

APUNTES EN TORNO A LAS POTESTADES SANCIONADORA Y DE REGULACIÓN EN EL CONTEXTO DEL ESTADO REGULADOR EN MÉXICO*

Carlos A. VILLANUEVA MARTÍNEZ**

SUMARIO

I. Introducción. II. Ubicación de la potestad sancionadora en el contexto de la función administrativa. III. Fundamentos de la potestad administrativa sancionadora en México. IV. La asunción del modelo de Estado Regulador. V. La potestad administrativa sancionadora en el contexto del Estado Regulador. VI. Conclusiones. VII. Fuentes de información.

RESUMEN

La extensión y características del modelo de Estado Regulador se ve significativamente condicionado por las características de la jurisdicción local en la que se aplica, lo que dificulta hablar de un modelo único cuyos límites y márgenes se encuentran precisamente definidos, con pretensión de generalidad, lo que suscita

ABSTRACT

The extension and characteristics of the Regulatory State model is significantly conditioned by the characteristics of the local jurisdiction in which it is applied, which makes it difficult to speak of a single model whose limits and margins are precisely defined, with the pretense of generality, which it elicits different levels of

*Una versión de este trabajo servirá de base a la ponencia que se presentará en XVII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo a celebrarse en Guayaquil, Ecuador, en octubre de 2018, y como tal se publicará en la memoria correspondiente.

** Profesor de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana (UP), en la Ciudad de México, desde 2012, email: cavillanueva@up.edu.mx. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) y de la Asociación Iberoamericana de Derecho de la Energía (ASIDE). Licenciado en Derecho (UNAM, 1997); Posgraduado en Derecho Mercantil (Escuela Libre de Derecho, 2000); Especialista en Derecho Administrativo (UP, 2008); Diplomado en Strategic Management and Policy Analysis in the Electric Sector (University of California at Berkeley, 2005); Maestro en Derecho Empresarial Corporativo (Colegio Superior de Ciencias Jurídicas, 2006); en Ciencias Jurídicas (UP, 2011) y en Derecho Administrativo (UP, 2018); Candidato a Doctor en Derecho (UP). Las opiniones expresadas en este documento son exclusivamente a título personal por lo que no representan la posición de ninguna institución pública o privada.

diferentes niveles de discusión. En este trabajo se formularán algunas consideraciones, desde la perspectiva del sistema jurídico mexicano, relativas a la asunción de este modelo y su principal manifestación que es precisamente la potestad reguladora, y su relación con la preexistente potestad sancionadora de la Administración Pública; a fin de plantear su necesaria vinculación y el condicionamiento que impone a esta última, modificando o alterando su caracterización tradicional. Para ello, nos serviremos del apoyo de los criterios que sobre el particular ha emitido el Poder Judicial Federal.

PALABRAS CLAVE

Estado Regulador. Administración Pública. Función administrativa. Potestad sancionadora. División de Poderes.

discussion. In this work, some considerations will be formulated, from the perspective of the Mexican legal system, regarding the assumption of this model and its main manifestation, which is precisely the regulatory power, and its relationship with the pre-existing sanctioning power of the Public Administration; in order to propose its necessary connection and the conditioning it imposes on the latter, modifying or altering its traditional characterization. For this, we will use the support of the criteria that the Federal Judicial Power has issued on this matter.

KEY WORDS

Regulatory Status. Public administration. Administrative function. Sanctioning authority. Check and balances.

I. INTRODUCCIÓN

Pido disculpas por iniciar estas páginas recurriendo al imaginario popular, lo que justifico simplemente desde una perspectiva utilitaria; es decir, que lo estimo útil para los fines de esta exposición. En este sentido, quisiera recordar que es frecuente referir una supuesta declaración del desaparecido líder chino Zhou Enlai, quien, al ser cuestionado respecto de la trascendencia histórica de la Revolución Francesa, se le imputa haber afirmado que era demasiado pronto para valorarla, desestimado sus doscientos años de historia (aunque otras versiones afirman que se trata de un error de traducción y que, en realidad, se refería al mayo francés de 1968). Respuesta políticamente sagaz, el evitar comprometer al de la voz, nos permite recordar también la importancia de la perspectiva histórica en la valoración de los fenómenos sociales.

Cierta o no, la afirmación anterior nos permite anticipar una exclusión de responsabilidad al reconocer que el fenómeno al que hemos llamado: “Estado Re-

gulador”, constituye un proceso en desarrollo respecto del cual existen múltiples opiniones, pero pocas certezas. Incluso es necesario apuntar que para sorpresa de quienes estudian la recepción de este modelo en jurisdicciones distintas al ámbito anglosajón, y específicamente norteamericano, resultaría sorprendente conocer el grado de polémica y discusión que suscita la operación del *administrative state* en el contexto de la interpretación tradicional de la teoría de la División de Poderes.

Con todo, habría que apuntar qué se pretende englobar con la expresión Estado Regulador. Desde una perspectiva personal, proponemos que con tal frase se hace referencia más a un cambio ideológico sobre el papel y la función del Estado frente al conjunto de la sociedad, que a un nuevo modelo que sustituya a los modelos previos del Estado Social de Derecho o al Estado de Bienestar. Es decir, no parece haber tal cosa como un modelo de Estado Regulador que se aplique *in toto* a la actividad gubernamental; a lo más, parece que estamos frente a un modelo más limitado, que se acota a una determinada forma de hacer frente a cierto número de tareas o actividades de carácter fundamentalmente económico. Por tanto, el modelo de Estado Regulador parece ser un modelo que se superpone al modelo previo, con aplicación limitada a determinados sectores o ámbitos de la actividad económica.

En este sentido, la extensión y características del modelo de Estado Regulador se ve significativamente condicionado por las características de la jurisdicción local en la que se aplica, lo que dificulta hablar de un modelo único cuyos límites y márgenes se encuentran precisamente definidos, con pretensión de generalidad, lo que suscita diferentes niveles de discusión, correspondientes a los retos y cuestionamientos que su aplicación concreta a un determinado sistema normativo impone. Mientras en el ámbito norteamericano el modelo es cuestionado y repensado desde la perspectiva del Derecho Constitucional y su inserción en el contexto de la interpretación del principio de División de Poderes¹; en el ámbito de

¹ El profesor de Columbia *Law School*, Philip Hamburger, afirma en relación no específicamente al Estado Regulador, sino al *Administrative State*, lo siguiente: “*For a better understanding of the administrative threat, one must turn to law. The legal critique more fully addresses the problem than does the economic protest, for although much administrative power is economically inefficient, all of it is unconstitutional. And this legal objection is central, because it confronts administrative power on its own terms -on*

las jurisdicciones con una sólida tradición de Derecho Administrativo la discusión parece estar más orientada a analizar su inserción en un contexto de facultades preexistentes, que en cuestionar su validez.

Dicho lo anterior, en las páginas subsecuentes se formularán algunas consideraciones, desde la perspectiva del sistema jurídico mexicano, relativas a la asunción de este modelo y su principal manifestación que es precisamente la potestad reguladora, y su relación con la preexistente potestad sancionadora de la Administración Pública; a fin de plantear su necesaria vinculación y el condicionamiento que impone a esta última, modificando o alterando su caracterización tradicional. Para ello, nos serviremos del apoyo de los criterios que sobre el particular ha emitido

*its pretension to bind Americans in the manner of law. [...] In saying that administrative power is unconstitutional, this is not to deny that executive power is extensive. Executive power is often portrayed as merely the power to execute the laws, but more accurately (as recognized by Alexander Hamilton) it amounts to the power to execute all of the nation's lawful force. It thus includes the power to prosecute offenders in court, to exercise discretion in distributing benefits, to determine the status of immigrants, and so forth. [...] In contrast, administrative power involves not force but legal obligation, and this is why the legal challenge matters so much. Contemporary theorists sometimes suggest that law is a sovereign's command backed by coercion. But traditionally in America, notably when the Constitution was adopted, law was something that came with legal obligation -the obligation to obey. Working from underlying ideas about consent, eighteenth-century Americans assumed that a rule could have the obligation of law only if it came from the constitutionally established legislature elected by the people, and that a judicial decision could have such obligation only if it came from a constitutionally appointed judge exercising independent judgment. On the basis of such principles, the US Constitution placed lawmaking power in Congress and judicial power in the courts. The power to bind -that is, to create legal obligation- was thus in these departments, not the executive. [...] Nonetheless, through administrative power, the executive purports to create legal obligation. It binds Americans and deprives them of their liberty, not through acts of Congress and acts of the courts but through other mechanisms. And this evasion of the Constitution's pathways for law what makes the legal objection to administrative power so central. [...] Adding to the problem, administrative power also evades many of the Constitution's procedures, including both its legislative and judicial processes. Administrative power thereby sidesteps most of the Constitution's procedural freedoms. [...] Administrative power is thus all about the evasion of governance through law, including an evasion of constitutional procedures and procedural rights. These legal problems are forceful reasons to reject all administrative power and, indeed, to consider it the civil liberty issue of our time." (Hamburger, Philip, *The Administrative Threat*, Nueva York, Encounter Books, 2017, Edición Kindle, pp. 32-49).*

el Poder Judicial Federal y que se ha visto ya en posición de pronunciarse sobre el tema en virtud de la emergencia de conflictos derivados de la implementación sectorial de este modelo, aunque cabe destacar que, desde un punto de vista dogmático, se recurrirá a fuentes de información extranjeras ante la ausencia de estudios nacionales que aborden estos temas.

II. UBICACIÓN DE LA POTESTAD SANCIONADORA EN EL CONTEXTO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Como no podría ser de otra forma, el Derecho Administrativo (positivo, mexicano y contemporáneo), reconoce la existencia y regula el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública; Advirtiéndose que en las páginas subsiguientes se hará referencia exclusiva al régimen aplicable de la Administración Pública Federal, conviene manifestar desde ahora que la vigente Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA)² en su Título Cuarto (Arts. 70-80), regula las infracciones y sanciones administrativas, sin perjuicio de la existencia de otras disposiciones habilitantes en diversas leyes administrativas especiales.

Sin embargo, el reconocimiento de la existencia de esta potestad en el Derecho Positivo no se ve reflejada en un sólido desarrollo dogmático del análisis de la cuestión. El tratamiento y análisis de la potestad sancionadora de la Administración Pública en la doctrina administrativista mexicana ha sido disperso y apenas parece estar consolidándose en un *corpus teórico* distinguible. En un breve repaso cronológico de algunos de los textos más representativos (sin pretensiones de exhaustividad), podemos afirmar que ni Fraga³, ni Olivera Toro⁴, se ocupan

² Publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) del 8 de agosto de 1994, última reforma publicada en el mismo medio el 2 de mayo 2017.

³ "Las sanciones y la ejecución forzada constituyen actos administrativos por medio de los cuales la autoridad administrativa ejercita coacción sobre los particulares que se niegan a obedecer voluntariamente los mandatos de la ley o las órdenes de la referida autoridad... Una parte muy importante de la actividad administrativa son los actos de sanción por virtud de los cuales se castiga la infracción de las leyes o las ordenes administrativas". (Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, 45ª. ed. revisada y actualizada por Manuel Fraga, México, Porrúa, 2006, p. 240).

