

CAVILACIONES 1992 SOBRE DERECHO DE LAS FINANZAS Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS

León CORTIÑAS-PELÁEZ

SUMARIO: I. 1. *Una disciplina desvirtuada y "motorizada"*. 2. *Plan de este artículo*. II. 1. *El "parteaguas" de finanzas clásicas y modernas*. 2. *El principio de la capacidad contributiva y el abuso del derecho*. III. 1. *La composición del gasto para la doctrina clásica*. 2. *La distinción del gasto público respecto de los gastos administrativos*. IV. 1. *El concepto ampliado de ingresos públicos*. 2. *Soberanía tarifaria y concepción patrimonialista*. V. 1. *Las tarifas "suficiente" y "bonificada": Reivindicación de la universalidad originaria del clásico "servicio público"*. 2. *El gravamen debe afectar rentas verdaderamente libres*. VI. 1. *Principio de subsidiariedad y derecho mexicano*. 2. *La Concesión de servicio público ante la justicia fiscal de las finanzas modernas*. VII. 1. *La soberanía tarifaria de la administración*. 2. *Empresas públicas, sistema fiscal y técnicas de subvenciones*. VIII. 1. *Legitimidad, liberalismo y progresividad tributaria*. 2. *Contribuciones especiales, empréstitos y rol "paralizador" del Parlamento*. 3. *Instituciones crediticias, deuda y créditos "atados", reconstrucción moderna del presupuesto*. IX. 1. *Preceptiva constitucional democrática y apoyatura doctrinal autoritaria*. 2. *El manejo "desapercibido" de la doctrina nacionalsocialista*. X. 1. *Expansión del sector paraestatal y categorización de los cometidos del Poder Público*. XI. 1. *Nuevo concepto de la libertad y Estado intervencionista*. 2. *Administración prescricional y finanzas públicas*. 3. *De los cameralistas a los objetivos de la Constitución Nacional del siglo XX*. XII. 1. *Una "depuración" terminológica: inadecuación de "función", "atribuciones" y "servicios públicos"*. 2. *La titularidad de principio de las cuatro funciones del Poder Público en los cuatro poderes del Estado*. XIII. 1. *Facultades del Ejecutivo para el cumplimiento de su cometido hacendario*. XIV. 1. *La función abstracta y el cometido concreto*. 2. *Los cometidos esenciales "clásicos"*. 3. *Los cometidos esenciales del constitucionalismo social mexicano*. 4. *El régimen jurídico de los cometidos esenciales*. XV. 1. *Concesión y cometido de servicio público*. 2. *El régimen jurídico de los cometidos de servicio público*. XVI. 1. *Los cometidos sociales, imperativo constitucional del Estado democrático y social de Derecho*. 2. *Las diferencias con los cometidos de servicio público: concepto*. 3. *El régimen jurídico de los cometidos sociales*. XVII. 1. *El cuarto nivel: los cometidos "privados"*. 2. *El régimen jurídico de los cometidos*

"privados". 3. Las "actividades privadas de interés público". XVIII. 1. Una reflexión científica y pedagógica: el nuevo Plan de Estudios de la U.N.A.M./"Acatlán". 2. Tradicionalismo juricista y ciencias sociales. 3. Crítica asistemática y estructura global del nuevo Plan de Derecho. XIX. 1. La sustitución del derecho fiscal por el derecho financiero: un freno a la desvirtuación "tributarista" del derecho de las finanzas públicas. XX. 1. La preespecialización en derecho de las finanzas públicas. 2. La preespecialización en derecho de la administración pública. XXI. 1. La entraña del cameralismo en esta reflexión administrativa sobre las finanzas públicas.

I

1. Una disciplina desvirtuada y "motorizada"

Las finanzas públicas son una materia escasa y, por lo general, pobremente tratada, en los cursos y materiales de las facultades de derecho, tanto latinoamericanas como europeas, en las cuales el "negocio potencial" de las partes tributarias del derecho financiero suele llevar a los expositores a un descuido manifiesto de los temas —del gasto, el crédito y la deuda públicos, la moneda, el presupuesto y la planeación— constitutivos de la incambiada "médula substancial" del derecho financiero.

Por otra parte, la exposición de esta disciplina, la más "motorizada" del derecho administrativo *lato sensu* contemporáneo, corre el tantas veces apuntado riesgo de los rápidos y a veces caprichosos cambios del derecho positivo: alguna doctrina logra empero a veces superar esta clásica dificultad, pues hasta parece dotada para la "profecía del devenir normativo", al punto de que algunas de sus consideraciones de 1981 fueron claramente precursoras de las adiciones y modificaciones de 1983 a la Constitución Nacional en materia económica, de control y de responsabilidad de nuestros servidores públicos, así como de la novísima legislación de 1983 y de 1985 en materia bancaria y de crédito público, con posterioridad a la constitucionalización del "servicio público nacionalizado", de 17 de noviembre de 1982; otras doctrinas empero carecieron de ese don profético ante las modificaciones y adiciones constitucionales de 1990 a 1992, por haberse arrinconado en la servil postura del positivismo normativista.

2. Plan de este artículo

Apuntaremos seguidamente algunos subtemas que la doctrina reciente¹ nos ha permitido enfocar con enriquecimiento. Entre ellos, destacaremos: el parteaguas de finanzas clásicas y finanzas modernas (II), la distinción entre gasto administrativo y gasto público (III), la naturaleza y modalidades de las tasas o derechos por servicios públicos (IV), las tarifas "suficiente" y "bonificada" en la puesta en vigor del principio mismo del clásico "servicio público" (V), la crítica moderna de la concesión de servicios públicos (VI), la técnica de las subvenciones o subsidios ante las empresas públicas (VII), los principales "núcleos de polémica" suscitados por una primera aproximación doctrinal (VIII), alguna discrepancia relativa a las tendencias autoritarias de doctrinas alemanas frecuentemente manejadas con desconocimiento de sus raíces y verdaderos alcances (IX), el horizonte de la conceptualización y ejemplos de los cometidos del Poder Público en función administrativa (X a XVII), las nuevas perspectivas de los nuevos Planes de Estudio aprobados por la Universidad Nacional Autónoma de México en alguno de sus planteles jurídicos avanzados (XVIII a XX), nuevos subtemas que ratifican el interés científico y pedagógico de los planteamientos de la doctrina mexicana reciente (XXI).

II

1. El "parteaguas" de finanzas clásicas y modernas

La "almendra" conceptual radica en la distinción entre finanzas clásicas y finanzas modernas, que la doctrina reciente plantea reiteradamente, siguiendo a los autores postkeynesianos y, en particular, al francés Maurice Duverger y a los angloamericanos Richard A. y Peggy B. Musgrave. Las finanzas clásicas, que en México podemos identificar con la Constitución de 1857 y sus estructuras político-administrativas, corresponden a la postura abstencionista del liberalismo, postulan el establecimiento automático de los equilibrios

¹ Por ej. de la tendencia doctrinal aquí comentada: FAYA VIESCA, Jacinto, *Finanzas Públicas*, 2a. ed. ciudad de México, Porrúa, S. A., 1986; CORTIÑAS-GUTIÉRREZ, Alfonso, *Curso de finanzas públicas mexicanas*, ciudad de México, Porrúa, S. A., 1977, y RETCHKIMAN-KIRK, Benjamín, *Introducción al estudio de la economía pública*, ciudad de México, UNAM textos universitarios, 3a. ed., 1983.

económicos y sociales y, en consecuencia, reducen al mínimo el financiamiento del Poder Público. Éste se limita a contadas dependencias centralizadas, las cuales asumen, en sentido estricto, los hoy doctrinalmente conocidos como cometidos *esenciales* clásicos (*infra*, XIV), es decir, los de relaciones exteriores, relaciones interiores, defensa, policía y, en sentido igualmente restringido, el hacendario o financiero. La inexistencia (1857-1917) de una más compleja administración centralizada, y el total desconocimiento de la hoy multiforme administración paraestatal, conllevan la ausencia de empresas públicas y, en consecuencia, tienden a estrechar las fuentes tributarias a los impuestos y derechos o tasas, dado que el raquíto gasto público prescinde de los productos y tiende a condenar al crédito público y específicamente a la deuda como mecanismo de obtención de ingresos, siendo el presupuesto un simple asentamiento cuantitativo de entradas y salidas, ajeno por completo a toda misión programática y, menos aún, planificadora.

Por el contrario, *las finanzas modernas*, que en México podríamos, con reservas, identificar con la Constitución de 1917, adicionada y modificada intensamente durante las siete décadas posteriores (1917-1988), *corresponde a la postura intervencionista del Estado democrático y social de Derecho*; ellas parten de la tendencia espontánea al desequilibrio, en favor de los más fuertes, de las estructuras económicas y sociales y, para contrarrestarla, expanden intensamente el "aparato" y el financiamiento del Poder Público. Éste cuenta con numerosas dependencias centralizadas pero, además, con una compleja administración paraestatal, todo lo cual totaliza unas doscientas (1992) instituciones administrativas que asumen, por supuesto, los cometidos esenciales, pero también los cometidos de servicio público o servicios públicos en sentido estricto (*infra*, XV), los cometidos sociales (*infra* XVI), y —principalmente mediante empresas públicas— los cometidos agropecuarios, industriales y mercantiles (*infra*, XVII) del Poder Público. Todo ello se refleja en la sofisticación creciente de las fuentes tributarias, no-tributarias, crediticias y monetarias del financiamiento de un importante gasto público, respecto del cual el presupuesto se convierte en una herramienta cualitativa de desarrollo, condicionando los egresos a las metas y a los programas previstos en las normas plurianuales de la planeación (inclusive hoy, en el vigente Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994).

2. El principio de la capacidad contributiva y el abuso del derecho

En otros términos, *todos y cada uno de los subtemas de la doctrina contemporánea se encuentran presididos por una postura sistemática en favor de la concepción moderna de las finanzas públicas*. Ello, muy particularmente, respecto del gasto público, de las tasas y tarifas de los servicios públicos, de la concesión administrativa (*infra*, XV), del concepto muy amplio de ingresos públicos, de la crítica al sistema fiscal mexicano *y la exaltación del principio de la capacidad contributiva de los habitantes*, principio identificado con, e instrumentado mediante, fórmulas tendencialmente progresivas de tributación.

Este principio contrasta, de este modo, con las antiguallas categoriales de "la proporcionalidad", de la desnaturalizada "equidad" y del formalismo que garantizan —en la interpretación jurisprudencial dominante de los textos constitucionales— el "abuso del derecho" por parte de las clases económica y tributariamente dominantes, *siempre "insolventes" para el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y siempre "muy solventes" para asegurarse apoyos transnacionales y los servicios profesionales de los graduados —pretendidamente "apolíticos" y sustantivamente "antidemocráticos y antisociales"— de nuestras muy conservadoras facultades y escuelas de contaduría y de derecho.*² En este último sentido, resulta por momentos fascinante el rigor de los razonamientos de quienes podrían ser cómodamente próclives a la inclinación de sus colegas, especialmente titulares de la función jurisdiccional de principio,³ tan frecuentemente "analfabetos" en la lectura de los imperativos democráticos y sociales del Constituyente nacional mexicano.

² Cfr. CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "De la planeación tributaria y del abuso del derecho (legitimidad sustantiva y legalidad formal)", ciudad de México, *Tribunal Fiscal de la Federación, 50 años al servicio de México*, número extraordinario del 50º Aniversario del Tribunal, 1988, ed. del Fideicomiso para la investigación del derecho fiscal y administrativo, t. V, pp. 115-184.

³ El Senado de la República ha creído necesario rechazar los peligros de una "tecnocracia judicial" y la mediatización del llamado "gobierno de los jueces", en su dictamen LD-38/94 de 26 de diciembre de 1984, que puede leerse en Arturo GONZÁLEZ COSÍO, *El juicio de amparo*, ciudad de México, Porrúa, S. A., 1985, pp. 281-284 (hay 3a. ed. de 1990). Ello concuerda con las manifestaciones, en el Constituyente de 1917, formuladas por el ilustre queretano José María TRUCHUELO: "...que el Poder Judicial tenga su origen en la elección libre y directa del pueblo, para que no sea un simple tribunal sujeto a las intrigas de los influyentes, sino el verdadero intérprete de la Justicia Nacional", reproducido en el testimonio colectivo *Los Constituyentes ante su obra 1917*, Prólogo de Mariano PALACIOS ALCOCER,

III

1. *La composición del gasto para la doctrina clásica*

La doctrina que presentamos críticamente en este trabajo *tiende a privilegiar claramente a los egresos respecto de los ingresos*, y, administrativamente, a las dependencias federales encargadas de la programación y del presupuesto, respecto de quienes asumen las misiones de recaudación y de inspección fiscales.

Siguiendo a Duverger, se enfatiza que la verdadera naturaleza de los gastos públicos no es demasiado importante, ni son éstos un problema de orden financiero, sino fundamentalmente administrativo-político. Mientras que, para las finanzas clásicas, lo importante era el monto global de los gastos públicos, *para las finanzas modernas lo decisivo es la composición del gasto*, es decir, *su aspecto cualitativo*. Por ello, se deja atrás la clasificación de gastos ordinarios y extraordinarios, sustituyéndola por la de "gastos de funcionamiento" y "gastos de capital". "Los defensores de la concepción clásica son conscientes de que los gastos públicos no son ni aniquiladores ni destructivos; saben que se trata de una redistribución pública de recursos. *Su oposición al gasto público no es tanto porque estén convencidos de que los particulares sean superiores al Estado para manejar la riqueza; más bien podría ser que la exacción de rentas privadas, para su posterior redistribución, los lesiona en sus intereses económicos*".⁴

Por lo demás, siempre la experiencia ha demostrado y lo está demostrado gravemente (1982-1994) en nuestro México actual que en los países subdesarrollados *la iniciativa privada no puede cumplir una misión transformadora sino conservadora de las arcaicas estructuras sociales y económicas*, es decir, que ella no es suficiente para cambiar la organización económica y encauzar al país hacia mejores niveles de vida. Paradójicamente, en los países occidentales, *es una constante social la oposición sistemática de los grupos privados al crecimiento de los gastos públicos*, no siendo esos grupos conscientes de que cualquier gasto público destinado a la infraestructura industrial de comunicacio-

ciudad de México, Senado de la República, 1985, 324 pp., en su pág. 224-225, 1985. En este sentido el maestro Mario DE LA CUEVA concluía que "México está esperando, que el pueblo pueda hacer el elogio de sus jueces" (*El nuevo derecho mexicano del trabajo*, ciudad de México, Porrúa, S. A., t. I, ed. 1977, p. 597).

⁴ FAYA VIESCA, *ibidem*, pp. 37, 38 y 40.

nes, a los programas de nutrición, salud, educación, y vivienda, siempre repercutirá favorablemente en las actividades económicas de los particulares.

2. *La distinción del gasto público respecto de los gastos administrativos*

En verdad, *los clásicos confundían los gastos administrativos con los gastos públicos* en general, puesto que la tesis abstencionista del liberalismo circunscribía el Poder Público al cumplimiento de los escasos cometidos esenciales (*infra*, ampliamente, en nuestro apartado XIV), que detalláramos más arriba, al comienzo de nuestro apartado II.

Ahora bien, las finanzas modernas se encuentran con la *asunción por el Estado de actividades ("cometidos") sumamente importantes* (*infra*, ampliamente, nuestros apartados XI a XVII), *que nada tienen que ver con la administración*, entendida ésta en sentido estricto;⁵ así, en derecho administrativo, económico y financiero de los Estados Unidos Mexicanos, cabría señalar, a título de ejemplos: las grandes obras de infraestructura (desarrollo urbano y ecología, agricultura y recursos hidráulicos, caminos y puentes federales), las inversiones en las empresas públicas (energía, minas e industria paraestatal; específicamente los programas de energía nuclear de Laguna Verde y de siderurgia en las Truchas-Lázaro Cárdenas), los programas de seguridad y asistencia social (Seguro Social, Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, Fondo Nacional para el Consumo de los Trabajadores), la formulación de políticas de fomento (fomento de exportaciones no-petroleras, exenciones tributarias a la industria, estímulos a la desconcentración territorial). Todas estas actividades rebasan la mera *administración clásica y comportan, precisamente cometidos sociales y cometidos industriales y mercantiles del Poder Público, cuyos gastos son "públicos" por ser de interés general, diversos de los gastos puramente "administrativos"*.

Respecto de todos estos conceptos y ejemplos de cometidos del Poder Público, *infra*, nuestros apartados X y XVII.

⁵ *Ibidem*, pp. 50-51 y 58.

IV

1. El concepto ampliado de ingresos públicos

Estos planteamientos conducen, por elemental coherencia, a una noción muy amplia de los ingresos públicos y a una concepción, ciertamente poco frecuente entre nosotros, del financiamiento de las instituciones encargadas de la prestación de los cometidos del Poder Público.

Como hemos señalado, para las finanzas clásicas, los ingresos excluían casi a los productos y al crédito público, descuidándose así dos de las fuentes más importantes del contemporáneo financiamiento de los cometidos del Poder Público.

Siguiendo la doctrina jus-financiera del maestro Ramón Valdés Costa se adopta, por el contrario, un concepto amplísimo, pues son recursos públicos "los ingresos en la Tesorería del Estado, cualquiera que sea su naturaleza económica o jurídica",⁶ es decir, un concepto orgánico, determinado por la indole pública de la institución depositaria o receptora de los créditos, fondos y valores destinados al Poder Público. Automáticamente, adquieren "derecho de ciudadanía", como ingresos públicos, los derivados de los cometidos industriales, agropecuarios y mercantiles, designados como "productos" por el Código Fiscal de la Federación de 1981; así como se "exorciza" al empréstito, considerado tan normal como otras formas de ingreso, dado que —destinado razonablemente a la conservación y acrecentamiento de los bienes de un país— se convierte en instrumento de capitalización.⁷

2. Soberanía tarifaria y concepción patrimonialista

Con relación a los tributos pagados por los usuarios de cometidos de servicio público o "servicios públicos" en sentido estricto, es decir, lo que el Código Fiscal de la Federación de 1981 denomina anfibológicamente "derechos", y que la doctrina suele llamar "tasas", surge ahora una postura original en doctrina mexicana.

En muy motivada contradicción con todos los tributaristas mexicanos, se sostiene que los derechos o tasas no constituyen "una con-

⁶ *Ibidem*, p. 66.

⁷ *Ibidem*, pp. 163-168. La crisis del endeudamiento externo de los ochentas es irrelevante para esta consideración conceptual.

traprestación" por los servicios públicos, concepción liberal ésta originada en las finanzas clásicas, que encubría la supervivencia de una postura "privatística", fundada en la consideración de los derechos en cuanto "precio contractual". Esta última postura lleva equivocadamente a pretender que los servicios sean autofinanciados mediante la correspondiente tarifa de derechos o tasas, es decir, lleva a pretender un régimen de "tarifa suficiente" y a condenar las consideraciones sociales que motivan los regímenes vigentes de "tarifa deficitaria o bonificada", los cuales parten no de una "concepción patrimonialista de la tarifa" sino de la soberanía tarifaria de la administración, que sólo pretende exaccionar una tasa o derecho fiscal con ocasión del uso de bienes del dominio público o de la prestación de un servicio público".⁸

La tesis patrimonialista respecto de las tarifas de "servicios públicos" parte de la tesis de la "divisibilidad de los servicios", que permitiría contraprestaciones individualizadas, por oposición a la indivisibilidad de los "cometidos esenciales" (*infra*, nuestro XIV), que sólo podrían financiarse mediante la tributación colectiva de los impuestos en sentido estricto. En verdad, el rango clásico de "servicio público" excluye el sistema de financiamiento por el usuario respecto de cada una de las prestaciones individualizadas y supone —es una cuestión de concepto, como enfatiza el maestro Eduardo García de Enterría (*infra*, nuestra nota 10)—, su financiación colectiva y los beneficios de los cometidos del Poder Público, o sea, inclusive en sentido amplio, sus prestaciones individualizadas, como comprendidos en la "socialización de los riesgos", ínsitos en su eventual inexistencia o discontinuidad: dada la interdependencia humana y social, beneficiaria permanente es la comunidad y, aún aceptando la idea del "costo del servicio", éste comprendería, por una parte el costo meramente de utilización que sería sostenido por los derechos o tasas y, por otra parte, el costo del establecimiento global del servicio, cuya amortización tendría que ser financiada a través del impuesto. En efecto, no se trata de una carga exclusiva de los destinatarios, dado que los servicios rebasan por mucho a la simple satisfacción de necesidades individuales y vienen a vertebrar grandes estructuras sociales, irrenunciables, de la vida cotidiana de nuestro tiempo.

