

07



La rendición de cuentas y responsabilidad
por actividad discrecional y por omisión

José Roldán Xopa



RED POR
LA RENDICIÓN
DE CUENTAS



CIDE

07



La rendición de cuentas y responsabilidad por actividad discrecional y por omisión

José Roldán Xopa*



CIDE

* Profesor- Investigador de la División de Administración Pública del Centro de Investigación y Docencia Económicas. Mi agradecimiento a Mercurio Cadena por el apoyo en la investigación y a los profesores Javier Cruz Angulo, Anel Fierro, Eileen Matus, Jimena Moreno, María Maqueo, Leticia Bonifaz, Josefina Cortés, Lourdes Morales, Raúl Ávila y Guillermo Cejudo por los agudos comentarios que me sirvieron para minimizar mis errores.

Directorio

Consejo Asesor de la RRC

Rubén Álvarez Mendiola, Ricardo Becerra Laguna, Eduardo Bohórquez, Guillermo M. Cejudo, Jesús Cantú Escalante, Benjamín Fuentes Castro, Alejandro González, Oscar Guerra Ford, Juan Pablo Guerrero, Edna Jaime Treviño, Mónica Lizaola Guerrero, Sergio López Ayllón, Mauricio Merino, Lourdes Morales, Almudena Ocejo Rojo, Miguel Pulido, Ricardo Raphael de la Madrid, Alejandra Ríos Cázares, Jorge Javier Romero Vadillo

Socios de la RRC

Archivo General de la Nación (AGN Artículo 19 A.C.)
Asociación Nacional de Organismos de Fiscalización Superior y Control Gubernamental A.C. (ASOFIS)
Auditoría Superior de la Federación (ASF)
Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP)
Bufete de Estudios Interdisciplinarios A.C.
Centro de Contraloría Social y Estudios de la Construcción Democrática (CCS-CIESAS)
Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos (CEMCA)
Centro de Investigación para el Desarrollo A.C. (CIDAC)
Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE)
Centro Mexicano de Derecho Ambiental A.C. (CEMDA)
Centro Universitario de Ciencias Económico Administrativas (CUCEA)
Ciudadanos en Medios A.C.
Ciudadanos por Municipios Transparentes (CIMTRA)
Comisión de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales de Puebla (CAIP)
Comisión de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de Tlaxcala (CAIPTLAX)
Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF)
Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla (CDHEPUEBLA)
Comisión de Transparencia y Acceso a la Información del Estado de Nuevo León (CTAINL)
Comisión de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Campeche (COTAIPCC)
Comisión de Transparencia, Acceso

a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de Oaxaca (COTAIPO)
Comisión Estatal para el Acceso a la Información Pública de Sinaloa (CEAIPES)
Consejo Ciudadano a la Contraloría (CCC)
Cultura Ecológica A.C.
El Colegio de Jalisco A.C. (COLJAL)
El Colegio de la Frontera Norte (COLEF)
El Colegio de México (COLMEX)
Equipo Pueblo
Escuela Mexicana de Archivos A.C. (EMAAC)
Ethos Fundación
Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO)
FUNDAR Centro de Análisis e Investigación
Gestión Social y Cooperación (GESOC)
Impacto Legislativo
Incidencia Social
Iniciativa Ciudadana para la Promoción de la Cultura del Diálogo A.C.
Iniciativa Sinaloa
Instituto de Acceso a la Información Pública del Distrito Federal (INFODF)
Instituto de Acceso a la Información Pública Gubernamental del Estado de Hidalgo (ITAIPHGO)
Instituto de Estudios de la Transición Democrática (IETD)
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (IJ-UNAM)
Instituto de Transparencia y Acceso a la Información de Tamaulipas (ITAIT)
Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Baja California (ITAIPBC)
Instituto de Transparencia y Acceso

a la Información Pública de Quintana Roo (ITAIPQR)
Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Guerrero (ITAIG)
Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios (INFOEM)
Instituto Estatal de Acceso a la Información Pública de Yucatán (INAIP)
Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI)
Instituto Federal Electoral (IFE)
Instituto Mexicano para la Competitividad A.C. (IMCO)
Instituto Morelense de Información Pública y Estadística (IMIPE)
Instituto Nacional de Administración Pública (INAP)
Instituto para la Seguridad y la Democracia A.C. (INSYDE)
Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información (ITAIP)
Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM)
Integradora de Participación Ciudadana
Jalisco cómo vamos Mexicanos Primero
México Evalúa
México Infórmate
Observatorio Nacional Ciudadano
ONG Contraloría Ciudadana para la Rendición de Cuentas A.C.
Plan Estratégico de Juárez Sonora Ciudadana A.C.
Transparencia Mexicana (TM)
Unión Iberoamericana de Municipalistas (LOCALLIS)
Universidad Iberoamericana (UIA)
Universidad Iberoamericana Puebla
Universidad Veracruzana (UV)

Las opiniones y datos contenidos en este documento son de la exclusiva responsabilidad de su(s) autor(es) y no representan el punto de vista del CIDE como institución.

ISBN 978-607-7843-50-4

Primera edición: Agosto, 2013
© 2013, Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C.
Carretera México-Toluca 3655,
Col. Lomas de Santa Fe, 01210
México, D.F.

Este documento forma parte del proyecto Red por la Rendición de Cuentas del CIDE, coordinado por el **Dr. Mauricio Merino** y dirigido por la **Dra. Lourdes Morales**. Fue financiado por un donativo de la **Fundación William and Flora Hewlett**.
Cuidado de la Edición: **Mónica Lizaola**
Fotografía de portada: **Adriana León de la Barra**



Índice

<i>I. Introducción</i>	5
<i>II. ¿En qué se piensa cuándo se habla de responsabilidad?</i>	7
<i>III. Las conductas de los sujetos públicos</i>	10
<i>IV. La discrecionalidad</i>	16
<i>V. Las posibles consecuencias de la actuación pública</i>	20
<i>VI. Un buen régimen disciplinario es condición de un buen sistema de rendición de cuentas y de una buena función pública</i>	22
<i>VII. La tipicidad</i>	23
<i>VIII. Antijuridicidad</i>	30
<i>IX. Culpabilidad</i>	32
<i>X. Los controles como solución y como problema</i>	37
<i>XI. Reflexiones finales</i>	39
<i>Bibliografía</i>	41

I. Introducción

En la perspectiva de la rendición de cuentas, la responsabilidad de los servidores públicos es central. De esta suerte, en el diseño de la política pública, la precisión del mandato que se establece a las organizaciones, así como de las conductas de los servidores, son condiciones necesarias para su efectividad. En tal sentido, este trabajo tiene como objetivo contribuir en la discusión de la responsabilidad tanto en su dimensión conceptual como en sus efectos jurídicos. Se ha elegido el tema de la responsabilidad por omisión y por actividad discrecional en atención a que es una de las cuestiones que mayor dificultad técnica presenta, tanto para establecer la relación entre el servidor público y el “tramo” de control de la función pública de la cual es responsable, como de las condiciones en que la conducta omisiva debe configurarse para que pueda ser calificada de ilícita y, en su caso, sancionar al responsable. La descripción anterior requiere, además, precisar los diversos sentidos que adquiere el concepto de responsabilidad tanto en la rendición de cuentas como en el derecho.

La expresión canónica de la rendición de cuentas establece que: i) hay dos sujetos involucrados; ii) un asunto sobre el que se rinden cuentas es necesariamente asumido por un sujeto, y iii) un juicio y/o una sanción emitida por el otro sujeto.¹ El planteamiento anterior es central para describir la ingeniería de la rendición de cuentas y es un buen punto de partida para examinar con mayor detalle sus partes y las relaciones que se establecen en tal proceso subsidiario² y transitivo.³

Así, el esquema plantea una primera vinculación entre un sujeto (A), que tiene una *responsabilidad* (R) respecto de una función, rol, actividad o conducta (F). La relación anterior es la condición que hace posible que A se coloque como el sujeto obligado frente a B y éste (u otro) le pueda imputar o atribuir una consecuencia (C), sean sanciones o incentivos.

El propósito de este análisis es profundizar en la relación, conceptualizada como *responsabilidad*, que se da entre el (los) sujeto(s) y la función, rol, actividad o conducta establecida como debida por el ordenamiento jurídico. La utilidad del

1. S. López Ayllón y Merino (2009:8). En términos similares es planteado por Schedler (12-14) Cejudo y Ríos: “una relación entre dos actores (A y B), en la que A está formalmente obligado a informar, explicar y justificar su conducta a B (con respecto a R). En esta relación B tiene la facultad de examinar la conducta de A (con respecto a R) y cuenta con instrumentos para vigilarlo e incidir en su comportamiento –vía sanciones o incentivos”.

2. Subsidiario en el sentido de que una acción o responsabilidad robustece a otra principal, y por ello carece de todo sentido si se aísla de la principal. Cfr. López Ayllón y Merino (2009:8)

3. Es transitivo en tanto hay dos sujetos con roles diversos, y uno de ellos está obligado y sometido a juicios y sujeto a las sanciones impuestas por ante quienes se rinden cuentas. Ibid.

ejercicio consiste en explicar la relación jurídica básica (la responsabilidad) que hace posible la rendición de cuentas y exponer sus diversas formas de expresión. En atención a que el concepto de responsabilidad sólo es posible si se predica de alguien, se profundizará en el sujeto, o mejor dicho, los sujetos (A) a quienes se les imputa o atribuye.

En particular, el interés del trabajo es tener un mayor grado de acuciosidad en ciertas modalidades de la forma en que se expresa la conducta, rol o función de la que se es responsable: la omisión y la discrecionalidad. Definir la responsabilidad de los servidores públicos en contexto de omisión y facultades discrecionales es relevante para determinar los referentes en el desempeño, la confianza y seguridad en el ejercicio de sus funciones al establecer los márgenes de licitud de su conducta.

Se ha elegido la omisión y la discrecionalidad debido a que enuncian los terrenos en los que la certidumbre de la conducta de los servidores públicos y, por tanto, la determinación de la responsabilidad, enfrenta los problemas más espinosos. Sin embargo, a pesar de las dificultades, el esfuerzo -quizás incipiente y de alcances modestos- se justifica dada la importancia que tiene para dar certidumbre a la exigibilidad de la responsabilidad. Que la responsabilidad sea cierta, supone que lo exigible también lo es para el sujeto obligado. Si la conducta exigible es incierta, indeterminada, vaga, el sujeto obligado se mueve en la incertidumbre y la rendición de cuentas se dificulta.

II. ¿En qué se piensa cuando se habla de responsabilidad?

La pregunta tiene sentido pues la respuesta toca dos tipos de terrenos. El primero se refiere al significado y a la relevancia en el metadiscurso de la rendición de cuentas; el segundo es el significado y la función en el discurso y la operación jurídica.