⁴ Este autor, al tratar la tipología del acto administrativo, se limita mencionar a los actos de ejecución, que según define "... están constituidos por todos aquellos de orden material y jurídico que tienden a hacer cumplir forzosamente las resoluciones o decisiones administrativas y cuyo ejemplo típico lo encontramos en la facultad económico-coactiva."; así como los actos destinados a limitar los derechos de los particulares, entre los

a detalle del tema en sus respectivas obras, limitándose a referirlo de manera breve; Serra Rojas inicia el esfuerzo de deslinde con respecto del Derecho Penal⁵, y no es sino hasta Delgadillo y Lucero que se empieza a delinear un tratamiento específicamente administrativo de la potestad sancionadora, aunque todavía subsumiendo en la misma tanto el aspecto contravencional como el disciplinario⁶, siendo hasta Roldán que se formula un planteamiento analítico propio y específico de la potestad administrativa sancionadora, al margen del Derecho Penal y con independencia del régimen disciplinario de los servidores públicos, siguiendo las ideas de autores como Nieto o como Parejo⁷.

que el autor incluye "... a las sanciones que castigan la infracción de las leyes..." pero sin abundar en el análisis de la potestad sancionadora. Cfr. Olivera Toro, Jorge, *Manual de Derecho Administrativo*, 7ª. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 174-175.

⁵ Así el autor de mérito da cuenta de la existencia de un Derecho Penal Administrativo al que califica como "... externo a la Administración pública y comprende a todas las personas, a las que las leyes administrativas sancionan por su incumplimiento", definiéndolo como "... la rama del derecho que se propone un estudio especializado sobre las categorías delictivas y las sanciones que tiene a su disposición el Estado para el aseguramiento del orden público, y para lograr el eficaz funcionamiento de los servicios públicos y demás actividades que regulen el interés general..." y a través del cual "... la administración tutela el orden social general u orden público", mientras que define al Derecho administrativo sancionador como "... un conocimiento autónomo que tiene por finalidad el estudio de las contravenciones y faltas, que sancionan un material especial que es propio del derecho administrativo: la ilicitud administrativa, aspirando a liberar este conocimiento del derecho penal, con un cuerpo autónomo jurídico, o en todo caso en el marco del derecho administrativo". Cfr. Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, 14ª. ed. corregida y aumentada, México, Porrúa, 1988, t. II, pp. 506-508.

⁶ De acuerdo con estos autores, "... la facultad sancionadora comprende la correctiva y la disciplinaria. La primera se refiere a la facultad que tiene la Administración para sancionar el incumplimiento de los deberes genéricos que los individuos tienen frente al Estado, por su sola condición de gobernados, es decir, por su situación general de sujeción" (Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo. Segundo Curso*, México, Porrúa, 1999, p. 195), distinción que confirman al afirmar respecto de la infracción administrativa que "... es de dos tipos: contravencional y disciplinaria. La primera es aquella que puede cometer cualquier gobernado, por dejar de cumplir un deber jurídico-administrativo, o cumplirlo en forma irregular o deficiente, deber impuesto por las normas jurídicas que regulan las relaciones entre la Administración y los administrados". *Ibidem*, p. 199.

⁷ "Es preciso examinar la relación entre la sanción administrativa y los fines de interés y orden público de la normatividad administrativa, así como su repercusión en las técnicas de construcción del acto ilícito y la sanción administrativa. Dentro del Derecho

En todo caso, cabe apuntar que la potestad sancionadora de la Administración, siéndole inherente, comparte con ella la dificultad de su delimitación. En principio, podemos afirmar que la Administración sanciona por la inobservancia o incumplimiento del marco jurídico cuya supervisión tienen a su cargo, es decir que su delimitación supone la correspondiente al ámbito de actuación de la propia Administración, es decir, sanciona porque tiene que hacerlo como parte de su función. Por otra parte, la Administración sanciona porque actúa en el marco del Estado de Derecho y en cumplimiento de un mandato jurídico⁸.

Es decir, la potestad sancionadora de la Administración deriva de una habilitación legal expresa, pero es al mismo tiempo inherente a la naturaleza jurídica del marco normativo que aplica la Administración. La potestad sancionadora es expresión del orden jurídico, que es impensable sin la coacción⁹. Lo que distingue al orden jurídico de otros tipos de órdenes normativos sociales es precisamente la posibilidad de su cumplimiento forzoso por parte del Estado como titular del

Sancionador no se incluye el Derecho Disciplinario de los servidores públicos, ya que, si bien en ambos casos se está ante sanciones, se derivan de relaciones jurídicas diversas y se diferencia su tratamiento." (Roldán Xopa, José, *Derecho Administrativo*, México, Oxford University Press, 2008, p. 388).

⁸ "La Administración pública ha monopolizado la gestión y operatividad de un porcentaje muy de funciones públicas del Estado. La Administración Pública es un complejo orgánico integrado en el poder ejecutivo cuya tarea o actividad suele ser de orden legislativo, jurisdiccional o ejecutivo. El fundamento jurídico de una buena administración pública descansa en al (*sic*) principio de legalidad y principio de competencia. El Estado de derecho se caracteriza fundamentalmente por el principio de legalidad, por ello, toda autoridad que pretende actuar lo debe hacer bajo el fundamento legal y el principio de competencia" (Aguilera Portales, Rafael Enrique, *Ciudadanía y participación política en el Estado Democrático y Social*, México, Porrúa, 2010, p. 92).

⁹ Al respecto, García Máynez señala: "El derecho tolera y en ocasiones incluso prescribe el empleo de la fuerza, como medio para conseguir la observancia de sus preceptos. Cuando éstos no son espontáneamente acatados, exige de determinadas autoridades que obtengan coactivamente el cumplimiento. La posibilidad de recurrir a la violencia, con el fin de lograr la imposición de un deber jurídico, se halla, por tanto, normativamente reconocida... Al decir que el derecho es coercible no prejuzgamos el debatido problema que consiste en establecer si la sanción es o no esencial a las normas jurídicas. Coercibilidad no significa, en nuestra terminología, existencia de una sanción... Por coercibilidad entendemos la posibilidad de que la norma sea cumplida en forma no espontánea, e incluso en contra de la voluntad del obligado. Ahora bien: esta posibilidad es independiente de la existencia de la sanción." (García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 39ª. ed., México, Porrúa, 1988, pp. 21-22).

monopolio de la producción jurídica y por tanto, responsable último de su observancia y cumplimiento¹⁰. El Derecho sin coacción sería ineficaz, de manera que el *ius puniendi* del Estado es manifestación del Estado de Derecho, de forma que el Estado, al sancionar aplicando penas o infracciones por los actos ilícitos, sirve al interés general al procurar el cumplimiento y observancia del marco jurídico vigente¹¹.

¹⁰ “De aquí derivará en línea derecha el intento de reducir todo el Derecho a la Ley, lo que no había ocurrido antes a lo largo de toda la historia humana. Este intento se enraíza en esta nueva idea de la Ley que la Revolución ha puesto en marcha y que marcará a toda Europa (no a América, por cierto, como tampoco a Inglaterra...). El mito de la Ley, del que derivará el intento de regulación legislativa generalizada, que va a marcar todo nuestro tiempo desde la Revolución y la codificación francesa, la conversión del Estado en una machina legislatura con pretensiones de regular y resolver todas las cuestiones sociales generales, arrancan de esa concepción nueva que Rousseau pensó con la sensación de haber recibido una verdadera revelación divina... Hoy, dos siglos después, nuestra fe en Ley está, ciertamente, bastante quebrantada. De Rousseau, buscando su sueño liberador, hemos venido a recaer, inesperadamente, en Hobbes, en la expresiva fórmula de Dahrendorf, en un absolutismo legislativo regulador y opresor, a su vez generador de incertidumbre y de anomia moral, y no propiamente en el esperado reino de la libertad... En cualquier caso, no parece que tengamos ya otra alternativa que la de seguir rigiéndonos por Leyes. Todo el problema es ahora mejorar su calidad (tanto en sí misma como respecto a su servicio a unos derechos fundamentales, cuya superlegalidad ya no se niega), renunciar a creer que los preceptos escritos pueden encerrar en sus mallas la totalidad de la casuística de la vida social, la cual, además, está afectada de un proceso de cambio y evolución constantes, y, correlativamente, en la técnica aplicativa de la Ley aceptar que pueden entrar en juego otras fuentes del Derecho, especialmente los principios generales del Derecho.” (García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Alianza Editorial, 1995, pp. 122-124).

¹¹ Al respecto, resulta de interés la opinión de Parejo al afirmar: “Estos y no otros son los intereses públicos determinantes para las AAPP [Administraciones Públicas], por lo que —con N. Achterberg— puede decirse que el legislador y, en menor medida los restantes órganos estatales, tienen una prerrogativa de definición de dichos intereses. Pues las formalizaciones normativas, complementadas por la doctrina jurisprudencial, valen como intereses públicos reales correctamente identificados... Y ello es así, en último término, porque el primer y más fundamental interés general en un Estado de Derecho consiste en la observancia del Derecho objetivo establecido, frente al cual ningún otro interés público o privado puede prevalecer en circunstancias normales.” (Parejo Alfonso, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 3ª. ed. revisada y actualizada, Bogotá, Tirant lo Blanch-Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 671).

Sin embargo, de lo anterior no se sigue necesariamente la validez de la potestad sancionadora de la Administración, ya que en el contexto de la interpretación tradicional de la División de Poderes¹², se trataría de una atribución propia de los tribunales, siendo así los jueces los facultados para imponer sanciones, previo juicio con las debidas garantías a favor del procesado. Así, la potestad sancionadora de la Administración ha debido ser desarrollada y justificada normativa y argumentativamente.

Ahora bien, no debe sorprender esta aparente inadecuación de la potestad administrativa sancionadora con la teoría de la División de Poderes, cuando consideramos que la propia Administración Pública no encuentra explicación en dicha teoría¹³. Por tanto, para entender por qué y cuándo sanciona la Administración,

¹² "En Inglaterra, la evolución política discurrió por otros cauces. A principios del siglo XVIII y con el advenimiento de la dinastía Hannover, el Parlamento afianza su posición (la exclusividad del poder legislativo) y de la Corona se escinde el Gobierno, que queda responsabilizado frente al Parlamento y del que depende la Administración. Al margen se sitúan los Tribunales, que afirman también su independencia frente al poder real, siendo mera voz u órgano de 'the law of the Land', puesto que el Derecho no es producto (y en ello radica la singularidad del 'common law') del poder real, sino de las costumbres aplicativas y de las decisiones judiciales (con más la 'opinio doctorum'). Ello no significa que no exista un Derecho creado por el poder legislativo, sino simplemente que ese Derecho es excepcional, 'estatutario' por relación al Derecho general o común y, por tanto, de interpretación y aplicación restrictiva". Parejo Alfonso, Luciano, *El concepto del Derecho Administrativo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984, Colección Estudios Jurídicos núm. 23, p. 33.

¹³ "... el Estado de Locke se reduce simplemente a esto: Ley y Tribunales por una parte, y la coacción organizada, de otra, esta última, a su vez, tanto para imponer el orden interior respaldando la Ley y las sentencias, como para asegurar la independencia exterior frente a las demás comunidades... lo que en todo caso queda intacto es la idea global del contenido funcional del Estado: Ley y Tribunales, por una parte, y fuerza pública, por otra, para mantener las decisiones de una y otros, y a la vez defender la independencia exterior... La misma conclusión podemos obtener analizando la doctrina de Rousseau. El dogmatismo de la voluntad general lleva a este autor a exacerbar lo que en esos otros anteriores estaba ya expreso, la afirmación de la Ley como piedra clave del sistema político, de modo que las demás funciones estatales refieren a la Ley, como una simple actualización de la misma, toda su sustancia. La idea específica del Gobierno como simple ejecutor de las leyes (generales) es explícita... La idea del Estado que acabamos de exponer no aloja en su estructura, ni propiamente le da cabida, a una Administración como la que el Estado absoluto había erigido en su postrera fase y como la que hoy estamos habituados a conocer... Entre el universo de poderes tan cuidadosamente catalogados y caracterizados no se encuentra uno equiparable a

tenemos que entender qué es lo que hace la misma Administración, es decir, las tareas a su cargo.