⁸ *Ibidem*, pp. 95-116, esp. 96, 99-103.

V.

1. *Las tarifas "suficiente" y "bonificada": reivindicación de la universalidad originaria del clásico "servicio público"*

Importa la política jurídica y social subterránea en esto. *La exigencia de una "tarifa suficiente", de un "precio" que fuera la contraprestación del servicio, anularía la justicia fiscal y la vigencia del principio de capacidad contributiva, como fundamento último del sistema tributario. La pretensión del autofinanciamiento del servicio, mediante prestaciones directas de los usuarios, haría nugatoria la meta de redistribución del ingreso, postulada por las finanzas modernas, y equivaldría al "principio de exclusión" (de los pobres), es decir, que sólo la demanda de servicios "solvente", la de los ricos, sería atendida. Esto sería inconciliable con el Estado democrático y social de Derecho, motivado en sus servicios por criterios de interés público y no de libre concurrencia: No es posible independizar los derechos o tasas por servicios, respecto del criterio de la capacidad contributiva. En este sentido, una concepción "macroscópica" de las finanzas públicas se opone al desplazamiento de la carga fiscal —propuesto por los clásicos y por sus epígonos "monetaristas" y neoliberales contemporáneos, para el "autofinanciamiento" de los servicios públicos— pues este desplazamiento gravaría a los niveles de renta más bajos, configurando una distribución regresiva de las cargas públicas, como tiende a suceder en México para 1982-1994.*

De este modo, el principio de justicia tributaria y la permanente conservación del interés público obligan a la forja de todo un sistema de modulación tarifaria, en donde las tasas o derechos por servicios se concretarán de acuerdo a la real capacidad contributiva de los usuarios. Esto obliga a que, como ha acontecido de hecho tendencialmente en algunos cometidos de servicio público mexicanos (vg., casetas telefónicas, servicios de transporte colectivo en la ciudad de México), queden exentos en forma casi absoluta aquellos particulares impedidos del pago, en virtud de su carencia de capacidad contributiva. La exención total de tarifas para ciertos sectores de la población deberá ser una parte fundamental de todo sistema financiero, y ello, además, porque los servicios públicos se erigen y se sostienen en beneficio de toda la comunidad, y no de determinadas capas sociales con cierta capacidad contributiva.

El rechazo de la concepción patrimonialista de la tarifa, el énfasis en la gran distinción entre sostener y pagar, nos enfrenta con la tendencia, desafortunadamente dominante en ciertas administraciones latinoamericanas, hacia una rentabilidad "productivística" de la hacienda pública que, obedeciendo a los criterios de conocidos organismos internacionales, desea aplicar tasas o derechos como real convertibilidad del costo del servicio —impidiendo el cumplimiento de la justicia fiscal y de la igualdad ante las cargas tributarias— en detrimento no sólo de los habitantes con más bajos niveles de renta sino de un sistema financiero más sano y justo.⁹

La nueva doctrina mexicana, siguiendo a García de Enterría,¹⁰ sostiene que, en lugar del principio neutral de la "tarifa suficiente" y de su correlato de la "tarifa móvil", cabe inclinarse por un principio radicalmente distinto, el de la "tarifa dirigida", la tarifa políticamente ordenada y concebida. Desde este punto de vista, pasa a un segundo plano la idea de que las tasas o derechos tienen que ser instrumentos de financiación del servicio, asumiendo primacía la idea de que deberán estudiarse desde su funcionalidad respecto del público usuario, es decir, su efectividad social última.

Surge así la noción de la "tarifa bonificada", la que resulta de la relación entre, por una parte, el costo del establecimiento y la explotación del servicio y, por otra parte, la capacidad económica de los que, forzadamente, tendrán que hacer uso del servicio. La tarifa bonificada no es sólo un principio abstracto de protección para aquellas personas de bajos niveles económicos sino, muy particularmente, se trata de la puesta en vigor del principio mismo del clásico "servicio público" en sentido lato, que dirige a éste inexorablemente al cumplimiento de su misión pública efectiva: en el caso mexicano y, en general, de los países del Tercer Mundo, una "tarifa suficiente", como las que imponen los organismos internacionales en el marco de la deuda externa, marginaría a grandes masas humanas de la prestación de los cometidos del Poder Público, con grave deterioro de la organización jurídica, política y social.

⁹ *Ibidem*, pp. 107-108.

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos", Madrid, *Revista de administración pública*, 1953, N° 12, pp. 129-158.

2. *El gravamen debe afectar rentas verdaderamente libres*

En conclusión, la tarifa de tasas o derechos constituye una verdadera exacción pública cuyo título se encuentra en la Ley, y no en la voluntad de los usuarios; además, toda "tarifa suficiente" desplaza imperativamente la carga tributaria al contribuyente con más escasa capacidad contributiva, de donde se impone la "tarifa bonificada" como la solución más justa y adecuada. Ciertamente, la tarifa bonificada produce formalmente un déficit económico de la financiación del servicio, déficit que la tarifa "suficiente" pretende cubrir mediante la tributación de una tasa o derecho que baste a cubrir el costo del establecimiento, explotación y amortización del servicio; sólo que, con este criterio, se grava injustamente a los particulares de menores ingresos, haciendo recaer sobre ellos la explotación de un servicio no sólo forzoso y necesario, sino de interés general para el conjunto de la colectividad. Desde el punto de vista de la teoría de la tributación, la tarifa suficiente grava rentas de carácter no libre, destinadas exclusivamente en los hogares modestos al sostenimiento personal y familiar; por el contrario, la tarifa bonificada obliga a que el déficit del servicio se cubra con exacciones impuestas sobre verdaderas rentas libres, de personas con alta capacidad contributiva.¹¹

VI

1. Principio de subsidiariedad y derecho mexicano

Las finanzas clásicas, abstencionistas y liberales, han pretendido que la acción social y económica del Poder Público sólo procede cuando la iniciativa privada se revela impotente o inepta en la prestación de los cometidos correspondientes. Tal es el "principio de la subsidiariedad" de la acción pública, hoy prácticamente indefendible ante los errores teóricos y el fracaso práctico del libre juego en la actividad económica.¹²

Este principio de la subsidiariedad es, por otra parte, incompatible con el liberalismo social inclusive de los Constituyentes de 1856-57 y con los tradicionales artículos 27 (1º), 73 fracc. XXIX, 123 y 131 párr. 2º de la Constitución Nacional mexicana de 1917.

¹¹ FAYA, *ibidem*, p. 111.

¹² *Ibidem*, pp. 19, 58 y 20.

cuyo rechazo del liberalismo económico y de las finanzas clásicas ha sido ratificado por los artículos 25, 26 y 28, que postulan la rectoría del Estado, la planeación del desarrollo, la exclusividad del sector público en las "áreas estratégicas" y su participación en las "áreas prioritarias" del desarrollo, para lo cual el Estado contará con los organismos y empresas que requiera.

2. *La concesión de servicio público ante la justicia fiscal de las finanzas modernas*

Ahora bien, es pertinente la vinculación de este punto con el clásico instituto administrativo de la concesión de servicio público (*infra*, cfr. nuestros apartados XV y XVI), respecto del cual cabe destacar una lúcida crítica, digna de mención.

Para la nueva doctrina financiera mexicana, la concesión administrativa es un efecto concreto de la postura de las finanzas clásicas que han propiciado la explotación de servicios públicos a cargo de particulares protegidos mediante la "ecuación financiera del servicio", es decir, en un régimen de autonomía financiera absoluta, apuntalada en la asimilación de las tarifas a un "precio o contraprestación del servicio", con la consecuente imposición de la tarifa suficiente.¹³

Este criterio "privatístico" confunde el "sostenimiento" de los servicios con el "pago" de los servicios, es decir, que se exige a los usuarios una contribución equivalente al costo total, la cual es socialmente indiferente a la capacidad contributiva de los usuarios. La imposición de este tipo de tarifas, ha impedido la aplicación de los principios de justicia fiscal y de la capacidad contributiva, gravando a los sectores con menor capacidad de rentas libres, con lo cual las concesiones administrativas que el Estado mexicano otorga a los particulares —para el establecimiento y explotación de servicios públicos de transporte y de distribución y venta de agua potable, por ejemplo— tienen el sello de las finanzas clásicas, grave deficiencia jurídica y financiera que viene a hacer nugatoria (particularmente en el periodo 1982-1994) la concreción de un saludable sistema financiero.

Precisa la doctrina renovadora, al respecto: "Las exigencias de grandes sectores sociales, que piden la municipalización o nacionalización de ciertos servicios públicos, tienen su plena justificación a la luz de la justicia fiscal, pues en la práctica, innumerables servicios

¹³ *Ibidem*, pp. 113-114.

públicos a cargo de particulares por el otorgamiento de concesiones administrativas, se explotan mediante un pleno autofinanciamiento con la imposición de tarifas suficientes, *gravando en forma igual a los desiguales, es decir, haciendo recaer las exacciones forzosas de la tarifa en forma indiscriminada*, y en forma igual ante usuarios con distintos niveles de renta reales".¹⁴

Ahora bien, estas consideraciones desembocan en la exposición de criterios críticos sobre el sistema fiscal mexicano. Ellos merecen consideración aparte.

VII

1. La soberanía tarifaria de la administración

Con relación al funcionamiento financiero de los servicios públicos, tanto prestados en régimen de concesión, como los prestados en régimen de administración directa por el Poder Público, se aportan, con insistencia, criterios inusuales a nuestro mundo jurídico, esclerosado por los criterios de la libre empresa y por el perdurable troquel "defensivo" (*infra*, apartado XI) del derecho administrativo clásico.¹⁵

En primer término, en virtud de que las tarifas de derechos o tasas afectan al orden de los servicios públicos, *la administración pública conserva siempre la soberanía sobre las tarifas, constituyendo esta soberanía una potestad indefectible que, en ningún momento, puede extinguirse o disminuirse por el hecho de haberse otorgado la concesión administrativa*. La tarifa es ciertamente una redistribución a favor del concesionario, pero es la administración la única que tiene la potestad para fijarlas, y ello en virtud de que *la prestación de los servicios públicos se refiere a cometidos que corresponden originariamente al propio Poder Público, por sí mismo, y que éste únicamente "concede" (o concesiona) a los particulares*, sin que esto signifique que la administración subroga en éstos la potestad soberana para la fijación de las tarifas, las cuales, se reitera, nunca pueden cohibirse como un precio contractual.

¹⁴ *Ibidem*, p. 114, subrayado nuestro.

¹⁵ Para una crítica de la postura liberal "defensiva", v. MARTÍN-MATEO, Ramón, *Manual de Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 8a. ed., 1986, pp. 91-93; y más ampliamente, CORTIÑAS-PELÁEZ, León, *Las ciencias administrativas en América Latina*, Caracas, Universidad Central de Venezuela/Instituto de Derecho Público, 1972, núms. 9-12 y 63, pp. 17-28 y 121-124.

Es necesario subrayar que, *aun en el régimen concesional, es decir, cuando el Poder Público no gestiona directamente la prestación de sus cometidos, los ingresos provenientes de las tasas o derechos son ingresos públicos, independientemente de que los concesionarios particulares los gestionen merced a técnicas privadas*.

2. Empresas públicas, sistema fiscal y técnica de subvenciones

En segundo término, la rigidez originaria en la fijación "privatística" de las tarifas de los cometidos concesionados a particulares —y la eventual arbitrariedad de su fijación, determinada sin una planificada concertación de las diversas empresas privadas concesionarias— ha tendido a perpetuarse en las empresas públicas, cuando éstas asumen la titularidad de la gestión directa de estos servicios. *Aquella inelasticidad* —apoyada en un injusto desplazamiento de las cargas tributarias en favor de las clases sociales más solventes y en perjuicio de las más desfavorecidas— *perdura en la serie multiforme de entidades o empresas públicas que, gozando de su autonomía financiera, abusan de una incomprensible libertad en la fijación de sus tarifas*; en efecto, muchas de estas instituciones se han "atrincherado" en criterios patrimonialistas, *lo que trae que sus políticas de gastos e ingresos se desvinculan totalmente de la política general financiera de la administración*, no haciendo uso solamente de los formales mecanismos privados de gestión, sino adoptando para sus particulares políticas las sustantivas propias de las empresas privadas.

Se añade textualmente:

"El propio sistema fiscal mexicano, inelástico y poco congruente, que hace recaer la carga fiscal sobre la clase media y las personas físicas de menores ingresos, viene a propiciar la existencia de entidades de la Administración Pública Paraestatal, que sólo pueden existir mediante la concesión patrimonialista, que exige la implementación de la tarifa suficiente, como única vía para la existencia y funcionamiento de estas entidades".¹⁶ Lo contrario sería un régimen de subvenciones presupuestarias, para servicios de tarifa bonificada.

Este régimen de la "tarifa bonificada", que veíamos más arriba en nuestros apartados IV y V, forma parte de la que Eduardo García de Enterría describe como la técnica de las subvenciones o subsidios. Tradicional herramienta de la administración financiera mexicana y

¹⁶ *Ibidem*, pp. 97-98, 366.

que ha sido formalmente acogida, desde 1983, por la Constitución Nacional en su artículo 28, párrafo 11o. *Se trata de una técnica más del sistema financiero, pues la subvención juega un papel muy importante en la política de precios, constituyendo un real "gasto de transferencia", que no es tal propiamente desde el punto de vista de la contabilidad social sino que es una medida directamente redistributiva, consistente en que "el gobierno separa parte de los ingresos de los contribuyentes y los transfiere a los subvencionados" o a ciertos usuarios de determinados servicios o cometidos del Poder Público.*¹⁷

En derecho público mexicano, mientras los procedimientos de subvención como protección a órdenes generales de producción han tenido una aplicación muy diversificada, tenemos que, por el contrario, la subvención para la producción de artículos básicos, de beneficio directo al consumo de las clases más necesitadas, ha tenido una aplicación muy escasa. *En la práctica, la técnica de las subvenciones o subsidios carece de un apropiado marco jurídico y de una política definida. Ello constituye uno de los retos de la administración mexicana contemporánea, como preámbulo necesario para la sólida integración de la comunidad nacional, en el marco del sistema de economía mixta, garantizado por la Constitución: éste reclama la intervención económica del Poder Público y, por lo tanto, la administración tiene la irrenunciable obligación de elaborar adecuadamente técnicas de subvención tanto en el orden de la producción general, como en el de las subsistencias populares básicas, en beneficio directo del consumo de las clases más necesitadas.*

VIII

1. Legitimidad, liberalismo y progresividad tributaria

En los apartados anteriores hemos señalado algunos puntos relevantes. Sólo algunos. Este artículo podría referirse prolijamente a otros muchos "núcleos de polémica", suscitados por las recientes doctrinas.

Así, la exigencia de la legitimidad político-constitucional (*la auctoritas*) para fundar la facultad jurídico-administrativa concreta (el "imperio" o la *potestas*), en materia de facultades tributarias del Poder Público; la interdependencia y contradicciones entre el liberalismo económico y el liberalismo político, que se manifiestan históricamente

¹⁷ *Ibidem*, p. 112.

por la aplastante dominación del primero, puesto que *los liberales "siempre han preferido la supresión de las libertades políticas a la supresión de la propiedad privada"*;¹⁸ *la eficacia, para nosotros*¹⁹ *dudosa, de la tributación progresiva contra la plutocracia económica*, progresividad aquí algo sumariamente exaltada, aunque matizada más lejos;²⁰ *la refutación del mito del "Estado pozo" y la reivindicación de las empresas públicas mexicanas, como factor de aumento del ahorro nacional, real, y determinante para el desarrollo económico y social.*²¹

2. Contribuciones especiales, empréstitos y rol "paralizador" del Parlamento

En el mismo sentido, de sana y renovadora polémica y siguiendo la aportación de Rubén Aguirre Pangburn,²² se plantea la justificación de las contribuciones especiales —ahora consolidadas desde 1986, en el nuevo texto del artículo 2º del Código Fiscal de la Federación— fundamentándolas en el principio del enriquecimiento sin causa legítima, provocado por una función pública administrativa, que reporta un beneficio especial para el contribuyente y un gasto determinado que realiza el Estado.²³ Igualmente tenemos la reivindicación, siguiendo a Luis María Drago y a Enrique Sayagués-Laso,²⁴ del empréstito como acto de soberanía, considerando inaceptable la tesis del contrato de derecho privado y la contractual en general, pues sus caracteres específicos lo tipifican como una obligación autónoma unilateral, con valor por sí misma, que puede ser utilizada de distintas maneras y con fines diversos.

Igualmente, podrían apuntarse: de *lege ferenda*, la constructiva crítica a la fracción IV del artículo 31 constitucional, reivindicando el principio de la capacidad contributiva y, reiteradamente, el de la

¹⁸ *Ibidem*, pp. 4 y 18.

¹⁹ Cfr. Benjamín RETCHKIMAN-KIRK, *Introducción al estudio de la economía pública*, ciudad de México, UNAM, 3a. ed., 1983, pp. 230-231.

²⁰ *Ibidem*, pp. 32 y 246.

²¹ *Ibidem*, p. 351.

²² AGUIRRE PANGBURN, Rubén Octavio, *Los tributos especiales de la doctrina y la legislación mexicana*, UNAM/Facultad de Derecho, tesis de licenciatura, 1966.

²³ FAYA, *ibidem*, p. 119.

²⁴ SAYAGUÉS-LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 2 vols., 5a. ed., con notas de actualización por Daniel Hugo MARTINS, 1989, t. II, pp. 124-128, en sus parágrafos 565 a 569.

progresividad tributaria para los titulares de rentas verdaderamente libres, *la confesión de que la Hacienda "clásica" siempre ha tenido su mejor baluarte en el Parlamento*, en cuanto órgano electoralmente sectorial y por ende "paralizador" de los empujes "modernizantes" del Ejecutivo, pretendidamente y a veces (1929, 1940, 1988) dudosamente legitimado por el sexenal sufragio universal directo; el reconocimiento de la íntima vinculación del derecho administrativo con los derechos tributario y financiero,²⁵ recordando las perdurables contribuciones del francés Gastón Jèze y, fundamentalmente, del ilustre maestro franco-alemán de la Universidad de Estrasburgo, el siempre admirable Otto Mayer.²⁶

3. Instituciones crediticias, deuda y créditos "atados", reconstrucción moderna del presupuesto

En el campo financiero no-tributario, es decir, vg., en los derechos bancario, crediticio y presupuestario, destacan las precursoras líneas sobre organismos oficiales de crédito y nacionalización bancaria, ciertamente vigentes aún después de los retrocesos constituyentes y legislativos de las desnacionalizaciones de 1982-1994) que la doctrina califica de "forma encubierta de socialización del propio crédito", que se pone a disposición de la sociedad por móviles distintos a los de la economía privada, *configurándose auténticas prestaciones administrativas*, a pesar de que el funcionamiento del crédito recurra a fórmulas de derecho privado; la caracterización moderna de la *deuda pública*, no solamente como una cuestión económica, sino, *fundamentalmente, como un problema social, puesto que el empréstito no se suscribe por las mismas clases sociales obligadas a pagar el impuesto*; la crítica

²⁵ FAYA, *ibidem*, pp. 116 y 134.

