia y objeto de estudio a la organización del Estado, estrechamente relacionada con los factores de poder. Esta relación es tan íntima que el propio Norberto Bobbio hace hincapié en que lo que tienen de común el Estado y la política lo es su vínculo con el fenómeno del poder.¹⁵

También identificada con los términos ciencia del Estado, doctrina o teoría del Estado o filosofía política, la política se presenta como la actividad motora de las sociedades, pues en última instancia la teleología de la política debe coincidir con los fines del Estado. Sin embargo, ese aspecto suele reducirse a una mera especulación, para convertir a la política (como la concebirían los sofistas o el mismo Maquiavelo) en el instrumento para hacerse del poder y mantenerse en/con él. Es así como se ha distorsionado a la política, identificándola con la retórica demagógica usada por la elite en el poder.

Nada más equivocado que eso. La política incumbe y debe interesar a todos, pues se refiere a las cuestiones del Estado, y todos, sin excepción, formamos parte del Estado. Además, dentro de las organizaciones humanas de nuestro tiempo, cada día más complejas, la política se convierte en un importante medio de comunicación entre gobierno y sociedad plural, ambos políticos, y no nada más el primero.

12 Duverger, Maurice, *Introducción a la política*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 11.

13 Duverger, Maurice, *Sociología política*, Barcelona, Ariel, 1982.

14 Weber, Max, *El político y el científico*, México, Premia Editora, 1984, p. 7; Labastida, Horacio, *Filosofía y política*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1986, p. 61.

15 Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, España, Plaza y Janés, 1987, p. 83. En este sentido, Bobbio indica que derivado del adjetivo de polis (*politikos*) que significa todo lo que se refiere a la ciudad, y en consecuencia ciudadano, civil, público, y también sociable y social, el término "política" ha sido transmitido por influjo de la gran obra de Aristóteles titulada *Política*, que debe ser considerada como el primer tratado sobre la naturaleza, funciones, divisiones del Estado y formas de gobierno, predominantemente en el significado de arte o ciencia del gobierno, es decir, de reflexión, sin importar si con intenciones meramente descriptivas o incluso prescriptivas sobre las cosas de la ciudad. —Y termina— "por siglos se ha empleado el término política predominantemente para indicar obras dedicadas al estudio de aquella esfera de actividad humana que de alguna manera hace referencia a las cosas del Estado". (Cfr. Bobbio, Norberto, *Diccionario de política*, México, Siglo XXI, 1988, p. 1240).

Otro punto de coincidencia entre el Estado y la política es su carácter universal y no reduccionista, es decir, ambos comprenden y se relacionan con todo tipo de influencias sociales, económicas, culturales, históricas, filosóficas, morales, etcétera, de tal suerte que entre ambos podemos descubrir la esencia de la comunidad a que se refieren y su posición en el contexto interestatal, actualmente presente y cercano.

Asimismo, también la política es dinámica-dialéctica para poder entender y retroalimentar a su objeto de estudio. Pero ese cambio necesario e indiscutible debe ser inteligente y responsable. La política debe por tanto ser imaginativa y estar comprometida con sus fines, que son los fines del Estado y de la comunidad en su integridad. El Estado y las sociedades cambian y la política tiene el gran reto de comprender esos cambios, proponiendo y aplicando soluciones a los nuevos problemas.

Desde los orígenes de la humanidad ha habido política y ésta ha evolucionado. El autor Daniel Moreno señala que aun cuando la materia de estudio y análisis de la ciencia política es antigua (los problemas a que da lugar dicha disciplina social son cuestiones que vienen de muchos siglos; desde que el hombre ha tenido que mandar, gobernar y obedecer. Las cuestiones y asuntos relacionados con el poder, con el gobierno o autoridad, provienen casi desde el origen de la humanidad, o, cuando menos, desde que se contó con una sociedad organizada, así fuese de una manera incipiente), dicha disciplina considerada en forma autónoma es muy reciente, pues data aproximadamente de 1948.¹⁶

Marcel Prelot y Georges Burdeau opinan que la politología (conocimiento sistemático y ordenado del Estado) ha constituido una ciencia desde sus orígenes, confirmandose la independencia de la ciencia política con su entrada discreta en los programas de licenciatura en derecho en Francia, bajo la reforma de marzo de 1954 y, dos años después, en diciembre de 1956, con la creación del diploma de ciencia política en el doctorado.¹⁷

Todo lo anterior sin olvidar el problema que han enfrentado las ciencias sociales al no ser consideradas como ciencias a la manera de las disciplinas experimentales, físicas, formales y exactas.

Finalmente, González Uribe comenta que la ciencia política, *lato sensu*, ha tenido épocas de desarrollo desigual. Ha pasado por etapas de esplendor y por otras de menos brillo, pero en el fondo su labor científica ha proseguido en una línea que pudiéramos llamar de integración, hacia metas cada vez más altas. Y nadie ha puesto en tela de juicio su capacidad para realizar su tarea propia, en la

16 Moreno, Daniel, *Clásicos de la ciencia política*, México, UNAM, 1975, p. 5.

17 *Idem*, p. 6.

búsqueda de conceptos claros, de definiciones precisas, de principios y leyes generales que sirvan para todo aquel que quiera conocer al Estado.¹⁸

El reto del Estado es el reto de la ciencia política y de la política misma. Hay que comprender la razón de ser de la política y su ciencia para darle su verdadera dimensión, altura y contenido en la problemática diaria de la organización estatal.

B. *La administración pública*

Hemos aludido a la política. Corresponde continuar con otra importantísima disciplina en la vida estatal (materia de esta investigación y de la que ya se han externado algunas reflexiones): la administración pública.

La administración pública aparece como una revelación distintiva de nuestros tiempos, llegándose a convertir en el único y decisivo centro de poder en las sociedades contemporáneas. A medida que se fortalece el Estado social de derecho dentro del marco democrático y pluralista de las comunidades, el derecho público (léase derecho constitucional y derecho administrativo, básicamente) cobra nueva fuerza, junto con una tendencia internacionalista que obliga a una noción diferente de temas fundamentales como la soberanía o la protección de los derechos humanos. Modernización, planeación, participación, simplificación, eficiencia, concertación y otros rubros más son alternativas de la administración que se perfila a iniciar un nuevo siglo. El descubrir los modelos, los principios y valores que guiarán la conducta del hombre y del Estado es una meta continua que se pretende alcanzar en coordinación con sus propios fines. Por su parte, la política demanda del hombre un esfuerzo imaginativo para poder dar solución a los complejos problemas del momento.

Hoy día vivimos en sociedades cada vez más numerosas y sofisticadas que reclaman más y mejores servicios. Es aquí donde la administración pública ha encontrado su base para ocupar un lugar indispensable; tan es así que los centros de poder se han trasladado a las entidades administradoras del Estado.