Lo primero que habría que apuntar es el consabido problema para definir el contenido de la función administrativa; baste recordar que en su origen y siempre acorde al guion provisto por la Teoría de la División de Poderes, se le identificaba con la ejecución de la ley, concepto que fue pronto abandonado si no por erróneo, sí por insuficiente¹⁴; posteriormente se le trató de definir por exclusión respecto de las funciones legislativa y judicial, debiéndose admitir que con ello nada se ganaba en claridad y precisión¹⁵.

Sin pretender resolver tan compleja cuestión, tengo para mí que la dificultad puede comprenderse y analizarse a partir de un doble rasero. Por un lado, considerando que la Administración como fenómeno es anterior al Estado Moderno (y por tanto al Constitucionalismo y al propio Derecho Administrativo), en virtud de su carácter instrumental al servicio del poder¹⁶, y, por otra parte, a partir del Cons-

la Administración de régimen administrativo propiamente tal". Cfr. García de Enterría, Eduardo, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, 4ª. ed., Madrid, Civitas, 1994, pp. 31-35.

¹⁴ "... la pretendida caracterización de la función administrativa como función de ejecución de las leyes conforme al dogmatismo de la división de poderes, ha venido constituyendo para el derecho Administrativo desde sus orígenes un verdadero lecho de Procusto. El supuesto poder ejecutivo se ha sustantivado en un sujeto real y verdadero, autosuficiente para su desenvolvimiento en virtud de los mecanismos técnicos que ya consideramos, que le aseguran una exención respecto de los otros poderes. Es realmente un sujeto que actúa, persiguiendo como todo sujeto multitud de fines, no limitados por supuesto al simple respaldo coactivo de las leyes y de las sentencias." (García de Enterría, Eduardo, *Revolución...*, *op. cit.*, p. 74).

¹⁵ "La función administrativa es de muy difícil precisión, lo cual ha llevado a algunos autores a tratar de definirla por exclusión de la función legislativa y de la jurisdiccional, al decir que será administrativa toda función pública diferente de la legislativa y judicial, lo que dista mucho de determinar su género próximo y diferencia específica; aunado a lo cual, la aparición de las funciones públicas emergentes, como la función contralora y la electoral, la hacen actualmente inaceptable." (Fernández Ruiz, Jorge, *Servicios públicos municipales*, México, INAP-UNAM-IIJ, 2002, p. 93).

¹⁶ "... la historia de la Administración presenta una continuidad mucho mayor que la historia constitucional. Este hecho... tiene su fundamento en que la materia de que está hecha la Administración es mucho más dúctil que la de la Constitución. La Constitución, objeto siempre del ataque de las fuerzas revolucionarias, no puede más que o afirmarse o derrumbarse frente a ellas, ya que la Constitución tiene su suerte indisolublemente unida a su legitimidad. La Administración, en cambio, se legitima en cada momento

titucionalismo moderno y el surgimiento del Derecho Administrativo, tomando en consideración el carácter también instrumental de este último respecto de la consecución de los fines, siempre variables, del Estado¹⁷.

Es decir, a partir del establecimiento del Estado de Derecho y el sometimiento de la Administración al principio de legalidad, esta ha actuado en ejecución de la ley¹⁸ aunque se debe advertir que el Estado siempre ha tenido la capacidad de generar el marco normativo que le brinde la habilitación legal para acometer

histórico no sólo como el aparato ejecutivo de un determinado 'sistema' político, sino también como soporte de los servicios públicos, necesarios siempre. Nadie tiene interés en el derrumbamiento de la Administración, ni siquiera los revolucionarios —éstos quizás menos que nadie—, ya que el fallo de la Administración en los Estados superpoblados actuales traería consigo inmediatamente situaciones caóticas." (Forsthoff, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, trad. de Legaz Lacambra, Garrido Falla et al., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 25-26).

¹⁷ Haciendo referencia a las ideas de Forsthoff, Parejo señala que "... lo que caracteriza la función administrativa es precisamente el consistir en actividad para la consecución de los fines constitucionalmente fijados; función que se ejerce hoy básicamente a través de la decidida intervención estatal (administrativa) en la sociedad (rompiendo la separación entre Estado y sociedad propios del pensamiento liberal-burgués cuajado en el Estado de Derecho) para la positiva conformación del orden social. Este tipo de actividad, si bien predomina, continúa conviviendo con la tradicional de policía, basada en la dialéctica permisión-prohibición. Así pues, la 'Daseinvorsorge' es el concepto clave que explica el contenido propio y básico de la actividad administrativa... Sintetizando el pensamiento de Forsthoff puede decirse que, para éste, lo esencial es que la Administración ha dejado de ser un mecanismo de simple regulación de la sociedad para transformarse en una actividad de conformación social cara al futuro..." (Parejo Alfonso, Luciano, *El concepto...*, op. cit., pp. 107-108).

¹⁸ "Pero no hay que olvidar que el ámbito del principio de legalidad y su construcción técnica, se extiende al poder reglamentario del Ejecutivo, que no puede desconocerse en un mundo tan complejo como el actual. Todo el ordenamiento jurídico es una unidad. Todo el accionar del jefe del Estado o del gobierno o de cualquier autoridad, debe estar necesariamente subordinado a la ley, reconociendo en este concepto a la Constitución, la ley formal y la material, como es el reglamento... El principio de la legalidad de la administración sea el 'bloque de la legalidad' como lo llama Hauriou, o el 'principio de juridicidad' en la expresión de Merkl, es el pilar sobre el que descansa un Estado de derecho. Es el freno a la injusticia, la muralla a la arbitrariedad y el arma del ciudadano para combatir los excesos del poder y los abusos de la autoridad." (Chase Plate, Luis Enrique, "La Reforma del Estado", en Fernández Ruiz, Jorge (coord.), *Perspectivas del Derecho Administrativo en el siglo XXI. Seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez*, México, UNAM-IJ, 2002, Serie Doctrina Jurídica núm. 104, pp. 155-156).

sus fines¹⁹, inclusive si ello implicara, como en efecto lo hizo, romper con el dogma de la Teoría de la División de Poderes, hecho que encuentra una de sus primeras manifestaciones con la creación del mismo Derecho Administrativo²⁰.

¹⁹ "Las decisiones recogidas en la Constitución (escrita o no escrita) acerca del Estado, sus funciones y competencias y su relación con los ciudadanos deben tener su reflejo en la administración y el derecho administrativo si quieren hacerse realidad. En este sentido, cabe afirmar que la administración es 'Constitución en acción'... Ello, por supuesto, no significa que la administración sea un mero componente de la Constitución o que el derecho administrativo pueda derivarse sin más de la Constitución. La administración se encuentra también condicionada por el contexto político, social, económico, tecnológico y cultural de su tiempo, resultando determinantes no sólo los fenómenos y acontecimientos que realmente se produzcan, sino también las concepciones y expectativas que pueda haber en cada momento... La administración y el derecho administrativo se insertan así en el sistema de coordenadas de una Constitución y un entorno que los condicionan. A su vez, ambos repercuten sobre la Constitución... La alineación del derecho administrativo con el derecho constitucional es, pues, un proceso lento, en el que participan en igual medida el legislador, la jurisprudencia y la doctrina." (Hartmut Maurer, *Derecho Administrativo alemán*, trad. de José Ma. Bobes Sánchez *et. al.*, México, IIJ-UNAM, 2012, Serie Doctrina Jurídica núm. 637, pp. 14-15).

²⁰ Resulta fundamental recordar que no basta el hecho del sometimiento de la autoridad a Derecho, como consecuencia de la Teoría de la División de Poderes, para la creación del Derecho Administrativo sino que es el hecho de la creación de un Derecho especial, exorbitante del derecho común lo que lo produce, como recuerda Rodríguez: "... en el sentido preciso del término no existe derecho administrativo mientras ese conjunto de reglas no sea sustancialmente diferente del que se aplica a las relaciones entre particulares y que dichas reglas no sean obligatorias para los gobernantes... no debe perderse de vista desde un comienzo que el sometimiento de las autoridades a unas normas jurídicas no implica necesariamente la aparición y existencia del derecho administrativo pues, como lo ha mostrado la evolución histórica, para que pueda afirmarse la existencia de esa rama del derecho en un Estado determinado, se requiere que esas normas constituyan un cuerpo especial y diferente de las que regulan la actividad de los gobernados, es decir, de los llamados 'particulares'" (Rodríguez Rodríguez, Libardo, "La explicación histórica del Derecho Administrativo", en Cienfuegos Salgado, David, y López Olvera, Miguel Alejandro (coords.), *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*, México, IIJ-UNAM, 2005, Serie Doctrina Jurídica núm. 213, t. I: Derecho Administrativo, pp. 294-295). Sin embargo, el verdadero rompimiento de fondo de este derecho exorbitante con la Teoría de la División de Poderes se ubica en la creación de una jurisdicción contencioso-administrativa, ajena al Poder Judicial que debe inhibirse de conocer los asuntos en los que sea parte la Administración, y en el reconocimiento de la facultad reglamentaria del Ejecutivo, permitiendo así la existencia de actos administrativos generales, abstractos e impersonales, es decir, leyes en sentido material al margen del Poder Legislativo. *Cfr.* García de Enterría, Eduardo, *Revolución...*, *op. cit.*, pp. 41-43 y 50-51.

Evidentemente, hablamos del reconocimiento de la existencia de una función de gobierno²¹ distinta de la función administrativa²² aunque ambas ubicadas en el ámbito del Poder Ejecutivo, siendo la primera orientadora o directora de los esfuerzos de la segunda²³, confirmando así su carácter instrumental y echando por

²¹ "La función gubernativa busca impactos de corto, mediano y largo plazos que le permitan al Estado, en abstracto, y al grupo gobernante, en específico, obtener consensos sociales en torno a las actividades públicas, con la conciencia de que la acción se lleva a cabo en una sociedad compleja con recursos escasos, pluralidad de intereses y organizaciones con distinta influencia y que debe competir con otras instituciones que también realizan actividades públicas... La función gubernativa está vinculada con la determinación de cómo se llevará a cabo la gestión de los bienes públicos para lograr la mayor satisfacción de los ciudadanos, a partir de la adopción de una axiología social que se produce, reproduce y transmite para generar consenso social en torno a las instituciones gubernamentales. Esta función tiene a su servicio diversas herramientas como son la racionalidad burocrática (principio de legalidad y jerarquía), el análisis de políticas públicas, el servicio de personas profesionalizadas, el aprendizaje social y el 'marketing público' y se potencializa en la medida en que parte de una reflexión que se traduce en una gestión concreta con resultados medibles." (Valls Hernández, Sergio, y Matute González, Carlos, *Nuevo Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 2003, p. 89).