Cuando se habla de la responsabilidad en la rendición de cuentas, la literatura especializada⁴ refiere a:

- Una responsabilidad principal sobre un asunto, esto es sobre una acción u omisión en la función pública.
- Una responsabilidad propia de la rendición de cuentas consistente en informar, justificar por A y evaluar y, en su caso, sancionar o incentivar por B. En este sentido, la rendición de cuentas es subsidiaria, es decir, se distingue de la relación principal, tiene características jurídicas propias y su función es ser un medio de garantizar la primera.

Así pues, la noción de responsabilidad comprende enunciados del tipo: “*El ingeniero X, como director de agua potable, dadas sus competencias, es responsable de garantizar el suministro de agua suficiente y de calidad.*” La anterior es una responsabilidad sobre la función pública encomendada. Además, comprende un enunciado adicional: “*El ingeniero X tiene la responsabilidad de informar y justificar el desempeño en su cargo*”, que corresponde a la rendición de cuentas en estricto sentido.

La expresión anterior de la responsabilidad describe las condiciones en las que puede imputarse una consecuencia por una conducta, dependiendo de lo plausible o reprochable de la misma. Es decir, si la desempeña *responsablemente* debe premiársele; si lo hace *irresponsablemente*, debería sancionársele. Igual sucede respecto de su responsabilidad para rendir cuentas; es posible que el desempeño sea *responsable*, pero insatisfactorio en la rendición de cuentas y viceversa. Tales consecuencias provendrían, en primer término, de la valoración de la responsabilidad principal, y, en segundo, de la responsabilidad de informar y justificar, correspondiente a la rendición de cuentas.

Los significados anteriores, al ser institucionalizados en órdenes normativos, se traducen en relaciones o situaciones jurídicas en las cuales el concepto de

4. López Ayllón y M. Merino, op. cit., 12.

responsabilidad puede tener diversos usos. Un uso que es coincidente con el descrito para la rendición de cuentas es el de designar como responsabilidad al deber relativo a un rol institucional o cargo. Otro uso en el derecho es el de la responsabilidad como sancionabilidad; ésta se refiere a las condiciones para imputar una sanción por una conducta ilícita.⁵ En el texto, me referiré a la responsabilidad en ambos sentidos.

De lo anterior se desprende una primera tarea: precisar las funciones o conductas de las cuales se derivaría la responsabilidad de A. Una segunda tarea es precisar quién es A y cuál es su forma de vinculación a la conducta o función de la que es responsable.

La problematización parte del hecho de que las conductas o funciones de las que se es responsable son determinadas por normas o reglas de conducta que pueden establecer funciones, competencias o tareas asignadas a órganos o unidades administrativas y a funcionarios públicos. De lo anterior, se desprenden dos problemas: cómo se establecen las conductas o funciones que son fuente de la responsabilidad y, en segundo término, que no se está ante un solo sujeto A, sino que pueden presentarse diversos responsables, ¿cuáles son y cómo responden?

Abundaré en lo anterior: las conductas o funciones son establecidas normativamente. Así, la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos (LFRASP) establece las conductas de los servidores públicos. Además, las conductas están relacionadas con las funciones orgánicas establecidas en las normas que establecen competencias (facultades, atribuciones, o potestades), o bien, tareas. Éstas se precisan en las normas de organización (leyes orgánicas, reglamentos interiores, estatutos, manuales de organización, acuerdos delegatorios de facultades, etc.).

Lo descrito conduce a detenernos en la complejidad de conocer de qué se es responsable y profundizar en el carácter de los sujetos responsables y las modalidades de su responsabilidad.

Respecto a la delimitación de las conductas o funciones, se presenta el problema de la profusión de normas que las configuran, así como la certidumbre de su contenido. La profusión de normas de conducta tiene el riesgo de que sus contenidos puedan contradecirse. Asimismo, la textura de los contenidos, esto es, si las conductas se encuentran formuladas de manera cierta, vaga, ambigua o con un alto grado de abstracción. Una modalidad específica que interesa en este cuaderno es la forma de expresión cierta o incierta en los casos de omisión y discrecionalidad y de qué manera impacta en la responsabilidad.

En cuanto a los sujetos, las funciones y conductas pueden atribuirse a diversos sujetos: a personas que tienen el carácter de servidores públicos, a personas

5. Sobre la diversidad de usos y significados de la responsabilidad se recomienda ampliamente el texto de Larrañaga (2000:29-34).

privadas que por la relación jurídica⁶ o la posición en que se encuentran, están comprendidas en una función pública, o entes abstractos (personas jurídicas públicas, órganos públicos y unidades administrativas, principalmente). Según sean las funciones y los sujetos, la responsabilidad y, por tanto, la rendición de cuentas, tendrán modalidades específicas.

6. Los privados pueden colocarse en posición de ser el sujeto A de la rendición de cuentas, sin embargo, dado el propósito de este trabajo, no se abundará en el tema.

III. Las conductas de los sujetos públicos

La normatividad establece las conductas que deben tener los servidores públicos ya sea como acciones u omisiones, por ejemplo:

El artículo 8 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos (LFRASP) establece como obligaciones acciones como: *“Presentar con oportunidad y veracidad las declaraciones de situación patrimonial, en los términos establecidos por la ley.”*⁷

La anterior obligación está formulada como una obligación de hacer: elaborar la declaración, con información que satisfaga las características de “veracidad”, presentarla en ciertas condiciones de tiempo, realizar el movimiento físico necesario para presentar la declaración. En otros casos, la obligación se formula como una abstención: *“Abstenerse de ejercer las funciones de un empleo, cargo o comisión, por haber concluido el período para el cual se le designó, por haber sido cesado o por cualquier otra causa legal que se lo impida.”*⁸

Los ejemplos citados están formulados en un lenguaje en el que se identifican con cierta objetividad las conductas que deben realizarse para cumplir con las obligaciones: conductas obligadas (presentar una declaración o abstenerse de ejercer una función, cargo o comisión), las circunstancias de tiempo (el término en el que deberá presentarse la declaración o el de conclusión de un periodo), o bien, es posible conocer con alto grado de certeza si un servidor público ha sido cesado en su empleo.

En los casos anteriores la omisión se presentará, en el primero, si el servidor público no presenta la declaración en las condiciones requeridas; en el segundo, la conducta debida es una abstención, que se infringe por una acción.

Sin embargo, a diferencia de los anteriores, el mismo ordenamiento señala obligaciones cuya formulación lingüística tiene cierto grado de incertidumbre para conocer la conducta adecuada para cumplirla: *“Abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa relacionada con el servicio público.”*⁹

7. Fracción XV.

8. Fracción VIII del artículo 8 de la LFRASP.

9. Fracción XXIV del artículo 8 de la LFRASP.

La anterior disposición remite a la totalidad del ordenamiento para establecer la posible causa de responsabilidad. Si bien se presenta como una cuestión de manejo de mayor información y de localización de la conducta debida, convierte a cada una de tales disposiciones en posible motivo de responsabilidad, lo cual, como se verá, es en sí otro problema.

La indeterminación de la conducta debida aumenta cuando ésta se asocia a principios:

Será responsabilidad de los sujetos de la Ley ajustarse, en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones, a las obligaciones previstas en ésta, a fin de salvaguardar los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que rigen en el servicio público.¹⁰

Las conductas descritas precedentemente se relacionan con las obligaciones o responsabilidades primarias del servidor público, es decir, cuál es su conducta debida. La Ley, además prevé obligaciones propias de la rendición de cuentas (informar, justificar):

Rendir cuentas sobre el ejercicio de las funciones que tenga conferidas y coadyuvar en la rendición de cuentas de la gestión pública federal, proporcionando la documentación e información que le sea requerida en los términos que establezcan las disposiciones legales correspondientes.¹¹

Si las anteriores obligaciones fueran incumplidas darían lugar “al procedimiento y a las sanciones que correspondan”, dice la LFRASP. Las sanciones, desde la perspectiva de la rendición de cuentas, son una consecuencia necesaria para que la misma sea efectiva. En apariencia, tal exigencia se cumple, sin embargo, como veremos, la cuestión es más compleja.

Además de las obligaciones directas del servidor público, como se observa, la rendición de cuentas se relaciona con las “funciones conferidas”, esto es, las correspondientes a la organización pública.

El paso de las obligaciones del servidor a las funciones públicas no es sencillo. Lo complejo deriva de la diversidad de funciones públicas que a su vez dan lugar a una diversidad de relaciones jurídicas. Si bien, en su expresión más inmediata el Estado, dicho weberianamente, organiza la violencia legítima y tiene en el concepto de “competencia” (poderes, potestades o atribuciones mediante las cuales ejerce su autoridad o sus atribuciones de policía), también realiza, en el extremo opuesto, funciones que son análogas a las de los ciudadanos. El Estado crea empresas que realizan actividades económicas o de mercado como cualquier sociedad mercantil, y cuya lógica difiere de la organización del poder. En los casos en los que las organizaciones públicas (empresas paraestatales) realizan funciones de mercado, no es

10. Artículo 7 de la LFRASP.

11. Fracción IV del artículo 8 de la LFRASP.

el concepto de “competencia”¹² el más adecuado para explicar sus funciones, sino el de “capacidad”.¹³ Esto último por lo general pasa inadvertido cuando se trata de determinar responsabilidades, sin embargo cambia, o debería cambiar, los términos en los que se configura y es exigible la responsabilidad.¹⁴

Las competencias son habilitaciones o apoderamientos normativos. Se crean expresamente por una diversidad de ordenamientos (Constitución, leyes, reglamentos, estatutos). Los facultamientos se dan a entes abstractos “primarios” u *órganos* a los cuales se imputa o se atribuye la competencia: una secretaría de Estado, un órgano desconcentrado, una comisión intersecretarial, etc., que a su vez se desagrega en otros órganos “secundarios”. Veamos el proceso tomando un ejemplo.

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF) faculta a la Secretaría de Energía para: “*Otorgar, y en su caso, cancelar permisos y autorizaciones en materia energética, conforme a las disposiciones aplicables.*”¹⁵

La atribución anterior se asigna a un órgano “primario” y, por tanto, a su titular, el secretario. Sin embargo, esto no necesariamente significa que sea el titular quien realice la acción (o la omisión). De acuerdo al Reglamento Interior de la dependencia (RISE), corresponden al director general de Gas L.P. tales funciones, en los casos de permisos para el transporte, almacenamiento o distribución. Éste, a su vez, es “asistido” por el director de operación y supervisión, quien puede ejercer las mismas facultades.¹⁶

El proceso de facultamiento involucra diversos grados de habilitación, diversidad de normas y, consecuentemente, una responsabilidad graduada. La jerarquización de los órganos mencionados a alguna subsecretaría provoca que entre en juego otro mecanismo de habilitación competencial (la avocación), mediante el cual ésta asume las competencias de la dirección general.¹⁷ Además, los acuerdos delegatorios de facultades son también medios de creación de competencias. Las funciones no cesan ahí: es posible que unidades administrativas y servidores públicos deban realizar conductas relacionadas con el ejercicio de las facultades mencionadas, pero que por sí no afectan ad extra (esto es a los ciudadanos), sino que auxilian a los titulares de los órganos en el ejercicio de la competencia. Tales funciones se denominan “tareas” y son determinadas por los manuales de organización, de procedimientos, circulares o instrucciones directas.¹⁸ Así pues, las competencias son, en términos generales, formas de establecimiento de responsabilidades como roles, a los servidores públicos. En todos los niveles, las instrucciones del superior son también formas de apoderamiento y de asignación de responsabilidades.