El cambio y la modernización se vinculan estrechamente con una administración más ágil, eficaz, eficiente, preparada y con una profunda vocación de servicio y compromiso social. En buena medida podríamos afirmar que el éxito y progreso de un Estado radica en la calidad y esfuerzo de su administración.

De los tres órganos o poderes que desempeñan sendas funciones (legislativa, ejecutiva y jurisdiccional) es al Ejecutivo al que compete la tarea de administrar

18 González Uribe, Héctor, *Teoría política*. México, Porrúa, 1987, p. 65.

al Estado; administración que marcha paralela a la función de gobierno, también delegada en el Ejecutivo.

Desde que el hombre empezó a formar grupos para alcanzar metas que no hubiese podido lograr individualmente, la administración ha sido esencial para garantizar la coordinación de los esfuerzos individuales. A medida que la sociedad ha ido confiando cada vez más en el esfuerzo del grupo, y como muchos de ellos han crecido de manera organizada, la tarea de los administradores ha aumentado su importancia. Esto es fácil de entender si recordamos que ésa es la tarea de cada administrador, establecer y conservar un medio ambiente en el cual las personas, trabajando en grupo, sean guiadas a lograr de manera efectiva y eficiente la obtención de las metas colectivas.¹⁹

La administración pública es tema obligado si intentamos comprender al Estado presente y futuro. Incluso si queremos entender a la política, porque como se dijo antes, la administración ha cobrado tal fuerza e importancia que ha atraído al poder (autoridad, decisión, mando, planeación, dirección, concertación) en las sociedades.

En el *Diccionario de la lengua española*, “administrar” equivale a gobernar, regir o cuidar, y el administrador se define como la persona que administra, maneja, sirve, ejerce un cargo sobre bienes ajenos. En la administración pública, el administrador gestiona siempre bienes e intereses ajenos: los de la comunidad política a la que sirve.

Olivera Toro señala que “administrar” deriva de *ad-ministrare*, que significa servir a; o bien la contracción de *ad-manus-trahere*, traer a manejo, manejar, lo que alude a una gestión. Por eso en términos comunes la administración es gestión de asuntos o intereses. Es una actividad teleológica para alcanzar fines humanos.²⁰

La administración pública no puede actuar separada de la política, no puede desvincularse de ella, porque nada de lo que afecta a los intereses públicos, a la cosa pública, le puede ser ajeno. La política determina la voluntad de la comunidad, y una vez explicitada por procedimientos públicos, la administración la ejecuta, en una complementación admirable de valores políticos, valores jurídicos y de ética social.²¹

19 Koontz/O'Donnell, *Curso de administración moderna*, México, McGraw-Hill, 1982, p. 6.

20 Olivera Toro, Jorge, *Manual de derecho administrativo*, México, Porrúa, 1988, p. 10.

21 *Idem*, p. 11. Esta relación dialéctica entre política, administración y gobierno ha sido expresada en una frase clara y contundente: la política es el gobierno decidiendo; la administración es el gobierno actuando. (Cfr. Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, citando a Omar Guerrero, *Elementos de derecho administrativo*, México, Limusa, 1991, p. 45).

Cabe mencionar que la administración pública cobró auge a partir de que se dio el cambio del Estado gendarme o policía que sólo debía dejar hacer y dejar pasar y, por tanto, sin injerencia en las actividades de la comunidad, al Estado que interviene y participa en los diversos quehaceres de la vida social. En la medida en que el Estado asume mayores responsabilidades, la administración enfrenta más problemas derivados de las demandas de la colectividad.

Sin embargo, y como ya se apuntó, el Estado debe guardar un equilibrio entre su intervención y la libertad de los gobernados en la ejecución de determinadas actividades. Ni un Estado que se excluya y abandone su papel de coordinador de la vida social, ni un Estado que en su afán de atender todo restrinja la participación de los particulares en áreas afines a su espíritu de iniciativa. Esto es: una administración fuerte y eficaz que actúe en la justa medida cuando y donde sea necesario.²²

Para el maestro Andrés Serra Rojas la administración pública es una entidad constituida por los diversos órganos del Poder Ejecutivo federal, que tiene por finalidad realizar las tareas sociales, permanentes y eficaces de interés general, que la Constitución y las leyes administrativas señalan al Estado para dar satisfacción a las necesidades generales de una nación.²³

La administración pública implica metas, política, planeación, organización, decisión, presupuestación, finanzas, dirección, coordinación, control, supervisión y, en suma, todas las tareas de administración de la cosa pública en el Estado social de derecho.²⁴

22 Comentarios en este sentido vierte Michel Rocard, bajo el elocuente título "Administrar menos para gobernar mejor": Se pueden exigir muchas cosas al Estado, y, con frecuencia, éste lo hace bien y eficientemente. Pero el Estado no puede hacer bien más que aquello que sabe hacer, es decir, administrar, distribuir, repartir. Por el contrario, el Estado no está hecho para producir. En el primer caso, se exige que cada ciudadano sea situado en condiciones rigurosamente equitativas de acceso al servicio público. En el otro, hace falta imaginación, rapidez de ejecución, el sentido del riesgo. Este no es el papel ni el oficio del Estado. Desde su perspectiva, Rocard plantea algo importante que requiere de gran sensibilidad política: el equilibrio entre las funciones administrativa y de gobierno que convergen en el Ejecutivo. (Cfr., Rocard, Michel, *¿Coherencia o ruptura?*, México, FCE, 1988, p. 153.)

23 Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1982, p. 81.

24 Gabino Fraga, citando a Hauriou, considera que la función administrativa tiene por objeto manejar los asuntos corrientes del público, en lo que atañe a la ejecución de las leyes de derecho público y a la satisfacción de los intereses generales, haciendo todo esto por medios de policía y por la organización de servicios públicos, en los límites de los fines del poder político que ha asumido la empresa de la gestión administrativa. (Cfr. Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1992, p. 56). La administración pública, señalaba el maestro Antonio Carrillo Flores, reclama en un Estado democrático la búsqueda constante del equilibrio entre el propósito político, la exigencia científica y el cumplimiento de la ley que tutela las libertades de todos y promueve la justicia social para los más desvalidos. (Cfr. Carrillo Flores, Antonio, "El jurista y su

La administración pública en su íntima relación con el Estado, la política, el poder y el derecho, ofrece actualmente algunas reflexiones importantes:

a) El poder se ha trasladado a las dependencias estatales encargadas de la administración.

b) Los retos del futuro plantean la necesidad de un nuevo Estado y, por ende, un cambio en la estructura y funcionamiento de su aparato administrativo.

c) La modernización del Estado exige la imaginación e inteligencia de la administración, sólo así habrá progreso y desarrollo.