²² "La Administración está llamada a hacer realidad los cometidos del Estado. Estos cometidos se determinan de acuerdo con la realidad social básica y las ideas políticas que individualizan el Estado; es decir, de acuerdo con el contenido sustancial de la Constitución. A este contenido tiene que estar vinculada la Administración, y hacia él tiene que estar orientada toda su actividad... La Administración necesita, por ello, una instancia directiva, la cual tiene su lugar estructural dentro de la Constitución. Con ello quedan diseñados la posición especial y el cometido del Gobierno del Estado... Que la Administración necesita esta orientación, ha sido ya indicado al aludir a la libertad e independencia de aquélla. La función que lleva a cabo esta orientación se llama Gobierno. Haber reconocido su trascendencia y haberla insertado en la estructura de la Administración es el gran mérito de Lorenz von Stein. En su sistema, el Gobierno constituye la instancia que de manera necesaria responde a la tan radicalmente afirmada independencia de la Administración frente al poder legislativo." (Forsthoff, Ernst, *op. cit.*, pp. 30-31).

²³ "La dificultad primera para la definición del derecho Administrativo, según Meilán Gil, proviene de la naturaleza esencialmente dinámica de su contenido. Esta naturaleza movediza, esencialmente mudable, le viene al derecho administrativo, en buena parte, de su vinculación a la política, de su deambular en el mundo de la oportunidad y de la conveniencia (Weil). Por eso, la historia del derecho administrativo podría contemplarse como una búsqueda incesante de títulos que justifiquen la intervención de quienes en cada momento son los responsables del poder político, o, también, como el resultado de una serie de tensiones en torno al poder." (Rodríguez-Arana, Jaime, *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*, México, Novum, 2011, pp. 45-46).

tierra la pretensión de neutralidad de la administración²⁴, aunque sin desestimar su necesaria especialización y competencia técnica²⁵.

En consecuencia, es entendible que el Derecho Administrativo ha venido cambiando, transformándose, para adaptarse al modelo de Estado al que sirve instrumentalmente²⁶, de manera que resulta natural que en el contexto del Estado

²⁴ “De una administración neutra, garante de los derechos de libertad y propiedad y del orden liberal, se pasó a una Administración configuradora, intervencionista, prestadora de servicios a los ciudadanos, en la que se amplían las relaciones jurídicas con aquéllos haciéndolos partícipes, que se inspira en la consecución de un orden social más justo en el que se garanticen la libertad, la justicia y la igualdad. El principio de legalidad formal se sustituyó por la legalidad material y por la acomodación de la actividad a los principios rectores del orden social y económico, de modo que se estableciera los que Forsthoff denominaba «procura existencial» (Daseinvorsorge).” (Alli Aranguren, Juan-Cruz, *Derecho Administrativo y globalización*, Madrid, Thomson Aranzadi-Civitas, 2004, p. 81). No obstante, es menester reconocer que la burocracia, como poder fáctico estatal puede ser también capaz de influir en el gobierno, como nos recuerda el autor de mérito: “Si en el Estado liberal la Administración no tenía filosofía política propia y aceptaba la del Poder político, los administradores modernos tienen su propio sistema de valores, la ideología tecnocrática, de modo que apoyándose en ella la burocracia puede contestar al Poder político. La burocracia tiene influencia sobre el Poder político, ya que la legislación delegada o autónoma que procede del Poder ejecutivo es obra de los funcionarios, siendo cada vez mayor la legislación gubernamental salida de la alta función pública, más abundante que la legislación política que dicta el órgano representativo.” (Alli Aranguren, Juan-Cruz, *op. cit.*, p. 179).

²⁵ “En el Estado contemporáneo se ha tratado de independizar a cada uno de los elementos que, históricamente, constituían el Poder ejecutivo, considerando a la Administración como un medio para el desarrollo de las decisiones del Gobierno, con independencia de que cumpla los fines que la Constitución y el ordenamiento jurídico le asignan como a la maquinaria o sustento básico del propio Estado. A este fin se concede autonomía orgánica a la Administración y se persigue su profesionalización e independencia de las contingencias políticas, a fin de garantizar el cumplimiento de sus propios fines y preste los servicios que el Estado proporciona a los ciudadanos, distintos de la función legislativa y judicial. Esta concepción de una Administración neutra, imparcial en el juego político, profesionalizada y estable, es objetivo común en los sistemas políticos democráticos.” (*Ibidem*, pp. 177-178).

²⁶ “El Derecho administrativo y el Estado establecen, desde los orígenes del primero, una relación instrumental, en la que el último sólo puede consolidarse y expandirse en la medida en que cuenta con un sistema racional de normas que regula y limita su funcionamiento. Todo avance en la capacidad de acción del Estado está acompañado de una transformación del Derecho administrativo y una precisión de los límites de la actuación del Estado; es decir, definición de la esfera de libertades de la persona.” (Valls Hernández, Sergio, y Matute González, Carlos, *op. cit.*, p. 15).

de Derecho y de una Administración cuya actuación debe necesariamente producirse conforme al principio de legalidad en sentido extenso como afirma Chase, se haya convertido en un derecho de la conducción²⁷. De esta manera, a cada tipo o modelo de Estado²⁸ históricamente ha correspondido un Derecho Administrativo con características específicas en lo que se refiere a los medios o instrumentos de que se dota a la Administración (atribuciones, potestades)²⁹, precisamente para alcanzar los fines que dicho modelo se plantea, con el agravante, en cuanto a complejidad, que el modelo estatal correspondiente puede pasar, pero las atribuciones y potestades permanecen como parte del instrumental operativo cotidiano de la Administración de manera que dada su complejidad y alcances en la vida contem-

²⁷ "La inseparabilidad del derecho administrativo con los cometidos estatales de gobierno y de la realización del interés general, así como la exigencia de efectividad, le dan a nuestra rama la característica de ser el derecho de la conducción, de la dirección... Para que la conducción sea eficaz, el derecho administrativo provee un conjunto de técnicas jurídicas que la hacen posible..." (Roldán Xopa, José, *op. cit.*, p. 65).

²⁸ Existen múltiples clasificaciones; para efectos de ejemplificación haremos referencia a la propuesta por Aguilera, quien se refiere al Estado-policía, entendiéndolo por tal aquel en el que la Administración Pública está absolutamente subordinada al poder político de quien es su brazo ejecutor, como poder técnico y mecánico, y cuya forma de organización es departamental con fuerte dependencia del gobierno; su forma de actuación es garantista donde rige la primacía de la ley y el respeto a los procedimientos legales; está fuertemente centralizada en el ejecutivo y es una administración pequeña, y padece un déficit democrático interno; el Estado Social caracterizado por intervenir en la vida económica y social de la comunidad y tratar de satisfacer las necesidades básicas de todos los ciudadanos, por lo que asume todos los servicios públicos con la función prioritaria de dar cobertura sobre todo a los sectores más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad, y que supone un incremento del gasto público así como un fuerte crecimiento de la actividad de su Administración Pública, ejerciendo mayor interacción e influencia sobre la sociedad civil y el mercado, y por último el que denomina Estado privatizador, y que según este autor ha significado una continuación del modelo del Estado Social inspirado en las corrientes de pensamiento del neoliberalismo económico; en el que los criterios de eficiencia, gestión y racionalización administrativa han influido en su configuración por lo que se incentiva la privatización de empresas y servicios públicos descargando al Estado de la gestión de los mismos, igualmente se exige a los funcionarios una mayor eficacia en su gestión. *Cfr.* Aguilera Portales, Rafael Enrique, *op. cit.*, pp. 92-93.

²⁹ "La Administración está en función de las funciones, en el sentido de que las funciones que está llamada a realizar determinan los otros elementos." (Cassese, Sabino, *Las bases del Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1994, p. 22).

poránea, acude y utiliza todos los medios a su alcance, con diferente intensidad en función de las necesidades de política pública o gubernativas de cada momento³⁰.

Así, podemos afirmar que existe también una larga tradición entre los administrativistas por lo que hace al intento de establecer una clasificación que permita distinguir el complejo contenido que informa la función administrativa³¹. Los intentos de clasificación han sido múltiples y diversos de acuerdo con cada estudioso³², pero

³⁰ "... las instituciones típicas de la función administrativa, de una u otra forma, son permanentes, pudiendo variar obviamente la intensidad de la presencia de los poderes públicos de acuerdo con el modelo político del Estado en cada momento." (Rodríguez-Arana, Jaime, "El Derecho Administrativo en el Siglo XXI: Nuevas perspectivas," en *Revista Aragonesa de Administración Pública* (Separata), Aragón, núm. 31, 2007, p. 227).

³¹ "Si la Administración puede ser (y normalmente lo es) relevante en su totalidad... ni el análisis de las unidades administrativas, ni el de los actos singulares de todos los procedimientos en los que se articula, consiente agotar el examen de la Administración-función. Esta no acaba en la suma de la organización, los actos y los procedimientos. Hay algo más que precede a la organización y a la actividad administrativa y afecta a la forma misma de presentarse la Administración ante la sociedad. Un estudio del Derecho administrativo como conjunto de aparatos y procedimientos quedaría, por así decir, vacío, ya que le falta su aspecto sustancial constituido por las funciones desarrolladas que son, a la postre, la base fundacional de las Administraciones Públicas porque constituyen su razón de ser." (Cassese, Sabino, *op. cit.*, p. 106).

³² A manera de ejemplo, Maurer se refiere a (i) la actividad administrativa de ordenación, que persigue el mantenimiento de la seguridad y el orden públicos mediante la defensa frente a los peligros que los amenacen; (ii) una actividad administrativa de prestación, que tiene por objeto la garantía y la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos mediante la ayuda selectiva a determinados individuos, por un lado, y la prestación e instauración de servicios y establecimientos públicos, por otro; (iii) la actividad de garantía, en la que el Estado transfiere o confía al sector privado, al mercado y a la libre competencia, determinadas actividades de procura existencial antes prestadas por él mismo, debiendo asegurar, a través de los mecanismos apropiados, que tales actividades son desarrolladas por las empresas privadas en una medida suficiente y de un modo adecuado, por lo que el Estado interviene en el mercado regulándolo; (iv) una actividad administrativa de orientación que persigue la promoción y dirección de sectores completos de la vida social, económica y cultural mediante medidas como la ordenación del territorio, el apoyo a sectores económicos estructuralmente débiles o el fomento de iniciativas culturales, mediante el otorgamiento de subvenciones que estimulan a los particulares; (v) una actividad administrativa tributaria para la obtención de recursos pecuniarios requeridos por el Estado, mediante la recaudación de los impuestos y demás tributos a satisfacer por los ciudadanos, y (vi) una actividad administrativa de provisión que se ocupa de proporcionar los medios personales y materiales necesarios para el desarrollo de las funciones administrativas. *Cfr.* Hartmut, Maurer, *op. cit.*, pp. 7-10. Por su parte, Cassese se refiere a las atribuciones competenciales de

para efectos de este trabajo centraremos la atención en la perspectiva que la analiza desde el punto de vista de sus efectos en la esfera jurídica de los particulares.

En este sentido, en un primer acercamiento podríamos referir a la tradicional distinción germánica entre Administración interventora y Administración de prestación³³, con la que se daba cuenta del fenómeno del surgimiento y desarrollo del modelo de Estado Benefactor (*Daseinvorsorge*, en su versión alemana), aunque fue posteriormente superada por alternativas más descriptivas.