²⁶ En sus versiones francesa de 1904, en su 3a. y última alemana de 1923 (en dos vols.) y en las sucesivas reimpresiones de su versión castellana de 1949, formulada ésta por Horacio H. HEREDIA y Ernesto KORTOSCHIN, en 4 vols. (de respectivamente 325, 329, 319 y 375 págs.), el *Derecho Administrativo alemán* de MAYER sigue configurando una aportación decisiva respecto de la mayoría de los temas entonces abordados (ahora, reimpresión de Buenos Aires, Depalma, 1982). Tal es, también, la convicción del maestro Otto BACHOF, "Sobre algunas tendencias evolutivas del Derecho administrativo alemán contemporáneo", en Madrid: *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX, Homenaje a Enrique SAYAGUÉS-LASO*, ed. I.E.A.L., 1969, "Preface", de Marcel WALINE, t. IV, pp. 439-462, esp. 443-447.

a la discreción excesiva que rodea a los empréstitos concertados con organismos financieros internacionales, estructurados predominantemente como préstamos bancarios de derecho privado y no como obligaciones de derecho público, "créditos atados" que no tendrían respeto ante la soberanía de los países receptores de los créditos;²⁷ en materia presupuestaria, *la refutación del liberal Fernando Sáinz de Bujanda, respecto de los clásicos principios de unidad y universalidad del presupuesto*, y la reconstrucción moderna de los principios de equilibrio, anualidad y especificación;²⁸ el realce quizá excesivo acordado, en el marco de las reformas administrativas y presupuestarias de 1976-77, a la tajante separación entre autoridad ordenadora y autoridad pagadora del gasto, ésta no sometida jerárquicamente a la primera;²⁹ en definitiva, la muy técnica, pero en definitiva muy política, explicación de la teoría y práctica del presupuesto por rogramas.³⁰

IX

1. Preceptiva constitucional democrática y apoyatura doctrinal autoritaria

Permítasenos formular algunas discrepancias, tanto sobre la cosmovisión subyacente en el derecho público y específicamente en el derecho financiero, como sobre la categorización de las actividades del Poder Público en cuanto cometidos de éste en función administrativa y, finalmente, algunas reflexiones sobre el horizonte pedagógico de recientes reformas de los planes y programas de estudio de la universidad mexicana, en las cuales no dejará de tener la nueva doctrina una irradiación no sólo positiva sino particularmente creativa.

En primer lugar, y como ya lo hiciéramos más determinadamente en otra ocasión, un entusiasmo algo ingenuo lleva a vincular positivamente la nueva doctrina con alguna postura que nos parece repugna a la vertebración, democrática, del sistema jurídico mexicano.

²⁷ FAYA, *ibidem*, pp. 151-170, 176.

²⁸ *Ibidem*, pp. 204-214, 215, 221.

²⁹ *Ibidem*, pp. 252, 261, 269-70; lo cual cabría matizar y discutir conceptualmente a partir del D.O.F. de 17 febrero 1992, que reinventa "El monstruo" de Hacienda, al fusionarla con S.P.P.

³⁰ *Ibidem*, pp. 373-412.

En efecto, se sobrestima³¹ la aportación de Ernst Forsthoff en la doctrina contemporánea del derecho administrativo, de cuya nefasta significación nos hemos ocupado críticamente en otro lugar.³²

Parécenos al respecto oportuno recordar que la versión castellana —de este clásico del pensamiento nacional-socialista, en materia de derecho administrativo— fue publicada en Madrid durante la dictadura franquista y que la versión francesa, que en 1975 comentáramos, no pudo encontrar editor en Francia y sí sólo en una conocida editorial técnica y autoritaria de Bélgica.³³

2. El manejo "desapercibido" de la doctrina nacional socialista

Ahora bien, para Forsthoff, el Estado es un ente situado por encima (p. 55, citamos a nivel texto la ed. belga) e independientemente de los ciudadanos (p. 117), y su autoridad es superior a la regla de derecho (pp. 55 y 350). Importa, particularmente a los juristas mexicanos, saber que rechaza el profesor de Heidelberg la supremacía de la Constitución con respecto a las demás fuentes del derecho, colocándola en el plano de lo contingente (p. 60 en nota), de lo eventualmente prescindible o de lo que se encuentra reducido al plano de las buenas intenciones (p. 94). El tratadista alemán presenta al Estado de Derecho como una ideología (p. 81) en ocaso, como algo que ya no existe más (*ibidem*) y que no podrá ser resucitado.

Pero esto, no con el objeto de sostener una idea nueva, sino demostrándose más bien "nostálgico" (pp. 43-44 y nota 19) del "Estado Total" preconizado por Adolfo Hitler y que el profesor alemán exaltará en 1933 en su obra *El Estado total*,³⁴ obra ésta que nos parece

³¹ *Ibidem*, pp. 425-426.

³² Cfr., de CORTIÑAS PELÁEZ, León, la recensión sobre el *Traité de droit administratif*, en ciudad de México, *Revista de administración pública*, INAP, 1975, N° 30, pp. 159-165; y, más ampliamente, del mismo CORTIÑAS, la extensa recensión sobre el *Droit administratif* de Maurice BOURJOL, ciudad de México, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XXIV, núms. 93-94, 1974, pp. 341-357; reproducción en Mérida de los Andes/Venezuela, *Anuario de la Facultad de Derecho*, N° 9, 1979, pp. 435-446; y, del mismo, "De la concepción autoritaria y de la concepción democrática en derecho administrativo", ciudad de México, *Alegatos* (UAM-A/Depto. de Derecho), ab. 1992, N° 20, pp. 103-122.

³³ *Traité de droit administratif*, Bruselas, Emile Bruylant, 1969, 754 pp.

³⁴ *Der totale Staat*, publicada en Hamburgo en 1933, por la Editorial Hanseatische Verlaganstalt; obra cuyas nefastas tendencias, implícitamente denunciadas por el maestro Enrique SAYAGUÉS-LASO, tendíamos a desenmascarar en la propia España franquista y "bajo estado de guerra interno" y la censura del entonces

indescuidable, para evitarnos las ilusiones que encarna esta reciente doctrina mexicana, con respecto a las versiones hispano-franquistas de una obra posterior de 1938, *La administración como agente prestacional*.³⁵

Partiendo así de la imposibilidad de la restauración del Estado de Derecho, el fallecido autor alemán es llevado a preconizar, mediante un tercer Poder neutro (*ibidem*), la "neutralización axiológica" del Estado, y a pretender que hay una contradicción, que "los autores de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 no lograron superar" (p. 122), entre Estado de Derecho y Estado Social. Esta apostura nos explica que Forsthoff reiteradamente cita de manera truncada (pp. 122 y 299) los artículos 20 y 28 de la Ley Fundamental alemana, textos que precisamente establecen el *imperativo democrático de la administración* y que inspiraron, al Constituyente español, el tenor similar del artículo 1º y concordantes de la Constitución de 1978.³⁶

La paternalista (p. 590) concepción de la administración "promotora de la existencia" (*Daseinsvorsorge*), que cierta doctrina española algo sumariamente adoptara bajo la era franquista, va de par con la afirmación forsthoffiana, ciertamente excesiva, de que el *service public* es una noción desquiciada (p. 535). En efecto, para Forsthoff, la administración es algo neutro (p. 43), mera dadora (*Geber*, p. 533) de prestaciones, proveedora (p. 84), *desde arriba*. Ella "dispone" de los individuos (p. 39): Éstos son "dependientes" de ella (pp. 134,

todopoderoso Manuel FRAGA-IRIBARNE, Ministro de la Información de la dictadura: Cfr. "Introducción general: Una concepción planetaria del Hombre y del derecho público", en *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués-Laso (Uruguay)*, 5 vols. Madrid, IEAL, 1969, t. I, pp. CXXXII-CXXXIII, notas 410 a 412. Más ampliamente, nuestros desarrollos en *Las ciencias administrativas en América Latina*, Caracas, Universidad Central de Venezuela/Instituto de derecho público, 1972, numerales 6-12, esp. notas 40 a 51.

³⁵ *Die Verwaltung als Leistungstraeger*, en cuya edición española de 1967 titulada *Sociedad Industrial y administración pública*, el "hábil" autor omite dos capítulos reveladores de sus inclinaciones, a pretexto de que "contiene ejemplificaciones a base del derecho positivo del momento en que fue escrito", es decir, el cenit del nazismo. La ed. española es de la Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado (ENAP/Estudios Administrativos), 1967, 166 pp.

³⁶ Para el estudio de la Constitución española de 1978, además de la obra colectiva dirigida por Fernando GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1980, 1250 pp.; v., por todos, Alberto PREDIERI y Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución española de 1978*, estudio sistemático, obra igualmente colectiva dirigida por dichos maestros italiano y español, Madrid, Civitas, 1980, 877 pp.

439, 467, 472). *La administración no tiene relevancia de auténtico servicio, sino solamente de poder autoritario.*

Bastan estas líneas para apuntar los motivos de nuestra discrepancia, en este punto, con la doctrina mexicana aquí comentada para la cual habrían pasado desapercibidas —como para tantos administrativistas contemporáneos—³⁷ las “líneas subtendidas” del autor nacional-socialista.

X

1. *Expansión del sector paraestatal y categorización de los cometidos del Poder Público*

En el marco de las discrepancias y reflexiones que anunciamos al inicio de nuestro apartado IX, corresponde que ahora, *en segundo lugar*, nos ocupemos con alguna prolijidad de la *categorización de las actividades del Poder Público en cuanto cometidos de éste en función administrativa (infra, nuestros apartados XI a XVII).*

La ciencia de la administración se centra en el estudio del Estado como síntesis de mecanismos de promoción y desarrollo, en la búsqueda de la felicidad individual y colectiva, para lo cual sus objetivos, en función administrativa, desbordan necesariamente los raquíticos moldes del abstencionismo liberal. Sin pretender silenciar la gravitación que esta expansión de los cometidos del Poder Público pueda tener y tiene en la *burocratización de los organismos públicos, sociales y aun privados*, parece oportuno desarrollar aquí (*infra*, apartados X a XVII), un aspecto poco planteado, al no vincular más explícitamente a la cameralística alemana de los siglos XVIII y XIX en cuanto administración patrimonial de los bienes del Estado, *grosso modo* y *mutatis mutandis*, con los gérmenes del llamado “sector paraestatal

³⁷ En efecto, como “atenuante” de cuanto así criticamos, bien se podría refutarlos con el señalamiento de una equiparación entre DUGUIT y FORSTHOFF, realizada por uno de los juristas más sólidos y progresistas de la Escuela Democrática española del derecho administrativo. Nos referimos al invaluable estudio de Alejandro NIETO, “La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo” publicado originalmente en Madrid, *Revista de administración pública*, N° 76, en-ab. 1975, pp. 9-35; ahora recopilado en la extraordinaria obra del propio Alejandro NIETO (selección, introducción general y presentación), *34 artículos seleccionados de la revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Alcalá de Henares, Instituto Nacional de Administración Pública, 1983, 1200 pp., en sus pp. 879-901, esp. 892-894.

moderno”. En verdad, la expansión algo indiferenciada de las instituciones administrativas encargadas del cumplimiento de los cada vez más diversificados cometidos del Poder Público, desborda la clásica naturaleza privada del “fisco” y nos lleva a hablar de *una única personalidad jurídica estatal de derecho público, alternativamente beneficiaria de regímenes de derecho público o de derecho privado*, según sean los intereses tutelados en juego y las estructuras jurídicas de derecho público o de derecho privado, a las cuales se confíe su administración centralizada o paraestatal. Complementariamente, la administración paraestatal, en el caso de México se vale, al igual que la centralizada, de instituciones administrativas de derecho público, es decir, los organismos descentralizados; pero también utiliza figuras de derecho privado, tales como las empresas públicas de participación estatal mayoritaria o de participación minoritaria, así como esa original figura del derecho privado, en misiones de derecho público, que son los fideicomisos públicos;³⁸ todo lo cual no es sino expresión de los multiformes horizontes de la ciencia de la administración, ahora particularmente matizada por el estudio de las relaciones financieras entre las instituciones públicas y privadas. Esto lleva a hablar, algo más complejamente que en la primigenia doctrina cameralística y española del fomento, de un régimen de “cooperaciones” entre Federación y Entidades Federativas,³⁹ de “subsidios” a actividades económicas prioritarias⁴⁰ del sector público, y de “estímulos” tributarios y no tributarios a actividades del sector privado, englobadas estas últimas con el rubro de “promoción fiscal” del desarrollo y del comercio exterior, particularmente.⁴¹

³⁸ Cfr. la tesis, con mención honorífica, de FERNÁNDEZ-IBARRA, Marcela, *El fideicomiso público como institución administrativa paraestatal* (Algunos aspectos, en el marco de los derechos administrativo y financiero, en cuanto derecho constitucional concretizado), UNAM/División de Ciencias Jurídicas de la ENEP “Acatlán”, 1985, 507 ff.

³⁹ Habilitado al margen de la Constitución por las leyes de coordinación fiscal de 28 de dic. 1953 y de 27 de dic. 1978, ha sido constitucionalizado (?) por los preceptos adicionados y reformados en el art. 115 frac. IV de la Constitución, por decreto de 3 de febrero de 1983.

⁴⁰ Ahora constitucionalizados por decreto de 3 de febrero de 1983, en el art. 28, párrafo 11° de la Carta Federal.

⁴¹ Sobre el régimen jurídico de estas “ayudas” financieras, v. SCHEUING, Dieter-Helmut, *Les aides financières publiques* (aux entreprises privées en droit français et européen), París, Berger-Lévrault, *Préface* de Prosper WEIL, 1974, 381 pp.; GARCÍA, Filiberto, *Aspectos jurídicos de la intervención del Poder Público, a través del fomento, en la economía*. (El caso de los estímulos), UNAM/División de Ciencias Jurídicas de la ENEP “Acatlán”, 1988, 488 ff., tesis profesional con mención honorífica.

XI

1. *Nuevo concepto de la libertad y estado intervencionista*

En el pensamiento de los cameralistas alemanes y, en general, de casi todos los autores clásicos que se ocupan de la acción del Estado, existen bosquejos convergentes respecto de las tareas concretas, asumidas por el Poder Público actuando en función administrativa. Nos hallamos ante una consecuencia institucional y funcional del cambio en el concepto de libertad.⁴² Al pasar ésta de ser la resultante de nuestra individualista esfera de acción, que defendemos inclusive contra el abstencionista Estado liberal, y devenir una "libertad potenciada" por nuestra participación como destinatarios y hasta gestores de las prestaciones del Estado intervencionista, nos encontramos con una radical transformación de ambas partes: el individuo y su libertad han cambiado, precisamente porque "se enriquecen" con la transformación operada en las intervenciones sociales y económicas del Estado. Naturalmente, la nueva coyuntura histórica supone la plenitud permanente de las libertades individuales clásicas, que pretendíamos aseguradas por el Estado "juez y gendarme", ejemplificado por los escasos cometidos encomendados a la "raquílica" administración centralizada de los cuatro "ministerios" de la época del Presidente Juárez. En aquellos tiempos del liberalismo del siglo XIX y de la Constitución de 1857, todavía era válido el aforismo de que "cuanto menor sea la esfera de acción del Estado, tanto mayor será la esfera de libertad de los individuos", aforismo hoy resucitado por un Ejecutivo Federal desorbitado que, desde 1989, presume la naturaleza derogatoria de sus "mensajes" e informes respecto de la Ley Suprema (art. 133).

Nuestro tiempo, además de aquellas libertades clásicas o abstractas, se plantea para el inminente tercer milenio la exigencia de libertades concretas,⁴³ que el individuo aislado parece incapaz de lograr plenamente en la sociedad de masas. Estas libertades concretas invierten,

⁴² Cfr. HABA, Enrique Pedro, *La idea del totalitarismo y la libertad individual*, (autopsia de una noción mistificadora), Bogotá, Temis, prólogo de León CORTIÑAS-PELÁEZ, 1976, XXXVI, 256 pp.; más específicamente, MAIER, Hans, "Verwaltungslehre und politische Theorie" (Doctrina administrativa y teoría política), Madrid, *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX*, Homenaje a Enrique SAYAGUÉS LASO (Uruguay), ed. IEAL, 1969, t. I, pp. 781-802, esp. 788.

⁴³ Cfr., por todos, BURDEAU, Georges, *Traité de science politique*, París, LGDJ, 2a. ed., vols. 1966-1977, especialmente t. VI, vol. I, núms. 6 y 117, 1971.

con su mera exigencia, "la mentalidad defensiva" (*supra*, apartado VII) ante el Estado, y ello a tal grado que, muy por el contrario, el aforismo de la segunda mitad del siglo XX —en el marco del Estado democrático y social de Derecho, preceptuado por la Constitución de 1917 y sus adiciones y modificaciones— bien podría ser, que "cuanto mayor queramos que sea la esfera de la libertad de los individuos, tanto mayor y eficiente deberá ser la esfera de acción del Estado".

Reiterando, no nos basta con los clásicos cometidos esenciales del Estado burgués de Derecho del liberalismo, pues resulta insuficiente satisfacer las exigencias contemporáneas de plenitud del ser humano (*Mensch*), con los meros cometidos legados por los soberanos medievales, es decir, defensa, seguridad interior o "policía" (aquí, en sentido contemporáneo estricto), relaciones exteriores e interiores y hacienda. Del Estado, las personas y la comunidad política exigen diversas categorías de libertades concretas: así, agua, transporte colectivo, drenaje, alcantarillado, alumbrado, limpia, mercados y centrales de abastos, panteones, rastro, etcétera,⁴⁴ en el nivel de vida municipal el cual, de este modo, tiende a satisfacer "micro-necesidades", mediante estos cometidos de servicio público, eventualmente concesionables a particulares.

2. *Administración prestacional y finanzas públicas*

Ahora bien, además de la satisfacción de estas "micro-necesidades" casi siempre domésticas, la vida en sociedad, y en particular en las zonas urbanas metropolitanas, genera "macro-necesidades" que devienen exigencias prestacionales del individuo y la comunidad al Poder Público y un reto a sus instituciones financieras. Con un sentido estrictamente social, tenemos las prestaciones educativas no-esenciales (es decir, las que no son exclusivas del Poder Público, por imperio del artículo 3º constitucional), las prestaciones de vivienda, urbanismo y salud y, en general, las de asentamientos humanos.⁴⁵ Finalmen-

⁴⁴ Así, por ejemplo, lo preceptuado en el adicionado art. 115, frac. III, de la Constitución Nacional por decreto de 3 de febrero de 1983.

⁴⁵ Cfr. SILVA-HERZOG FLORES, Jesús; GONZÁLEZ AVELAR, Miguel y CORTIÑAS-PALÁEZ, León, directores, *Asentamientos urbanos, urbanismo y vivienda* (cometido del Poder Público en la segunda mitad del siglo XX), ciudad de México, Porrúa, S. A., prólogo por Jesús SILVA-HERZOG FLORES, 1977, 788 pp., esp. nuestra contribución, dedicada a Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (p. 304.3) y titulada "De la posibilidad

te, en campos otrora vedados para la administración pública, ésta se ve obligada a entrar en libre competencia con los particulares respecto de cometidos agropecuarios, industriales y mercantiles, de manera de asegurar calidad mínima y precios máximos razonables a sus destinatarios.

De esta manera, las exigencias sociales y el devenir histórico han rebasado los marcos de los escasos cometidos y estructuras institucionales administrativos del Estado liberal. Si en los tiempos del Presidente Juárez podíamos conformarnos con cuatro dependencias centralizadas encargadas de la ejecución de otros tantos cometidos del Poder Público, en esta segunda mitad del siglo XX la administración pública federal cuenta, para el cumplimiento de sus actuales cometidos, con unas veinte dependencias centralizadas y jerarquizadas, y con alrededor de doscientas⁴⁶ entidades coordinadas,⁴⁷ para la ejecución de los actuales cometidos del Poder Público mexicano.