d) La administración pública no debe acaparar en actitud de Estado paternalista todas las actividades de la comunidad. Si bien existe un Estado social de derecho, también debe dejar libres ciertas áreas para que las ocupen las fuerzas de la sociedad pluralista.

e) La descentralización es una de las opciones más viables con que cuenta la administración pública para solventar las necesidades de una sociedad cada vez más grande y compleja.

f) La planeación es otro instrumento indispensable para la administración pública, y debe abarcar a todos los factores que de una manera u otra influyen en el desarrollo de la sociedad y del Estado. Los planes son tan importantes que se convierten en verdaderos programas de gobierno.

g) Al planear, la administración debe atender a principios y valores que le proporcionen sensibilidad sociopolítica. Abandonar los criterios utilitaristas es uno de los retos de las administraciones estatales.

h) Cada Estado posee sus propias características, y aunque los problemas puedan parecer similares tiene que atender a sus condiciones particulares. De aquí que la administración pública no debe importar modelos ajenos a las circunstancias de su Estado. Por lo contrario, debe evaluar sus necesidades y los medios propios para satisfacerlas, tomando en consideración los factores que sobre ellos influyan (económicos, políticos, culturales, sociales, etcétera). La administración debe ser fuente de inteligencia, imaginación y cambio.

i) El factor humano dentro de la administración es extremadamente importante. Se debe conscientizar al administrador sobre la trascendencia de su función, elevar su grado de preparación y su espíritu profesional y de servicio. El divorcio

intervención en la administración pública”, en *Estudios de derecho administrativo y constitucional*, México, UNAM, 1987, p. 135.) Es así como los fines del Estado y la política coinciden a su vez con los fines de la administración, convertida esta última en órgano y acción del Estado no sólo de carácter técnico-ejecutivo sino también político, tal y como también lo reconoce el distinguido politólogo Norberto Bobbio. (Cfr. Bobbio, Norberto, *Diccionario de política*, cit., p. 13.)

de los administradores con la problemática social y su despolitización propician el alejamiento entre el gobierno y el pueblo. Debe existir una mejor actitud del servidor público hacia el gobernado, cuidando la calidad del servicio dentro de un marco de absoluta legalidad.

j) El servicio civil de carrera es una alternativa hacia la profesionalización de la administración pública.

k) Aunque importante el factor económico-financiero no debe convertirse en la preocupación principal de la administración.

l) El cambio del Estado y su administración debe interesar a los juristas; el derecho debe retomar su papel y actualizar sus normas.

ll) Se debe abandonar la tendencia a la normatividad excesiva. El número de ordenamientos jurídicos debe ser el necesario para proveer a una mejor administración. La inclinación a abusar de la facultad legislativa o reglamentaria trae como consecuencia la obstrucción de la actividad, las contradicciones y el desconocimiento de las propias normas.

m) La administración pública no debe olvidar a la población.

C. Derecho público-administrativo

Quedaría incompleto el círculo "Estado-política-administración" si no habláramos del sistema jurídico que los comprende y regula. Todo, desde la estructura y funcionamiento del Estado, hasta los actos cotidianos de gobernantes y gobernados, se encuentra regulado por el derecho. Las actividades política y administrativa no son la excepción, pues como se ha venido insistiendo, ambas son Estado, lo integran y coadyuvan a sus fines.

Vivimos en un Estado de derecho en donde gobernantes y gobernados tienen derechos y obligaciones. La autoridad sólo puede hacer aquello que la ley expresamente le faculta, encontrando el origen y fin de sus funciones precisamente en el derecho. Los particulares, a su vez, pueden realizar todo aquello que la ley no les prohíbe, teniendo como límite de su conducta al derecho de los demás.

En la relación gobierno-gobernado, gobernado-gobierno, se deben observar tanto los derechos fundamentales del hombre, como los derechos sociales, que conllevan al llamado Estado social de derecho.

El orden normativo tiene como finalidad lograr la convivencia humana mediante un conjunto de disposiciones (de carácter general, unilateral, impersonal, externo, bilateral y coercitivo, dictadas y sancionadas por el poder público) y una serie de principios a los cuales deben los hombres ceñir su conducta para bien

propio y de los demás; de ahí precisamente la definición del derecho positivo como conjunto de normas que regulan la conducta de los hombres en sociedad.

El derecho, ubicado en el área de las disciplinas sociales del deber ser, intenta coordinar el comportamiento de los individuos con libre albedrío, conciencia, voluntad e imputabilidad. Por ello, al decir que las normas jurídicas se refieren al deber ser, se alude a la contingencia de la conducta humana a que va destinada la norma de derecho, y es de deber ser porque precisamente la conducta del individuo o de los grupos de individuos debe ser de cierta forma entre las múltiples opciones que hay para conducirse, por ser la consensada como el mínimo necesario para lograr la convivencia. Es tan importante el deber ser jurídico que podría llamarse “tener que ser”.

Por tanto, el concepto de Estado es incompleto si no lo referimos a lo jurídico. El Estado se somete al orden jurídico que lo estructura y que da sentido a su actividad. El Estado es un todo cualificado por la ley, es persona jurídica, centro de derechos y obligaciones.

Su expresión estructural y funcional se da a través de la existencia de una Constitución, de un principio de legalidad, de medios jurídicos de control constitucional y de un régimen de responsabilidades del propio Estado.

El autor Francisco Porrúa Pérez menciona en su *Teoría del Estado* que el maestro Manuel Pedroso, al explicar la relación Estado-derecho, manifestaba que tomándolos en forma aislada no existe el uno sin el otro: el derecho sin el Estado es una simple idealidad normativa sin efectividad, mientras que el Estado sin derecho es tan sólo un fenómeno de fuerza. Tampoco pueden confundirse, pues no es factible identificar al todo (Estado) con uno de sus elementos (derecho). La solución es llegar a la síntesis de “Estado con derecho”, o bien, de “Estado de derecho”.

Como se apuntó anteriormente, al concepto de Estado de derecho se le ha venido dando un contenido social, por lo que se ha consolidado la fórmula del Estado social de derecho.

En efecto, a partir del surgimiento del Estado moderno (propio de una etapa histórica de corte liberal-individualista) se presentaron una serie de fenómenos sociales como respuesta a los extremos del sistema capitalista. Así, ante la filosofía de un Estado policía-gendarme que debía dejar hacer y dejar pasar, propiciando con ello la opresión de las mayorías por parte de las elites poseedoras del capital, se empieza a generar su antítesis: la proyección hacia un Estado que interviene en los quehaceres de la comunidad, asumiendo un papel rector que le permite conducir y planear el desarrollo basado en principios de justicia social y respeto a los derechos de las clases desprotegidas. Incluso algunas áreas estratégicas,

prioritarias y de carácter eminentemente social son asumidas por el Estado (lo agrario, lo laboral, la seguridad social, la planeación económica, etcétera).