Desde el punto de vista de la doctrina *ius* administrativista mexicana, tanto Serra³⁴ como Delgadillo y Lucero³⁵ coinciden en clasificar el contenido de la fun-

tipo finalista, a las que clasifica en las siguientes categorías: (i) disciplina reguladora de relaciones privadas, que consta de actividades realizadas en función de fines públicos y privados, ninguno de los cuales tiene relevancia pública, pero cuyo funcionamiento conjunto es considerado de interés público por lo que las Administraciones aseguran que los actos realizados entre particulares tengan determinados requisitos y tienen una posición que se puede definir como la de un tercero; (ii) actividades dirigidas a particulares con un contenido directivo, no de regulación que se refiere a la tutela de intereses colectivos; (iii) servicios, en sentido amplio, prestados indiferentemente a todos los ciudadanos, no es cuanto individuos, a los que por tanto, no es posible restringirles el acceso; (iv) servicios prestados a cada ciudadano, por lo que, en su caso, se le podría limitar el disfrute del servicio, y (v) actividades realizadas con el fin de vender bienes o servicios y ordenadas, por tanto, en forma de empresa. *Cfr.* Cassese, Sabino, *op. cit.*, p. 114.

³³ "... la conocida contraposición entre Administración interventora-Administración de prestación (y la correspondiente con ésta, entre Estado de Derecho-Estado social). La distinción entre los dos tipos de administración (*Eingriffsverwaltung* y *Leistungsverwaltung*) se debe a la ciencia jurídica alemana. Esta se apercibió, en la primera mitad del siglo, pero especialmente en torno a los años cincuenta, que la dialéctica entre límite administrativo y libertad privada no lograba explicar la hipótesis, cada vez más frecuente, en que las Administraciones públicas daban prestaciones útiles para los particulares (electricidad, gas, transportes, servicios sanitarios, etc.) y se presentan, por tanto, según la terminología alemana, como Geber o *Leistungsträger* (realizador de prestaciones)." (Cassese, Sabino, *op. cit.*, p. 115).

³⁴ "La doctrina distingue cuatro modos de la actividad administrativa: 1. Policía; 2. Fomento o estímulo a la iniciativa particular; 3. Servicio público; y 4. Actividad o gestión económica. Las diferencias entre estas actividades no son tajantes, pues en diversas ocasiones se sobreponen, se implican o son reguladas de diversa manera por la legislación administrativa." (Serra Rojas, Andrés, *op. cit.*, p. 486).

³⁵ "Enunciados con anterioridad los fines del Estado, tenemos que las actividades, tareas o cometidos que asignan a sus órganos para la consecución de aquellos pueden ser identificados por el contenido y efectos que producen en la esfera jurídica de los particulares. De esta forma encontramos que el contenido de la actividad del Estado

ción administrativa en cuatro categorías: policía o control, servicio público, fomento y gestión económica. Si bien la primera de ellas puede ser claramente vinculada al modelo de Estado-policía, mientras que las tres restantes se vinculan con el Estado Social (sea este calificado de Derecho o Benefactor), todas ellas subsisten y coexisten en el Estado contemporáneo, y poseen sus propios medios jurídicos de manifestación. En este sentido, se afirma que la potestad sancionadora es el medio típico de la actividad de policía, las subvenciones y las ayudas son los medios típicos de la actividad de fomento y la concesión administrativa es el medio habitual de prestación de los servicios públicos³⁶.

En tal virtud, conviene detenernos un momento sobre la actividad de policía toda vez que es a ella a la que se vincula la potestad sancionadora. Se trata, como se sabe, de la manifestación más antigua de la función administrativa, y en su sentido originario³⁷, inclusive anterior al Derecho Administrativo. Así, su sentido

puede encuadrarse en cuatro diferentes grupos: policía o control, fomento, servicio público, y gestión económica." (Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo, Primer Curso*, 3ª. ed. actualizada, México, Porrúa, 1988, p. 37).

³⁶ Cfr. Blanquer, David, *Introducción al Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 91.

³⁷ "En el Estado absoluto ilustrado y como consecuencia precisamente de las ideas iluministas, surge y se desarrolla a lo largo del siglo XVIII... y hasta, en algunos países, bien mediado el siglo XIX, una específica ciencia: la llamada ciencia de la policía, que no fue otra cosa... que la doctrina científica del gobierno y administración interiores del Estado... Generalmente se afirma que esta ciencia fue un fenómeno específicamente germánico, que se proyectó hacia el resto de Europa... Lo que parece desde luego indudable es que fue en Alemania y Austria donde esta ciencia adquirió (bajo perfiles propios y peculiares) un mayor auge y desarrollo, llegando a contar durante largo tiempo ... con un asiento universitario específico." (Parejo Alfonso, Luciano, *El concepto...*, *op. cit.*, p. 43). Guerrero, haciendo referencia a las ideas de Von Justi, define su objetivo en los siguientes términos: "Corresponde a la policía potenciar las fuerzas materiales, morales e intelectuales que, situadas en el seno de la sociedad, incrementan el poderío del Estado y el bienestar de la sociedad... La policía es un impulso progresivo que vela por la salud, nutrición y vigor completos del Estado, en tanto que la política es una fuerza pronta a prevenir las guerras con los Estados extranjeros o las sediciones intestinas, o activar medidas punitivas contra los mismos." (Guerrero Orozco, Omar, *Teoría administrativa del Estado*, México, Oxford University Press, 2000, Colección Textos Universitarios en Ciencias Sociales, p. 14). De acuerdo con el mismo autor, con posterioridad a la Revolución Francesa fue desestimado por Charles-Jean Bonnin, quien en 1808 plantea el actual concepto de Administración

y alcance ha venido variando en el tiempo, reduciéndose de un intento de racionalizar la totalidad de la actuación del gobierno y su actividad en beneficio de la colectividad, a uno más acotado a la seguridad y el orden público³⁸. En todo caso, es claro que la actividad de policía es, como también se le denomina, actividad de control o de limitación de los particulares³⁹, con la finalidad de establecer y preservar un determinado orden o condiciones normativamente previstos, de modo que, al asegurar su regularidad, la Administración preserva el interés general.

Conforme a lo anterior, Serra señala que el régimen de policía regula aspectos tanto de la actividad de los particulares como de la propia Administración, siendo así una actividad administrativa encaminada a crear un clima propicio para el desarrollo nacional, que demanda una convivencia pacífica y ordenada ya que el desorden altera la paz y tranquilidad pública, retardan el desarrollo de las instituciones y obstaculizan el que alcancen toda su eficacia⁴⁰. Se disiente del planteamiento anterior ya que no se considera que el control de la Administración sea parte de la atribución de policía administrativa toda vez que hemos adoptado esta clasificación a partir de los efectos que la actividad administrativa produce en la esfera jurídica de los particulares, y se estima limitada en la medida en que parece conceptualizar su finalidad en términos de prevención del desorden, cuando al ser ejecución de la ley en sentido amplio, comprende mucho más. Sobre el tema, Delgadillo y Lucero

Pública, distinguiéndola de la policía, a la que atribuía el actual sentido de seguridad pública y separándola de la noción de ciencia y arte del gobierno, que ahora se ubica en la Administración Pública, como la forma de acción propia del Estado (Cfr. Guerrero Orozco, Omar, *op. cit.*, p. 6).

³⁸ "En su origen histórico la idea de policía se asocia a la cosa pública; ese término hace alusión a la polis, a lo que atañe a la ciudad y la ciudadanía; el primer significado de la voz policía alude a la satisfacción de los intereses públicos. Con el tiempo la expresión perdió su significado originario y a través de un proceso histórico en el que no es posible detenerse en este momento terminó identificándose con el mantenimiento del orden y seguridad públicos." (Blanquer, David, *op. cit.*, p. 93).

³⁹ "La actividad administrativa de intervención es aquella que incide en la esfera jurídica del ciudadano, limitando su libertad o derecho de propiedad, imponiéndole en definitiva, cargas y obligaciones. La actividad administrativa de prestación, en cambio, confiere al ciudadano prestaciones y otros beneficios. En el primer caso, la administración muestra su autoridad, empleando la coacción, si es necesario, para imponer sus mandatos, mientras que en el segundo se presenta amable y dispuesta a ayudar y favorecer al ciudadano." (Hartmut, Maurer, *op. cit.*, p. 10).

⁴⁰ Cfr. Serra Rojas, Andrés, *op. cit.*, pp. 486-487.

señalan que a través de esta atribución se regula la actividad de los particulares con el fin de mantener el orden público y que se manifiesta en normas que limitan la acción de los gobernados, en prevenir la violación de derechos y sancionar la comisión de ilícitos⁴¹, lo que parece más acorde a la naturaleza de la atribución a condición de asumir una noción amplia de orden público, ya que efectivamente reconoce que se manifiesta una normativa que limita o condiciona a los particulares e incluye el elemento sancionador como condición de su efectividad. En este sentido, la definición anterior parece alineada con la opinión de Blanquera que señala que el contenido de esta actividad se integra por autorizaciones, órdenes y reglamentos, pero también con medidas que imponen prestaciones forzosas, expropiaciones, sanciones y la ampliación de derechos mediante el otorgamiento de concesiones⁴², lo que pone en evidencia que la noción de policía administrativa es mucho más amplia que la acepción popular del vocablo.

En este sentido, la policía o actividad administrativa de limitación se nos presenta como algo más complejo de lo que pareciera a primera vista. Ya Bedel, según lo cita Serra, distinguía entre una policía general, encargada del mantenimiento del orden, la seguridad y la salubridad, y una policía especial, relacionado con actividades privadas respecto de las cuales la Administración ha sido facultada normativamente para limitar⁴³, es decir, para regular y controlar su ejecución. En este sentido, el propio Serra ya reconocía la existencia de una policía de ejecución de leyes administrativas y una policía preventiva o del orden común, llamada al mantenimiento del orden público y la tranquilidad social⁴⁴.

Lo que resulta inconcuso es el hecho evidente de que actualmente, la policía, control o actividad administrativa de limitación es algo mucho más extenso y complejo que la mera actividad de seguridad y orden público, así como de salubridad y que, en la medida en que la actividad administrativa de prestación se ha reducido por el cambio de modelo de Estado, se ha incrementado el universo de actividades privadas sometidas a una regulación administrativa que determina

⁴¹ Cfr. Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio... Primer Curso*, op. cit., p. 38.

⁴² Cfr. Blanquer, David, op. cit., p. 94.

⁴³ Cfr. Serra Rojas, Andrés, op. cit., p. 491.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 490.

diversas condiciones para su desarrollo⁴⁵, dando un nuevo impulso a esta antigua manifestación de la función administrativa⁴⁶.

Ahora bien, a fin de cumplir con su cometido, la actividad de policía, control o limitación, particularmente en su manifestación de ejecución de normas administrativas, debe servirse necesariamente de la potestad sancionadora para castigar las conductas ilícitas e incentivar la observancia de las disposiciones que dan sentido jurídico al interés general⁴⁷. No se pretende con ello afirmar que la potestad sancionadora sea una actividad de limitación de los derechos, ya que tal limitación deriva de la norma administrativa cuyo cumplimiento debe ser supervisado por la Administración en ejercicio de la atribución de policía, por lo que el recurso a esta potestad es el instrumento de remediación o castigo frente a la ilicitud que representa la inobservancia de la norma que limita la esfera jurídica de derechos del administrado, perjudicando así el interés general⁴⁸.