12. La explicación de Nino, S., de la competencia es ilustrativa y clara “facultad para regular jurídicamente la conducta de los demás”. (1983:222).

13. La capacidad, a diferencia de la competencia, se refiere a la modificación de la propia situación jurídica, a autoobligarse. Cfr. Nino (1983: 223).

14. La problemática descrita y que podría parecer novedosa en México, ha sido tratada por la teoría del derecho administrativo en otras latitudes. Santamarina (1995:90 y ss.), refiere como aceptable la distinción descrita: se justifica el apoderamiento legal (vinculación positiva a la ley) cuando se está ante actuaciones ablatórias; cuando se carece de tal carácter, se justifica la vinculación negativa a la ley. Ambas son formas de sujeción a la ley.

15. Fracción VII del artículo 33 de la LOAPF.

16. Artículo 15 del RISE.

17. Artículo 6 del RISE.

18. En el caso de la Secretaría de Energía, la consulta de su portal (www.sener.gob.mx), de sus obligaciones de transparencia (<http://portal-transparencia.gob.mx/busador/search/search.do?query=&idDependenciaZoom=00018&method=search&siglasDependencia=SENER&idFraccionZoom=XIV&searchBy=0>) mostró que no contiene el manual de organización de la misma. En una búsqueda más amplia se encontró un Manual de Organización General de la Secretaría de Energía publicado en el Diario Oficial de la Federación del 19 de abril de 2004 (www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2009/CDenergia/pdf/DAE6BIS.pdf) Fecha de consulta: 15 de abril de 2013. El ejemplo revela la dificultad para precisar la información aplicable. Por otra parte, el manual localizado tiene una estructura muy similar a la del Reglamento Interior sin mayor desarrollo orgánico.

El esquema de facultamiento y ordenación de funciones es el siguiente:

Cuadro 1. <i>Habilitación de competencias y tareas</i>		
Función	Órgano	Norma de habilitación
Competencia: Otorgar, modificar, autorizar la cesión, prorrogar, revocar, extinguir y cancelar permisos	Secretaría / Secretario	LOAPF
	Subsecretaría / Subsecretario	Reglamento Interior / Acuerdo de adscripción/ instrucción
	Dirección General / Director General	Reglamento Interior / Acuerdos delegatorios/ instrucción
	Dirección / Director	Reglamento Interior / Acuerdos delegatorios/ instrucción
Tareas: Apoyar en el desahogo del procedimiento y formulación de proyectos relacionados con los actos administrativos propios de ejercicio de competencia.	Otras unidades administrativas	Manuales, circulares, instrucciones

La desagregación de las funciones en competencias y tareas, y su asignación a diversos órganos/funcionarios, se hace a su vez mediante una relación jerarquizada entre ellos, lo cual a su vez determina diversos grados y modalidades de responsabilidad. La relación jerárquica provoca que opere la regla de la instrucción: los mandos superiores ordenan y los inferiores obedecen. Si bien en un inicio la función se asignaba a A, este sujeto se desdobra en A1, A2, A3, etc., y a su vez, entre ellos se crea una relación de rendición de cuentas, en la que A3, le rinde cuentas a su superior A2 y así sucesivamente.

La jerarquía y las reglas de ejercicio de las facultades impactan en las responsabilidades.¹⁹ Si bien el secretario cuenta con la facultad original, el reparto que el Reglamento Interior hace al asignar la competencia a un director general, crea escenarios o roles en su ejercicio: el secretario cuenta con la competencia pero su ejercicio puede ser excepcional y depende de su decisión; el subsecretario cuenta con la atribución y la ejerce, sea por instrucción del secretario o por decisión propia; el director general tiene la competencia y la responsabilidad de ejercerla, salvo que sus superiores indiquen algo distinto o bien ordene su ejercicio al director; y éste ejerce la competencia por instrucción de sus superiores o en ausencia de ellos.

El proceso de distribución de las competencias, propio de la repartición del trabajo en unidades especializadas, conduce a precisar en qué unidad y en qué funcionario recae la acción u omisión a realizar. Entre otras operaciones, se precisan, por ejemplo, la calidad de garante que un servidor público tiene sobre determinado

19. Uno de los casos que ilustra la dificultad que plantea la estructura administrativa y la distribución de competencias y tareas en la determinación de las responsabilidades institucionales e individuales, es la tragedia acontecida en el incendio de la guardería ABC que prestaba servicios subrogados por el Instituto Mexicano del Seguro Social. El debate verificado entre los ministros de la Suprema Corte gira alrededor de la responsabilidad por omisión. La dificultad técnica del caso se da además en un contexto de una extraordinaria carga emotiva. Véase el proyecto de resolución del ministro Zaldívar, localizable en <http://es.scribd.com/doc/32974819/facultaddeinvestigacion-1-2009v1> Una ilustrada exposición del tema se encuentra en Villalvazo, M. J., (2012).



Figura 1. Esquema de jerarquía, asignación de responsabilidades y rendición de cuentas

bien a proteger: los pacientes en un hospital público, la seguridad pública, la seguridad de los documentos o la información pública, los datos personales, etc. Otra operación derivada es que el superior jerárquico asume funciones de vigilancia y control sobre los actos del subordinado. De ahí se deriva otra responsabilidad específica.

La relación referida, sucede en organizaciones jerarquizadas propias de una relación de mando y control. Difiere cuando las competencias son asignadas a una organización primaria (p.ej. una secretaría), pero son ejercidas por un órgano autónomo (p.ej. un órgano regulador como la Comisión Reguladora de Energía, o la Comisión Nacional de Hidrocarburos). Al crearse autonomías, la regla de la instrucción se diluye o desaparece, igual puede acontecer con las funciones de vigilancia y control y la responsabilidad también se modifica.

Así pues, la responsabilidad (R) de A respecto de F, tiene que ser determinada considerando los roles institucionales, las obligaciones personales y los escenarios descritos. Expuesto lo anterior como paso necesario para entender la responsabilidad, profundizaremos en la omisión. Como se ha observado, en el caso de las obligaciones de los servidores públicos, se expresan como acciones u omisiones; las competencias, al formularse en infinitivo: conducir, otorgar, promover, fomentar, vigilar, registrar, etc., predominantemente contienen acciones.

La omisión, en su apreciación más inmediata, es la ausencia de acción.²⁰ De esta suerte, si la conducta obligada es una acción: p. ej. presentar la declaración patrimonial u otorgar un permiso estando obligado a hacerlo, y no se realiza tal acción, se está ante una omisión. Tal omisión abre la posibilidad de que se finque una responsabilidad (entendida como sancionabilidad, es decir se cumple la condición para ser sancionable). La cuestión es más clara si se está ante una conducta obligada de manera precisa y que no deje dudas. La respuesta no es sencilla, cuando la conducta es formalizada en el lenguaje legal con términos vagos, imprecisos o bien que admiten diversas interpretaciones tales como los conceptos jurídicos indeterminados²¹, los principios o la actuación discrecional.

Me detendré en este último concepto.

20. Nino (2006:40)

21. Los conceptos jurídicos indeterminados son aquellos cuyos límites no son bien precisos. Pueden ser conceptos referidos a la experiencia empírica (epidemia, ruinosidad, diligentemente), o bien a cuestiones valorativas (honestidad, buena fe, interés público). En los primeros el conocimiento de los mismos distingue entre núcleo y zona de penumbra según sea la certeza o incertidumbre en su identificación; los segundos coinciden con los conceptos esencialmente controvertidos. Según I. Lifante, un concepto es esencialmente controvertido si: a) es valorativo, esto es si atribuye a los casos de aplicación del concepto la atribución de algún valor o disvalor o apuntan a la consecución de un resultado valioso; b) su estructura es compleja, de manera que permite criterios diferentes que reconstruyen el significado y que compiten entre sí; c) la consecución del objetivo admite modificaciones considerables a la luz de circunstancias cambiantes y tal modificación no puede ser predicha de antemano; d) se trata de conceptos sobre los cuales existen desacuerdos de fondo; e) hay casos que pueden ser paradigmáticos o referentes en su aplicación. Cfr. Lifante (1999: 324-325)

IV. La discrecionalidad

La discrecionalidad se ha dado como un margen de apreciación para la decisión de la administración. En un grado de mayor especificidad, la discrecionalidad se predica de funciones estatales en las que se ejercen potestades heterónomas, es decir, aquellas que afectan a otros unilateralmente,²² conocidas en el lenguaje forense como “actos de autoridad”, y no al ejercicio de libertades privadas. La distinción anterior permitiría distinguir los poderes discrecionales de las libertades de la persona. Una de las implicaciones de lo anterior, que se derivarían para la administración pública, sería la de distinguir a los sujetos de la administración que realicen funciones de autoridad de las que tengan a su cargo funciones privadas (por ejemplo, las empresas paraestatales con funciones mercantiles), cuya lógica predominante debería ser el derecho privado.

Ubicada la discrecionalidad como “cualidad” de los poderes públicos, procede explicar cómo se configura tal contexto de actuación. La discrecionalidad es un tipo de rol institucional que depende de la estructura de las normas. Las reglas para la acción pueden tener una distinta densidad normativa, o dicho en otros términos, un grado diverso de predeterminación.

Expliquemos con mayor detalle lo anterior: la estructura clásica de una norma regulativa establece un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Las normas pueden estar configuradas de forma cerrada en la cual el supuesto y la consecuencia están predeterminados (actos reglados), o bien, en el que acreditado el supuesto de hecho, se tiene una flexibilidad para elegir distintos modos de actuar. La discrecionalidad, dice Maurer, puede referirse a si la administración debe intervenir y actuar (discrecionalidad de decisión) o a cuáles de entre las medidas posibles y permitidas debe adoptar en el caso concreto (discrecionalidad de elección).²³ Las distintas posibilidades de elección son igualmente válidas.

Un ejemplo de regla discrecional sería un enunciado del siguiente tipo: “Una vez satisfechos los requisitos exigidos por la ley, la autoridad competente podrá otorgar o negar la concesión”.

22. Esta distinción la hacen autores como Liffante (2006:19) y Desdentado (1997:22). La heteronomía es un concepto que se arraiga en la teoría del derecho con la obra de Kant. Se refiere a la acción que proviene de una fuerza exterior al individuo. La voluntad del individuo (su autonomía) es intervenida por el Estado.

23. Cfr., Maurer (2012: 132)

Las normas también pueden ser expresadas como fines o directrices.²⁴

Un ejemplo de norma que establece un fin: *“Si la Comisión Federal de Competencia encontrar indicios de prácticas monopólicas deberá tomar las medidas que considere adecuadas para prevenir daños al proceso de competencia”*.