Este Estado social de derecho (que no socialista) ha propiciado al mismo tiempo una valoración cualitativamente distinta de lo estatal, convirtiéndose junto con conceptos como la democracia en una sociedad pluralista, en uno de los principales retos de la capacidad política, social, económica, cultural y jurídica del momento histórico que vivimos.²⁵

Finalmente, reafirmaríamos que el derecho público, y en particular el derecho constitucional y el derecho administrativo, son los que más directamente atañen a la problemática del Estado, la política y la administración pública; y aunque las normas jurídicas deben estar empapadas de la naturaleza de las distintas materias que regulan, porque de no ser así el derecho aparecería como una ilusión aislada de la realidad que pretende normar, no deben perder sus características. Así, por ejemplo, la relación entre derecho constitucional y ciencia política no debe ser motivo para desvirtuar la ley fundamental politizándola. Ya Karl Loewenstein y André Hauriou señalan que el derecho constitucional busca el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos, convirtiéndose en el instrumento fundamental que ordena el acontecer de la *polis*. Y Diego Valadés confirma que entre ambas disciplinas existe una relación sinérgica: mutuamente se actualizan y potencializan; si el derecho es la ética del poder, el poder debe ser la práctica del derecho.²⁶

25 El maestro Héctor Fix-Zamudio, citando a Manuel García Pelayo en su artículo "El Estado social de derecho y la Constitución mexicana", comenta que el Estado social se caracteriza por su intervención creciente en las actividades económicas, sociales, políticas y culturales, para armonizar y coordinar los diversos intereses de una comunidad pluralista; redistribuir bienes y servicios, y para obtener una meta muy difícil de alcanzar: la justicia social; por este motivo se le ha calificado de muy diversas maneras, como Estado benefactor, promotor, distribuidor, manager, etcétera. "La Constitución federal mexicana —continúa— debe considerarse como un documento de transición entre el sistema clásico individualista y liberal de la carta anterior de 1857 y las tendencias socializadoras que se manifestaron en la primera posguerra, con el mérito indiscutible de haber sido la primera que incorporó en su texto a los derechos sociales de los trabajadores y de los campesinos, adelantándose a otras leyes fundamentales, como la alemana de Weimar, que iniciaron el llamado constitucionalismo social. La democracia social plasmada en el Estado social de derecho, implica la intervención del Estado en las diversas actividades económicas, sociales, políticas y culturales, con el objeto de lograr una redistribución más equitativa de bienes y servicios, establecer un régimen adecuado de seguridad social y, en general, lograr los fines de la justicia social." (Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *El Estado social de derecho en la Constitución mexicana: Rectoría del Estado y economía mixta*, México, UNAM-Porrúa, 1985, pp. 84 y 119.)

26 Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución*, Barcelona, Ariel, 1980; Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, Ariel, 1980; Valadés, Diego, *Constitución y política*, México, UNAM, 1987.

En ese orden de ideas, no se debe marginar al jurista de los cambios habidos y por haber en el campo de la política, la administración y el Estado. Como ya se apuntó, todo está regulado por el derecho, existe un Estado social de derecho. Dentro de las acciones interdisciplinarias que demandan los problemas de nuestro tiempo, el derecho debe asumir el papel que le corresponde.

II. LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Es importante el tema de las fuentes del derecho administrativo porque desde aquí se originan y podrían encontrar solución algunos de los problemas de multiplicidad, incongruencia, omisión y desnaturalización de la normatividad vigente en la materia. Si pretendemos resolver el problema es fundamental indagar en sus orígenes. Es así que en el apartado que nos ocupa se hace un planteamiento descriptivo-crítico de sus fuentes, para proponer posteriormente posibles soluciones. Así, por ejemplo, el abuso de la facultad reglamentaria del Ejecutivo; el abandono de la jurisprudencia como fuente de gran nivel moral e indiscutible calidad jurídica; los vicios de la legislación improvisada, sin técnica, sin estudio y sin proyecto.

Sobre el concepto de fuente, es tradicional la metáfora de Claude du Pasquier que la identifica con la génesis, el origen o manantial de donde surgen las cosas, por lo que las fuentes del derecho administrativo son todos aquellos hechos, condiciones y procedimientos que coadyuvan en su integración, de manera articulada y organizada en jerarquía, tiempo y complementación.

De acuerdo con su conceptualización de las fuentes del derecho, podríamos agrupar a las teorías que intentan explicarlas en tres apartados, a saber:

a) Criterio procedimental: las fuentes entendidas como los mecanismos, medios, instrumentos o procesos para crear o establecer reglas jurídicas válidas;

b) Criterio orgánico/competencial: las fuentes identificadas con los órganos facultados para producir derecho, y

c) Criterio sustantivo o material: las fuentes asimiladas a la realidad de los hechos, fenómenos o circunstancias que determinan el contenido de las normas e instituciones de derecho.

Si bien existen posturas que escapan a cualquier clasificación ordinaria, como la sustentada por el famoso jurista Hans Kelsen, para quien bajo el rigor metodo-

lógico/sistemático de su teoría, la única fuente del derecho es el derecho mismo, a partir de su constitución o norma hipotética fundamental.²⁷

Bajo este esquema, confirma Juan Manuel Terán, tanto la Constitución como el poder constituyente originario se convierten en fuentes primarias y privilegiadas de todo sistema jurídico.²⁸

La clasificación tradicional, aplicable totalmente al derecho administrativo, reconoce tres grandes grupos de fuentes:

1. *Fuentes reales, materiales o sustanciales.* Para algunos autores como Acosta Romero, estas fuentes reales (calificadas también como racionales o sociales) son las verdaderas fuentes del sistema jurídico, pues constituyen la realidad que alimenta al legislador para expedir las normas de derecho, a diferencia de las llamadas fuentes formales, que refieren básicamente los procedimientos oficiales para su creación. Las fuentes reales son todas las condiciones y hechos de naturaleza geográfica, política, económica, social o cultural que determinan el contenido de las normas y las instituciones jurídicas. De donde se desprende la necesidad de que el derecho vigente sea acorde con la realidad que regula, o de lo contrario, con su divorcio, se llega a graves problemas de ineficacia e ilegitimidad del derecho.