⁴⁵ "... en un tercer tipo de normas administrativas los destinatarios más directos son los particulares o los administrados, pero presuponen la presencia vigilante de la Administración como garante de su efectividad. Son aquellas normas de intervención en las relaciones entre particulares que la Administración no ha de cumplir, pero a la cual se responsabiliza de que las cumplan los particulares destinatarios, atribuyéndole una potestad sancionadora o arbitral para conseguir su efectividad... A este grupo pertenecen, entre otras, las normas de regulación de precios o de la libre competencia, cuyos destinatarios inmediatos son los particulares..." (Parada, Ramón, *Concepto y fuentes del Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008, p. 10).

⁴⁶ "Por cuanto se refiere a las técnicas tradicionales de intervención administrativa en una sociedad globalizada, que tiende a la máxima libertad y a la reducción del papel de los poderes públicos, pierde protagonismo la Administración en la vida económica, sustituyéndolo por el control propio de la policía y el estímulo de la dinámica social y la iniciativa individual del fomento. Supone el fin del proceso que desde la policía condujo al servicio público..." (Alli Aranguren, Juan-Cruz, *op. cit.*, p. 197).

⁴⁷ "Este poder sancionador es el que apoya al régimen de policía en todas sus manifestaciones. Todo precepto requiere de una sanción, por ello el sistema de sanciones es la base más importante del régimen de policía." (Serra Rojas, Andrés, *op. cit.*, p. 489).

⁴⁸ Algún sector de la doctrina incluye las sanciones en la actividad administrativa de limitación de los derechos y libertades de los ciudadanos, pero lo cierto es que nadie tiene un derecho o libertad a infringir las normas jurídicas. El presupuesto de la sanción es una infracción no un derecho que resulta limitado a resultas de la potestad administrativa. Se impone una sanción cuando se comete una infracción, no cuando se quiere limitar un derecho o libertad." (Blanquer, David, *op. cit.*, p. 97).

III. FUNDAMENTOS DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA EN MÉXICO

Al incipiente desarrollo teórico y doctrinal nacional del Derecho Administrativo Sancionador⁴⁹ debe sumarse la limitada fundamentación positiva, particularmente constitucional, de la potestad sancionadora de la Administración, por lo que, ante la necesidad de sustentarla, se ha debido recurrir a la inferencia, la argumentación y su derivación analógica de diversas disposiciones. Por un lado, Serra calificaba de confuso su desarrollo constitucional⁵⁰, mientras que Delgadillo y Lucero señalan, que comparte la fundamentación constitucional de la policía administrativa⁵¹ y segundo, su vinculación con la facultad constitucional de hacer cumplir las leyes⁵². Por su parte, Roldán sin referir expresamente a su fundamentación constitucional, afirma que la configuración de las sanciones se determina por los parámetros de racionalidad del poder punitivo⁵³, lo que necesariamente nos remite a los derechos

⁴⁹ "En el caso de México, existe el desconocimiento caso generalizado de esta importante rama del derecho administrativo y, por tanto, su estudio y aplicación se encuentran en una etapa muy temprana, porque todavía observamos que algunas sanciones administrativas carecen de las garantías que aseguren la correcta tutela de los derechos o bienes jurídicos en cuestión." (Góngora Pimentel, Genaro David, "El reconocimiento del Derecho Administrativo Sancionador en la jurisprudencia constitucional mexicana"; en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, México, UNAM-IIJ-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, Serie Doctrina Jurídica núm. 447, t. XII: Ministerio Público, contenciosos administrativos y actualidad jurídica, p. 258.

⁵⁰ Cfr. Serra Rojas, Andrés, *op. cit.*, p. 489.

⁵¹ "... si la policía administrativa tiene su apoyo no sólo en los preceptos constitucionales que aluden a los reglamentos de policía, sino también en aquellos en que se contempla la limitación o restricción de los derechos individuales, previstos en los ordenamientos legales, resulta incuestionable que la facultad sancionadora de la Administración Pública deriva también de los mismos." (Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio... Segundo Curso, op. cit.*, pp. 193-194).

⁵² "... si se privara a la autoridad administrativa de la facultad sancionadora, quedaría limitada en su facultad para ejecutar las leyes, que establece la fracción I del artículo 89 constitucional, dejando a la autoridad sin la suficiente fuerza para el desempeño de su función." (*Ibidem*, p. 195).

⁵³ Refiriendo de forma expresa pero no limitativa, a los principios o derechos fundamentales de tipicidad, proporcionalidad, prohibición de confiscación, fundamentación, motivación. Cfr. Roldán Xopa. José, *op. cit.*, p. 399.

fundamentales previstos en la Constitución incluidos, pero no limitado, a los aplicables a la materia penal.

Así, sin pretensión de dar por solventada tan delicada cuestión, se estima factible afirmar que el fundamento de la potestad sancionadora puede derivarse, en principio, de los Artículos 21, 22 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Simplificando los textos para efectos de la exposición, el primero de ellos señala que la imposición de penas, su modificación y duración son exclusivas de la autoridad judicial y faculta a la autoridad administrativa para aplicar sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, que consistirán únicamente en multa, arresto hasta 36 horas o trabajo comunitario. Esta disposición es importante porque permite distinguir la doble vertiente del *ius puniendi*, penal y administrativa⁵⁴, de donde es posible inferir que las penas y delitos corresponden al ámbito judicial mientras que las infracciones y sanciones al administrativo⁵⁵.

La distinción anterior se confirma por el Artículo 22 de la CPEUM, que establece que no se considera confiscación de bienes la decretada para el pago de multas o impuestos ni la decretada por autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Sin embargo, algún sector de la doctrina, en una interpretación letrista del Artículo 21 de la CPEUM, planteó que las infracciones y sanciones administrativas deberían limitarse a las específicamente señaladas, y que la existencia de cualquier otra debería por tanto considerarse inconstitucional. Para desvirtuar tal aseveración, se debe atender al Artículo 73, fracción XXI, inciso b) de la CPEUM, que faculta al Congreso de la Unión para expedir la legislación que establezca los delitos y las faltas contra la Federación y las penas y las

⁵⁴ "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, pero la imposición de las sanciones administrativas corresponde a la Administración pública. Esto no es más que un criterio de competencia que es útil, además, para deslindar dos ordenamientos que guardan estrecha relación y antecedentes, pero que deben evolucionar con entera independencia... Si hubo dudas y recelos sobre la naturaleza del poder sancionador de la Administración, el derecho administrativo moderno lo reconoce en toda su amplitud como uno de los elementos indispensables para mantener el orden administrativo." (Serra Rojas, Andrés, *op. cit.*, p. 514).

⁵⁵ "En nuestro sistema jurídico utilizamos el término infracción como una especie del ilícito, y el delito como la otra." (Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio... Segundo Curso, op. cit.*, p. 197).

sanciones que deban imponerse, lo que se ha interpretado como el fundamento para que el Congreso establezca, de forma independiente de los delitos, infracciones y sanciones administrativas para supuestos distintos a los expresamente indicados por el referido Artículo 21, ya que se estima que este no limita la atribución del Congreso antes indicada⁵⁶.

El anterior puede considerarse el núcleo duro e histórico, en el que se apoyan quienes defienden la constitucionalidad del Derecho Administrativo Sancionador y de la potestad sancionadora de la Administración, ya que incluye la totalidad de los preceptos de rango constitucional que hace expresa referencia a las infracciones y sanciones administrativas. Sin embargo, si como se ha planteado en el apartado precedente, aceptamos que la potestad sancionadora está indisolublemente vinculada a la actividad de policía o de limitación⁵⁷, y que resulta indispensable para el cumplimiento del principio de legalidad al que se sujeta a la propia Administración⁵⁸ en virtud del mandato al Ejecutivo contenido en el Artículo 89, fracción I de la CPEUM para proveer en la esfera administrativa la exacta observancia de las leyes que expida el Congreso, se estima que puede ser también sustentada en el propio ámbito que la Constitución otorga a la actividad de policía administrativa, ya que la regulación sin posibilidad de hacer efectivo su cumplimiento, es letra muerta⁵⁹. En tal virtud, es necesario atender también lo dispuesto por el capítulo económico de

⁵⁶ "En el sistema jurídico mexicano corresponde al legislador hacer la diferenciación entre las infracciones o faltas y los delitos, ya que la Constitución Política así lo regula." (*Ibidem*, p. 198).

⁵⁷ "... la potestad sancionadora de la Administración Pública tiene su apoyo en uno de los medios de la policía administrativa, como es la coacción que, como se indicó, puede consistir en castigar las conductas infractoras de las disposiciones legales respectivas, o bien, en hacer efectivo por la vía forzosa el cumplimiento de un acto administrativo." (*Ibidem*, p. 193).

⁵⁸ "... el poder sancionador del Estado se deriva de la propia naturaleza de la ley. La sanción aparece como un elemento esencial para la facilidad de la norma, sin ella sería una vana ilusión, es una medida punitiva en caso de no ejecución de una ley." (Serra Rojas, Andrés, *op. cit.*, p. 504).

⁵⁹ "El Estado tiene que actuar autoritariamente, de lo contrario no cumplirá su misión. Las sanciones son los medios idóneos para el cumplimiento de la ley, y obliga al reuente a someterse a ella. Los medios sancionadores son diversos de acuerdo con los propósitos de la ley, y sea en forma directa, ya por medios indirectos, según el caso de que se trate. La sanción es un remedio extremo para mantener el principio de legalidad. La sanción es un elemento necesario para la eficacia de la norma, y la amenaza del poder público ante la inobservancia legal." (*Idem*).

la Constitución, que da cuenta de las recientes transformaciones del Estado, para dimensionar los verdaderos alcances que debe reconocerse a la potestad sancionadora.

En este sentido, conviene recordar que el Artículo 25 de la CPEUM otorga al Estado la rectoría del desarrollo nacional garantizando que sea integral y sustentable, que fortalezca la soberanía, su régimen democrático y que mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico, el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, para lo cual planeará, conducirá y orientará la actividad económica y regulará y fomentará las actividades que demande el interés general en el marco de las libertades consagradas por la Constitución, y que bajo criterios de equidad social, productividad y sustentabilidad, apoyará e impulsará a las empresas, sujetándolas a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.

Por su parte, el Artículo 27 de la CPEUM conserva la disposición que faculta a la Nación a imponer a la propiedad privada, en todo tiempo, las modalidades que dicte el interés público y de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación con el objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar la conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población. Finalmente, el Artículo 28 de la CPEUM, en materia de concesión de servicios públicos y de bienes del dominio público, dispone que serán las leyes las que fijen las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de su prestación y la utilización de los bienes, evitando fenómenos de concentración contrarios al interés público.

Este es el marco normativo vigente que delimita la actividad de policía o de limitación, y refleja los mandatos constitucionales a la autoridad, y si bien el Poder Ejecutivo no actúa en ejecución directa de la Constitución, sí lo hace a partir de las leyes expedidas por el Congreso de la Unión en cumplimiento de este marco, mismo que para ser efectivo requiere de la potestad sancionadora⁶⁰. En este sen-

⁶⁰ "La legislación administrativa está inspirada en el interés público, en la utilidad pública y en el mantenimiento del orden público. Para hacer eficaz esta legislación es necesario que el régimen de policía consagre la potestad sancionadora de la Administración pública, o facultad de castigar las violaciones a una ley administrativa que no constituyen delitos." (*Ibidem*, pp. 503-504).

tido, es fundamental considerar que si bien la potestad sancionadora es parte del régimen exorbitante de la Administración⁶¹, está sujeta y acotada por el principio de legalidad, de modo que sólo así puede considerarse como atribución legítima de la autoridad⁶² y obligación vinculante para el administrado⁶³. Así, la potestad sancionadora, siendo inherente a la actividad de policía y desarrollada en el contexto del principio de legalidad, no constituye en principio y a reserva de verificar las condiciones de su aplicación en cada caso, un ejercicio arbitrario del poder de la Administración.