Por lo expuesto en este apartado XI, las intensas transformaciones experimentadas por las relaciones prestacionales entre el Estado y los particulares significan un cambio cualitativo tal, que exige *un esfuerzo de las ciencias de la administración pública y en particular de las finanzas públicas para dar cuenta*, en lo orgánico, pero también en lo funcional, de esta situación inusitada desde la perspectiva liberal.

3. De los cameralistas a los objetivos de la Constitución Nacional del siglo XX

Ciñéndonos en lo pertinente al marco jurídico de la administración pública mexicana, creemos oportuno, de proceder seguidamente (*infra*,

de un derecho latinoamericano de los asentamientos humanos, el urbanismo y la vivienda", pp. 304.1 a 328.

⁴⁶ En una investigación del Taller de Derecho Público de la UNAM, ENEP "Acatlán", se llegó en 1985 a un total de 1226 entidades integrantes de la administración pública federal paraestatal. Esta cifra no ha podido ser confirmada por investigaciones posteriores por lo que, conservadoramente y atendiendo a las severas liquidaciones y fusiones dispuestas desde entonces por el gobierno federal, preferimos tentativamente hablar de unas ciento veinte entidades paraestatales para 1992-94.

⁴⁷ Nos referimos tanto a la coordinación globalizadora como a la coordinación sectorial, asumida ésta por cada una de las respectivas "cabezas de sector". Respecto de la coordinación, como facultad paralela de la jerarquía, en la "galaxia" de las instituciones administrativas mexicanas, *cfr.* la tesis, con mención honorífica, de CASTILLO-MEJÍA, Héctor Lidio, *De las relaciones intraadministrativas e interadministrativas (Dos enfoques de la Reforma Administrativa)*, UNAM/División de Ciencias Jurídicas de la ENEP "Acatlán", 1979, 132 ff.

apartados XI a XVII) a una sistematización de la Teoría general de los cometidos del Poder Público, inspirada es cierto en algunas espléndidas elaboraciones constituyentes⁴⁸ legislativas⁴⁹ y doctrinales⁵⁰ de otros países, pero catapultada al cumplimiento contemporáneo de

⁴⁸ *Cfr.*, por todas, las Constituciones alemanas de Weimar de 1919 (Arts. 1 en su Primer Título, 89, 101 y 165) y Ley Fundamental de Bonn de 1949 (Arts. 30, 33 apartado 4, 87a. apartado 3, 87d. apartado 2, 89 apartado 2, 91a. *ab initio*, 104a, apartado 1, etcétera); las cuales emplean sistemáticamente el vocablo *Aufgabe*, en el sentido que entendemos correcto de "misión" o "cometido".

⁴⁹ La Ley Orgánica de la Universidad de la República N° 12549, Montevideo, 1958.

⁵⁰ El horizonte comparativo nos ilustra con las aportaciones siguientes:

En Francia, frente a la muy dispersa noción clásica del "servicio público", se tiende a hablar de las diversas categorías de las "tareas del Poder Público" (*tâches de la puissance publique*), en *Rev. Internationale de droit comparé*, 1966, pp. 130-131, y 1981, pp. 809-811, en general; y, específicamente respecto del cometido social de la enseñanza superior, en *Rev. du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1963, pp. 31-32; nueva categorización que hemos tenido el honor de discutir favorablemente, en misión de la UNAM, en nuestras conferencias de 1981 en las Universidades de París (Panteón-Sorbona), Grenoble y Tolosa III, en esta última con un enriquecedor debate con el profesor Jean-Arnaud MAZERES, quien no escatimó elogios en el anfiteatro Maurice HAURIUO, respecto de esta contribución mexicana a la categorización de tareas y destinatarios de la administración pública contemporánea.

En Venezuela, reiteradamente, se hace mención del concepto de los "cometidos estatales" y de sus cuatro principales categorías: en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de Carabobo, 1962, núms. 11-12, pp. 122 y concordantes; en *ibidem*, ene. 1970-dic. 1972, núms. 43-45, pp. 16-28, esp. 28, donde en concordancia con las fuentes alemanas, se dice que "el esfuerzo cotidiano del administrativo se multiplica en proporciones inesperadas, (...) al descenderse del Estado como ser (*Sein*) al Estado como cometido (*Aufgabe*)"; en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Universidad Central de Venezuela/Instituto de Derecho Público, vol. 1, 1968-1969, pp. 159-191, esp. 176 ss.; y en *ibidem*, vol. 2, 1970-1971, esp. 20-33 siguiendo igualmente la doctrina alemana, fundamentada en las constituciones precitadas *supra*, nota (48). *Cfr.* Ulrich SCHEUNER, "Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre", *Festgabe für Rudolf Smend* ("La esencia del Estado y el concepto de lo político en la reciente doctrina del Estado, Homenaje a Rudolf Smend"), Tubinga, Mohr, 1962, pp. 225-260.

En Uruguay, la enseñanza del maestro SAYAGUÉS-LASO, superando al francés BONNARD y a su continuador mexicano FRAGA, lleva a comprender la estrechez conceptual del término "atribuciones" y la desvirtuación del sentido lato de "servicio público", para concluir en la utilidad didáctica y científica del castizo "cometidos", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XVII, núms. 2-3-4, ab.-dic. 1966, *in totum*, esp. 337-348, 349-364 y 617-618; *cfr.* CAJARVILLE-PELUFFO, Juan Pablo, "Apuntes sobre funciones y cometidos del Estado", Montevideo, *Revista uruguaya de derecho constitucional y político*, t. III, n° 18, abril-mayo 1987, pp. 345-366.

aquellos objetivos supremos de los cameralistas, es decir, la protección del interés público,⁵¹ la lucha contra la pobreza y la búsqueda del bienestar y cultura del pueblo, fines que también son objetivos supremos de la Constitución Nacional mexicana de 1917 y, por consiguiente, de la administración pública de nuestro país.

En Brasil, siguiendo la literal traducción francesa de los cometidos (*tâches*), se adopta el concepto con el vocablo "tarefas", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Facs. II, 1967, pp. 441-469, esp. 463.

En Costa Rica, la doctrina de los cometidos tiene eco en la máxima publicación, la de la Suprema Corte de Justicia, San José, *Revista Judicial*, año VIII, N° 27, dic. 1983, pp. 111-123, esp. 114 y 122; en el mismo sentido, San José, *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 37, 1979, pp. 209-240, esp. 221, 227, 229, 230 y 238-239.

En Chile, idéntica postura la encontramos en la *Crónica del V Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino de Municipios*, Santiago de Chile, Nov. 1969, t. II, pp. 41-81, esp. 64 ss., con la explícita adhesión del eminente maestro Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, jefe de la Escuela Democrática del Derecho Administrativo y de la Ciencia de la Administración en España; criterio convergente igualmente en la Escuela de Derecho de la Universidad de Concepción, *Revista de Derecho*, año XXXIX, N° 158, sep-dic. 1971, Editorial Andrés Bello, pp. 5-49, esp. 8-19.

En España, conocemos estas referencias. En Barcelona: *Revista del Instituto de derecho comparado*, N° 18, ene-jun. 1962, pp. 55-69, esp. 64-66; en Madrid: *Revista de administración pública*, ene-ab. 1963, pp. 465-503, esp. 474-475; en *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX*, ed. IEAL, 5 vols., 1969, t. I, pp. 51-52, con múltiples concordancias de los 176 autores de 22 países, que contribuyen en dicha obra colectiva; también en España, la recopilación *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Alcalá de Henares, Instituto Nacional de Administración Pública, 1983, pp. 550-588, esp. 559; y, finalmente, *Rev. española de Derecho administrativo*, junio 1992, en su núm. 74, pp. 225-254 y 305-307.

Terminando, respecto de países más afines, esta rápida ojeada comparativa (Francia, Venezuela, Uruguay, Brasil, Costa Rica, Chile y España), cabría, respecto de culturas más lejanas, puntualización de idéntica recepción del concepto y vocablo que consideramos exacto: así, en Alemania, país originario del término *Aufgabe* en el sentido de "obligación de servicio" o "cometido": Stuttgart/Berlin/Colonia/Maguncia: Kohlhammer, *Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht* (Beiträge zum Verhältnis von Bürger und Staat aus Völkerrecht, Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht), [Nuevos desarrollos en derecho público (contribuciones a la relación entre ciudadano y Estado en los campos del derecho internacional, derecho constitucional y derecho administrativo)], 1979, 484 pp., esp. 447-463; así también en la Bélgica de lengua neerlandesa, Antwerpen: *Tijdschrift van de Vrije universiteit van Brussel* (Revista de la Universidad Libre de Bruselas), 1963, pp. 75-104, esp. 88.

⁵¹ Cfr. la tesis profesional de licenciatura, con mención honorífica, de MARTÍNEZ CASTAÑÓN, José Antonio, *El interés público y la intervención estatal*, UNAM/División de Ciencias Jurídicas de la ENEP "Acatlán", 1984, 423 ff.

XII

2. Una "depuración" terminológica: inadecuación de los vocablos "función", "atribuciones" y "servicios públicos"

En un intento por superar las confusiones terminológicas frecuentes entre los cultivadores de las ciencias de la administración y del derecho público, parece importante contribuir previamente aquí a un deslinde, lo más preciso posible, de ciertas nociones capitales. En este sentido, *seáanos permitido hacer referencia a los conceptos de función del Poder Público, de Poder del Estado, de facultad y de cometidos del Poder Público*.

La construcción teórica se apoyará naturalmente en vocablos de acepción no siempre unívoca, por lo cual resultará oportuno prescindir de algunos, no por frecuentes menos multívocos en su significación. Así, se prescindirá de utilizar la voz "función", con la generalidad excesiva con que suelen manejarla algunos apresurados burócratas, poco aficionados a estas finezas conceptuales; igualmente, y sin perjuicio de la muy alta estima intelectual que nos merece la obra de Gabino Fraga,⁵² preferimos eliminar el vocablo "atribuciones", que nos parece referirse más bien a los poderes jurídicos de un aislado órgano administrativo y no a las tareas concretas o actividades de competencia de una institución; finalmente, *sólo marginalmente y en sentido muy restringido* nos referiremos a la respetabilísima noción de los "servicios públicos" porque, como lo documentan la doctrina⁵³ y

⁵² A nuestra emocionada adhesión al Homenaje a FRAGA, tributado por la *Revista de Administración Pública*, ciudad de México, INAP, "Gabino Fraga: la concepción de la administración pública al través del derecho administrativo mexicano. Pasado y presente", Nov. 1982, 413 pp.; y al estudio de Antonio CARRILLO FLORES, "Doctor Gabino Fraga Magaña, forjador del derecho mexicano moderno administrativo", publicado en FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 23a. ed. póstuma, revisada y actualizada por Manuel FRAGA-MOURET, ciudad de México, Porrúa, S. A., 1984, pp. 468-482; añádase nuestra reseña de la 13a. ed. de 1969, *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Universidad Central de Venezuela/Instituto de Derecho Público, vol. I (1968-1969), Caracas, 1971, pp. 625-630.

⁵³ Cfr. CORAIL, Jean-Louis de, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., Préface de Paul COUZINET, 1954, *in totum*; LATOURNERIE, R., "Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie? Convalescence? ou Jouvence?", Paris, *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1960, p. 61; EISENMANN, Charles, "Un dogme faux: L'autonomie du droit administratif", en *Perspectivas del desarrollo público en la segunda mitad del siglo XX, Homenaje a Enrique SAYAGÜES-LASO (Uruguay)*, Ma-

alguna reciente legislación,⁵⁴ su vaguedad e imprecisión la hacen incompatible con el deslinde terminológico que buscamos.

2. La titularidad de principio de las cuatro funciones del Poder Público en los cuatro poderes del Estado

Partiendo de estas salvedades, las funciones del Poder Público son cuatro: la constituyente, la legislativa, la jurisdiccional y la administrativa. Genéricamente, *la función del Poder Público es una manifestación de la voluntad general que, mediante la emisión de actos jurídicos y/o la realización de operaciones materiales tiende al cumplimiento de los fines supremos del Estado, preceptuados por la Constitución y demás reglas subordinadas del ordenamiento jurídico*. En lo que aquí directamente interesa a las finanzas públicas, en el marco de las ciencias de la administración contemporánea, las tres primeras funciones del Poder Público se agotan en la emisión de actos jurídicos (constituyentes, legislativos, jurisdiccionales), sin que requieran para su plenitud la realización de operación material alguna. Por el contrario, específicamente, *la función administrativa es la única que no puede contentarse con la simple emisión de actos jurídicos, pues su plenitud exige la ejecución de los mismos mediante operaciones materiales*. Por ello, definimos a *la función administrativa* como una manifestación de la voluntad general que, mediante la emisión de actos jurídicos y su ejecución mediante operaciones materiales, tiende al cumplimiento de los cometidos del Poder Público, impuestos a la Administración, por la Constitución y demás reglas subordinadas del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, las funciones del Poder Público están precisamente atribuidas, en su ejercicio predominante,⁵⁵ a un específico Poder Público: la función constituyente al Poder Constituyente, la función

drid, IEAL, t. IV, pp. 417-438, así como la bibliografía en ellos citada y los manuales usuales.

⁵⁴ La utilización indiscriminada, sin terminología ni concepto precisos, del "servicio público", explica las al parecer insuperables contradicciones de la Ley General de Salud, decretada el 26 de diciembre de 1983, publicada en el *D. O. de la Federación* el 7 de febrero de 1984, y entrada en vigencia el 1º de julio de 1984; así como de su reglamento publicado en *D. O.* de 6 de enero de 1987.

⁵⁵ En efecto, puede haber función legislativa, por atribución, en el Ejecutivo (reglamento, actos-regla subordinados) o en el Judicial (regla jurisprudencial); puede haber función administrativa en el Legislativo (presupuesto, ratificación de nombramientos) o en el Judicial (licencias).

legislativa al Poder Legislativo, la función jurisdiccional al Poder Judicial y la función administrativa al Poder Ejecutivo. De donde, y también para los efectos de las finanzas públicas, *el Poder Ejecutivo es el titular de principio*⁵⁶ *de la función administrativa*.⁵⁷

Los órganos de la administración pública suelen organizarse, mediante los mecanismos de la jerarquía o de la tutela, en "sistemas orgánicos", a los cuales por lo general incumbe el ejercicio de principio en una función del Poder Público. De esta manera, en sentido muy estricto, definimos al Poder Público (sea éste el Constituyente, el Legislativo, el Judicial o el Ejecutivo) como *una porción orgánica competencial del principio*. Para decirlo de otra manera, con un ejemplo, el Poder Ejecutivo es el sistema orgánico al que, en principio, incumbe el ejercicio de la función administrativa. En otros términos, regresando por otra vía a la generalización anterior, *Poder del Estado*

⁵⁶ Para la distinción de las funciones de principio respecto de las de atribución, v. CORTIÑAS-PELÁEZ, León, *Poder Ejecutivo y función jurisdiccional*, ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México/Coordinación de Humanidades, "Prólogo" de Enrique GILES-ALCÁNTARA, 1982, 314 pp., esp. 55-80; ahora en su 2a. ed., Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, "Prólogo" de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, 1986, 316 pp., *ibidem*.

⁵⁷ Ello, salvo texto constitucional expreso que atribuya el ejercicio de la función administrativa a algún otro de los Poderes del Estado. Así, *el Poder constituyente*, por imperio inmediato de la Carta de 1917, es *titular de atribución, de una clara expresión de la función administrativa*: la supresión de la Secretaría de Justicia (por aplicación del artículo 14º transitorio). Así, *el Poder Legislativo es titular, de atribución, de la función administrativa, por imperio del art. 73 de la Constitución*, en estos casos, cuyas fracciones indicamos entre paréntesis: admisión de nuevos Estados (I); formación de nuevos Estados (III); arreglo definitivo de límites entre los Estados (IV); cambio de la residencia de los Supremos Poderes de la Federación (V); aprobación de nombramientos de magistrados (VI, base 4a.); creación y supresión de empleos públicos de la Federación (XI); Ley de declaratoria de la guerra (XIII); otorgamientos de licencias y aceptación de la renuncia del Presidente de la República (XXVI y XXVII); y además, en estas otras hipótesis: examen y discusión anuales del Presupuesto de egresos y revisión de la Cuenta Pública del año anterior (art. 74, fracc. IV, párr. 1º); autorización de salida y entrada de tropas (76, III); disposición de la Guardia Nacional fuera de sus respectivos Estados (76, IV); etcétera. Finalmente *el Poder Judicial*, para su organización y disciplina interiores, *tiene amplia función administrativa*, vg. respecto del nombramiento, reelección o promoción de los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito supernumerarios; designación de comisionados especiales en averiguación; distribución, para su visita, de los tribunales de circuito y juzgados de distrito; nombramiento y remoción de secretarios y demás empleados; designación del Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; sometimiento del nombramiento de un ministro provisional a la aprobación del Senado o en su receso a la Comisión Permanente, etcétera (art. 94 y concordantes de la Carta).

es un órgano o sistema de órganos al que compete la exclusividad de principio, en el ejercicio de una función del Poder Público.

Presentadas así sendas definiciones de "función del Poder Público" y de "Poder del Estado", podemos aproximarnos a otros dos conceptos propuestos, el de "facultades" y el de "cometidos" del Poder Público.

XIII

1. *Facultades del Ejecutivo para el cumplimiento de su cometido hacendario*

Los órganos de los Poderes del Estado están dotados de facultades para el cumplimiento de los cometidos que les son eventualmente encomendados. Así, por ejemplo, para el cumplimiento del cometido de hacienda, el órgano Presidencia de la República tiene la facultad de promulgar y ejecutar las leyes hacendarias, la facultad de nombrar y remover libremente al Secretario de Hacienda y Crédito Público, la facultad de nombrar con aprobación del Senado a los empleados superiores de Hacienda y de removerlos libremente, la facultad de dirigir las negociaciones diplomáticas crediticias y de celebrar tratados financieros con las potencias financieras, la facultad de habilitar toda clase de puertos y establecer aduanas marítimas y fronterizas y designar su ubicación, la facultad de hacer llegar anualmente a la cámara correspondiente la ley de ingresos a más tardar el día 15 de noviembre, etcétera, es decir, que las facultades son poderes jurídicos específicos de que están dotados los órganos de la administración pública (en este caso, la financiera) para el cumplimiento de los respectivos cometidos (en el ejemplo, el cometido esencial de Hacienda), en función administrativa.

Resumiendo los conceptos hasta aquí visualizados, y siguiendo con el ejemplo hacendario, el poder Ejecutivo, titular de principio de la función administrativa, está dotado de facultades específicas para el cumplimiento del cometido esencial de hacienda. Insistiendo. Una cosa son las funciones, actos o manifestaciones eventualmente aisladas de la voluntad general (vg. un nombramiento, en función administrativa); otra cosa es la facultad específica de poder nombrar; una tercera cosa es el órgano, titular en cuanto Poder, de esa función y de esa facultad; una cuarta muy distinta cosa, es la actividad global (lo

hacendario) o tarea concreta que incumbe a dicho órgano o Poder del Estado, en su caso. A esta actividad o tarea, que es responsabilidad u obligación del Poder u órgano, la llamamos en castellano cometido.