En este sentido, al hablar de la eficacia y la validez del derecho, la doctora Leticia Bonifaz comenta que el concepto de eficacia está íntimamente ligado al concepto de validez, entendiendo que el primero está referido a la aplicación de

27 “Fuente del derecho”, dice Kelsen, es una expresión metafórica con más de un significado. Cabe designar así no sólo los métodos de producción de derecho sino toda norma superior, en su relación con la norma inferior cuya producción regula. De ahí que por fuente de derecho pueda entenderse también al fundamento de validez y, especialmente, al último fundamento de validez, la norma fundante básica de un orden jurídico. Pero, en la práctica, sólo se denomina fuente el fundamento de validez jurídico-positivo de una norma jurídica, es decir, la norma superior positiva que regula su producción. En este sentido, la Constitución es la fuente, por vía de la legislación o de la costumbre, de las normas jurídicas generales producidas; la norma jurídica general sería la fuente de la sentencia judicial que la aplica representada por una norma individual; y también la sentencia judicial podría ser considerada fuente de las obligaciones y derechos que se estatuyen entre las partes litigantes, o de la autorización otorgada al órgano que tiene que ejecutar esa sentencia. En un sentido jurídico-positivo, fuente del derecho sólo puede ser el derecho”. (Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1986, p. 243.)

28 Terán, Juan Manuel, *Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1986, p. 172. El doctor Andrés Serra Rojas, después de afirmar con Kelsen que la Constitución es la fuente por excelencia del derecho, plantea un criterio de clasificación de las fuentes en:

a) Fuentes directas, que crean derecho a partir de procedimientos reconocidos por el propio derecho vigente, como ocurre con la legislación, el reglamento, los tratados internacionales y la costumbre, y

b) Fuentes indirectas, que interpretan o integran al derecho ya establecido, como la jurisprudencia y la doctrina. (Cfr. Serra Rojas, Andrés, *op. cit.*, p. 170.)

la norma, a su obediencia, cumplimiento, acatamiento, observancia o aceptación, así como a la realización de sus efectos o al cumplimiento de sus fines o propósitos, y el segundo obedece a la existencia, la obligatoriedad y la vigencia del derecho. Ambos derechos, citando a Elías Díaz, pretenden coincidir de tal manera que el derecho vigente (válido) se ajuste al derecho realmente vivido (eficaz).²⁹

Según De la Cueva, siguiendo a Gény, estas fuentes son “lo dado”.³⁰ Es urgente e indispensable revalorar la importancia de las fuentes reales como verdaderos indicadores que deben ser observados y analizados por las fuentes formales; en este sentido, sólo a través del conocimiento profundo de la realidad nacional se podrá integrar un sistema jurídico que incida inteligentemente en su conducción, trascendiendo en el proceso constructor a mediano y largo plazo del Estado mexicano.

2. *Fuentes históricas.* Son todos aquellos documentos y experiencias pretéritas que sirven de antecedente a la normatividad actual. Esto obedece a una realidad dialéctica-evolutiva por la que las cosas no se inventan de la nada, no se dan de la generación espontánea (recordar a Hegel, quien dentro de su racionalismo dialéctico en el que el derecho es parte de la síntesis del espíritu absoluto llamado Estado, concibe la historia hacia el futuro y no la historia sobre el pasado).³¹ Estos antecedentes históricos son tan influyentes que grandes corrientes jurídicas han surgido de su método; por ejemplo, la escuela historicista alemana de Savigny, que procreó al famoso código Bismarck. Algunas de estas innumerables fuentes podrían ser las XII Tablas, el Código Napoleón, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Carta Magna, los Sentimientos de la Nación y tantos más como la riqueza de la historia jurídica universal y especialmente mexicana nos lo permitan. Cabe apuntar aquí la importancia de incursionar en la memoria del sistema jurídico mexicano donde seguramente existen interesantes lecciones para reencontrar el sentido de nuestras instituciones y dar solución a los difíciles problemas del fin de siglo.

3. *Fuentes formales.* Reciben este nombre por el formalismo que revisten sus procedimientos de creación y por los requisitos que deben reunir sus productos para adquirir validez y reconocimiento oficial como fuentes. A través de las fuentes formales el mismo derecho provee de mecanismos propios e institucio-

29 Bonifaz Alfonso, Leticia, *El problema de la eficacia en el derecho*, México, Porrúa, 1993, pp. 11 y 27.

30 Cueva, Mario de la, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982, p. 37.

31 Hegel, G. W. F., *Filosofía del derecho*, México, UNAM, 1985.

nales para enriquecerse, modificarse o ampliarse, garantizando el orden y la permanencia de la seguridad jurídica.

Siguiendo a Mario de la Cueva, se puede afirmar que estas fuentes son “lo construido” a partir de “lo dado” por las fuentes reales, materiales o sustanciales.

Entre ellas tenemos, de acuerdo con su jerarquía dentro del sistema jurídico mexicano:

1. *Legislación*

La legislación, que no ley, pues ésta es el producto de aquélla, es la fuente por excelencia del sistema jurídico mexicano, de ahí la importancia de contar con una buena técnica legislativa y con legisladores capaces.

La legislación es de suma importancia dentro del sistema jurídico, político, económico y social del Estado mexicano por ser la ley escrita proveniente del Poder Legislativo el principal instrumento normativo de la nación. Sin embargo, México se ha rezagado en tan delicada función, desestimando al proceso legislativo que permanece alejado del estudio, del análisis y de la valoración de las técnicas en la elaboración científica del derecho. La elaboración de las normas jurídicas, dice el doctor Héctor Fix-Zamudio, implica racionalidad, congruencia, dominio de la materia, conocimiento de la realidad, aplicación idónea del lenguaje y la literatura, así como la exigencia de legisladores aptos, experimentados y comprometidos con la trascendencia de su función constitucional.³²

No menos importante es la trascendental misión del legislador de dar legitimidad al derecho, legitimidad que sólo se alcanza cuando el creador de las leyes tiene el talento de recoger las inquietudes y necesidades sociales (fuentes reales) para llevarlas a soluciones concretas en el texto de la ley y arribar así a la deseada identificación entre legitimidad y legalidad positiva.³³

³² Fix-zamudio, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, México, Porrúa, 1984, p. 30.

³³ El profesor Amador Rodríguez Lozano, citado por Acosta Romero, formula una interesante crítica sobre la disminución del papel del Poder Legislativo: hoy en día, cuestiona, el Ejecutivo es el eje de la actividad legislativa, gran parte de los proyectos de ley se generan en la oficinas de la administración, y el Poder Legislativo simplemente se limita a discutirlos y aprobarlos; de asambleas legislativas sólo les queda el nombre porque sus verdaderas tareas demuestran que viven una actual crisis que pudiera presagiar su desaparición por inutilidad. Y refiriendo a Wheare, resalta la trascendencia sustantiva del verdadero legislador al comentar que “la ocasión de hacer las leyes es el momento para la crítica y análisis de los problemas nacionales, de evaluar la actividad gubernamental y en general las condiciones que guardan los asuntos públicos del país”. (Cfr. Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, México, Porrúa, 1986, p. 40.)