Conforme a lo anterior, la legislación administrativa vigente, ajena a la discusión teórica, prevé un amplio catálogo de disposiciones que sustentan la potestad

⁶¹ "... como señala Benoit, mientras en Derecho privado la idea dominante es que los individuos y sus intereses son tratados con igualdad, el derecho administrativo es el derecho de la desigualdad dentro de un cuadro de legalidad. Pero... esta diferencia con el Derecho privado opera, más que en lo sustancial, en el plano externo de la garantía. Manifestaciones sobresalientes del mismo son ante todo el poder reglamentario mediante el cual la Administración interpreta y completa las leyes; el poder de autotutela, en sus dos vertientes de autotutela declarativa (presunción de validez de los actos administrativos) y autotutela ejecutiva, o privilegio de decisión ejecutoria que otorga una protección directa e inmediata de las actuaciones de la Administración, de forma tal que los particulares afectados deben de aceptar esta decisión previa, y si no están conformes recurrir en posición de demandantes y desposeídos ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (de ahí su carácter revisor); a lo que hay que sumar... el poder sancionador directo que permite a la Administración castigar por si misma los supuestos de incumplimiento del ordenamiento administrativo al margen del sistema penal." (Parada, Ramón, *op. cit.*, p. 20).

⁶² "El ejercicio de la función administrativa considera la existencia de una serie de facultades otorgadas a favor de los órganos de la Administración Pública, con el fin de que éstos puedan cumplir con las tareas que los ordenamientos legales les imponen. Entre tales facultades se encuentra la correspondiente a la imposición de sanciones por infracciones a las leyes administrativas... La facultad sancionadora de la Administración Pública constituye una facultad inherente y esencial para la existencia de la función administrativa, en cuanto que sin ella no sería posible que los órganos Administrativos ejercieran sus atribuciones, pues carecerían de los medios coercitivos para hacer que los gobernados cumplan con las disposiciones legales y con los mandatos de los actos administrativos." (Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio... Segundo Curso, op. cit.*, p. 193).

⁶³ "Identificadas las obligaciones público-subjetivas de los gobernados, como las conductas que establecen las normas, a cargo de las personas que realicen el supuesto previsto en ellas, podemos decir que cuando el obligado no cumple con el mandato legal, incurre en un ilícito, y se hace acreedor a la sanción prevista en la propia norma legal." (*Ibidem*, p. 196).

sancionadora de la Administración para hacer efectiva su actuación. Ante la imposibilidad de considerar cada uno de ellos, se hará referencia al más general, la LFPA que dispone que las sanciones administrativas deben estar previstas en las leyes respectivas (en referencia a las leyes especiales aplicables a cada materia), indicando que pueden consistir en⁶⁴: (i) amonestación con apercibimiento; (ii) multa; (iii) multa adicional por cada día que persista la infracción; (iv) arresto hasta por 36 horas; (v) clausura temporal o permanente, parcial o total, y (vi) las demás que señalen las leyes o reglamentos⁶⁵ (Art. 70 LFPA).

En materia de multas, se autoriza la duplicación de la impuesta, en caso de reincidencia, pero sin exceder del doble del máximo (Art. 71 LFPA). El ordenamiento en comento establece que para la imposición de sanciones se debe agotar un procedimiento que supone la previa notificación al infractor y el otorgamiento de un plazo de 15 días para exponer lo que a su derecho convenga y ofrecer las pruebas con que cuente (Art. 72 LFPA), y una vez escuchado y desahogadas las pruebas, dentro de los 10 días siguientes se emitirá por escrito la resolución que corresponda, que deberá ser notificada al infractor (Art. 74 LFPA), dando así cumplimiento a la garantía de audiencia y la observancia de las formalidades esenciales del procedimiento.

El margen de discrecionalidad de la autoridad para la determinación de la sanción se acota al establecerse que ésta fundará y motivará su resolución, considerando (i) los daños producidos o que puedan producirse; (ii) la intencionalidad de la acción u omisión; (iii) la gravedad de la infracción, y (iv) la reincidencia (Art. 73 LFPA). La ley que nos ocupa autoriza a las autoridades a hacer uso de las medidas legales necesarias, incluido el auxilio de la fuerza pública, para lograr la ejecución de las sanciones (Art. 75 LFPA); reconoce la procedencia de la imposición de más de una de las sanciones previstas en el Artículo 70, separándose del principio *non bis in*

⁶⁴ El Artículo de mérito confunde la infracción (conducta tipificada), con la sanción (consecuencia jurídica derivada de la ilicitud), ya que lo que deberían prever las leyes administrativas especiales son las primeras, toda vez que el precepto de mérito contiene la relación de sanciones aplicables (aunque remite de nuevo a las leyes especiales, haciendo inútil el precepto). Se trata de un ejemplo de falta de técnica y desconocimiento jurídico del legislador.

⁶⁵ Con lo que se marca diferencia con la materia penal, al desestimar el principio de reserva de ley en la determinación de las infracciones, anticipando así al modelo de Estado Regulador.

idem (Art. 76 LFPA), aunque si impone la carga cuantificar separadamente las multas que se impongan en una misma acta o cuando en ella se incluya a dos o más infractores (Art. 77 LFPA); se reconoce la independencia de las infracciones administrativas de penas que se impongan por los delitos en los que puedan incurrir los infractores (Art. 78 LFPA); se fija la prescripción de la facultad para sancionar en cinco años, desde el día que se cometió si fuere consumada, o desde que cesó si fuera continua (Art. 79 LFPA), y se señala que la prescripción se interrumpirá en caso de que el infractor impugne los actos de la autoridad, hasta en tanto se resuelva en definitiva, sin posibilidad de ulterior recurso, y que la prescripción se hará valer vía excepción debiendo la autoridad declararla de oficio (Art. 80 LFPA).

Finalmente, debemos apuntar que la existencia y validez del Derecho Administrativo Sancionador en México fue reconocida en jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo el rubro "Derecho Administrativo Sancionador. Para la construcción de sus propios principios constitucionales es válido acudir de manera prudente a las técnicas garantistas del Derecho Penal, en tanto ambos son manifestaciones de la potestad punitiva del Estado," en la que se reconoce que el Derecho Administrativo Sancionador posee como objetivo garantizar a la colectividad el desarrollo correcto y normal de las funciones reguladas por las leyes administrativas, utilizando el poder de policía para lograr los objetivos en ellas trazados y que, en la sanción administrativa guarda similitud fundamental con las penas, ya que ambas son reacción frente a lo antijurídico, por lo que el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador son inequívocas manifestaciones de la potestad punitiva del Estado por lo que, dada la similitud y la unidad de esta potestad, en la interpretación constitucional de los principios del Derecho Administrativo Sancionador puede acudirse a los principios penales sustantivos, aunque la traslación de ellos en grado de exigencia no pueda hacerse de forma automática, sino en la medida en que resulte compatibles con su naturaleza, hasta en tanto el desarrollo jurisprudencial forme los principios sancionadores propios para este campo de la potestad punitiva del Estado y que, hasta en tanto, es válido tomar de manera prudente las técnicas garantistas del Derecho Penal⁶⁶.

⁶⁶ Cfr. Tesis P/J 99/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, agosto 2006, p. 1566.

Esta importante jurisprudencia se corresponde con los planteamientos de la doctrina, que coinciden tanto en la existencia de la disciplina del Derecho Administrativo sancionados de forma independiente del Derecho Penal, siendo ambas manifestaciones del *ius puniend*⁶⁷, y que ya reconocían la necesidad de apoyarse en los desarrollos principales de la materia penal en la construcción de los propios del Derecho Administrativo Sancionador⁶⁸.

IV. LA ASUNCIÓN DEL MODELO DE ESTADO REGULADOR

El término Estado Regulador es una construcción teórico conceptual que, se ha venido desarrollando en la literatura para explicar las transformaciones que ha tenido en las últimas décadas, que condujeron del Estado de Bienestar⁶⁹, al Estado

⁶⁷ "... una conducta violatoria de un mandato legal de contenido administrativo puede dar lugar a una infracción o a un delito, o a ambos ilícitos, dependiendo de las características de la violación y su trascendencia en el mundo jurídico. Lo importante en este caso es precisar en qué momento estamos frente a una infracción o a un delito." (Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio... Segundo Curso*, *op. cit.*, pp. 196-197).

⁶⁸ "Las sanciones administrativas difieren de las penas, se refieren a materias y son aplicadas por órganos distintos, pero también son manifestaciones de racionalidades diversas... Dada la sujeción de tal poder al principio de juridicidad, el tratamiento de las sanciones administrativas tiene como problema fundamental la determinación de sus condiciones de validez y de control... El referente de la regularidad de la sanción administrativa ha sido la sanción penal como la especie de la función estatal punitiva cuyo tratamiento ha sido más desarrollado. El asunto ha estado ligado al proceso histórico de racionalización de la autoridad administrativa. La sanción administrativa, ligada al viejo poder de policía, proveía un fuerte contexto de discrecionalidad y aún de no justificabilidad de la actuación administrativa." (Roldán Xopa. José, *op. cit.*, p. 389).

⁶⁹ Al respecto, Gordillo señala: "Con distintas modalidades y particularidades, con mayor o menor éxito y eficacia, se evidenció en el período 1930-1980, primero, un abandono del concepto económicamente liberal del Estado, del rol abstencionista de la administración, simultáneamente con un intento de revalorizar la libertad frente al poder, al menos de los países desarrollados. A partir de 1980 comienza a producirse en el mundo un vigoroso retorno al pasado... con un importante proceso de apertura de la economía, privatización y desregulación, reducción o eliminación de barreras aduaneras, etc. En el nuevo sistema económico y jurídico resulta nuevamente insuficiente la tutela del individuo frente al poder. Pero ya no se trata solamente del poder administrativo, se trata también del poder económico privado concentrado en monopolios y privilegios otorgados por él en el proceso de privatización. Comienza entonces el progresivo fortalecimiento de las indispensables autoridades reguladoras independientes." (Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 9ª. ed., México, UNAM-IIJ-Porrúa-Fundación de Derecho Administrativo, 2004, t. I: Parte general, pp. 54-55).

privatizador, pero sobre todo para solventar algunas de las deficiencias de este último, sin regresar al primero⁷⁰.

El cambio del modelo de Estado se relaciona con dos fenómenos ajenos al mundo del Derecho. El primero de ellos es la crisis financiera del modelo de Estado antes indicado y su agotamiento fiscal, que le ha dificultado continuar gestionando o subvencionando actividades o servicios que había mantenido bajo titularidad estatal, asociado a la primacía ideológica del neoliberalismo⁷¹ que plantea restringir al mínimo la intervención económica estatal⁷²; mientras que el segundo tiene que ver con la construcción de bloques económico-políticos supranacionales que privilegian el libre intercambio económico, lo que ha obligado a liberalizar mercados internos, con las consecuentes implicaciones en materia de replanteamiento del ámbito de actuación económica de los estados nacionales⁷³.