Una norma de principios que establezca una directriz (mandato de optimización): *“La presente ley tiene como objetivos promover un desarrollo eficiente de las telecomunicaciones”*.

Los ejemplos de enunciados normativos establecen distintas intensidades de condicionamiento y margen de decisión. En los dos primeros casos se da un mayor grado de determinación y en el tercero es abierto.

El primer precepto establece una facultad discrecional en la consecuencia: una vez configurado el supuesto de hecho, establece dos posibilidades válidas en la decisión (otorgar o negar la concesión). En la segunda norma – una vez configurado el supuesto de hecho – deja a la administración la elección del medio para lograr un cierto estado de cosas (no dañar el proceso de competencia). En el tercer ejemplo, se da un mandato general de optimización (la eficiencia en un sector). En las decisiones se da un margen de posibilidades de acción (otorgar o negar la concesión; decidir la medida más adecuada para prevenir, o establecer una política pública para lograr la eficiencia en un sector de la actividad económica).

Los anteriores ejemplos muestran que la mayor o menor determinación (los grados de certidumbre) pueden estar en el supuesto de hecho o en la consecuencia.

La parte de la norma en la que se coloque la discrecionalidad es importante para ubicar el contexto de decisión, así como para calificar la regularidad (constitucionalidad) de una norma, según sea su diseño, atendiendo a los estándares de interpretación de los órganos de control, así como la responsabilidad de quien toma una decisión discrecional.

De acuerdo a la finalidad, se puede distinguir dos tipos de discrecionalidad administrativa:

- Discrecionalidad política; y
- Discrecionalidad técnica.

La discrecionalidad política, también conocida como fuerte o de grado máximo, se presenta cuando:

De manera expresa o (normalmente) implícita se atribuye o reconoce un margen de decisión propia a las autoridades competentes para que adopten una decisión valorando los aspectos y consecuencias políticas de la misma, incluida su propia estimación subjetiva o ideal de la solución correcta [...] que admite como legítimas muy distintas opciones conforme al valor cons-

24. Respecto a estas distinciones se ha desarrollado una extensa bibliografía jurídica, entre las cuales se puede citar a Atienza y Ruiz Manero (1996) y la influyente teoría neoconstitucional, en particular R. Alexy,

titucional del pluralismo [...] el control jurídico (judicial) de estas decisiones discrecionales ha de ser limitado y prudente.²⁵

El ejemplo es la Ley de Planeación, en su artículo 2º establece que la planeación deberá llevarse a cabo como un medio para el eficaz desempeño de la responsabilidad del Estado sobre el desarrollo integral y sustentable del país y deberá tender a la consecución de los fines y objetivos políticos, sociales, culturales y económicos contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Existe discrecionalidad técnica:

*Cuando el ordenamiento jurídico reconoce a favor de los administradores un ámbito de decisión propio para emitir una decisión en función de evaluaciones de naturaleza exclusivamente técnica o características de un saber profesional. [...] En estos casos la decisión discrecional tiene un fundamento más objetivo y, por tanto, contrastable a través de pruebas o análisis técnicos contradictorios. De ahí que pueda ser anulada en función de pruebas que demuestren claramente el error de la Administración[...]*²⁶

El artículo 68 de la Ley Federal de Telecomunicaciones (LFT) ofrece un ejemplo de este tipo, al regular que la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT) será la encargada de establecer la metodología y la periodicidad en que los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones presenten la información contable por servicio, región, función y componentes de sus redes. Aquí la discrecionalidad requiere de un saber técnico para optar por el método que cumpla con los objetivos planteados de control, el cual puede ser sujeto a una revisión técnica.

No obstante que la discrecionalidad posibilita diversas soluciones igualmente válidas, no significa que los órganos públicos o los funcionarios públicos hagan lo que quieran. No hay discrecionalidad absoluta, dice Maurer, la discrecionalidad debe ejercerse del modo debido y está sujeta al derecho.²⁷ La discrecionalidad está sujeta a la legalidad y a los fines de interés general de la administración. Los vicios de la discrecionalidad son: el exceso en el ejercicio de la potestad discrecional (arbitrariedad); la omisión en el uso de la discrecionalidad; el mal uso de la discrecionalidad (desviación de poder), y la vulneración de los derechos fundamentales y los principios del derecho administrativo.²⁸

El concepto y la existencia misma de la discrecionalidad es polémica, es un fenómeno bifronte en la función pública. Por una parte, se demoniza como una pieza indeseable en la actividad pública; su existencia, se dice, es fuente de corrupción, opacidad y arbitrariedad. Por otra, se considera que no solamente es inevitable sino necesaria; es el contexto de actuación en el que la administración adecua su acción a la realidad ante la imposibilidad de actuar bajo reglas rígidas. Además,

25. Sánchez Morón, (2005), p. 92.

26. Ibidem, pp. 92 y 93.

27. Cfr. Maurer (2012:137).

28. Cfr. ibidem, p. 138, 139.

es un ámbito en el que la innovación y las estrategias son posibles. Me adscribo a esta segunda posición. La discrecionalidad es inevitable, necesaria, pero debe racionalizarse y controlarse.

V. Las posibles consecuencias de la actuación pública

Lo expuesto permite apreciar que, en la arquitectura de la responsabilidad de la rendición de cuentas, los elementos que la componen tienen a su vez una integración más compleja:

- La función (F) de la cual se es responsable está integrada por obligaciones, competencias o tareas.
- Los sujetos que son responsables son unidades abstractas a las que se les atribuye la responsabilidad: órganos o unidades administrativas; así como servidores públicos.

En la operación pública, los elementos anteriores generan un conjunto complejo de relaciones. Las acciones u omisiones, dependiendo del tipo de función (de autoridad, prestacionales, de fomento, económicas, etc.) producen efectos: crean situaciones jurídicas, crean derechos, los limitan, establecen obligaciones, etc. Las consecuencias de las acciones u omisiones son, a su vez, materia de revisiones *ex post*, sean, ordinarias o extraordinarias. Por ejemplo, deben integrarse a sistemas de información para ser evaluados sus resultados, sea por los mandos superiores o por unidades competentes; se integran a la Cuenta Pública y a la posterior revisión de la Auditoría Superior de la Federación (ASF); pueden ser impugnadas ante tribunales (de amparo, contencioso administrativos, internacionales, etc.) o ser motivo de quejas ante los organismos de protección de derechos humanos; puede demandarse la reparación de los daños si los hubiere, etc.

La diversidad de consecuencias pueden ser imputadas a los diversos sujetos:

- Los órganos o unidades administrativas son responsables institucionales de las acciones u omisiones, y deben informar, abstenerse de actuar, actuar, otorgar prestaciones, indemnizar, etc., dependiendo del resultado de las revisiones o controles *ex post*. Estas responsabilidades obligan a los servidores públicos, pero no necesariamente les imputan responsabilidades personales. Para el cumplimiento de las responsabilidades institucionales puede

ser irrelevante quiénes son los servidores públicos que actuaron o actúan.

- Los servidores públicos cuando se configuren responsabilidades personales (subjetivas) penales, civiles o administrativas.

Las responsabilidades administrativas, objeto del cuaderno como componentes de la arquitectura de la rendición de cuentas, han sido consideradas como propias del derecho disciplinario. La racionalidad que marca la impronta es la sancionabilidad de las conductas, asegurando el buen funcionamiento de la organización pública, del logro de sus fines y del buen manejo de sus recursos.²⁹

29. Sánchez Morón (1996:263)

VI. Un buen régimen disciplinario es condición de un buen sistema de rendición de cuentas y de una buena función pública

La revisión de la responsabilidad de los servidores públicos por omisión y por actividad discrecional permite, además de describir la regulación, ubicar los problemas que hay en su diseño y operación. Sobre estos últimos aspectos, la perspectiva crítica es un paso necesario para el mejoramiento de la función pública.

El derecho disciplinario ha sido considerado como una expresión del derecho administrativo sancionador y, a su vez, como parte del *ius puniendi*. Tal calificación ha provocado que en su regulación y aplicación, los principios del derecho penal sean tomados como los estándares de validez o de corrección. Sin embargo, la racionalidad de la sanción disciplinaria debe ser apreciada en función de ser una garantía de las funciones estatales. Esto distingue las sanciones administrativas de protección del *interés general*, de las disciplinarias que son sanciones de *autoprotección*.³⁰ La confluencia de la razón penal con las razones de la organización y la función pública redundan en el buen o mal diseño del sistema de rendición de cuentas.

Un buen sistema disciplinario requiere: i) que las conductas sancionadas tengan suficiente grado de certeza que permita que su destinatario conozca qué conductas son ilícitas y las considere en sus acciones; ii) precise los sujetos responsables; iii) un proceso de investigación eficaz y objetivo que respete las garantías del debido proceso; iv) sanciones proporcionales y disuasivas, y v) órganos sancionadores objetivos.

Dados los alcances de este trabajo, me detendré en los dos primeros. Para tal efecto, seguiré el orden de las condiciones que, según la teoría del derecho penal, se requieren para la aplicación de una penalidad: una acción, su tipicidad, su anti-juridicidad y la culpabilidad del agente.³¹ La condición de la acción tiene el propósito de excluir cuestiones como condiciones o estados de las personas (indígena, mestizo, etc.), actitudes subjetivas sin actividad física, movimientos u omisiones en estado de inconciencia, automatismos, actos reflejos, o actividades de animales, personas jurídicas, entre otros, dice Nino.³²

30. Cfr. Bacigalupo (1991:40)

31. Véase, Nino (2006:39)

32. *Ibid.*

VII. La tipicidad³³

La tipicidad se entiende por la teoría del derecho penal como la propiedad de una acción de adecuarse o caer bajo una descripción de delito relativamente precisa.³⁴ No obstante que la definición anterior es el uso técnicamente adecuado, la interpretación jurisdiccional emplea la palabra para designar la “*exigencia de predeterminación normativa clara y precisa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes*”.³⁵ Este último sentido se acerca a la noción de tipo, entendido éste como la descripción concreta de la conducta prohibida.³⁶

El primer paso para analizar el posible perfeccionamiento de la responsabilidad administrativa es reconocer si la norma que supuestamente fue violada constituye, dentro del derecho administrativo, una norma de prohibición o de tipificación. Alejandro Nieto explica:

Es preciso distinguir las normas de prohibición de las normas de tipificación, en las primeras, la disposición establece una conducta debida, un mandato, una prohibición, de la cual no se deriva que la consecuencia de su inobservancia signifique una infracción administrativa. La norma de tipificación es la que señala la consecuencia a la inobservancia de la conducta debida, esto es, le imputa un carácter de ilícito administrativo.³⁷

Por tanto, no basta con que las normas administrativas sean prohibitivas para que su incumplimiento devenga en responsabilidad; dicho incumplimiento debe, además, tener aparejada una sanción por la ley. Deben ser normas de tipificación que respondan a un principio de necesidad, es decir, a la pregunta ¿cuándo castigar?³⁸

La normatividad aplicable a los servidores públicos configura múltiples deberes u obligaciones. La verbalización en infinitivo de las funciones “informar, fomentar, realizar”, indica acciones. Si se toma en cuenta que las reglas de responsabilidad suelen tener sanciones por “*abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa relacionada con el servicio público*”, se establece una máxima sancionabilidad. El problema de tal diseño conduce, por una parte, a no distinguir entre atribuciones o fun-

33. La tipicidad en la teoría penal se distingue de la punibilidad, esta última se refiere a la amenaza de privación o restricción de bienes o derechos del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase del bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste. Cfr. De la Barreda (s/f: 79)

34. Nino (2006: 46)

35. Tesis jurisprudencial 100/2006, “TIPICIDAD. EL PRINCIPIO RELATIVO, NORMALMENTE REFERIDO A LA MATERIA PENAL APLICABLE A LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS”, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 4/2006.