El doctor Roberto Dromi, al criticar en su reciente obra *Nuevo Estado. Nuevo derecho* la problemática que enfrenta la legislatura argentina, señala textualmente:

Vemos un monopolio por parte del Ejecutivo en la iniciativa de las leyes. Si bien a este poder le corresponden las decisiones de alta política, ambos poderes, el Ejecutivo y el Legislativo, cumplen función de gobierno. Con esto queremos decir que al parlamento también le cabe la iniciativa de aquellas leyes que hacen a la dirección del país. El órgano Legislativo debe estar presente en la fase preparatoria y decisoria de importantes proyectos de leyes para la nación. De otro modo el congreso transfiere potestad legislativa y conserva función administrativa, lo que constituye un contrasentido, porque pierde entidad e identidad. El rescate de la potestad legislativa redundará en beneficio del derecho. Ya es hora de que el Poder Legislativo de la nación recobre, en los hechos, su facultad de presentar proyectos de leyes que signifiquen importantes transformaciones para la República y contengan prioritarios intereses para la Nación. —Y termina—, Locke enseñaba que el Poder Legislativo no puede transferir a otras manos el poder de hacer las leyes, ya que ese poder lo tiene únicamente por delegación del pueblo.³⁴

En apoyo a lo anterior, el propio doctor Acosta Romero indica que tal y como lo demuestra la historia universal contemporánea y la historia de México, en índices superiores al 80 por ciento las leyes han sido iniciadas por el Poder Ejecutivo, vía proyectos aprobados de manera intacta; aunado a facultades extraordinarias para legislar, emisión de reglamentos, decretos, acuerdos, ordenanzas, circulares, etcétera, por lo que se concluye la gran fuerza normativa de la administración.³⁵ Facultades que el Poder Ejecutivo en México ha incluso reglamentado específicamente como lo demuestra el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que obliga a las dependencias del Ejecutivo a formular respecto de los asuntos de su competencia, los proyectos de leyes, reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del presidente de la República.

Tal labor reivindicadora del Poder Legislativo debe ser estudiada por disciplinas tan modernas como el derecho parlamentario, definido por Berlín Valenzuela como el conjunto de normas que crean, establecen, impulsan, garantizan y rigen las acciones de los parlamentos, las interrelaciones sociopolíticas que mantienen con los otros poderes del Estado, los partidos políticos, las instancias

34 Dromi, Roberto, *Nuevo Estado. Nuevo derecho*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1994, p. 38.

35 Acosta Romero, Miguel, *op. cit.*, p. 38 y ss.

de la sociedad civil y los individuos, así como con los valores y principios que animan su existencia institucional y lo motivan a procurar su realización, por haber sido instituidos por el pueblo como expresión de su querer ser político; concepto que comprende la dimensión tridimensional de orden normativo, sociológico y axiológico.³⁶

La ley es producto de un proceso, el proceso legislativo, en el que intervienen decisivamente los poderes Ejecutivo y Legislativo (iniciativa, turno, dictamen, lectura, discusión, aprobación, promulgación, refrendo, publicación, *vacatio legis* e iniciación de vigencia); y debe reunir determinadas características que le dan su diferencia específica frente a otras fuentes del derecho, a saber: es general e impersonal (no alude a persona en particular); abstracta (contiene hipótesis de conducta); heterónoma (proviene de la voluntad ajena de la autoridad); externa (trasciende el fuero interno y se manifiesta en conductas externas); bilateral (impone obligaciones-imperativo al tiempo que otorga derechos-atributiva); coercible (su cumplimiento se asegura por la fuerza y no se deja al arbitrio del destinatario).

(En el capítulo tercero del presente trabajo se abunda sobre la clasificación y jerarquización de las leyes).

Ahora bien, por su afinidad, dentro del capítulo de la legislación cabe mencionar:

A. *Tratados*

Son acuerdos de voluntades celebrados entre sujetos del derecho internacional debidamente ratificados por sus autoridades internas competentes para que surtan efectos obligatorios; a su vez, se les ha clasificado en tratados-contratos, que atienden y culminan un asunto en particular, como el arreglo de límite de fronteras, y tratados-ley, que fijan bases de conducta para asuntos generales, como los acuerdos para definir el régimen de inmunidades de los miembros de cuerpos diplomáticos.³⁷

Los tratados son fuente primordial del derecho internacional (donde existe un derecho internacional administrativo) según lo reconoce el propio Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (artículo 38), y son tan importantes que desde su fundación en Viena en 1969 se ha cultivado, como disciplina que los estudia, al derecho de los tratados.

³⁶ Berlín Valenzuela; Francisco. *Derecho parlamentario*, México. FCE. 1994, p. 34.

³⁷ Seara Vázquez, Modesto. "Los tratados como fuente del derecho internacional", en *Derecho internacional público*. México. Porrúa. 1981. pp. 63 y ss.

En su elaboración se sigue todo un procedimiento formal que consta básicamente de tres etapas: negociación (intercambio de notas), firma (por plenipotenciarios) y ratificación (por órganos internos competentes que le dan validez y obligatoriedad, generalmente se trata de poderes que justifican un equilibrio político, aunque se dan casos como los *executive agreements* de Estados Unidos, que son actos propios del Ejecutivo, en contraste con los *treaties* en cuya formalización sí participa el Senado).

Por lo que hace al sistema jurídico mexicano, los tratados son ley suprema de toda la Unión (artículo 133 constitucional), si bien se presenta una interesante polémica sobre la primacía jerárquica entre el derecho internacional y el derecho interno.

Sobre el particular se distinguen dos posturas:

1. Teorías dualistas: que afirman sin sólidos campos que el derecho internacional y el derecho interno de un Estado son órdenes jurídicos diferentes y sin conexión, por lo que no se hace necesario buscar su relación de jerarquía.

2. Teorías monistas: que sostienen que ambos ámbitos del derecho forman una unidad en la que: *a)* El derecho internacional se encuentra por encima del derecho interno en atención a los valores universales de la sociedad mundial (posición sostenida por los defensores del derecho internacional); *b)* El derecho interno prevalece sobre las normas y acuerdos del derecho internacional en aras de la soberanía del Estado que la sustenta.

Al respecto, hay varios criterios de posible solución:

El internacionalista Modesto Seara Vázquez opina que no es posible dar una respuesta general y absoluta, siendo preciso atender cada caso particular. No existen reglas estrictas, por lo que se tendrán que adoptar criterios flexibles, con justicia y sentido común, si bien en materia internacional suelen predominar la fuerza, el potencial económico o el interés geopolítico, como factores de alta influencia en la toma de decisiones.³⁸

Para el constitucionalista Ignacio Burgoa Orihuela, con la reforma al artículo 133 constitucional —en el sentido de que los tratados suscritos deberán “estar de acuerdo” con la ley fundamental—, se dio un gran avance en el esclarecimiento de esta discusión; a mayor abundamiento, argumenta, habría que analizar cada caso concreto y dar prioridad a la disposición emitida en primer lugar, el tratado o la ley interna. Además de que por provenir de distintos procedimientos de creación, la ley y el tratado no pueden eliminarse entre sí.³⁹

38 *Ibidem.*

39 Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1984, p. 359.