XIV

1. *La función abstracta y el cometido concreto*

Importa distinguir radicalmente, en un lenguaje jurídico que mucho ayuda en su precisión a los estudios de finanzas públicas, entre la función y el cometido. El Poder Ejecutivo es, salvo texto constitucional expreso, el titular de principio de la función administrativa. En verdad, en todos los tiempos y lugares se ha dado cada una de las funciones del Poder Público y, con este sentido estricto y en particular, el concepto de función administrativa; en efecto, Augusto en Roma como Netzahualcóyotl en Texcoco, tenían igualmente que ejecutar mediante operaciones materiales (recaudación de tributos, construcción de obras hidráulicas, prestación de cirugía y medicamentos, provisión de vituallas para la población económicamente débil), sus actos jurídico-administrativos consistentes, respectivamente, en una determinación de impuestos, en una decisión relativa a la salubridad de áreas geográficas o clases sociales necesitadas, en una determinación de suministro de enseres y alimentos a los desprotegidos. En otros términos, a cada operación material concreta la precede un acto abstracto y formal. Genéricamente pues, no existen limitaciones históricas ni geográficas para la necesaria plenitud material de las expresiones formales de la voluntad administrativa. Cabe entonces interrogarse respecto del régimen jurídico atribuible, y sistematizable, a la muy variable gama de estas operaciones materiales en función administrativa, las cuales sí vienen condicionadas por consideraciones históricas, de tiempo y lugar.

Con otras palabras, mientras las funciones constituyen una categoría abstracta y universal, válida para todos los países y para todas las épocas; los cometidos, por el contrario, constituyen una categoría concreta y particular, que puede variar según el "genio propio" de cada país y de cada circunstancia histórica.

2. Los cometidos esenciales "clásicos"

En algunos casos, las operaciones materiales, que dan plenitud a la acción administrativa anunciada por el acto jurídico formal, son exclusivas del Poder Público; y sus destinatarios, compelidos por actos de imperio en ejercicio directo de la soberanía, se encuentran en calidad de súbditos (en el caso, contribuyentes), siéndoles aplicable un régimen estricto de derecho público, cuya plenitud excluye la posibilidad de concesionar esta actividad a los particulares. Así y desde la Edad Media, parece inconcebible que un particular arrebatase al Fisco su cometido hacendario. *Llamamos cometidos esenciales a estas tareas estratégicas concretas, en función administrativa y mediante actos de autoridad o imperio, insusceptibles de toda concesión a los particulares, en régimen estricto de derecho público, y cuyos destinatarios se encuentran frente a ellas en calidad de súbditos.*

En la era abstencionista del Estado liberal como ya vimos, los cometidos esenciales se limitaban a muy escasas actividades: relaciones exteriores, defensa, hacienda y crédito público, seguridad interior o policía, relaciones interiores o gobernación.

Tales eran los "únicos" cometidos esenciales en el siglo XIX, a los cuales podríamos calificar de cometidos esenciales "clásicos", ya en la Constitución de Apatzingán de 1814.

3. Los cometidos esenciales del constitucionalismo social mexicano

Ahora bien, el intervencionismo del Poder Público, en la mayoría de los países y señaladamente en México con posterioridad a la Primera Guerra Mundial y a la crisis de 1929-30, llevó a incorporar otras tareas concretas de la administración pública, al régimen estricto de los cometidos esenciales.

A diferencia de otros países y mediante el mecanismo de las adiciones y modificaciones a la Constitución federal, el actual estadio del derecho constitucional positivo de nuestra administración pública, preceptúa los siguientes "cometidos" esenciales del constitucionalismo social mexicano,⁵⁸ por oposición a los "clásicos" antes dichos;⁵⁹ "co-

⁵⁸ Cfr. por todos, SAYEG-HELÚ, Jorge, *El constitucionalismo social mexicano*, 4 vols., 1972-1975, esp. su t. IV, 1975, "La integración constitucional de México (1917-1974)", ed. Cultura y Ciencia Política, A. C., esp. 187-319; v. 2a. ed. "Prólogo" de Jorge Gabriel GARCÍA ROJAS, UNAM/ENEP "Acatlán", e INEHRM, 1987, 2 vols., 660 + 792 pp., esp. II, 213-768.

⁵⁹ Partimos de los fundamentos constitucionales respectivos, esp. de los artículos 28, 25, 26 y 27 de la Constitución.

metidos esenciales"⁶⁰ ya no de banca y crédito,⁶¹ pero sí los de la acuñación de moneda, los correos, los telégrafos, la radiotelegrafía y la comunicación vía satélite, la emisión de billetes por medio de un solo banco, organismo descentralizado del Gobierno federal; el petróleo y demás hidrocarburos, la petroquímica básica, los minerales radioactivos y la generación de energía nuclear, la electricidad, los ferrocarriles,⁶² y, ahora —como en la nueva doctrina financiera mexicana se desarrolla con particular talento— la programación, el presupuesto y la evaluación del gasto público y, genéricamente, la planeación democrática del desarrollo,⁶³ en el marco de la rectoría del Estado, en régimen de economía mixta.⁶⁴

Todos estos cometidos esenciales son aquéllos que incumben al Estado por su calidad de tal y que, según las ideas dominantes en un estadio cultural de la sociedad económico-política determinada, vg. actualmente en México, son ejercidos directamente por la administración pública, sea mediante dependencias centralizadas como en el caso de los cometidos esenciales "clásicos", sea mediante las entidades paraestatales. Estas últimas asumen los "cometidos esenciales del constitucionalismo social mexicano" o "áreas estratégicas", según las adiciones constitucionales de 1983. En los Estados modernos, y pecu-

⁶⁰ La doctrina no está obligada por las impropiedades o errores terminológicos del constituyente o del legislador. El régimen jurídico es tan estricto, que lleva a la convicción de hallarnos ante un "cometido esencial" y no ante un "cometido de servicio público", pues el régimen de la banca y el crédito, al ser insusceptible de concesión a los particulares, pone de manifiesto su verdadera naturaleza de "cometido esencial".

⁶¹ Esto, por adiciones y modificaciones del Constituyente Permanente, publicadas el 17 de noviembre de 1982, intocadas por las reformas del 3 de febrero de 1983, pero abrogadas por decreto constituyente (D.O.F. del 27 de junio de 1990).

⁶² Estos son una adición específica del 3 de febrero de 1983, que rompe la unidad de régimen jurídico del "transporte", el cual tendrá así niveles de cometido esencial y de cometido de servicio público, según los casos.

⁶³ Por imperativo del nuevo artículo 26, en sus cuatro párrafos, adicionado por decreto publicado el 3 de febrero de 1983.

⁶⁴ El tema jurídico del régimen de la economía mixta no ha tenido, hasta el momento, la consideración doctrinal sistemática que exige. Como desarrollos precursores, pueden verse los dos subcapítulos del capítulo XII ("El sistema socio-económico en el constitucionalismo mexicano") de MADRID HURTADO, Miguel de la, *Elementos de derecho constitucional*, ciudad de México, Instituto de Capacitación política del PRI, 1982, pp. 546-627, esp. 598-617. Con posterioridad a las reformas constitucionales de 1983, v. la obra colectiva del Instituto de Investigaciones Jurídicas, *La Constitución mexicana—Rectoría del Estado y economía mixta*, ciudad de México, Porrúa, S. A., Prólogo del Rector Jorge CARPIZO MCGREGOR, 1985, XII, 469 pp.

liarmente en un Estado *democrático y social* de Derecho como los Estados Unidos Mexicanos, no cabe imaginar que tales cometidos puedan estar a cargo de particulares, ni siquiera en carácter de concesionarios.

4. El régimen jurídico de los cometidos esenciales

Respecto de estos cometidos esenciales, tanto clásicos como propios del constitucionalismo social mexicano, proceden ciertos señalamientos relativos a un régimen jurídico:⁶⁵

a) En primer lugar, en el ejercicio de los cometidos esenciales, la administración está dotada de facultades más intensas, que cuando desempeña los demás cometidos; así, por ejemplo, puede imponer prestaciones personales,⁶⁶ limitar la libertad individual,⁶⁷ exigir aportaciones pecuniarias, etcétera.

Para las finanzas clásicas, el impuesto era la contrapartida de los cometidos esenciales, reservándose derechos y productos para los restantes cometidos; *para las finanzas modernas, el parteaguas obedece a otros enfoques*, que tienden a abandonar el criterio de la "contraprestación" y a hacer prevalecer la "universalidad" de destinatarios del servicio, al margen de la escasa capacidad contributiva de grandes mayorías de la población (*supra*, apartado V).

b) En segundo lugar, la violación de las reglas de estos cometidos o el incumplimiento de los deberes que imponen, motivan generalmente sanciones más severas que cuando se trata de los demás cometidos.⁶⁸

c) En tercer lugar, la posición de los destinatarios frente a la administración es distinta a la que tienen respecto de los demás cometidos del Poder Público. En éstos, según los casos, pueden situarse como usuarios, beneficiarios o clientes, mientras que aquí, como

⁶⁵ Cfr. por todos, SAYAGUÉS-LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 5a. ed. actualizada, con notas de Daniel-Hugo MARTINS, 1989, 2 vols.; en su vol. I, 48-86, esp. 56-57.

⁶⁶ Así, en la organización de la defensa nacional, podrá ser obligatorio el "servicio" de las armas; es obligación de los mexicanos recibir instrucciones cívica y militar que los mantenga (...) diestros en el manejo de las armas y conocedores de la disciplina militar; así como alistarse y servir en la Guardia Nacional (arts. 5, 31, fracs. II y III, y 36, frac. II, de la Constitución).

⁶⁷ Así, exigencia de ciertos documentos para circular dentro y/o fuera del país, tales como pasaporte, cédula de identidad policial, cartilla militar liberada, etcétera.

⁶⁸ Sanciones de multa y arresto, que no excluyen la represión penal.

ya indicáramos, los contribuyentes se hallan en calidad de súbditos. De ello derivan importantes consecuencias, por ejemplo en lo relacionado con la naturaleza jurídica del vínculo entre la administración y el particular, el derecho a la prestación del cometido, régimen disciplinario, ley y jurisdicción aplicables, la responsabilidad de la Administración, etcétera.

Habiendo así distinguido la cualitativamente más importante categoría de los cometidos del Poder Público, aquella mejor perfilada en el derecho constitucional mexicano y de más fácil aceptación por la doctrina nacional,⁶⁹ veamos ahora una categoría más sutil, la de los cometidos de servicio público o servicios públicos "en sentido estricto".

⁶⁹ La teoría general de los cometidos del poder público, entendidos como prestaciones obligatorias que generan derechos subjetivos públicos en sus destinatarios, viene teniendo una creciente aceptación, no solamente como ya vimos en el campo del derecho comparado (v. *supra*, nuestra extensa nota 27), sino en el propio desarrollo doctrinal mexicano. En la conclusión general de un trabajo presentado para un reciente concurso de oposición, en la materia de derecho administrativo, se afirma:

"La teoría de los cometidos del Poder Público ha venido a perfeccionarse en el campo del derecho administrativo que, hoy en día, se ha visto en la necesidad de replantear sus conceptos e instituciones, en virtud de ser el catalizador de la movilidad social que presenta el Estado mexicano".

"Consideramos que, en la aceptación que, lenta pero paulatinamente se va haciendo, sobre todo de los cometidos esenciales, se solucionan entre otros puntos, algunos aspectos de la problemática que universalmente ha presentado el concepto y el alcance del término servicio público, así como de las actividades exclusivas del Estado que no son objeto de concesión por su propia naturaleza" (cfr. PÉREZ Y PÉREZ, Marcial, *Teoría de los cometidos del Poder Público*, UNAM/División de Ciencias Jurídicas de la ENEP "Acatlán", 16 enero de 1985, 20 pp.). Al respecto y haciendo propia la terminología económico-constitucional de las "áreas estratégicas", el autor citado entiende que éstas ensanchan considerablemente el campo de las actividades cuya exclusividad prestacional, por el Estado, las sustrae del régimen tradicional de los servicios públicos; consideramos, empero, que confunde la titularidad orgánica de los cometidos esenciales, pues, considerándolos necesariamente como emisores de actos de autoridad, no parece comprender la realidad de que ya muchos de ellos tienen por titular a una entidad paraestatal.

Ahora bien, planteamientos convergentes hacia la recepción doctrinal de una moderna Teoría general de los cometidos del Poder Público, pueden apuntarse en los siguientes autores mexicanos: CHUAYFFET-CHEMOR, Emilio, "Derecho administrativo", en *Introducción al derecho mexicano*, ciudad de México, UNAM, 1981, pp. 45-46; GONZÁLEZ COSÍO, Arturo, *El juicio de amparo*, ciudad de México, Porrúa, S. A., 2a. ed., Prólogo de León CORTIÑAS-PELÁEZ, 1985, 305 pp., esp. pp. 235-236 (hay 3a. ed., 1990, *idem*), y, del mismo GONZÁLEZ COSÍO, *El Poder Público y la jurisdicción en materia administrativa en México*, ciudad de México, Porrúa, S. A., 2a. ed., 1982, pp. 55, 67, 71-72, aquí con una expresa remisión a la obra de SAYAGUÉS-LASO, precitada *supra*, en nuestra nota (65); el mismo autor reenvía a la severa recensión que dedicáramos a la *Teoría General del derecho administra-*

XV

1. *Concesión y cometido de servicio público*

Al abordar el punto de los *cometidos de servicio público*, nos encontramos con prestaciones en cuya ejecución pueden eventualmente participar los particulares, habilitados para ello por un acto de concesión del Poder Público el cual, de esta manera, disminuye la intensidad de su control sobre el servicio y permite la existencia de ciertas cláusulas menores de derecho privado, en un régimen jurídico global en el cual se mantiene, como enfatiza la doctrina, la supremacía del derecho público y cuyos destinatarios se encuentran, frente a la administración y al eventual concesionario, en la posición de usuarios. Importa señalar, desde el principio, que nos encontramos ante una *transición categorial que*, alejándonos de la plenitud de los actos de imperio característicos de los cometidos esenciales, nos irá acercando por grados a veces imperceptibles a otros niveles de cometidos, en los cuales se desvanecerá la hegemonía del derecho público e irrumperán progresivamente categorizaciones, de actos y destinatarios, cada vez más próximas a los derechos privado y social.

Si el acto de concesión ("supra", nuestro apartado VI) deviene "piedra de toque" de la aplicación del régimen de los servicios públicos en sentido estricto, se reitera que todos aquellos cometidos inconcesionables (hacendario en general, bancario de emisión, programático, presupuestario y de planeación) quedarán reservados a la

tivo, de ACOSTA ROMERO, publicada en la ciudad de México, *Vivienda*, año VI, N° 6, nov-dic. 1981, pp. 610-621, donde apuntábamos algunas deficiencias en el manejo de esta terminología con el ex-director (1981-1987) de la Facultad de Derecho de la UNAM. A estas referencias, cabe añadir por parte de los constitucionalistas mexicanos: MADRID HURTADO, Miguel de la, *Elementos de derecho constitucional*, ciudad de México, ICAP del PRI, 1982, 680 pp., esp. 329-378, 379, 469-470 y 626; y, del mismo Miguel de la MADRID, *Estudios de derecho constitucional*, ciudad de México, Porrúa, S. A., 2a. ed., 1980, pp. 17-19.

Cabría tener igualmente presentes las referencias de la Teoría General de los Cometidos del Poder Público, contenidas en las revistas mexicanas siguientes: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, en.-jun. 1987, t. XXXVII, núms. 151-152-153, pp. 55-94, ciudad de México, UNAM; *Revista mexicana de Ciencia Política*, UNAM, Fac. de Ciencias Políticas y Sociales, año XVIII, Nueva Época, ab.-jun. 1972, núm. extraordinario "Administración Pública y Desarrollo", pp. 75-99, esp. 82; *Vivienda*, ciudad de México, INFONAVIT, año 2, N° 10, jun. 15 de 1977, pp. 2-33, esp. 19-28; *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, 1988, N° 2, pp. 94 ss. y 1990, N° 32, pp. 55-116; *Alegatos* (Div. CSH-UAM-A), Nos.: 12, ag. 1989, pp. 3-13; 17, ab. 1991, pp. 66-95; 18, ag. 1991, pp. 73-114; 19, dic. 1991, pp. 80-98; 20, ab. 1992, pp. 103-122; 21, ag. 1992, pp. 174-219; y 22, dic. 1992, pp. 94-124.

categoría de los "cometidos esenciales". Precisamente, la legitimidad de una concesión, en la prestación del cometido, abre las puertas de los "servicios públicos en sentido estricto" a los particulares y plantea la posibilidad de que este cometido pueda derivar en una relación de particular (concesionario) a particular (usuario), pero *siempre regida por la soberanía de la autoridad concedente*, a quien corresponde la soberana fijación del régimen tarifario, como tan acertadamente precisa nuestra reciente doctrina.

Históricamente, los cometidos de servicio público son todos aquellos que han sido o son prestados, total o parcialmente, en régimen de concesión: gas, transporte (exceptuando en México los ferrocarriles, desde 1983), seguros, fianzas, radio, televisión, minería, teléfonos, hasta 1982 y después de junio de 1990 el "servicio público de banca y crédito", la educación primaria, secundaria y normal, y la de cualquier tipo o grado destinada a obreros y campesinos.⁷⁰ Además los típicos cometidos de servicios públicos municipales: agua potable y alcantarillado, alumbrado público, limpia, mercados y central de abasto, panteones, rastro, calles, parques y jardines, seguridad pública y tránsito; así enumerados por el art. 115, frac. III de la Constitución, adicionada y reformada en 1983.

Atendiendo a los rasgos generales que acaban de indicarse llamamos *cometidos de servicio público a aquellas tareas concretas en función administrativa, ejecutadas directamente por la administración pública o por particulares bajo concesión, en régimen de derecho público y cuyos destinatarios se encuentran frente a ellos en calidad de usuarios.*

En el siglo XIX, en la era abstencionista del Estado liberal, la entonces relativa escasez y hasta inexistencia categorial de los cometidos esenciales convertía, a la principal "tarea" estatal de la época, los cometidos de servicio público, en una actividad reveladora de gran intensidad, en sus actos típicos de autoridad o imperio. Eran, por así decirlo, la categoría "expansiva" en el seno de las actividades de la

⁷⁰ Tampoco aquí está obligada la doctrina por las impropiedades, o errores terminológicos, del constituyente o del legislador, los cuales sin distinguir los distintos niveles de cometidos hablan genéricamente del "servicio público" de educación. Ciertamente que en lo que se refiere a los niveles educativos indicados en el texto, la discrecional autorización expresa del Poder Público que "podría ser negada o revocada, sin que contra tales resoluciones proceda juicio o recurso alguno", es una "autorización" puramente semántica y debe ser entendida como un radical acto administrativo de concesión, en el más puro sentido jurídico administrativo.

administración pública, a tal punto que León Duguit llegó a sostener la naturaleza de "servicios públicos" inclusive para las actividades comerciales del Poder Público.

2. El régimen jurídico de los cometidos de servicio público

En nuestros días, y respecto de estos cometidos de servicio público, proceden ciertos señalamientos relativos a su régimen jurídico.⁷¹

a) En primer lugar, adoptamos una noción funcional y muy restringida del "servicio público", que descarta las perplejidades de la utilización simultánea o alternativa de una noción orgánica, reservando para sustituir a esta última la terminología típica de la legislación administrativa mexicana, que distingue entre las distintas especies de los géneros de "dependencias centralizadas" o "entidades paraestatales".

b) En segundo lugar, la riqueza de los "cometidos esenciales" en derecho mexicano provoca un "empobrecimiento" de los "cometidos de servicio público", cuya identidad parece dudosa respecto de las constitucionalmente denominadas "áreas prioritarias",⁷² complementado por el surgimiento de "cometidos sociales" y "cometidos agropecuarios, industriales y mercantiles" que también disminuyen la amplitud de la otrora categoría "totalizadora" del servicio público.

c) En tercer lugar, la prestación directa o inmediata, a los integrantes de la comunidad, parece una nota distintiva del pasado en la medida en que, por lo antes indicado, existen cometidos esenciales y de otras categorías, en los cuales la inmediatidad con el destinatario es igualmente de principio. Así, por ejemplo, entre los cometidos esenciales, también se caracterizan por la naturaleza directa e inmediata de sus prestaciones, la electricidad, los ferrocarriles; por lo demás

⁷¹ Cfr. SAYAGUÉS-LASO, precitado *supra* en nota (65), pp. 63-77.