36. Cfr. Roxin (1979: 4)

37. Nieto (1994).

38. Desde una perspectiva garantista este es uno de los principios básicos, véase Ferrajoli (2011:394)

ciones de las que se deriven obligaciones que por sus efectos o gravedad deberían ser sancionadas de otras que no; además, lleva a descuidar los mecanismos de cumplimiento de obligaciones. Si bien la amenaza de sanción o la sanción pueden ser un medio para forzar al cumplimiento de obligaciones, no necesariamente significa que tal obligación se cumpla (puede ser que se aplique la sanción sin que la obligación sea cumplida) y, según sea el caso, lo relevante puede ser que la obligación se cumpla, más que la conducta se sancione.

Un segundo problema es la mayor o menor certidumbre que la norma brinda a su destinatario. El mensaje normativo puede describir una conducta cierta (p. ej. presentar una declaración patrimonial en cierto tiempo), sin precisar las condiciones de tiempo modo y lugar, o una conducta descrita en términos vagos, ambigüos, o que emplee conceptos jurídicos indeterminados, fines o principios. Si esto último sucede, además de la dificultad de precisar la conducta del obligado, tiene el riesgo de ser invalidada si se estima que violenta sus derechos.

A este problema se agrega que la remisión al *“incumplimiento de cualquier disposición”* como condición de sancionabilidad, recala en las atribuciones o facultades de los órganos como piezas jurídicas de un posible *“tipo”*. Lo anterior enfrenta el problema técnico provocado por la diversa función entre las normas que establecen tipos con las que establecen competencia. Las primeras se refieren a conductas, las segundas son, por excelencia, normas de producción jurídica, es decir normas que facultan órganos para producir otras normas, generales o individuales, que afectan a otros individuos mediante actos de molestia o de privación. Las normas de competencia tienen como función crear cambios jurídicos (crear derechos, situaciones jurídicas, obligaciones, etc.). Así pues, para que una norma de competencia pueda satisfacer los requerimientos exigibles a una norma de tipo, tendría que estar formulada o hacer posible la precisión de una conducta debida cuya transgresión pudiera ser la condición de una pena. El paso no es nada sencillo por la forma en que las potestades pueden estar formuladas. Por ejemplo, un órgano puede tener la atribución para expedir un reglamento o un manual de procedimientos, pero la omisión de expedirlos no es una conducta indebida, por ejemplo, si existe un reglamento o manual vigentes. La cuestión es menos compleja cuando la norma general establece las condiciones de obligatoriedad en que debe ejercerse la competencia (plazos, contenidos y responsabilidades en caso de omisión).

La aplicación en el derecho disciplinario de los principios del derecho penal conduce en la dirección de que el tipo administrativo sea construido a semejanza del tipo penal. La interpretación de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación va en tal sentido:

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. ANÁLISIS DEL CONTEXTO EN EL CUAL SE DESENVUELVEN LAS NORMAS PENALES, ASÍ COMO DE SUS POSIBLES DESTINATARIOS.

El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal al establecer que, en los juicios del orden criminal, queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Este derecho fundamental no se limita a ordenar a la autoridad jurisdiccional que se abstenga de interpretar por simple analogía o mayoría de razón, sino que es extensivo al creador de la norma. En ese orden, al legislador le es exigible la emisión de normas claras, precisas y exactas respecto de la conducta reprochable, así como de la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito; esta descripción no es otra cosa que el tipo penal, el cual debe estar claramente formulado. Para determinar la tipicidad de una conducta, el intérprete debe tener en cuenta, como derivación del principio de legalidad, al de taxatividad o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley. Es decir, la descripción típica no debe ser de tal manera vaga, imprecisa, abierta o amplia, al grado de permitir la arbitrariedad en su aplicación. Así, el mandato de taxatividad supone la exigencia de que el grado de determinación de la conducta típica sea tal, que lo que es objeto de prohibición pueda ser conocido por el destinatario de la norma. Sin embargo, lo anterior no implica que, para salvaguardar el principio de exacta aplicación de la pena, el legislador deba definir cada vocablo o locución utilizada al redactar algún tipo penal, toda vez que ello tornaría imposible la función legislativa. Asimismo, a juicio de esta Primera Sala, es necesario señalar que en la aplicación del principio de taxatividad es imprescindible atender al contexto en el cual se desenvuelven las normas, así como sus posibles destinatarios. Es decir, la legislación debe ser precisa para quienes potencialmente pueden verse sujetos a ella. En este sentido, es posible que los tipos penales contengan conceptos jurídicos indeterminados, términos técnicos o vocablos propios de un sector o profesión, siempre y cuando los destinatarios de la norma tengan un conocimiento específico de las pautas de conducta que, por estimarse ilegítimas, se hallan prohibidas por el ordenamiento. El principio de taxatividad no exige que, en una sociedad compleja, plural y altamente especializada como la de hoy en día, los tipos penales se configuren de tal manera que todos los gobernados

tengan una comprensión absoluta de los mismos, específicamente tratándose de aquellos respecto de los cuales no pueden ser sujetos activos, ya que están dirigidos a cierto sector cuyas pautas de conducta son muy específicas, como ocurre con los tipos penales dirigidos a los miembros de las Fuerzas Armadas.³⁹

La taxatividad⁴⁰ exige que las normas describan la conducta con suficiente grado de certeza. Ante la dificultad o incluso imposibilidad de describir exactamente la conducta, la exigencia de *lex certa*, se satisface si posibilita una predicción razonable.⁴¹ La jurisprudencia mexicana aun cuando ha tenido resoluciones contradictorias, se ha inclinado por aceptar la validez del empleo de conceptos jurídicos indeterminados en la tipificación de conductas.⁴² Sin embargo, la inclusión de principios en la tipificación de conductas tiene efectos distintos. La LFRASP hace referencia al deber de estos de respetar, por ejemplo, los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia. Otras normas constitucionales, legales o administrativas hacen referencia a dichos principios o bien a otros. Es posible que las normas que refieren a principios se enlacen con otras (cadena normativa) que precisan conductas que concretan el deber de respetar los principios. Por ejemplo, el principio de honradez se relaciona con las normas que configuran actos de corrupción, o el principio de imparcialidad se relaciona con normas que establecen el deber de excusarse de conocer en asuntos donde exista conflicto de interés. Sin embargo, es posible que el principio referido no se encadene con alguna conducta precisa y sea el único referente para valorar la conducta.

La objeción para aceptar los principios como parte de la tipificación de conductas, además de la dificultad para conocer la conducta debida, tiene que ver con la técnica para tomar decisiones. Existe una extensa bibliografía que desarrolla la idea de que, a diferencia de las reglas, los principios se distinguen por su técnica decisoria: las reglas permiten la subsunción; los principios requieren de ponderación. De esta suerte, mientras la regla permite subsumir todos los casos; la ponderación posibilita que cada caso pueda ser resuelto de manera distinta.⁴³ Aplicar la ponderación en la concreción de conductas ilícitas a las que debe sancionarse, introduce una contradicción extrema que afecta el principio de tipicidad, pero además introduce incertidumbre en las decisiones del servidor público y maximiza las posibilidades de sanción. Es un terreno en el que una técnica de corte neoconstitucional choca con otra garantista.⁴⁴

En el caso de la discrecionalidad, resalta como problema la posible sancionabilidad sin existencia de un tipo. La LFRASP señala lo siguiente:

ARTICULO 17 bis. La Secretaría, el contralor interno o el titular del área

39. [TC] 10a. época; 1a. sala; S.J.F. y su gaceta; libro 1, octubre de 2011, tomo 2; p. 1094. PRIMERA SALA. Amparo en revisión 448/2010. 13 de julio de 2011. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

40. La taxatividad se entiende como la exigencia de que la conducta sancionada pueda ser claramente identificada y conocida por los destinatarios, cfr. Rebollo Puig et. al. (2010:164).

41. Cfr. Sánchez Morón (1996:267).

42. Un ejemplo de esta aceptación es el de “agente económico” en los casos de sanciones administrativas en materia de competencia económica. Véase al respecto “COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTÍCULO 3° DE LA LEY FEDERAL RELATIVA NO VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA POR EL HECHO DE NO DEFINIR EL CONCEPTO “AGENTES ECONÓMICOS”. [J] 9a. época; 1a. sala; S.J.F. y su gaceta; tomo XXVIII, septiembre de 2008; p. 155.

43. Véase al respecto Prieto Sanchis (1998:47 y ss); un influyente autor es Alexy (2008: 520-529).

44. Lo anterior da buenas razones para cuestionar los intentos de introducir en el derecho sancionador la idea de los “ilícitos atípicos”. En el derecho sancionador electoral se encuentran expresiones que acogen tal idea, realizando una aplicación extralógica de la obra de Atienza y Ruiz Manero (que tiene en mente el fraude a la ley, el abuso del derecho). La adopción llevaría a prescindir de la taxatividad e invertir la lógica del derecho sancionador hacia un sistema de responsabilidad que es propio del derecho civil. Véase Espíndola (2012:259-277).

de responsabilidades podrán abstenerse de iniciar el procedimiento disciplinario previsto en el artículo 21 de esta Ley o de imponer sanciones administrativas a un servidor público, cuando de las investigaciones o revisiones practicadas adviertan que se actualiza la siguiente hipótesis:

Que por una sola vez, por un mismo hecho y en un período de un año, la actuación del servidor público, en la atención, trámite o resolución de asuntos a su cargo, está referida a una cuestión de criterio o arbitrio opinable o debatible, en la que válidamente puedan sustentarse diversas soluciones, siempre que la conducta o abstención no constituya una desviación a la legalidad y obren constancias de los elementos que tomó en cuenta el servidor público en la decisión que adoptó, o que el acto u omisión fue corregido o subsanado de manera espontánea por el servidor público o implique error manifiesto y en cualquiera de estos supuestos, los efectos que, en su caso, se hubieren producido, desaparecieron o se hayan resarcido.