Una postura aceptada por la comunidad internacional sostiene que en cada caso concreto se deberá atender a factores notorios y de sentido común que influyen decisivamente en la solución de estos conflictos normativos. Así, por ejemplo, es absurdo pretender dar prioridad a un tratado si el derecho interno de un Estado prohíbe expresamente lo ahí convenido o, en caso contrario, resulta improcedente dar prioridad a disposiciones del derecho interno que flagrantemente violan garantías universales del gobernado.

B. *Decretos*

Son disposiciones o resoluciones gubernamentales que regulan situaciones jurídicas concretas con efectos determinados por el tiempo, lugar, instituciones o personas. La actividad del Estado enfrenta situaciones jurídicas complejas y de urgente atención que serían de imposible solución con la sola utilización de las leyes expedidas por el Poder Legislativo; en ocasiones se requiere de disposiciones más ágiles y flexibles que dictadas por el órgano de gobierno que tiene más cercanía con los problemas y posee los elementos técnicos y la información suficiente, permiten una mejor resolución de los asuntos.

Es así como se justifica la aparición de los decretos, que han sido clasificados en:

a) Decretos del Poder Legislativo (artículo 70 constitucional);

b) Decretos del Poder Ejecutivo (citados, *in genere*, en el artículo 92 constitucional), se han subclasificado en:

Decreto ley, donde la propia Constitución asigna al Poder Ejecutivo la facultad de legislar en determinadas materias sin necesidad de una delegación de facultades del Poder Legislativo; por ejemplo, el artículo 29 constitucional relativo a las facultades extraordinarias otorgadas al Ejecutivo;

Decreto delegado, dictado por el Poder Ejecutivo a raíz de una autorización expresa que le otorga el Poder Legislativo; fue objeto de sonadas críticas por el excesivo uso que se hizo de él y que sirvió de base para elaborar gran parte de nuestro derecho administrativo, como la discutida Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica. Sobre el decreto delegado, Serra Rojas, citando la obra de Ignacio L. Vallarta, comenta que la Suprema Corte de Justicia invariablemente mantuvo el criterio de la constitucionalidad de las facultades extraordinarias. Y —continúa— al amparo de esta interpretación se expidió la mayor parte de nuestra legislación administrativa. La forma normal de legislar era que el Ejecutivo elaborara la ley, la promulgara y la publica-

ra, informando posteriormente al Congreso de la Unión del uso de esas facultades.⁴⁰

Decretos ley cuya validez queda supeditada a la aprobación posterior del Poder Legislativo; verbigracia, los artículos constitucionales 131, segundo párrafo, relativo al comercio exterior, y 73, fracción XVI, relacionado con las resoluciones del consejo de salubridad.

c) Decretos del Poder Judicial, consistentes en resoluciones de mero trámite procesal, contempladas en los artículos 89 y 90 del Código Procesal Civil.⁴¹

C. Reglamentos

Fuente privilegiada del derecho administrativo, son disposiciones dictadas por el Ejecutivo en uso de la facultad reglamentaria estipulada en el artículo 89, fracción I, de la Constitución general de la República. Los reglamentos son siempre secundarios y dependientes en alcance y existencia de la ley a la que reglamentan, por lo que dentro del sistema jurídico mexicano no existen ni se reconoce validez a los llamados reglamentos autónomos, que en teoría existirían por sí mismos sin que haya una ley superior de la que deriven su existencia. La función reglamentaria es exclusiva del presidente de la República, y tiene carácter indelegable, si bien se ha venido otorgando de manera indebida a los titulares de determinados organismos descentralizados. El reglamento encuentra su justificación en la necesidad imperiosa de desarrollar a mayor detalle, profundidad y precisión, los lineamientos generales contenidos en las leyes del Congreso, además de que el contacto directo con los problemas y su mayor capacidad técnica e informativa hacen del Ejecutivo el órgano idóneo para dictarlo y facilitar con ello la mejor observancia de la ley.⁴²

D. Acuerdos

Disposiciones o resoluciones emitidas por el Ejecutivo o los titulares de las dependencias y entidades de mayor jerarquía a efecto de delegar funciones, crear o suprimir órganos o simplemente dictar instrucciones. Por regla general, sólo tienen efectos internos y obligan a la propia administración y no a terceros particulares.

40 Serra Rojas, Andrés, *op. cit.*, p. 183.

41 Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, México, Harla, 1991, p. 285; Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, México, UNAM, 1980, p. 317.

42 El autor Andrés Serra Rojas ha clasificado a los reglamentos en ejecutivos, gubernativos o de policía y reglamentos interiores de la administración. (*Cfr. idem*, p. 198.) Tema de gran polémica por su fundamento, uso y abuso.

E. *Circulares*

Son comunicados por los que las autoridades superiores de la administración pública giran instrucciones, avisos, órdenes o criterios de interpretación de normas a sus inferiores. Son de estricto orden interno y no crean derechos ni obligaciones a terceros particulares, tal y como lo ha sentado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al definir que “las circulares no pueden ser tenidas como ley, y los actos de las autoridades que se fundan en ellas, importan una violación a los artículos 14 y 16 constitucionales”.⁴³

Las circulares se expiden con propósitos internos meramente administrativos, para uniformar, regular o establecer modalidades en la marcha de la administración, por lo que es indispensable reducir a sus justos y precisos límites su contenido y alcances.

F. *Convenios*

A partir de 1976, con la expedición de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, y de manera más precisa con las reformas constitucionales y legales de 1983, se instauró en México el Sistema Nacional de Planeación regulado en el artículo 26 de la Constitución general de la República y su reglamentaria Ley de Planeación.

Dicho sistema comprende cuatro vertientes, a saber:

- a) De obligación, que abarca a las dependencias y entidades de la administración pública federal;
- b) De coordinación, que involucra a las entidades federativas;
- c) De inducción, que considera los diferentes instrumentos de política económica y social a través de los cuales se busca dar apoyo a planes y programas, y
- d) De concertación, por la que se incluye a los sectores privado y social en los procesos de planeación nacional.

Aunque originalmente los actos de planeación no son fuentes de obligaciones ni han sido catalogados dentro de las categorías jurídicas tradicionales como la ley o el reglamento, sin duda han venido a integrar un importante régimen jurídico administrativo de la planeación por el que se formulan, ejecutan, controlan y evalúan las actividades económicas, sociales, políticas y culturales de la administración y de todos los actores convocados como las entidades federativas y la propia sociedad civil. Así, se ha venido configurando una infraestructura

⁴³ *Idem*, p. 216.

legal de la planeación, cuya fisonomía, en el caso de las vertientes de obligación y coordinación, encajan en el ámbito del derecho administrativo.⁴⁴

(Una crítica a los convenios es sostenida en el capítulo tercero de esta investigación, al hablar del artículo 116 constitucional y la jerarquización normativa).