⁷² La fluidez de esta terminología de origen económico y que el constituyente no quiso o no se atrevió a precisar en 1983, se revela en 1986 en la iniciativa del nuevo texto de la Ley Federal de las entidades paraestatales, cuyo artículo 6º, después de remitirse a la Constitución respecto del concepto de "áreas estratégicas", añadía en su párrafo 2º:

"Se consideran áreas prioritarias (...) las tendientes a la satisfacción de intereses nacionales y necesidades populares, tales como la producción y distribución, así como la prestación de servicios socialmente necesarios, la protección de la planta productiva y del empleo, la promoción, fomento y fortalecimiento de la industria nacional y la investigación e incorporación de avances científicos y tecnológicos". ¡Así sería todo!

también parece exigible esta naturaleza respecto de los cometidos mercantiles de abastecimiento de subsistencias populares.

En otros términos, la existencia concreta de un destinatario individual no bastaría ya para tipificar la categoría de "cometido de servicio público".

d) En cuarto lugar, en común con los "cometidos esenciales", los cometidos de servicio público se regulan predominantemente por reglas de derecho público, sin perjuicio de la aplicación de las reglas del derecho privado en los casos excepcionales en que expresamente lo establezca el derecho positivo, o cuando proceda conforme a los principios generales. Es la solución de principio. Si en esta hipótesis se excluye o se concede la actividad privada, es porque el régimen de derecho privado no siempre permite la plena satisfacción del interés general. Para lograrlo, es necesario un régimen administrativo, que posibilite la aplicación de los procedimientos y potestades típicos del derecho público: expropiación, servidumbre y limitaciones de la propiedad, uso especial de bienes públicos, sanciones administrativas y aún penales, etcétera. Así, para la construcción de autopistas y de ferrocarriles, la expropiación resulta un procedimiento frecuentemente ineludible; igualmente, no se concibe la construcción del subterráneo metropolitano (metro) o del cableado telefónico, sin la imposición de servidumbres o la utilización de bienes públicos. En suma, aunque quizá con una intensidad de imperio algo menor que respecto de los "cometidos esenciales", la regulación por el derecho público es típica de los cometidos de servicio público.

e) En quinto lugar, reiterando que nos hallamos ante una transición categorial, cabe recordar que no solamente en otros países existen cometidos de servicio público que para nosotros ya son o han sido "cometidos esenciales" (hidrocarburos, banca y crédito), sino que el derecho mexicano considera "cometidos de servicio público" a actividades que en otros países se desarrollan en el marco de los "cometidos sociales"⁷³ e inclusive en régimen de libertad individual para la industria

⁷³ Así, todos los niveles del cometido de educación pública configuraban un "cometido social" e inclusive un cometido mercantil, en la época abstencionista del Estado liberal, tal cual siguen configurándolo, con matices a veces importantes, en países como Francia y Uruguay; por el contrario, por imperio del art. 3º de la Constitución, en su fracc. II, constituyen un servicio público en sentido estricto. Cfr. CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Entes autónomos de enseñanza en el Uruguay", Montevideo, *La justicia uruguaya*, Doctr. 1963, pp. 85-115, reproducido en Madrid, *Rev. de administración pública*, Nº 40, ene-abr., 1963, pp. 465-503; y ahora, en 34 artículos seleccionados de la revista *Administrativa Pública con ocasión de su cen-*

y el comercio (radio y televisión). Más aún, cabe recordar que esta categorización ha estado *históricamente condicionada*, dentro del propio México, *por las características políticas del momento histórico*: así, los hidrocarburos antes y después de 1940; la enseñanza primaria, secundaria y normal, antes y después de la Constitución de 1917; la banca y el crédito, antes y después del 17 de noviembre de 1982, así como después del decreto constituyente desnacionalizador de junio de 1990, etcétera.

f) En sexto lugar, la determinación de que un cometido del Poder Público constituye un cometido de servicio público, sólo puede efectuarse, respecto de la administración pública mexicana, mediante un acto legislativo, ley federal⁷⁴ o ley estadual o local,⁷⁵ según los casos.

En efecto, el Estado democrático y social de derecho previsto por la Constitución Nacional de Querétaro de 1917 es, en definitiva y a pesar de sus cláusulas democráticas y sociales, un Estado liberal, donde *la calificación de una actividad como cometido de servicio público, sustrayéndola así del campo de la actividad privada e individual, requiere de un acto legislativo*, exigencia enfatizada por las adiciones y modificaciones constitucionales de 1983. Claro que no es indispensable que el texto legal, federal o estadual, digo expresamente que "tal actividad constituye un cometido de servicio público". Así ocurre con las leyes que habilitan a una institución pública para el otorgamiento de concesiones de tales o cuales servicios, o respecto del uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación.⁷⁶ Si una institución pública, de nivel federal o de nivel estadual, puede concesionar a particulares la explotación de un cometido, es porque esta actividad le pertenece como cometido propio y configura un cometido de servicio público.

Como es obvio, y por la aplicación del "principio de paralelismo de las formas", los mismos principios regulan el caso inverso: el de un cometido de servicio público que deviene cometido social o mercantil.

tenario, selección, introducción general y presentación por Alejandro NIETO GARCÍA, Alcalá de Henares y Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, 1983, 1200 págs., pp. 550-589.

⁷⁴ La exige el art. 28, párrafo 9º, de la Constitución, desde 1983.

⁷⁵ La exige, implícitamente, el art. 115, fracc. III, literal i), de la Constitución, desde 1983.

⁷⁶ Así lo prevé, sujetándose a las leyes, en casos de interés general y tendiendo a la utilización social de los bienes, evitando fenómenos de concentración que contraríen el interés público, el art. 28, párrafo 8º, de la Constitución federal, desde 1983.

g) En séptimo lugar, siguiendo casi puntualmente los requisitos de la doctrina y derecho comparados, el derecho de la administración pública mexicana estatuye que serán *características* de la prestación de los cometidos de servicio público, *la continuidad, la uniformidad, la regularidad, la permanencia y la satisfacción de necesidades de carácter colectivo*, las cuales son irrenunciables porque la prestación de estos servicios es de interés público.⁷⁷

h) En octavo lugar, la concesión de un cometido de servicio público será regida por vigilancia y reglamentación intensas, por parte de la autoridad administrativa,⁷⁸ las cuales *por su carácter exorbitante respecto del régimen de derecho privado contractual, se complementan con una prolija normatividad pública*⁷⁹ y por una decisiva participación del Jefe del Estado en materia de caducidad⁸⁰ y de plazos.⁸¹

i) En noveno lugar, la titularidad en la prestación de un cometido de servicio público puede ser muy variada: *directa*, por medio de una dependencia centralizada, federal o estadual; *indirecta*, por medio de una entidad paraestatal, federal o estadual; *concesionada*, por medio de un particular concesionario,⁸² quien tendrá que respetar los principios que vienen de enunciarse.

j) En décimo lugar, el destinatario de un cometido de servicio público se encuentra, ante el servicio y la institución que ostente su titularidad (directa, concesionada o indirecta) en *una posición menos rígida que la de los súbditos de los cometidos esenciales, posición que la doctrina conviene en designar como de "usuario"*. Se trata siempre de una posición de derecho público, en la cual, por el hecho de la utilización del cometido de servicio público, el usuario se encuentra colocado en una situación objetiva, estatutaria, de la que derivan derechos y obligaciones empero para ambas partes, al punto de que una postura doctrinal hoy superada llegó a hablar de la configuración de un contrato privado de adhesión.

⁷⁷ En este sentido, el art. 23, párrafo 1º, de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal de 1984, idéntico a sus similares anteriores de 1970 y de 1978. Se trata en verdad de las clásicas "leyes del servicio público" (en sentido lato) de la doctrina francesa, válidas hoy "mutatis mutandis" para todos los tipos de cometido.

⁷⁸ Así, los arts. 24 a 26 de la Ley de 1984, precitada en la nota anterior.

⁷⁹ *Ibidem*, art. 27.

⁸⁰ *Ibidem*, art. 28.

⁸¹ *Ibidem*, art. 29.

⁸² Sobre la concesión, por todos, SAYAGUÉS-LASO, precitado *supra*, nota (65), en su vol. II, pp. 12-85.

En derecho mexicano,⁸³ las soluciones legislativas y doctrinales no encuentran explicación lógica sino con el criterio estatutario. Así, el derecho de los particulares a exigir las prestaciones previstas sería inconcebible con la vieja tesis contractualista, incapaz de explicar cómo los particulares pueden exigir el funcionamiento del cometido de servicio público antes de la celebración del contrato, pues el "usuario contratante" carece de todo derecho hasta el instante de perfeccionamiento del contrato. Por lo demás, la fijación unilateral de las condiciones de funcionamiento, organizadas y determinadas en todos sus detalles, antes de conocerse quién será el usuario, excluyen toda hipótesis contractual, que reposa necesariamente en el recíproco conocimiento de las partes. Complementariamente, la posibilidad de modificar en todo momento la organización del servicio, el tratamiento igualitario de todos los usuarios, etcétera, confirman la regla de principio.

XVI

1. *Los cometidos sociales, imperativo constitucional del Estado democrático y social de derecho*

Perfiladas de esta manera, en los apartados XIV y XV que vienen de exponerse, las nociones de los cometidos esenciales y de los cometidos de servicio público, procede ahora ocuparnos brevemente de la más joven y aún algo imprecisa categoría de los cometidos del Poder Público, es decir, los cometidos sociales de la administración pública mexicana.

En esta hipótesis, los particulares actúan por derecho propio, habilitados para su actuación concurrente con el sector público, mediante actos administrativos de autorización, es decir, mediante actos en los que está excluido el intenso matiz de imperio contenido en los actos de soberanía, característicos de los cometidos esenciales; ni siquiera estamos en un campo de acción de principio de la administración pública, en el cual la presencia de los particulares esté restringida y controlada mediante un acto de concesión, característico de los cometidos de servicio público.

⁸³ Los criterios que siguen, encuentran su fundamento en las precitadas disposiciones de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal de 1984, esp. arts. 26, frac. I a V y 28, fracs. I, III y VI.

Nos encontramos aquí ante una especie de cometidos típicos del Estado democrático y social de Derecho mediante los cuales la administración pública admite la necesidad de su acción para impulsar ciertos niveles no básicos de la educación pública; promover y asegurar la salud pública (arts. 4, pár. 3º y 73, frac. XVI constitucionales), y la ecología (arts. 27, pár. 3º; 73, frac. VI, base 3ª pár. 7, literal A); 73, frac. XVI, base 4ª; 73, frac. XXIX, literal G), y 115, frac. V constitucionales); impulsar y controlar sistemas de asentamientos humanos (arts. 27, pár. 3º; 73, frac. XIX y 115 fracs. V y VI constitucionales), urbanismo (*ibidem*) y vivienda (arts. 4º, pár. 4º, 123, apartado A, frac. XII, párs. 1º y 2º y 123, apartado B, frac. XI, pár. 1º literal f constitucionales), que sean más respetuosos de la plenitud en el desarrollo de las potencialidades de la persona humana; en definitiva, estimular el financiamiento, la organización, el funcionamiento y el control de sistemas cada vez más integrales de seguridad social (arts. 123, apartado A, frac. XII y XXIX; 123, apartado B, frac. XI, constitucionales).

2. *Las diferencias con los cometidos de servicio público: concepto*

Complementariamente, el destinatario de las prestaciones de los cometidos sociales tiene, en algunos aspectos, analogía con los usuarios de los cometidos de servicio público, aunque presenta ciertas diferencias substanciales, derivadas del distinto objetivo de unos y otros cometidos.

En los cometidos de servicio público, la prestación que se ofrece al usuario es de carácter material y tiende a constituirse mediante la realización de un servicio y el uso de un medio técnico: suministro de agua potable, de gas, transportación aérea o por carretera, garantía local de la seguridad pública y organización del tránsito, recepción de sonidos e imágenes mediante la radio o la televisión, intercambio de conversaciones vía telefónica. En los cometidos sociales, la prestación es distinta y variada. A veces se limita a la entrega de una suma de dinero (jubilación, pensión, subsidio, asignación familiar, primas de seguridad social) o de cosas materiales (auxilios de ropa, comida, albergue, etcétera); en otros casos, consiste en el cuidado de su persona (asistencia médica y farmacéutica para los derechohabientes de un sistema de seguridad social, residencia para ancianos, etcétera) o en el desarrollo de sus conocimientos (niveles de

enseñanza técnica, de bachillerato, universitaria, pedagógica, empresarial, es decir, los niveles de educación especializada y superior, no comprendidos en los niveles del cometido de servicio público de educación, preceptuado por el artículo 3º constitucional).⁸⁴

Esta diferencia en la naturaleza de las prestaciones apareja un régimen jurídico que tiende a ser divergente en muchos aspectos, respecto de los destinatarios del cometido de servicio público. *Por ello, los destinatarios de los cometidos sociales bien merecen la denominación de beneficiarios.*

Atendiendo a los rasgos generales que acaban de indicarse, llamamos cometidos sociales a aquellas tareas concretas en función administrativa, asumidas directa o indirectamente por el Poder Público o previa autorización y concurrentemente por los particulares, en un régimen jurídico mixto que entrelaza regímenes de los derechos público, privado y social, y cuyos destinatarios se encuentran en calidad de beneficiarios.

3. El régimen jurídico de los cometidos sociales

Ahora bien, examinando el conjunto de los cometidos sociales, nos parecen perfilarse estos caracteres fundamentales comunes:

a) En primer lugar, la finalidad de estos cometidos es eminentemente social, pues están dirigidos a obtener en forma inmediata un mejoramiento en el nivel de vida de los individuos, especialmente de aquellos que, por encontrarse en condiciones menos favorables, suelen definirse en derecho comparado como "económicamente débiles".

b) En segundo lugar, estos servicios no persiguen fines lucrativos y son generalmente deficitarios, todo lo cual determina un régimen especial de financiamiento, puesto que sólo pueden desenvolverse mediante el establecimiento específico de impuestos, derechos, aportaciones de seguridad social o contribuciones especiales,⁸⁵ y no de "productos" o "precios públicos".

⁸⁴ La Ley de salud de 7 feb. 1984, distingue tres niveles: un cometido de servicio público de salud, prestado a la población en general; un cometido social de salud, cuyos destinatarios son los derecho-habientes de instituciones públicas de seguridad social; y un cometido mercantil de salud, derivado de un contrato entre el cliente o paciente de la institución y esta misma. En los tres casos, cabría hablar diferenciadamente de usuarios, beneficiarios y clientes de los servicios de salud; pero la ley unifica la terminología, hablando de "usuarios" en todos los casos (cfr. esp. arts. 34 a 49).

⁸⁵ Cfr. por todos, el art. 2º del Código de la Federación de 1981, que establece:

c) En tercer lugar, el cumplimiento de estos servicios constituye en los tiempos actuales un cometido del Poder Público, en el más rico sentido de nuestra fuente germánica, las *Aufgabe*, es decir, de una *responsabilidad y obligación prestacional ineludible del órgano o institución administrativa competente.*

d) En cuarto lugar, y como apuntábamos en el inicio del presente apartado XVI, *la principal diferencia en la forma de prestación*, que habilita un régimen jurídico diferenciado para los cometidos sociales respecto de los cometidos de servicio público, *radica en que la actuación de los particulares opera en este campo ejerciendo un derecho propio*, dentro de los límites que fijen las leyes, pues no requieren para ello de un acto de concesión del Poder Público. Importa insistir en esta diferencia fundamental. *Por un lado, las actividades comprendidas en la esfera natural de la soberanía (cometidos de servicio público) cuyo ejercicio por particulares deviene posible sólo gracias al acto de concesión,*⁸⁶ el cual confiere al concesionario algo que no estaba comprendido en su libertad natural, un poder de accionar derivado del Estado, una esfera de actividades que por naturaleza misma no serían accesibles al individuo⁸⁷ a quien *el Estado confiere un verdadero nuevo derecho, del cual el particular no tenía ni siquiera el germen,*⁸⁸ ampliándole de este modo su esfera jurídica privada, mediante un derecho que no poseía anteriormente.⁸⁹ *Por el otro lado, el caso que aquí nos ocupa, una situación parecida, que es menester distinguir*

"II. Aportaciones de seguridad social son las contribuciones establecidas en ley, a cargo de personas que son sustituidas por el Estado en el cumplimiento de obligaciones fijadas por la ley en materia de seguridad social, o a las personas que se benefician en forma especial por servicios de seguridad social proporcionados por el mismo Estado".

De esta manera reciben financiamiento específico, mediante contribuciones votadas por el Congreso de la Unión, el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT) y las instituciones de seguridad social de los trabajadores del sector privado (Instituto Mexicano del Seguro Social, o IMSS), del sector público (Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, o ISSSTE) o de las fuerzas armadas mexicanas (Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de las Fuerzas Armadas, o ISSSFAM).

⁸⁶ OTTO MAYER, *Le droit administratif allemand*, París, V. Giard et E. Brière, 1904, t. IV, p. 155.

⁸⁷ *Ibidem*, t. II, pp. 153-154.

⁸⁸ RANELLETTI, *Teoría generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Turin, 1984, pp. 37-38.

⁸⁹ FLEINER, Fritz, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, París, Delagrave, trad. del alemán por mi maestro de París, Charles EISENMANN, 1933, 280 págs., p. 212.

con precisión: los cometidos sociales son una actividad que los particulares van a ejercer en su nombre y por su cuenta, pero una actividad que, por su naturaleza, podría ser ejercida en virtud de la libertad natural; *la autorización no hace sino levantar un obstáculo puesto por una regla de derecho,*⁹⁰ *sin que este acto de autorización amplíe la esfera substancial de la acción individual* y tenga por objetivo conferir al particular el ejercicio de una actividad propia de la esfera soberana del Estado.⁹¹

1. El cuarto nivel: los cometidos "privados"

Por lo expuesto en los tres apartados anteriores, tenemos en grado decreciente de participación del Poder Público, cometidos que explican, respectivamente en sus tres primeros niveles, una actividad soberana y exclusiva del Poder Público (*cometidos esenciales*); una actividad soberana pero que eventualmente el Poder Público concede a los particulares, ensanchando su esfera natural de acción mediante un nuevo derecho (*cometidos de servicio público*); y una actividad del Poder Público en la cual éste permite la acción paralela de los particulares, por razones de interés general y respecto de una esfera de acción que les es propia (*cometidos sociales*). Respectivamente los particulares han visto determinada su posición ante la Administración como destinatarios que tienen el rango, sea de súbditos, sea de usuarios, sea de beneficiarios.

Ahora bien, el intervencionismo del Poder Público en las ramas agropecuaria, industrial y mercantil de la economía, llevó a una importante actuación en el campo de la actividad privada. De este modo, la intervención estatal respecto de la actividad privada individual, no se limita a su regulación mediante reglas,⁹² ni a su contralor y fiscalización administrativas.⁹³ Mucho más, en régimen de economía mixta, el sector público desborda la esfera originaria de su acción y pasa a actuar en las actividades propias de los sectores privado y social, comprendidas en el principio de la libertad de trabajo,⁹⁴ en

⁹⁰ Otto MAYER, *ibidem*, t. II, pp. 153-154.

⁹¹ ZANOBINI, Guido, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, Milán, Giuffrè, 1935, pp. 421 y 422.

⁹² SAYAGUÉS-LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, precitado *supra* en nota (65), t. I, pp. 52-53.

⁹³ SAYAGUÉS-LASO, Enrique, *ibidem*, pp. 53-55.

⁹⁴ Los particulares en el ejercicio de un derecho individual protegido constitucionalmente, pueden dedicarse libremente a la profesión, industria, comercio o

libre concurrencia con estos sectores y bajo la regulación de ordenamientos jurídicos prevalentemente de derecho privado y de derecho social.