El precepto transcrito, al señalar que “podrá abstenerse” de investigar y sancionar, establece las condiciones de “tipificación” de la conducta discrecional las siguientes:

- Aquella actuación discrecional que se realice por segunda vez por el mismo hecho en el mismo año.
- Que la conducta discrecional (referida a una cuestión de criterio o arbitrio opinable o debatible en la que válidamente puedan sustentarse diversas soluciones): i) no constituya desviación a la legalidad; ii) el acto u omisión se haya subsanado; iii) haya error manifiesto, o iv) los efectos hubieren desaparecido o se hayan resarcido.

Además, pareciera ser que se establece discrecionalidad sobre la discrecionalidad: la referente al sancionador para decidir investigar y sancionar.

La posible sancionabilidad de la discrecionalidad presenta serios problemas: el primero es la consideración de la ilicitud de una conducta que no lo es, por el contrario, es lícita; en segundo lugar, no distingue la discrecionalidad de sus posibles vicios, sin embargo, estos pueden ser sancionados de la misma manera que los correspondientes a cualquier otro acto (violación a la legalidad, daños causados, por ejemplo).

La eventual sancionabilidad de la discrecionalidad no precisa cuál pudiera ser el bien jurídico protegido, ni cual su antijuridicidad. Las deficiencias en diseño normativo provocan que la constitucionalidad del precepto analizado sea cuestionable. Además, introduce incertidumbre y temor en las decisiones de los servidores públicos. Es una sancionabilidad adversa al buen funcionamiento institucional.

Lo anterior no significa que las irregularidades en el ejercicio de la discrecionalidad no sean motivo de responsabilidad. Es posible la responsabilidad por omisión en el uso de la discrecionalidad, por negligencia, error en la apreciación del supuesto de hecho; o bien, por la apreciación de la pertinencia o la oportunidad, no realiza la actuación y pone en peligro o riesgo un determinado bien protegible.⁴⁵

En el derecho penal las omisiones pueden ser omisiones propias o bien omisiones de comisión por omisión. En ambos casos se está ante un no hacer, en un comportamiento de abstención de aquello que debería haberse hecho.

La omisión propia se da cuando, establecido un supuesto de hecho que establece el deber de actuar, no se da la acción estando el sujeto en la capacidad de actuar (la omisión es dolosa o culposa).⁴⁶ Por ejemplo, el servidor público que tiene el deber de denunciar a otros servidores públicos por la probable comisión de actos u omisiones que pudieran ser constitutivos de responsabilidad.⁴⁷

La comisión por omisión se da cuando, existiendo el deber de actuar, el obligado tiene una posición de garante para evitar un resultado (a la capacidad de realizar la acción se agrega la capacidad de evitar el resultado).⁴⁸ Por ejemplo, si el servidor público tiene a su cargo custodiar y cuidar la documentación y que debe impedir y evitar su uso, sustracción, destrucción, ocultamiento o inutilización indebidos.⁴⁹

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR OMISIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. PRINCIPIOS QUE RIGEN SU CONFIGURACIÓN.

En el terreno de la responsabilidad administrativa, la omisión, social y jurídicamente relevante, estará referida siempre a una acción determinada, cuya no realización constituye su existencia. No hay una omisión en sí, sino siempre y en todo caso, la omisión de una acción concreta. De aquí se desprende que el autor de una infracción administrativa debe estar en condiciones de poder realizar la acción; si no existe tal posibilidad, por las razones que sean, no puede hablarse de omisión. Omisión no es, pues, un simple no hacer nada, es no realizar una acción que el sujeto está en situación de poder hacer. Todas las cualidades que constituyen la acción en sentido activo (finalidad y causalidad), han de estar a disposición del sujeto para poder hablar de omisión. La omisión administrativa es, entonces, la omisión de la acción esperada. De todas las acciones posibles que un servidor puede realizar, al ordenamiento jurídico administrativo sólo le interesa aquella que la administración pública espera que el servidor haga, porque le está impuesto el deber legal de realizarla. La responsabilidad administrativa omisiva consiste, por tanto, invariablemente en la inobservancia de una acción fijada que el servidor tenía la obligación de efectuar y que, además, podía hacer;

45. Véase Maurer (2012: 138).

46. Cfr. Nino (2006: 40)

47. Fracción VIII del artículo 8 de la LFRASP.

48. Nino, ídem.

49. Fracción V del artículo 8 de la LFRASP.

luego, ésta es, estructuralmente, la infracción de un deber jurídico. De esta suerte, lo esencial en esta responsabilidad es el incumplimiento de un deber, al omitir el servidor una acción mandada y, por tanto, esperada con base en el ordenamiento jurídico, con la puntualización de que la omisión también puede presentarse como una infracción de resultado, al vincularse el “dejar de hacer” a una consecuencia.⁵⁰

De acuerdo al criterio citado, para configurar una responsabilidad por omisión se requiere:

- Una acción determinada y obligada que haya sido omitida;
- Que el omisor haya estado en condiciones de cumplir con la acción establecida.

En tales circunstancias deben ser examinados cada uno de los extremos señalados.

50. 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su gaceta; XVIII, agosto de 2003; p. 1832. **TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEXTO CIRCUITO**. Amparo directo 130/2003. 12 de junio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Rojas Fonseca. Secretario: Jorge Arturo Porras Gutiérrez.

VIII. Antijuricidad

Asimismo, para que las conductas sean acciones u omisiones que se sancionen deben ser antijurídicas, deben provocar una lesión al bien jurídico tutelado, es decir, que el actuar u omitir causen una lesión o un resultado dañino. La necesaria lesión del bien jurídico corresponde al mandato constitucional de justificar el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y de respetar las garantías del debido proceso de todo imputado.

De esta suerte, la tipicidad, señala la doctrina, es un indicio de la antijuricidad.⁵¹ Dice al respecto Santiago Nino:

[...] cuando la gente llega a advertir que se penan acciones que son inocuas o hasta beneficiosas por el mero hecho de que violan “la letra de la ley”, se oscurece la percepción de las razones para apartarse de cierto curso de acción que inspiraron la sanción de la ley.⁵²

La exigencia de antijuricidad muestra la relevancia que en el diseño de sanciones no sea suficiente el incumplimiento de obligaciones, sino la existencia de un daño o perjuicio antijurídico. Esto refuerza la distinción necesaria entre las normas de obligación de las normas de tipo.

Como lo han definido los precedentes del poder judicial de la federación, para que se configure una responsabilidad “el autor de una infracción administrativa debe estar en condiciones de poder realizar la acción; si no existe tal posibilidad, por las razones que sean, no puede hablarse de omisión”.⁵³

En materia de potestad sancionadora, en la que rigen las reglas aplicables a la responsabilidad penal, el sujeto al que se le atribuye la responsabilidad debe tener una posición en la que esté en condiciones de salvar o evitar el resultado (*omissio libera in causa*).⁵⁴ De esta suerte, no basta la mera omisión, sino que la misma:

- Cause una lesión al bien jurídico tutelado y
- El imputado pudiese salvar o evitar el resultado.

La segunda de las condiciones señaladas por la interpretación judicial se relaciona con la antijuricidad al ser relevantes las circunstancias en las que se des-

51. La doctrina es coincidente en lo aquí afirmado, puede verse por todos a Carlos Santiago Nino, (2006: 304 a 312).

52. *Ibid.*, p. 311.

53. 9a. época; T.C.C.; S.J.F. y su gaceta; XVIII, agosto de 2003; p. 1832.

54. Véase al respecto Struense (1996: 32).

plega la conducta del responsable y, si existen causas que justifiquen o no la omisión. Es decir, una persona es responsable si es que no están presentes causas de justificación. En el derecho penal, las causas de justificación son cuestiones tales como la ausencia de voluntad del agente, obrar en legítima defensa o con el consentimiento del ofendido si se trata de bienes disponibles, si se actúa por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, caso fortuito, entre otros.⁵⁵

En el derecho disciplinario no existe un catálogo análogo, sin embargo, jurídicamente se han considerado algunas condiciones que tienen un efecto similar. La presencia o ausencia de justificaciones se relaciona con la tercera condición de sancionabilidad que es la culpabilidad.

IX. Culpabilidad

Al igual que la responsabilidad penal, la disciplinaria es una responsabilidad subjetiva, es decir, los individuos responden por sus actos, sean acciones u omisiones. La culpabilidad requiere una cualificación de la conducta (dolo, culpa, negligencia, etc.). Sin embargo, a diferencia del derecho penal, en el derecho disciplinario las condiciones de reprochabilidad requieren considerar las funciones, las formas de organización y funcionamiento, así como la particular estructura de las responsabilidades que impactan en las condiciones de culpabilidad.

En las páginas iniciales de este cuaderno se describió que la técnica de asignación de funciones (competencias, tareas) de las cuales un sujeto es responsable, conduce a que una unidad (órgano, unidad administrativa) tenga un rol institucional. Por ejemplo: un registro público realiza el registro, depósito, seguridad y custodia del documento o información y, en tal sentido, es *responsable*. A su vez, si el registro se encuentra encabezado por un titular cuyo cargo es el de “director general”, el ser humano que ocupe tal cargo es, en principio, *responsable*, de la función; si ocurriera alguna irregularidad en el manejo e integridad de los documentos, le sería exigible alguna *responsabilidad*. Sin embargo, en el caso de responsabilidad disciplinaria, la cuestión requiere ser examinada con mayor detenimiento.

La organización pública requiere de una división del trabajo en diversas unidades, jeraquizadas en principio, pero que también pueden ser autónomas. El reparto de competencias o de tareas causa que no sea el director general el único ser humano que tiene a su cargo la responsabilidad. Probablemente quien tenga a su cargo el manejo, la custodia, el cuidado de los documentos o la información sea un órgano o unidad o servidor público de la estructura de la cual aquél es el jefe. La responsabilidad para el caso debe considerar los hechos, las conductas, y las características de la organización y la función.

Es importante tomar en consideración el tipo de responsabilidades que, dado el escenario anterior, se configuran. Algunos regímenes de responsabilidad son propios de relaciones jurídicas en los que la responsabilidad institucional es

central. Por ejemplo, cuando se impugnan actos de autoridad, las relaciones jurídicas de responsabilidad se establecen con la unidad de competencia (el órgano) de la que provino el acto de autoridad o a la que se le imputa alguna omisión. El sujeto que responde es la “autoridad responsable”, que es una unidad abstracta de competencias. El sujeto que rinde los informes, presenta pruebas, recursos o es obligado por la sentencia es dicha autoridad responsable (el ejecutivo federal, el gobernador, la secretaría, el órgano desconcentrado, etc.). Sin embargo, el funcionario que realiza tales actos no necesariamente es el mismo que ocupa la titularidad de tal autoridad; la posibilidad de representación y suplencia, prevista en la normatividad, está diseñada para no requerir necesariamente la conducta personal del funcionario.