2. *Jurisprudencia*

Conocida en la literatura clásica como sinónimo de ciencia del derecho o arte de interpretar rectamente las leyes y aplicarlas oportuna y sabiamente al caso concreto, en el lenguaje ordinario se le identifica como el conjunto de resoluciones dictadas por tribunales competentes y de mayor jerarquía que, de reunir ciertos requisitos de forma y fondo, sientan precedentes obligatorios (artículos 94, séptimo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 192 y 197 de la Ley de Amparo).

El acto típico de la función jurisdiccional es la sentencia, que tiene características opuestas a la ley: es particular y no general; es concreta y exhaustiva y no abstracta; se emite *a posteriori* de los hechos planteados y no *a priori* como hipótesis de conducta.

Al hablar de jurisprudencia es indispensable hablar del tema de la hermenéutica o interpretación, que es la operación racional por la que se desentraña el sentido de una norma jurídica; y que se ha clasificado en atención a diversos criterios en: gramatical, sistemática, histórica, progresiva, restrictiva, originaria, judicial, privada, etcétera.

En este apartado, cabe destacar la función e influencia del Poder Judicial en países como los Estados Unidos (sobre el gobierno de los jueces); es urgente hacer un llamado al replanteamiento de tan importante fuente del derecho en el sistema jurídico mexicano, partiendo de la dignificación de nuestro Poder Judi-

44 Sobre el particular, Rubén Valdés Abascal señala que si bien los actos típicos de la planeación democrática tienen una naturaleza diversa de la que caracteriza a los actos jurídicos, también lo es que en nuestro país su gestación, formulación y ejecución, no sólo están insertas en un Estado social de derecho y, por ende, sujetas al derecho público vigente, sino que constituyen también un compromiso para la administración gubernamental que está inmersa en una zona de juridicidad en la que prevalece el principio de legalidad de los actos de la administración, trátese de actos jurídicos, técnicos o administrativos, por lo que se concluye que la planeación en su conjunto, y en la dimensión normativa de cada una de sus vertientes está inmersa en el sistema jurídico mexicano. (Cfr. Valdés Abascal, Rubén. "La dimensión jurídica de las vertientes de la planeación", en *La Constitución mexicana: rectoría del Estado y economía mixta*. México, Porrúa, 1985, p. 363.)

cial a través del respeto a su autonomía, del ejercicio responsable de su influencia política y de la permanente capacitación de sus integrantes. (Sobre el papel de la jurisprudencia en México y la urgente necesidad de impulsar su desarrollo, ver el capítulo cuarto relativo a los problemas en la aplicación del derecho público.)

3. *Costumbre*

Es el conjunto de actos y conductas que se repiten de manera reiterada y permanente creando en el ánimo de las personas y de las sociedades su aceptación como algo correcto y obligatorio, de ahí que se señalen como integrantes de la costumbre dos elementos:

- Objetivo. *Inveterata consuetudo*, repetición material de actos.
- Subjetivo. *Opinio juris sive necessitatis*, ánimo de considerar a esas conductas reiteradas como correctas y obligatorias.

Para otros, la costumbre es la aportación de la sabiduría colectiva a la vida reglamentada, es el producto sociológico y psicológico colectivo aplicado al derecho; Herman Heller dice que costumbre es la normalidad no normada de la vida social.

La costumbre puede ser: *secundum lege, praeter lege y contra lege*.

Dentro del sistema jurídico mexicano, la costumbre ocupa un lugar secundario como fuente del derecho; por lo que partiendo del principio de que contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario (artículo 10 del Código Civil), sólo se reconocen algunas excepciones que confirman la regla, por ejemplo: en materia internacional (artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia); en materia mercantil-bancaria (artículo 2 del Código de Comercio); materia laboral en favor del trabajador (artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo); en materia civil contractual (artículo 10 del Código Civil); etcétera. En materia penal está prohibida expresamente (artículo 14 constitucional, tercer párrafo).

4. *Doctrina*

Se conoce como doctrina a los estudios jurídicos de alto contenido científico realizados por jurisconsultos y doctos en derecho. Aunque no es fuente oficial, toda vez que deriva de particulares que realizan una interpretación privada del

derecho y no de órganos competentes del Estado, la doctrina ha sido considerada como la fuente más rica y respetada de la que abrevan legisladores, jueces, maestros, estudiantes, etcétera.

Los tratadistas y jurisconsultos creadores de doctrina son los verdaderos hacedores del derecho; así por ejemplo, el derecho clásico romano fue construido por los prudentes y los pretores, quienes tenían delegado el *jus respondendi*. Es por ello que no de manera gratuita se ha calificado a la doctrina como la fuente de fuentes, con gran fuerza moral que no obliga, pero alimenta.

5. Principios generales de derecho

Son las máximas, los axiomas o aforismos ético-filosóficos que marcan la pauta de la justicia en el derecho. Son distintivos de la familia romanista y de la abstracción conceptualista alemana.

Nuestro sistema jurídico los reconoce (artículo 14 constitucional; 19 Código Civil; 1324 Código de Comercio; 17 Ley Federal del Trabajo), por ejemplo: *nullum crimen, nullum poena sine lege*; en caso de duda deberá absolverse; todo individuo es inocente hasta que no se pruebe plenamente lo contrario; *non bis in idem*; nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter civil; ninguna ley tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna; *pacta sunt servanda*; *res inter alios acta*; *ex consensu advenit vinculum*; *ex aequo et bono*; contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario; primero en tiempo, primero en derecho; suplencia de la queja deficiente (amparo, derecho agrario, derecho del trabajo); etcétera.

6. Fuentes particulares o normas individualizadas

Bajo esta categoría se alude a las resoluciones judiciales y administrativas que dirimen casos concretos sin crear jurisprudencia, así como a los convenios y contratos que originan derechos y obligaciones únicamente para los interesados, dando realce a las circunstancias especiales y a la voluntad de las partes involucradas en determinados negocios jurídicos.⁴⁵

45 Sobre estas fuentes particulares del derecho que tanta importancia podrían llegar a tener ante la creciente participación y presencia de la sociedad civil en la vida del Estado, Fix-Zamudio cita como ejemplo a los contratos colectivos de trabajo, elaborados por la vía del convenio entre las agrupaciones de obreros y patronos, fijando las condiciones generales de trabajo que pueden abarcar una empresa o todo un sector de la producción, como ocurre con los contratos colectivos obligatorios aprobados por el poder público. (Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, México, Porrúa, 1984, p. 37.)