Atendiendo a estos rasgos generales, *llamamos cometidos privados a aquellas tareas concretas en función administrativa, asumidas directa o indirectamente por la Administración, en libre competencia con la iniciativa privada, en régimen predominante de derecho privado y social, que implica grados variables de control por el Poder Público y cuyos destinatarios se encuentran en posición de clientes.*

En los últimos lustros, tenemos ejemplos de estos cometidos privados de la administración pública, en facetas del intervencionismo mexicano en materia económica: siderurgia, industria de carros de ferrocarril, ediciones económicas, cinematografía, teatros, textiles, subsistencias populares, turismo,⁹⁵ agricultura, agroindustrias, elaboración de guanos y fertilizantes, etcétera.

Estas tareas tan variadas configuran un importante sector de la actuación cotidiana de la administración pública en México, con caracteres propios que permiten distinguirla de los tres otros niveles de cometidos, por lo cual cabe estudiar estos cometidos bajo el nombre de cometidos agropecuarios, industriales y mercantiles del Poder Público o, más clásicamente, *cometidos privados del Poder Público*. Habiendo ya explicado la naturaleza genérica del concepto de cometidos, con relación a sus especies de las cuales la presente es la cuarta y última, se comprende que ésta no sea mencionada en los

trabajo que les acomode, siendo lícitos (art. 5º constitucional), pero desde 1983 la Constitución establece la rectoría del desarrollo nacional como responsabilidad del Estado, quien planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional (art. 25, párrafos 1º y 2º constitucional); esta misión del Poder Público ya se encontraba en el art. 131, párrafo 2º, de la Constitución desde 1951, así como en la Ley sobre atribuciones del Poder Ejecutivo en materia económica, en texto de 1951 adicionado en 1959.

⁹⁵ Un ejemplo muy claro es el de la Compañía Nacional de Subsistencias Populares (CONASUPO), quien se disputa los clientes con otros grandes establecimientos comerciales, afamados por su excesiva publicidad. Lo mismo puede decirse de los servicios turísticos, hotelería especialmente, que proporcionan entidades públicas, como el Turismo para los derechohabientes del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (TURISSSTE), en relación con las grandes corporaciones transnacionales y las muy lucrativas empresas nacionales del ramo. En este sentido, *cfr.* MARTÍNEZ CALVILLO, Salvador (coordinador, en equipo con ÁBREGO SANTOS, Rosario; CARRILLO LÓPEZ, Alberto, y SÁMANO MARTÍNEZ, Roberto), *Teoría general de los cometidos del Poder Público*, ciudad de México, UNAM/División de Ciencias Jurídicas de la ENEP "Acatlán", marzo 1986, 26 pp., su p. 24 en nota 2.

manuales que engloban "a la francesa" todos los "cometidos" bajo el rubro tradicional y lato de los "servicios públicos"; idéntica omisión, igualmente inaceptable, caracteriza a los manuales que marginan estas actividades del derecho administrativo, considerándolas con criterio formalista como de derecho privado, sin reparar en la gravitación ciertamente orgánica pero inclusive de funcionamiento, que en ellas tienen los principios, las instituciones y el régimen mismo del autónomo derecho de la administración pública.

2. El régimen jurídico de los cometidos "privados"

Respecto de estos cometidos privados del Poder Público, proceden ciertos señalamientos relativos a su régimen jurídico.

a) En primer lugar, los particulares tienen un derecho individual, constitucionalmente protegido, para desarrollar estas actividades, para las cuales no requieren el consentimiento del Poder Público, salvo la exigencia legal eventual de licencia o permiso y, todo ello, sin perjuicio de los requisitos de policía, sanidad, higiene, tributarios, etcétera. Por encontrarnos en el marco de la libertad constitucional de trabajo, la *directa actuación* de la administración pública en este campo requiere acto legislativo, ley o decreto, federal o estadual, que la legitime para ello, sin que su actuación excluya la iniciativa privada frente a la cual se encontrará en régimen de libre concurrencia. Naturalmente que, respecto de las empresas públicas integradas mayoritaria o minoritariamente por el Poder Público, esta modalidad mercantil de la administración pública mexicana permite también su *indirecta actuación* por la aplicación automática de la legislación mercantil y de la Ley General de Sociedades Mercantiles, lo cual no deja de crear ciertas complicaciones y perplejidades en la práctica, de las cuales se ha hecho eco la doctrina.⁹⁶

b) En segundo lugar, como no estamos ante actividades exclusivas de la soberanía, ni ante actividades que exijan actos de concesión o de autorización para su prestación por los particulares, rige en principio en forma irrestricta la libre concurrencia. Para limitarla, o para excluirla, mediante la atribución en monopolio de alguna de estas actividades a un organismo o empresa de la administración pública, se

⁹⁶ Cfr. MADRID HURTADO, Miguel de la, *Estudios de derecho constitucional*, 2a. ed., ciudad de México, Porrúa, S. A., 1980, pp. 35-57, esp. 48-52.

requiere el acuerdo de un acto legislativo⁹⁷ que, a falta de texto expreso y para la esfera de las entidades federativas, deberá ser una ley estadual.⁹⁸

c) En tercer lugar, estos cometidos agropecuarios, industriales y mercantiles del Poder Público admiten más fácilmente la aplicación de los derechos social y privado, sea a texto expreso o por analogía⁹⁹ pero sin excluir las normas de derecho público que sigue siendo el derecho estructural de principio. Por ejemplo, todo lo relativo a la organización, competencia y contralor de las instituciones administrativas que realizan estos cometidos, se regula casi exclusivamente por el derecho público y, en casos típicamente mercantiles, en que se empieza disponiendo que la actividad se regulará por el derecho privado, comienzan al poco tiempo a surgir reglas especiales que, poco a poco, van consagrando un régimen diferente que progresivamente se acerca a los sistemas de derecho público.¹⁰⁰ En realidad, es el derecho público el que permite, expresa o tácitamente, la aplicación de las reglas del derecho privado y social, como se observa matizadamente en los artículos 3 a 7 de la Ley federal de las entidades paraestatales de 1986 y su reglamento de 1990.

d) En cuarto lugar, las potestades características del derecho público aparecen en menor escala que en los cometidos del Poder Público; pero no desaparecen por completo y de este modo se reconoce a las dependencias o entidades administrativas, el derecho de recurrir al ejercicio de la potestad expropiatoria, al beneficio de ciertos regímenes procesales y tributarios de excepción, etcétera.

3. Las "actividades privadas de interés público"

e) En quinto lugar, como lo ha apuntado la doctrina mexicana,¹⁰¹ en el conjunto de estas actividades, las hay que satisfacen intereses

⁹⁷ "De acuerdo con las leyes", establece el art. 28, párrafo 6° *in fine*, constitucional.

⁹⁸ Cfr. arts. 115, frac. III, y 116, fr. VI (desde el 17 de marzo de 1987) de la Constitución.

⁹⁹ SAYAGUÉS-LASO, Enrique, *Tratado...*, precitado en nota 65, t. I, pp. 384-388.

¹⁰⁰ Así, respecto del cometido de banca y crédito, las leyes reglamentarias del 31 dic. de 1982, de 14 enero de 1985 y de 1990; y la Ley federal de las entidades paraestatales del 14 de mayo de 1986.

¹⁰¹ Cfr. con los colegas precitados en nota 95: MARTÍNEZ CALVILLO, Salvador (coordinador, en equipo con ÁBREGO-SANTOS, Rosario; CARRILLO LÓPEZ, Alberto, y SÁMANO MARTÍNEZ, Roberto), *Teoría general de los cometidos del Poder Pú-*

meramente individuales y otras que llenan necesidades colectivas más intensas o que, por sus características propias, ponen en juego intereses más trascendentales, como en ciertos abastecimientos esenciales e impostergables (farmacia, carne, leche, pescado, pan, tortilla, chile, frijol). Dada la importancia de estas actividades individuales, además de su intervención indirecta mediante los organismos o empresas competentes, el Estado las somete a una regulación y fiscalización más intensas, determinando minuciosamente la forma como deberán ser ejercidas, imponiendo condiciones técnicas, efectuando severos controles, imponiendo regímenes sistemáticos de aprobación y aún de autorización, etcétera.

El régimen jurídico especial de estas actividades justificará, quizás con el tiempo, que se las examine separadamente, distinguiéndolas de los cometidos privados corrientes de la administración pública. En este sentido, se ha sugerido, atendiendo a los intereses colectivos generales que afectan, que se las califique como *actividades individuales de interés público*. Esta terminología así diferenciada, sin llegar a ciertas distinciones doctrinales que podrían parecer excesivas,¹⁰² destaca la posición de los particulares que explotan estas actividades, la cual es algo diversa de los cometidos puramente privados, pero *sin que quepa en modo alguno equipararlas a la especie de los cometidos de servicio público*. En efecto, los particulares que actúan en este tipo de negocios, lo hacen en el ejercicio de un derecho constitucional de libertad individual, cualquiera que sea la severidad de las condiciones y limitaciones a que los someta la administración pública. Por el contrario y como vimos extensamente en los apartados XV y XVI, los particulares no intervienen por derecho propio en la prestación de cometidos de servicio público sino que, para ello, se requiere conferirles una ampliación de su esfera individual de acción, mediante un acto administrativo de concesión.

blico, quienes siguen aquí (p. 24, en nota 1), expresamente a SAYAGUÉS-LASO, Enrique, *Tratado...* precitado, *supra* en nota 65, t. I, p. 86.

¹⁰² Las que llevan a calificar dichas actividades como "servicios públicos impropios", *cfr.* BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo* (Legislación administrativa argentina), Buenos Aires, El ateneo, 4 vols., 1947, en su vol. I, pp. 153-156, esp. nota 62 de p. 154.

XVIII

1. *Una reflexión científica y pedagógica; el reciente plan de estudios (1984) vigente en la UNAM/"Acatlán"*

Recapitulando, después de haber ubicado las finanzas públicas respecto del derecho tributario y a la significación general de la reciente doctrina (*supra*, apartado I), hemos destacado algunos de sus méritos específicos (*supra*, apartados III a VIII). Ello sin perjuicio de desarrollar seguidamente algunas discrepancias (*supra*, IX) y de conectar la globalidad con la moderna Teoría general de los cometidos del Poder Público (*supra*, X a XVIII). Como lo anunciábamos en el introito de la parte final de este estudio (en el apartado IX), deseáramos, para terminar, la formulación de una reflexión científica y pedagógica, en el marco de *la reciente reforma de los planes y programas de estudio adoptados por la Universidad Nacional Autónoma de México, para el plantel jurídico de la División de Ciencias Jurídicas de la ENEP "Acatlán", a fines de 1984* (cuyos primeros egresados, aún no titulados, son de octubre 1991).

Como se trata de un proyecto muy ambicioso y ciertamente renovador en la perspectiva de nuestras Facultades de Derecho clásicas, se nos ocurre oportuna una breve presentación del mismo, puesto que, aunque en este campo de los derechos económico, de las finanzas y de la administración públicas, dichos programas son predominantemente una obra del Taller de Derecho Público que tenemos (desde 1980) el honor de coordinar, sus motivaciones, su estructuración y el programa específico referente al Derecho Financiero (área central) y al Derecho de las Finanzas Públicas (área de preespecialización) coinciden en lo sustancial con la médula de criterios doctrinales y legislativos sustentados recientemente por profesores visitantes de dicho Taller.¹⁰³

¹⁰³ La sesión, el viernes 18 de octubre de 1985, con alta asistencia y en la casa siempre acogedora del profesor y magistrado RAFAEL IBARRA GIL, tuvo como ponentes visitantes al C. Lic. RUBÉN AGUIRRE PANGBURN, Director General de Política de Ingresos de la SHCP; al ilustre maestro ecuatoriano y ex-coordinador de postgrado en la Universidad de Monterrey, Dr. JOSÉ VICENTE TROYA JARAMILLO; al C. Lic. JACINTO FAYA VIESCA, de la Universidad Autónoma de Coahuila (plantel de Torreón), y al profesor JERARDO ESPINOZA CARRILLO, de la Universidad Chilena de Concepción y flamante ganador, por unanimidad de votos (actuando como sinodales el presidente Dr. MIGUEL ACOSTA ROMERO, el Dr. LEÓN CORTIÑAS-PELÁEZ y los Lics. RAFAEL IBARRA GIL, MARIO RUIZ DE CHÁVEZ-GARCÍA y Luis Hum-

El nuevo plan de estudios, apoyado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y aprobado por las supremas autoridades competentes de la Ciudad Universitaria del Pedregal, en su *Presentación* de marzo de 1984, contiene una prolija fundamentación de motivos (23 págs.), en la cual resulta llamativo el señalamiento de ciertos planteamientos críticos y de objetivos.

2. Tradicionalismo juricista y ciencias sociales

Un primer dato, planteado con respeto pero con firmeza, consiste en la *desactualización y falta de adecuación a las exigencias de formación de juristas y abogados* del momento en que vivimos y del futuro, que se pone de manifiesto en la *visión tradicional del Derecho*, impartida en la Facultad de Derecho de Ciudad Universitaria, cuyos intentos de modernización no ponen en tela de juicio su perfil original, monodisciplinario y aferrado a una perspectiva normativista y positivista de las instituciones jurídicas mexicanas, perfil proclive al inmovilismo y desconocedor del contexto histórico, económico, político y social del derecho nacional.¹⁰⁴

Contrastando con dicho enfoque, *el nuevo Plan de Estudios para la UNAM/"Acatlán" promueve una vinculación más estrecha del derecho y las ciencias sociales*, pues "las ciencias normativas no pueden

berto DELGADILLO GUTIÉRREZ) del concurso de oposición en derecho administrativo de la UNAM/ENEP "Acatlán" (1985-86).

¹⁰⁴ Podría definirse como un Plan de Estudios anterior a 1954, fecha del nuevo plan de licenciatura presentado en la Universidad de París por los maestros Maurice DUVERGER y Jean CARBONNIER, posteriormente decisivo en los planes propuestos en Brasil por el ilustre Federico Clementino de SANTIAGO DANTAS y asumidos, con variantes que no afectan la substancia de su esquema modular y multidisciplinario, por universidades de Chile (Concepción), de la R. Oriental del Uruguay (Montevideo, en 1971) y Venezuela (Zulia). Cfr., ampliamente, CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Algunas Facultades de Derecho europeas (Esbozo de un panorama de sus planes de estudio)", Montevideo, *Revista del Centro Estudiantes de Derecho-Homenaje a Eduardo J. COUTURE*, t. XIX, N° 85, 1956, pp. 475-508. En misión de la UNAM, en marzo-abril 1985, tuvimos oportunidad de discutir positivamente esta renovadora aportación mexicana a la pedagogía latinoamericana de las ciencias jurídicas, en Facultades de Derecho de diez países de nuestra América, principalmente en las Facultades de Derecho de Montevideo, Córdoba/Argentina, Santa Fe, Bello Horizonte, São Paulo, San Marcos de Lima, Quito, Externado de Colombia, del Zulia/Maracaibo y de Caracas (Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela). Fue unánime el sentir de autoridades y colegas, felicitándose de que México, en la línea de esos antecedentes, readquiera el liderazgo de la enseñanza jurídica superior en América Latina.

entenderse en profundidad si se las desvincula, como ha ocurrido en el pasado, del medio social que les da sentido y sobre el cual están destinadas a gravitar" (pp. 1-3).

Para el Nuevo Plan, el licenciado en Derecho debe ser: consciente de los requerimientos de colaboración que impone la interdisciplina en la resolución de los asuntos sociales; abocado a la investigación y la técnica jurídica, para vincularlas a la enseñanza y al ejercicio del Derecho; dispuesto a integrar la especificidad de su disciplina con la cultura general, que proporciona una más amplia e integral visión de la sociedad; fundamentalmente, "proclive a la comprensión del cambio social, que dinamiza la convivencia humana y señala las líneas del progreso" (p. 6). Complementariamente, teniendo en cuenta que la evolución de la *ciencia jurídica contemporánea reafirma cada vez más su ubicación en el terreno de las ciencias sociales*, se plantea la exigencia de formar licenciados en derecho que conozcan el contexto socioeconómico en que el orden jurídico se inscribe, *lo cual justifica la inclusión de asignaturas preliminares*, en la llamada "área básica" ubicada en los primeros semestres,¹⁰⁵ cuyo objetivo es proporcionar a los estudiantes nociones fundamentales de política, economía y sociología. Esta área básica ofrece adecuadas posibilidades para el redimensionamiento de la formación de juristas y abogados, especialmente por tratarse de un área que favorece la estrategia de formación interdisciplinaria, que se tuvo presente en el proceso fundacional de las Escuelas Nacionales de Estudios Profesionales (ENEP's), a mediados de la década de los setentas.

3. Crítica asistemática y estructura global del nuevo plan para derecho

Ahora bien, importa el señalamiento de que *la elaboración de programas no sólo prevé la consideración dogmática de los temas inclui-*

¹⁰⁵ En el primer semestre, las asignaturas preliminares son las siguientes: Sociedad y política del México actual, Sociología y derecho, Historia de las ideas políticas y económicas, e Introducción al derecho. En el segundo semestre, de un total de diez semestres, el área básica se complementa con cuatro asignaturas cuya finalidad es ofrecer al estudiante su primer contacto con el objetivo de conocimiento propio de la carrera: Historia general del derecho, Introducción a la economía, Teoría del Estado y Teoría del derecho. En ambos semestres, como requisitos sin créditos pero imprescindibles para poder cursar los semestres posteriores, se prevé la aprobación de dos cursos tendentes a resolver deficiencias recurrentes que pueden advertirse en los estudiantes: se trata de Redacción e investigación documental y Metodología de la investigación jurídica.

dos, sino además la crítica extrasistemática, como cuadra a quienes no desean aherrojar la enseñanza necesariamente evolutiva de los fundamentos del derecho positivo, en los estrechos y esclerosados límites de la ley vigente. Más aún, ello se deriva de apreciar que la misión del jurista no se agota en el conocimiento del contenido de las reglas del derecho, correspondiéndole además la crítica al derecho vigente, para poner influir en el proceso de su evolución y reforma.

La estructura global del plan de estudios, como ha quedado insinuado, comprende tres grandes áreas: la básica —de la cual ya hemos apuntado lo esencial—, la central —que viene a ser equivalente a la licenciatura clásica, comprensiva de los semestres tercero a octavo y medio— y, finalmente, el área de preespecialización, que brinda siete opciones terminales.¹⁰⁶ Cada una de las cuales se integra con un semestre y medio y un total de seis asignaturas.

En el marco de esta nueva doctrina mexicana sobre *Finanzas públicas*, nos interesa realzar particularmente su conexión con la asignatura Derecho financiero, del área central, y con la Preespecialización en Derecho de las finanzas públicas.

XIX

1. La sustitución del D. fiscal por el D. financiero: un freno a la desvirtuación "tributarista" del derecho de las finanzas públicas

Por oposición a la desvirtuación "tributarista" del derecho financiero (*supra*, numeral 1 de nuestro apartado I), se substituye la múltiple asignatura Derecho Fiscal por Derecho Financiero, una asignatura potencialmente mucho más amplia y ciertamente más abocada a la consideración jurídica de problemas de interés general.

Teniendo como créditos de aprobación previa necesaria, a Derecho Administrativo I, Derecho Administrativo II y Derecho Económico,¹⁰⁷

¹⁰⁶ Respectivamente, Derecho civil y mercantil, Derecho social, Derecho y Ciencias penales, Derecho de la administración pública, Derecho político, Derecho de las finanzas públicas y Derecho económico.