La situación descrita presenta problemas cuando las relaciones de responsabilidad “institucional” u orgánica se convierten en relaciones de responsabilidad subjetiva o individual. Es el caso de aquellos juicios de amparo en los que la autoridad responsable comete desacato de resoluciones judiciales (por ejemplo, no cumple una medida cautelar). La significación del desacato es penal y, por tanto, son relevantes las conductas (acciones u omisiones) personales y si hay dolo, culpa, negligencia, etc., su examen es complejo cuando sistema está construido para hacer posible la ausencia de conductas personales.⁵⁶

Uno de los riesgos de tal diseño de responsabilidades es que las mismas se determinen por “ministerio de ley”, es decir por la imputación que la ley hace a una determinada persona, prescindiendo de las conductas personales.

Aunque el ejemplo dado anteriormente, se refiere a la responsabilidad penal, y por ello es una digresión en el tema, resulta aplicable a las responsabilidades disciplinarias ya que éstas también son subjetivas.

Así pues, la culpabilidad exige que sean valoradas las condiciones de la conducta. Por ejemplo, no es suficiente que un individuo sea el titular de un registro para que el mismo sea responsable de la destrucción de un documento o del manejo indebido de una información, se requiere precisar su participación concreta (si conoció los hechos, si dio alguna instrucción, si lo hizo personalmente, etc.).

La relación entre el tipo de falta cometida y la sanción que le es aplicable ha sido examinada por los tribunales como un tema de congruencia en la resolución. El examen de la conducta personal en cada caso es central para determinar la responsabilidad.

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN EL DICTADO DE LA RESOLUCIÓN RESPECTIVA RIGE CON EL MISMO ALCANCE QUE EN EL DERECHO PENAL. La tesis VII/2008 sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: “RESPONSABILIDADES

56. Este problema técnico ha sido motivo de hechos relevantes en el país. Uno de los más destacados fue el vivido en 2004-2005, conocido como el desafuero de Andrés Manuel López Obrador, entonces jefe de gobierno del Distrito Federal y precandidato, y posteriormente candidato, a la presidencia de la República. El ministerio público federal ejerció acción penal por omitir cumplir con una sentencia de un tribunal federal que ordenó la suspensión de los actos realizados con motivo de una expropiación en el predio “El Encino”. Los pormenores del caso pueden ser consultados en los libros de López Obrador (2005) y Roldán (2004).

ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. EL ARTÍCULO 21, FRACCIÓN I, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA”, establece, en la parte conducente, que la naturaleza del procedimiento administrativo de responsabilidad, al que por ser parte del derecho administrativo sancionador y constituir una manifestación de la potestad sancionadora del Estado, le son aplicables los principios del derecho penal que este último ha desarrollado. Uno de esos principios es el de congruencia, que en materia de responsabilidad administrativa de los servidores públicos obliga a la autoridad responsable, al momento en que emite la resolución respectiva, a efectuar las consideraciones pertinentes que funden su actuar en forma armónica, es decir, congruente, de acuerdo con los hechos constitutivos de la infracción administrativa que haya tenido por probados, en relación con la sanción administrativa precisa a la que el servidor público se haya hecho merecedor, en estricto apego a los principios que rigen el derecho administrativo sancionador, referentes a la gravedad de la conducta y de la correspondiente sanción aplicable, pues cualquier desviación al respecto no puede estimarse un simple error intrascendente, como cuando la fracción del precepto legal invocado no guarda congruencia con la sanción impuesta, sino que ello tiene una relevancia innegable, ya que trasciende a la correcta fundamentación y motivación para imponer, según corresponda, la sanción a un servidor público, en virtud de que la aplicación de la ley en tratándose del derecho administrativo sancionador debe ser exacta y no imprecisa, con el mismo alcance que tiene en el derecho penal, de acuerdo con la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones en la que haya incurrido el funcionario público de que se trate, en relación con la exacta sanción que le resulte aplicable, en estricto respeto al principio de congruencia que rige en esta materia.⁵⁷

La sanción debe corresponder a la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones que le sean exigibles al servidor público. De esta suerte, si se le exigen cumplimiento de obligaciones que dependan de condiciones cuya observancia no esté al alcance de tal funcionario, por corresponder a las competencias y, consecuentemente, a las responsabilidades de otros funcionarios u órganos, se violaría el principio de congruencia. Lo anterior significa que una persona solamente es responsable por las acciones u omisiones individuales que le son imputables (culpabilidad).

La doctrina ha considerado que la omisión es la ausencia de un movimiento corporal voluntario, que la acción se derive de un mandato y que la ejecución de la acción fuere posible.⁵⁸ Así por ejemplo, si existe una omisión del Registro Patri-

57. [TA]; 9a. época; T.C.C.; S.J.F. y su gaceta; XX-VIII, octubre de 2008; p. 2441. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo en revisión 242/2008. Gerardo Sánchez Martínez. 10 de septiembre de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Higuera Corona. Secretaria: María de Lourdes de la Cruz Mendoza. Nota: La tesis 2a. VII/2008 citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XXVII, febrero de 2008, p. 733.

58. Véase al respecto Struensee (1996:30).

monial de los Servidores Públicos al registrar una declaración, tendrá que indagarse quién es el servidor público que tenía la obligación de realizar el movimiento corporal para tal registro.

De esta suerte, la omisión puede ser propia o por comisión. Sea la omisión de la conducta debida, o la producción del resultado, la responsabilidad debe considerar las condiciones de realización de la función del sujeto. Como lo señala la jurisprudencia:

SERVIDORES PÚBLICOS, CUÁNDO DEBE ENTENDERSE CONSUMADA LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

La infracción administrativa se consuma cuando, produciéndose el resultado o agotándose la conducta, se verifica la lesión jurídica; hay consumación en tanto el hecho ilícito se efectúa a través de la integración de sus elementos básicos. La consumación de la infracción supone, en el hecho realizado por el servidor, todos los requisitos señalados en la descripción abstracta de la figura ilícita, lo que precisa una coincidencia perfecta entre ésta y la conducta concreta, a lo cual se suma, eventualmente la transgresión del bien jurídico. Al concepto de la consumación, además, son determinantes las características legales como la producción del resultado si se trata de una infracción material, la realización de la actividad corporal, si es de simple actividad; o bien el incumplimiento del deber de actuar, si es de omisión propia.⁵⁹

De ahí se desprende, como lo dice la interpretación judicial, “que el autor de una infracción administrativa debe estar en condiciones de poder realizar la acción; si no existe tal posibilidad, por las razones que sean, no puede hablarse de omisión”,⁶⁰ esto es la *omisión libera in causa*.

El servidor público tiene una responsabilidad de rol en tanto ocupa un puesto en una organización.⁶¹ Es responsable por el ejercicio de la función de tal organización. El que esté en condiciones de realizar la acción de cuya omisión se le hace responsable supone que cuenta con las dotaciones jurídicas o materiales para hacer posible la acción.

Así, por ejemplo, si el servidor público es responsable de “supervisar a los servidores públicos sujetos a su dirección”, supone que cuenta con los poderes necesarios para hacer valer su jerarquía y para hacer cumplir las obligaciones de sus subordinados. Uno de los temas que merece mayor atención, y que por razones de tiempo y espacio solamente enunciaremos, es el de la responsabilidad por *culpa in vigilando*. Tal institución proveniente de la responsabilidad civil extracontractual se sustenta en una presunción de culpa derivada de una relación jurídica por hechos de quienes están bajo el cuidado o dependencia de otra persona. La trasla-

59. Tesis jurisprudencial, Tercer Tribunal Colegiado en materia administrativa del sexto Circuito, novena época, SJF y su gaceta, tomo XVI-II, agosto de 2003, tesis VI, 30. A. 148 A, p. 1841.

60. 9a. época; T.C.C.; S.J.F. y su gaceta; XVIII, agosto de 2003; p. 1832.

61. Sobre el concepto de responsabilidad de rol puede consultarse Larrañaga (2001: 559-577)

ción del concepto de la responsabilidad civil al derecho administrativo sancionador y al derecho disciplinario, no obstante, debe hacerse con precauciones. En principio, se está ante una institución cuyo origen obedece a una racionalidad diversa (la civil), cuyas consecuencias (sean daños patrimoniales o morales) son traducibles en indemnizaciones. La responsabilidad penal tiene una racionalidad diversa: es adversa a la presunción de culpa, las penas son diversas. La responsabilidad civil, y de algún modo la administrativa sancionadora, son imputables a las organizaciones; las penales y las disciplinarias se atribuyen fundamentalmente a personas físicas.⁶²

En la responsabilidad disciplinaria, si la cadena de mando se encuentra rota por alguna condición jurídica (las autonomías de decisión) o de hecho (la instrucción de un superior que ordena una relación diversa de supervisión o de mando), las condiciones de exigibilidad se alteran. Si, por otra parte, el ejercicio del rol supone contar con un conjunto de medios materiales sin los cuales no es posible cumplir con la acción o hacerlo deficientemente o con riesgos, la responsabilidad también se dificulta, p. ej., si los médicos de un hospital tienen la función y la obligación de garantizar el derecho de una mujer a suspender el embarazo y carecen del material quirúrgico y las condiciones adecuadas para hacerlo y garantizar su salud, o que tienen a su cargo el suministro de bienes y no cuentan con recursos económicos para hacerlo a pesar de que realizaron las gestiones necesarias, etc.

Otra circunstancia a tomar en cuenta es que el fraccionamiento de las competencias o tareas entre diversos órganos o unidades (y de paso, servidores públicos) provoca que el cumplimiento de los deberes y, por tanto, la exigibilidad de las responsabilidades, puede no depender de la conducta de un servidor público y, en ocasiones, tampoco del conjunto.

Lo examinado conduce a destacar la importancia de mejorar los diseños normativos e institucionales, así como a dar mayor certidumbre en el funcionamiento institucional, de forma que permita dar certidumbre a los operadores. La peculiaridad de la responsabilidad de roles relacionada con la consecución de objetivos⁶³ debe ser uno de los nortes que guíen la concreción de la responsabilidad.

62. Para profundizar en la responsabilidad por hecho ajeno, se recomienda Barros (2007: 172-200). El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha aplicado este concepto para imponer sanciones administrativas. Véase Espíndola (2012).

63. Larrañaga (2001: 567).

X. Los controles como solución y como problema

Los órganos de control tienen una función central en la rendición de cuentas. Dependiendo del sistema o subsistema de que se trate (jerárquico, disciplinario, presupuestario, de transparencia y acceso a la información, judicial), se constituyen como el sujeto B al que se le rinde cuentas. Estos piden información y justificación de los actos, evalúan, fiscalizan, emiten observaciones, invalidan, instruyen y pueden llegar a sancionar.

Los múltiples sujetos B tienen la delicada función de garantizar la rendición de cuentas, pero pueden ser, a la vez, parte del problema.

La diversidad de entes con poderes para exigir rendición de cuentas (superiores jerárquicos, órganos internos de control, ASF, organismos de acceso a la información pública gubernamental, organismos de defensa de derechos humanos, tribunales contencioso administrativos, tribunales de amparo, etc.) que tienen sus propios roles y objetivos, tienen la función de concretar las cuestiones abiertas a lo largo de este texto. Tal función de concreción en sanciones, invalidación de actos, revocación de los mismos, observaciones, etc., abre otros problemas en la certidumbre de las responsabilidades y en la consecución de los objetivos de una mejor administración o función pública.

Además de la diversidad de controles y de la natural diferencia de criterios existe una diversidad de lógicas de control. Los superiores jerárquicos pueden tener en el horizonte el cumplimiento de las metas o resultados; los órganos internos de control, la revisión o cumplimiento de las formalidades y el incentivo en la imposición de sanciones; los órganos de acceso a la información, la maximización del acceso; los tribunales, la protección de los derechos de los ciudadanos, etc. La presencia de conflictos público-privados, la actuación estratégica de los actores plantea dilemas. Ante el escenario referido se dan diferentes respuestas de control al mismo problema y se incrementa la incertidumbre.

La información analizada, por ejemplo, a los problemas de diseño, agrega la diversidad de interpretaciones jurisdiccionales, por ejemplo, la presencia de con-

ceptos jurídicos indeterminados en la tipificación ha tenido diversas respuestas, así como la ley procesal aplicable (procedimientos civiles⁶⁴ o procedimientos penales⁶⁵). En otras instancias se han dado casos de conflictos entre el IFAI y la CNDH (secreto fiscal)⁶⁶ y seguramente habrá otros entre los órganos internos de control y la ASF.

Aun cuando los controles se desenvuelven en un contexto de división de poderes, la diversidad de respuestas y la incertidumbre consustancial deben apreciarse como problemas en el desempeño institucional. Si lo anterior es un problema, es importante que en la construcción del sistema de rendición de cuentas imaginemos mecanismos, instancias de discusión y de retroalimentación inteligente que tiendan a enfrentar y, en su caso, a disminuir la incertidumbre.

64. [TA]; 9a. época; 1a. Sala; S.J.F. y su gaceta; tomo XXXII, diciembre de 2010; p. 174. **RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. EL ARTÍCULO 47 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, AL PREVER LA APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES EN TODOS LOS ASPECTOS NO PREVISTOS EN LA PARTE ADJETIVA DE AQUEL ORDENAMIENTO, ASÍ COMO EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS, NO TRANSGREDE LOS ARTÍCULOS 108, 109, FRACCIÓN III Y 113 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA.**

65. [TA]; 9a. época; T.C.C.; S.J.F. y su gaceta; tomo XXII, octubre de 2005; p. 2485. **RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. EN EL PROCEDIMIENTO RELATIVO SON APLICABLES SUPLETORIAMENTE LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.**

66. Con motivo de la cancelación de créditos fiscales por el Servicio de Administración Tributaria, el IFAI resolvió un recurso de queja ordenándole proporcionara la información, la CNDH haciendo eco de una queja de particulares, presentó al SAT una propuesta de amigable composición aceptando no revelar los datos aparentemente por contener datos personales, y fue aceptada. Véase sobre el tema Ríos Granados y Luna (2010) en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/decoin/cont/16/art/art3.pdf>



XI. Reflexiones finales

El análisis de la responsabilidad como uno de los elementos centrales de la rendición de cuentas es un ejercicio necesario en el mejoramiento del desempeño de las instituciones como condición del desarrollo del país. La intención de este trabajo es realizar un primer ejercicio de desagregación del concepto de responsabilidad disciplinaria cuyo propósito además de descriptivo, sea localizar con mayor precisión los problemas. A partir de lo anterior, la prospectiva sería tener mejores bases para un ejercicio de reconstrucción de la responsabilidad y de un modelo de rendición de cuentas virtuoso.

Si algún mérito estratégico pudieran tener estas páginas sería el de aportar reflexiones en la línea de reformas sobre el diseño institucional que la Red de Rendición de Cuentas ha planteado como parte del núcleo duro de una política pública (junto con la acciones en materia de mejora de procedimientos y de participación ciudadana). En tal dirección, el texto parte de la distinción entre la responsabilidad de las organizaciones y la de los individuos. Profundiza en esta última y, de la problematización que se hace de la responsabilidad por omisión y por actividad discrecional, se propone una base para una discusión que posibilite mayor claridad en los diseños normativos.

Las conclusiones preliminares del ejercicio, son las siguientes:

Primera.- Las responsabilidades como elemento de la rendición de cuentas deben apreciarse en un horizonte de consecución de objetivos, de mejoramiento institucional. El diseño de las responsabilidades es, entonces, una cuestión de política pública. Lo anterior marca la diferencia de los diseños normativos y de aplicación entre el derecho disciplinario (de autoprotección) con el derecho penal y el derecho administrativo sancionador de tutela del “interés general”.

Segunda.- La construcción de un ordenamiento eficaz de responsabilidades requiere la precisión en la calificación de conductas. Se requiere la revisión de las conductas sancionables, un primer aspecto es la distinción de normas de obligación o de deberes de las normas de sanción. No todos los deberes, *prima facie*,

deben sancionar su incumplimiento, es necesario diseñar mecanismos institucionales de cumplimiento de deberes u obligaciones. Las sanciones administrativas son una *última ratio*.

Tercera.- La arquitectura de las responsabilidades debe ofrecer certidumbre a los servidores públicos, la tipificación de conductas debe permitir grados razonables de predictibilidad. La precisión de conductas y el acotamiento de conceptos jurídicos indeterminados son las piezas normativas de mayor atención.

Cuarta.- La forma de regulación de la responsabilidad por actos discrecionales es desafortunada y perversa. En opinión del autor, el diseño obedece a un desconocimiento de la figura y parece más una reacción a su demonización que a su racionalización. La revisión normativa de esta figura es necesaria.

Quinta.- En el diseño y determinación de las responsabilidades por omisión es relevante la precisión de los bienes que se pretende proteger con su sancionabilidad. La distinción entre las responsabilidades institucionales y personales son claves para establecer los incentivos adecuados para mejorar el desempeño de los servidores públicos y evitar efectos no deseados tales como incertidumbre y temor en la toma de decisiones.

Es especialmente delicada la definición de responsabilidades en un contexto en el que las personas asumen roles. Las condiciones en que las personas deben ser sancionadas por el mal funcionamiento institucional deben ser ciertas para asignar adecuadamente la responsabilidad. Asimismo, la dotación de poderes y de recursos es una condición necesaria para exigir las responsabilidades.

Sexta.- La posibilidad de contradicciones entre los sujetos a cargo de los controles debe ser asumida institucionalmente. La información sobre tales contradicciones debe ser divulgada y procesada para ser conocida y tratada por los operadores. El diseño de instancias o mecanismos para generar retroalimentación institucional y reducir la incertidumbre es una de las tareas para diseñar y construir un sistema inteligente de rendición de cuentas.

Bibliografía

- Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., CEPCP, Madrid, 2008.
- Atienza, M. y Manero, J. *Las piezas del derecho*, Ariel, Madrid, 2007.
- Bacigalupo, E. *Sanciones administrativas (Derecho español y comunitario)*, Colex, Madrid, 1991.
- Bacigalupo, M. *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Barros, E. *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- Cejudo, M., y Rios, A. “La rendición de cuentas de los gobiernos estatales en México” en *La estructura de la rendición de cuentas en México* (coords. López Ayllón, Merino y Cejudo), IJ-CIDE, México, 2010.
- De la Barreda, L., “Punibilidad, punición y pena de los sustitutivos penales”, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/854/5.pdf>, s/f.
- Espíndola M., L. “Culpa in vigilando. El Caso Estado de México”, *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, IJ-UNAM, No. 2, julio-diciembre 2012, México, 2012.
- Ferrajoli, L. *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 2011.
- Larrañaga, P. “Responsabilidad de rol y directrices”, *Doxa*, 24, Alicante, 2001.
- El concepto de responsabilidad, Fontamara, México, 2000.
- Lifante, I. “Poderes discrecionales”, *Racionalidad y derecho*, (A. García, coord.), CEPC, Madrid, 2006.
- *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, CEC, Madrid, 1999.
- López Ayllón S. y Merino, M. “La rendición de cuentas en México. Perspectivas y retos”, *La estructura de la rendición de cuentas en México*, IJ-CIDE, México, 2010.
- López Obrador, A. M. *Contra el desafuero. Mi defensa jurídica*, Grijalbo, México, 2005.
- Maurer, H. *Derecho administrativo alemán*, IJ-UNAM, México, 2012.
- Nieto, Alejandro. *El derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1994.
- Nino, S. *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, Buenos Aires, 2006.
- *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 1983.
- Prieto Sanchís, L. *Ley, principios, derecho*, Dykinson, Madrid, 1998.
- Rebollo Puig, M. et. al. *Derecho administrativo sancionador*, Lex Nova, Madrid, 2010.
- Ríos Granados, G. y Luna, I. “El secreto fiscal y el IFAI”, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/decoinc/cont/16/art/art3.pdf>, 2010.
- Roldán Xopa, J. *El desafuero de Andrés Manuel López Obrador o ¿qué es la legalidad?*, Huber, México, 2004.
- *Derecho administrativo*, OUP, México, 2008.
- Roxin, C., *Teoría del tipo penal*, Depalma, Buenos Aires, 1979.
- Sánchez Morón, M. *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 1996.
- *Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 2005.
- Santamaría Pastor, J. A. *Principios de derecho administrativo*, CEURA, Madrid, 1994.

Schedler, A. *Qué es la rendición de cuentas*, IFAI, México, 2005.

Struense, E. *Delitos de comisión y de omisión*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

Villalvazo, M. J. *Una propuesta para el análisis de la responsabilidad por omisión. Lecciones del caso de la Guardería ABC y la jurisprudencia estadounidense*. Tesis Profesional, ITAM, 2012.

Zaldívar, A. *Proyecto de resolución sobre facultad de investigación 1/2009 (Caso ABC)*, <http://es.scribd.com/doc/32974819/facultaddeinvestigacion-1-2009v1>, 2010.

La rendición de cuentas y responsabilidad por actividad discrecional y por omisión.
se terminó de imprimir en agosto del 2013, en México, D.F.
El tiraje consta de 1,000 ejemplares.



José Roldán Xopa

Doctor en Derecho por la UNAM, Abogado por la Benémerita Universidad Autónoma de Puebla. Actualmente es Profesor-Investigador de la División de Administración Pública del Centro de Investigación y Docencia Económicas. Investigador Nacional Nivel II del Sistema Nacional de Investigadores. Autor, entre otras publicaciones del libro Derecho Administrativo editado por Oxford University Press y coautor de Mexican Law de la misma editorial escrito en coautoría con Josè Ramòn Cossío, Stephen Zamora, Leonel Pérez Nieto y David Lopez.

ISBN 978-607-7843-50-4



9 786077 843504



Centro de Investigación y Docencia
Económicas, A. C.
Carretera México-Toluca No. 3655,
Col. Lomas de Santa Fe, C. P. 01210, México, D. F.



RED POR
LA RENDICIÓN
DE CUENTAS

www.rendiciondecuentas.mx

f RRC Red por la Rendición de Cuentas
@RindanCuentas