¹⁰⁷ Se trata, por su materia misma, pero fundamentalmente por su ubicación en la globalidad del plan de estudios (seriada, después de los administrativos y previa a financiero), y por su contenido, de una renovadora contribución del Nuevo Plan. Sin entrar aquí en otros detalles, cabe el señalamiento de sus siete unidades temáticas: I. Fundamentos del derecho económico; II. Fuentes; III. Los cometidos del Poder Público mexicano en materia económica; IV. Instituciones y técnicas de

la nueva asignatura se estructura en base a trece grandes unidades temáticas, las cuales se indican seguidamente, con sus subtemas particulares:

I. Las finanzas públicas, un cometido esencial del Poder Público:

1. Las cuatro funciones jurídicas de Poder Público y las cuatro categorías de cometidos del Poder Público;
2. Polivalencia del cometido financiero del Poder Público; determinación y recaudación, administración, planeamiento, programación, gasto, evaluación y control;
3. Cometido financiero, ciencia de las finanzas y derecho financiero o de las finanzas públicas.

II. Normatividad y organización de las finanzas públicas:

1. El derecho constitucional financiero;
2. Las ramas del derecho financiero;
3. Derecho de la organización administrativa financiera.

III. Los ingresos del Estado:

1. Ingresos patrimoniales;
2. Ingresos por concepto de precios y tarifas;
3. Ingresos crediticios;
4. Ingresos tributarios;
5. Principios de los tributos;
6. Clasificación y efectos tradicionales de los tributos.

IV. La potestad tributaria:

1. El imperio del Poder Público y las facultades tributarias;
2. Los límites a la potestad tributaria;
3. El hecho imponible;
4. Interpretación e integración de las leyes tributarias;
5. Vigencia.

la regulación pública de la economía; V. La promoción y el fomento; VI. Inversión extranjera, transferencia de tecnología y comercio exterior; VII. La coordinación del sector público y su concertación con los sectores privado y social.

V. *La relación juridico-tributaria:*

1. La obligación tributaria;
2. El crédito tributario;
3. Los sujetos de la relación: 3.1 El sujeto del impuesto y el sujeto pagador; 3.2 La responsabilidad; 3.3 Capacidad, residencia y domicilio;
4. La extinción de la obligación tributaria: 4.1 El pago; 4.2 Compensación; 4.3 Prescripción y caducidad; 4.4 Condonación; 4.5 Cancelación.

VI. *El fomento tributario:*

1. No sujeción y no causación;
2. Condonación;
3. Bases jurídicas;
4. Los estímulos fiscales.

VII. *El ilícito tributario:*

1. La facultad sancionadora;
2. Infracciones y sanciones;
3. Los delitos y las penas;
4. Los procedimientos para sancionar.

VIII. *El procedimiento administrativo:*

1. La administración fiscal;
3. Derechos y obligaciones de los contribuyentes;
3. La negativa ficta;
4. Las facultades de las autoridades fiscales;
5. Servicios de asistencia a los contribuyentes;
6. La facultad económico-coactiva; 6.1 El secuestro administrativo; 6.2 Los remates; 6.3 La suspensión del procedimiento.

IX. *Los recursos administrativos:*

1. La naturaleza de los recursos;
2. La oposición al procedimiento y la nulidad de notificaciones;
3. Otros recursos.

X. *El proceso contencioso administrativo:*

1. El proceso ante los tribunales autónomos: el Tribunal Fiscal de la Federación y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del D. F.;
2. Demanda, contestación, ofrecimiento y desahogo de pruebas;
3. La sentencia;
4. Los recursos;
5. El proceso ante el Poder Judicial de la Federación: el amparo y la acción constitucional de revisión.

XI. *El crédito público:*

1. Los empréstitos y la soberanía;
2. La regulación jurídica de los empréstitos;
3. La deuda pública;
4. Conversión de la deuda;
5. Extinción de la deuda.

XII. *El presupuesto del Estado:*

1. Evolución, tipos y naturaleza jurídica del presupuesto;
2. Principios del presupuesto;
3. Preparación, elaboración y aprobación del presupuesto;
4. Ejecución del presupuesto;
5. La inversión pública.

XIII. *El control del presupuesto:*

1. Finalidades del control;
2. Los sistemas de control;
3. El control administrativo del presupuesto;
4. El control legislativo del presupuesto.

Tratando pues de poner freno a la indicada desvirtuación "tributaria" del derecho financiero, se observa en este programa que *hay únicamente cuatro temas de trece de tributario clásico*; tres temas de derecho procedimental y procesal; y seis temas claramente orientados

a la consideración del interés general (y no de los singulares, y en México frecuentemente transnacionales intereses particulares, que suelen ubicarse en la exposición del clásico tributario).

XX

1. La preespecialización en derecho de las finanzas públicas

Como era natural y previsible, la utilidad de esta corriente doctrinal se vuelve a poner de manifiesto *al internarnos en la preespecialización en derecho de las finanzas públicas*, opción terminal (en los semestres noveno y décimo), que se integra con las siguientes disciplinas:

1. Con el carácter de obligatorias:

Derecho Constitucional financiero,
Sistema tributario mexicano,
Derecho del crédito y de la deuda públicos, y
Seminario sobre derecho del control y responsabilidad financieros.

2. Con el carácter de optativas:

Elementos de contabilidad general,¹⁰⁸
Derecho bancario, y

¹⁰⁸ Según decisiones inconsultas, aún carentes de fundamentación y motivación, esta materia ha pasado a ser optativa y sin asignación de preespecialización expresa, siendo sustituida con el mismo carácter de obligatoria por la asignatura *Sistema tributario mexicano*, que se estructura en base a once unidades temáticas, a saber:

- I. El sistema tributario y la estructura impositiva en México;
- II. El impuesto sobre la renta;
- III. El impuesto al valor agregado;
- IV. El impuesto sobre producción y servicios;
- V. El impuesto sobre adquisición de inmuebles;
- VI. Impuesto sobre vehículos;
- VII. Otros impuestos;
- VIII. Los derechos o tasas;
- IX. Aportaciones de seguridad social;
- X. Las contribuciones estatales, y
- XI. Las contribuciones en el Distrito Federal.

Derecho de las instituciones financieras comparadas e internacionales.

La orientación de esta preespecialización es claramente de fortalecimiento de los recursos humanos potenciales del sector público, para lo cual se consideró originalmente hasta innecesario insistir en los principios del derecho tributario, harto suficientemente tratados en el curso del área central (supra, nuestro apartado XIX). Por otra parte, parecía difícil y hasta imposible descuidar alguna de las materias así enunciadas, máxime que en los documentos preliminares se incluían otras dos disciplinas, en esta preespecialización, que fueron finalmente incluidas en la preespecialización de derecho de la administración pública.¹⁰⁹

Pergeñamos esta nota estando en imprenta esta contribución. La sustitución, sorpresiva, será oportunamente ocasión de otros comentarios. Aquí sólo podemos formular, en forma provisional, este apuntamiento:

a) El título de la asignatura se contradice con su contenido: como en otro contexto puntualizara el *Doyen* José NÚÑEZ-CASTAÑEDA, "se pretende enseñar legislación cuando se debiera enseñar *Derecho*", para abogados, y dejando aquella para otras profesiones no jurídicas;

b) La experiencia didáctica sugiere la dificultad de impartir once unidades temáticas, como las indicadas, en 45 horas de clase solamente;

c) De admitirse la sustitución indicada, mejor sería encarar científicamente una asignatura sustantivamente sintética, que prescindiera del "memorismo codiguero", de una legislación muy cambiante, y se centrara en los *Principios fundamentales del derecho de la tributación federal*;

d) Resulta ostensible la perspectiva normativista, positivista y monodisciplinaria de la nueva asignatura, que se introduce en contradicción con los fundamentos y con los motivos del nuevo plan de estudios, prolijamente indicados en su *Presentación (supra, nuestros numerales 2 y 3 del apartado XVIII)*;

e) Aunque la práctica pedagógica podrá indicar sabias rectificaciones, el texto en sí omite la crítica asistemática y desvirtúa el perfil del abogado y la misión del jurista que presiden el nuevo plan de estudios (*supra, nuestro numeral 3 del apartado XVIII*).

La construcción de instituciones, también de sus planes de estudio, conoce y conocerá siempre de estos ojalá sólo aparentes "pasos atrás". Lo importante, máxime en una Universidad pública como la Universidad Nacional, es dejar de lado pre-conceptos y abrir el diálogo, con limpieza, con respeto académico y, "sin acepción de personas".

¹⁰⁹ Nos referimos a la legislación administrativa financiera, y al Seminario de derecho de la programación y del presupuesto por programas. *Cfr.*, respecto de la primera, una valiosa exposición global que emerge estando en prensa este estudio: OSORNIO-CORRES, Francisco Javier, *Aspectos jurídicos de la administración financiera en México*, ciudad de México: UNAM/I.I.J. (estudios doctrinales N° 135), 1992, 285 pp.

Ahora bien, con referencia concreta a las disciplinas así enunciadas, tenemos que *Derecho del crédito y de la deuda públicos* es una nueva asignatura que se estructura en base a catorce unidades temáticas, a saber:

- I. Principios generales y ubicación;
 - II. Tipos de empréstitos;
 - III. Emisión de empréstitos;
 - IV. Régimen jurídico de los títulos;
 - V. Garantía y ventajas del empréstito;
 - VI. Extinción del empréstito;
 - VII. Amortización de la deuda pública;
 - VIII. Incumplimiento de las obligaciones de la deuda pública;
 - IX. Recursos jurisdiccionales de orden nacional, internacional y extranjero;
 - X. Fundamentos constitucionales (remisión al curso de derecho constitucional financiero);
 - XI. Disposiciones de la Ley General de Deuda Pública;
 - XII. Disposiciones de la Ley de Presupuesto, contabilidad y gasto público;
 - XIII. Disposiciones de la Ley de planeación y de la Ley de obras públicas;
 - XIV. Las entidades federativas y los municipios en el ámbito del crédito público.
2. *La preespecialización en derecho de la administración pública*

Finalmente, en la preespecialización en derecho de la administración pública, como viene de anotarse, tenemos un *Seminario de derecho de la programación y del presupuesto por programas*, nueva asignatura para la cual se han preceptuado las quince unidades temáticas siguientes:

- I. Nociones generales;
- II. Presupuesto tradicional;
- III. Presupuesto por programas;
- IV. Presupuesto base cero;
- V. Principios del presupuesto;
- VI. Elaboración del presupuesto;
- VII. Aprobación del presupuesto;

- VIII. Fundamentos constitucionales (remisión al curso de derecho constitucional financiero);
- IX. Disposiciones de la Ley de presupuesto, contabilidad y gasto público;
- X. Decreto del presupuesto de egresos;
- XI. Gastos públicos;
- XII. Ejecución del presupuesto;
- XIII. Evaluación del presupuesto;
- XIV. Control del presupuesto, y
- XV. Cuenta pública.

XXI

1. *La entraña del Cameralismo en esta reflexión administrativa sobre las finanzas públicas*

El lector se estará preguntando a estas horas el porqué de una reflexión tan extensa sobre las finanzas públicas en el horizonte del derecho de la administración contemporánea. En verdad, es mérito incuestionable de la reciente doctrina el habernos inducido a esta algo prolija conexión entre sus temas específicos de derecho de las finanzas públicas, y los temas más generales del Estado y del Derecho administrativo en general, en la perspectiva, que es nuestro deber y vocación, de la enseñanza universitaria de estas disciplinas. En particular, como intentamos formularlo en nuestros apartados X a XVII, por encima de las diferencias ideológicas que formalmente separan a los clásicos fundadores de la "ciencia de la policía",¹¹⁰ respecto de los forjadores de la democracia social de este umbral del siglo XXI, en la entraña de los clásicos planteamientos de los cameralistas alemanes y de sus continuadores franceses y españoles especialmente, yacen las

¹¹⁰ Cfr., por todos y en doctrina mexicana, GUERRERO OROZCO, Omar, *Introducción a la administración pública*, ciudad de México, Harper & Row Latinoamericana, "Presentación", de José CHANES NIETO, "Prólogo" de Leonel PÉREZ NIETO CASTRO, 1985, 392 pp.; en doctrina europea, LANGROD, Georges, *Traité de science administrative*, Paris, Mouton, 1966, 901 pp., con "Préface" de Georges VEDEL; MORSTEIN-MARX, Fritz, director, *Verwaltungswissenschaft in europäischen Ländern, Stand und Tendenzen* (Ciencia administrativa en los países europeos, situación y tendencias), Berlín, Duncker y Humblot, 1969, 283 pp.; y, ya antes, MORSTEIN-MARX, Fritz (director), *Verwaltung, Eine einführende Darstellung* (Administración, una presentación introductoria), Berlín, Duncker y Humblot, 1965, 488 pp.

raíces de estas tareas concretas que configuran los cometidos del Poder Público de nuestros días.

No pretende este artículo convertirse en un catálogo de discrepancias. Nos hemos apenas permitido apuntar empero, con alguna divergencia, ciertos enfoques complementarios, que juzgamos convergentes con la médula del discurso académico de la nueva doctrina.

En estas líneas, cabe todavía apuntar algunos subtemas, en la imposibilidad de glosarlos ni siquiera abreviadamente: *la reivindicación de la tradición republicana y revolucionaria de las instituciones mexicanas*, que llevan a reclamar un mayor lugar para el Congreso de la Unión en la formulación y control de la planeación democrática, en concordancia con lo cual, se critica el Plan Nacional de Desarrollo (PLANADE) de 1980-1982,¹¹¹ por razones crecientemente válidas para los de 1983-88 y 1989-94; *el replanteamiento de la potestad financiera constitucional originaria*,¹¹² en el cual se visualiza una ineludible herramienta del nuevo federalismo cooperativo que postula,¹¹³ donde las facultades de los tres niveles de gobierno deberán ser resultado de una negociación auténticamente tripartita, y no de una determinación unilateral, desde la ciudad de México y por el Gobierno Federal; *la insistencia en el papel decisivo del gasto público en el funcionamiento de la democracia social*,¹¹⁴ convergente con el nuevo concepto de libertad que hemos postulado (*supra*, nuestro apartado XI); *la lucidez respecto de los riesgos de la política del presupuesto por programas*, atenuadas por la convergencia matricial de las divergentes estructuras programática y administrativa;¹¹⁵ finalmente, la exigencia de la justicia materializada y su exhortación muy "nietiana" a la búsqueda de un nuevo derecho administrativo.¹¹⁶

¹¹¹ FAYA, *ibidem*, pp. 436, 438 y 446-447.

¹¹² Cfr. MONTAÑEZ OJEDA, Jorge Iván, *La potestad tributaria*, ciudad de México, UNAM/División de Ciencias Jurídicas de la ENEP "Acatlán", trabajo escrito que ganara para su autor la definitividad en las oposiciones a cátedra de derecho financiero, enero 1985, 24 pp.; y, del mismo MONTAÑEZ OJEDA, Jorge Iván, "Federalismo tributario en México" —50 años al servicio de México—, ciudad de México, Tribunal Fiscal de la Federación, núm. extraordinario del 50º aniversario, 1988, t. V, pp. 431-464.

¹¹³ FAYA, *ibidem*, pp. 346-347.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 320-21, 337, 356-357, 364, 367, 438.

¹¹⁵ *Ibidem*, pp. 404 y 400.

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 416 y 425.

En nuestra personal perspectiva de la reciente doctrina mexicana de derecho administrativo¹¹⁷ y de derecho financiero y tributario,¹¹⁸ estamos ante una aportación doctrinal interesante, provechosa; que provoca cavilaciones y polémica y que admite la discrepancia, en

¹¹⁷ Además de nuestra recensión de FRAGA (*supra*, nota 52), v. las siguientes: de Andrés SERRA ROJAS, *Derecho administrativo*, 4a. ed., ciudad de México, Manuel Porrúa, S. A., 2 vols., 1968, 1982 pp., publicada en Caracas, *Archivo de derecho público y ciencias de la administración*, Universidad Central de Venezuela/Instituto de Derecho público, vol. 2, 1970-71, pp. 579-587; de Jorge OLIVERA TORO, *Manual de derecho administrativo*, ciudad de México, Porrúa, S. A., 1967, 528 pp., publicada en el *Archivo...*, *ibidem*, pp. 565-571; de Miguel ACOSTA ROMERO, *Teoría general del derecho administrativo*, ciudad de México, Porrúa, S. A., 4a. ed., 1981, 707 pp., publicada en ciudad de México, *Vivienda*, órgano de INFONAVIT, año VI, N° 6, nov.-dic. 1981, pp. 610-621; de Teodosio LARES, *Lecciones de derecho administrativo dadas en el Ateneo mexicano*, ciudad de México, Imprenta de Ignacio Cumplido, 1852, 410 pp., reedición facsimilar de la UNAM (Coordinación de Humanidades: Nueva biblioteca mexicana), "Prólogo" de Antonio CARRILLO FLORES, publicada en *Vivienda*, *ibidem*, sept.-dic. 1982, vol. 7, núms. 5-6, pp. 630-639; de GONZÁLEZ COSÍO, Arturo, *El Poder Público y la jurisdicción en materia administrativa en México*, ciudad de México, Porrúa, S. A., 1976, 124 pp., publicada en *Vivienda*, *ibidem*, vol. 3, N° 1, ene.-feb. 1978, pp. 68-72; de FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, ciudad de México, El Colegio Nacional, 1983, 151 pp., publicada en *Vivienda*, *ibidem*, vol. 9, N° 4, oct.-dic. 1984, pp. 492-497; de Antonio CARRILLO-FLORES, *La Justicia federal y la administración pública*, ciudad de México, Porrúa, S. A., 2a. ed., 1972, 327 pp., publicada en *Vivienda*, *ibidem*, vol. 8, N° 1, ene.-mar. 1983, pp. 108-113; y, del mismo CARRILLO-FLORES, *La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos*, ciudad de México, Porrúa, S. A., 1981, 324 pp., publicada en *Vivienda*, *ibidem*, vol. 8, N° 3, jul.-sept. 1983, pp. 316-327.

¹¹⁸ V. nuestras siguientes recensiones, todas ellas publicadas en *Vivienda*, *ibidem*: de Mario PUGLIESE, *Instituciones de derecho financiero*, 2a. ed., ciudad de México, Porrúa, S. A., 1976, XII, 382 pp., en vol. 6, N° 3, may.-jun. 1981, pp. 276-281; de Ernesto FLORES ZAVALA, *Elementos de finanzas mexicanas. Los impuestos*, 22a. ed., ciudad de México, Porrúa, S. A., 1980, 510 pp., en el vol. 6, N° 4, jul.-ago. 1981, pp. 370-373; de RETCHKIMAN-KIRK, Benjamín, y GIL VALDIVIA, Gerardo, ponentes, *El federalismo y la coordinación fiscal*, ciudad de México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 10-105 pp., en vol. 6, N° 5, sept.-oct. 1981, pp. 492-497; del mismo RETCHKIMAN-KIRK, Benjamín, *Introducción al Estudio de la economía pública*, ciudad de México, UNAM/Textos universitarios, 3a. ed., 1983, 360 pp., en vol. 9, N° 2, abr.-jun. 1984, pp. 252-259; de Jacinto FAYA VIESCA, *Finanzas públicas*, 1a. ed., ciudad de México, Porrúa, S. A., 1981, 427 pp., en vol. 9, N° 3, jul.-sept. 1984, pp. 390-399; de Ernesto FLORES ZAVALA, *Los productos*, ciudad de México, ed. de la Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, 1982, 153 pp., en vol. 11, N° 1, ene.-jun. 1986, pp. 136-143; y de Sergio Francisco de la GARZA GONZÁLEZ, *Derecho financiero mexicano*, 13a. ed., ciudad de México, Porrúa, S. A., 1985, xvi-996 pp., en vol. 11, N° 2, jun.-dic. 1986, pp. 302-319.

cuanto observación y comentario lúcido de las instituciones públicas nacionales, contribución vigorosa al robustecimiento y a la reflexión en los estudios del derecho de las finanzas y de la administración públicas.