⁷⁰ "El Estado privatizador ha significado una continuación del modelo del Estado Social inspirado en las corrientes de pensamiento del neoliberalismo económico. Los criterios de eficiencia, gestión y racionalización administrativa han influido en la configuración de dicho Estado. En este sentido, se incentiva la privatización de empresas y servicios públicos descargando al Estado de la gestión de los mismos, igualmente se exige a los funcionarios una mayor eficacia en su gestión. Sin duda, este modelo de Estado mínimo y privatizador ha causado estragos en los países emergentes o en vías de desarrollo. Las políticas de ajuste estructural a nivel internacional han generado un aumento de la pobreza, la miseria y el desempleo. En tiempos de crisis económica el Estado debe de hacer un esfuerzo político, económico y administrativo para amortiguar los fuertes desajustes estructurales que genera la propia economía capitalista internacional. En este sentido, el modelo de Estado social es un modelo necesario, vital y pertinente." (Aguilera Portales, Rafael Enrique, *op. cit.*, p. 93).

⁷¹ "Las piezas claves de la política neoliberal radican en el ataque y congelación de los salarios, el retroceso de las prestaciones y los servicios sociales, la contrarreforma fiscal, la desregulación del mercado de trabajo, las privatizaciones y la política económica basada en el monetarismo." (Alli Aranguren, Juan-Cruz, *op. cit.*, p. 235).

⁷² Así lo afirma Fernández Ruiz: "El excesivo crecimiento del Estado social de derecho, aunado al colapso de los regímenes comunistas de Europa oriental, generó una reacción neoliberal a nivel mundial, que proclama el adelgazamiento del Estado, la desregulación administrativa, y la privatización de muchas instituciones y actividades públicas, bajo el citado slogan: 'El mejor Estado es el menor Estado', para poner al solidarismo social en retirada..." (Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo y Administración Pública*, 4ª. ed., México, Porrúa-UNAM-IJ, 2011, Serie Estudios Jurídicos núm. 137, p. 225).

⁷³ "Por cuanto se refiere a las técnicas tradicionales de intervención administrativa en una sociedad globalizada, que tiende a la máxima libertad y a la reducción del papel de los poderes públicos, pierde protagonismo la Administración en la vida económica,

Inevitablemente, el Derecho como instrumento de control y conducción de la vida social, ha debido adaptarse para reflejar estas nuevas realidades.

Por ello, es posible manifestar que, si bien es un término hasta cierto punto novedoso, no lo es tanto desde el punto de vista del tipo de actividad que pretende conceptualizar⁷⁴. Estamos hablando de la potestad regulatoria la cual es, incluso, anterior al modelo de Estado Regulador. Por una parte, no es novedad para aquellos países cuyo régimen jurídico no corresponde al modelo europeo constitucional de raigambre francesa-alemana, particularmente los adscritos al modelo anglosajón, que al no haber desarrollado un sistema de Derecho Administrativo ya sea al amparo de la noción de servicio público o la de procura existencial, han debido acudir a otras nociones para justificar la intervención administrativa en la actividad de particulares, como es el caso de la noción de *public utilities*⁷⁵.

sustituyéndolo por el control propio de la policía y el estímulo de la dinámica social y la iniciativa individual del fomento. Supone el fin del proceso que desde la policía condujo al servicio público...” (Alli Aranguren, Juan-Cruz, *op. cit.*, p. 197).

⁷⁴ Sobre el particular, Del Guayo afirma: “Un libro sobre la regulación es tanto como un libro sobre la acción administrativa en la sociedad, pero expresada con una palabra importada de los Estados Unidos y demás países anglosajones. La regulación es casi inabarcable, como lo son las manifestaciones de la intervención de la Administración Pública en la vida social... Importada del mundo anglosajón, la idea de regulación económica constituye una alternativa a la idea de intervención administrativa, porque descansa en presupuestos filosóficos distintos. Tanto la intervención administrativa de la Europa continental, como la regulación anglosajona conllevan una intromisión de los poderes públicos en la vida económica. La diferencia está en el punto de partida. La regulación presupone la primacía de los mercados, y está dirigida a corregir sus fallos, mientras que la intervención administrativa implica que el Estado dirige los procesos económicos, pero trata de dejar un espacio de libertad a los individuos. En la práctica, ambos sistemas pueden conducir a resultados parecidos, pero están cimentados en un *ethos* diferente. Ese *ethos* impregna las decisiones públicas y el comportamiento de los agentes económicos.” (Del Guayo Castiella, Íñigo, *Regulación*, Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 11).

⁷⁵ El término *public utility* es más de uso popular que sujeto a una definición precisa, tal y como sucede con el servicio público, pero mientras este último finca en la idea de actividad estatal delegada a los particulares, la del primero parte de la base de que se trata de una actividad privada reglamentada por el Estado. Otra diferencia es ideológica, ya que mientras el servicio público tiene raíz solidarista y de cooperación social, la idea de las *public utilities* es individualista, lo que refleja una idea diversa de la función estatal y del entramado social. La propiedad privada es pues el presupuesto para arribar a que una determinada actividad pueda ser considerada como *public utility*, pero para

Por otra parte, la potestad regulatoria es la manifestación lógica de la actividad administrativa de intervención, de manera que aún en el caso de los países de régimen de Derecho Administrativo, se trata de una actividad que se ha desarrollado con intensidad, primero a partir del reconocimiento de la facultad reglamentaria y la función de policía administrativa, y posteriormente con el advenimiento de la Administración de prestación, respecto de los concesionarios o beneficiarios de las actividades de servicio público o de fomento⁷⁶, sin perjuicio de su natural ubicación como manifestación de la actividad de policía⁷⁷.

Considerando lo anterior, la novedad del término Estado Regulador, desde la perspectiva mexicana, tiene que ver con dos aspectos: el tipo de regulación a la que se refiere y el órgano al que se le encomienda.

Por lo que hace al tipo de regulación que se despliega en esta nueva manifestación de la potestad reguladora, debemos señalar que es de naturaleza téc-

ello, además la actividad desplegada por la empresa debe estar afectada por un interés público. Es decir, para que una actividad sea caracterizada como *public utility*, requiere ser considerada como indispensable, en la medida que un sector importante de la población no pueda prescindir de su prestación, y que el suministrador se encuentre en una situación preponderante respecto de consumidor, de manera que éste requiere ser protegido mediante regulación. Al respecto, *cfr.* Roldán Xopa, José, *op. cit.*, pp. 379-380; Sarmiento García, Jorge, *Concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos-Ciudad Argentina, 1999, pp. 36-37 y Sorace, Doménico, *Estado y servicios públicos. La perspectiva europea*, Lima, Palestra Editores, S.A.C., 2006, p. 32.

⁷⁶ En este sentido, Bandeira afirma: "... la interferencia del Estado en el orden económico... puede suceder de tres modos; a saber: a) bien se dará a través de su 'poder de policía', esto es, mediante leyes y actos administrativos expedidos para ejecutarlas, como 'agente normativo y regulador de la actividad económica'... bien lo hará; b) mediante incentivos a la iniciativa privada... estimulándola con favores fiscales, y c) él mismo, en casos excepcionales, como veremos en breve, actuará empresarialmente en el sector, mediante personas que cree para tal fin." (Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de Derecho Administrativo*, trad. de Valeria Estefanía Labraña Parra, México, Porrúa-UNAM-III, 2006, p. 614).

⁷⁷ "... la regulación constituye una función o actividad englobada en el poder de policía..." (Cassagne, Juan Carlos, "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización", *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 154, enero-abril de 2001, Centro de Estudios Constitucionales, p. 452).

nica⁷⁸-económica⁷⁹, destinada a orientar, conducir y limitar la actividad de agentes económicos privados en el desarrollo de actividades económicas revestidas o afectadas por un interés público, que operan en competencia en mercados imperfectos, de manera que la regulación es sustitutiva del mercado⁸⁰. Se regula, por tanto, ante la ausencia de condiciones de mercado⁸¹ que permitan una efectiva

⁷⁸ Importa destacar que regulación no es sinónimo de discrecionalidad, como atinadamente hace ver Araujo: "Antiguamente se decía que la administración pública tenía una 'discrecionalidad técnica', esto es, una atribución discrecional en materia técnica, que tornaba irrevisable los actos que dictara en ejercicio de esas atribuciones, por oposición a la denominada discrecionalidad administrativa, ordinaria o común. Esto era así, puesto que tal concepto dependía también de lo que constituiría en un primer momento la expresión 'técnica': si ésta era una mera cuestión opinable o discutible, un acto que puede ser ejercido de diversos modos y de acuerdo con un criterio subjetivo, era lógico afirmar que tal aspecto no puede ser controlado. En cambio, si una técnica es científica y, por tanto, por definición, cierta, objetiva, sujeta a reglas uniformes, es obvio que no puede hablarse de 'discrecionalidad administrativa', sino que corresponde hablar de 'regulación' (sujeción a normas en el caso técnicas... la discrecionalidad técnica no es propiamente tal, pues en esos casos la decisión está sujeta a los principios y reglas de la ciencia o técnica en cuestión, que deben ser tomados en cuenta y aplicarse más o menos inmediatamente. La discrecionalidad administrativa implica un juicio de valoración, mientras que la discrecionalidad técnica se funda en un concepto de comprobación." (Araujo Juárez, José, *Derecho Administrativo venezolano*, México, Porrúa-UNAM-IJ, 2015, Serie Porrúa-Jurídicas núm. 5, p.119).

⁷⁹ De acuerdo con Ariño, para distinguirla de la regulación externa, que en algunos países como España se denomina "policía administrativa", y que se refiere a aquellas condiciones de seguridad, salubridad, protección del medio ambiente y localización física en que se desarrolla una determinada actividad económica, pero sin entrar a su interior ni predeterminar las decisiones empresariales. Cfr. Ariño Ortiz, Gaspar, *Teoría y práctica de la regulación para la competencia*, noviembre de 1995, (*Working paper* núm. 17), p. 40, (consultable en <https://www.arinoyvillar.com/working-papers>).

⁸⁰ "El mercado se fundamenta en la competencia y en la eficiencia. Una situación económica es eficiente, según el óptimo de Pareto o primer teorema de la economía de bienestar, si no resulta posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de alguna otra. La eficiencia permite que la suma de beneficios de los consumidores y de las empresas se haga máxima en un equilibrio competitivo y óptimo." (Alli Aranguren, Juan-Cruz, *op. cit.*, p. 297).

⁸¹ "... cuando el mercado no garantiza la asignación eficiente de los recursos, es preciso establecer una «réplica del mercado» por decisiones de la autoridad legal o del poder económico para que, por medio de incentivos, del ejercicio de su potestad sancionadora, de concesiones o de la presencia activa en el mercado, supere las externalidades y restaure el equilibrio eficiente del mercado... Desde este modo de valorar el Derecho, las limitaciones a los derechos por causa de interés público se consideran modos de

competencia económica⁸² y por virtud de la existencia de un interés general en que determinadas actividades o servicios se desarrollen bajo parámetros o condi-

superar las externalidades cuyos costes de transacción privados serían muy gravosos y difíciles por el gran número de afectados." (*Ibidem*, pp. 298-299).

⁸² Es importante mencionar que mediante Decreto publicado en el DOF el 5 de junio de 2013, se reformaron los Artículos 25 y 26 de la CPEUM, para incorporar el concepto de competitividad, indicando que debe ser fomentada por el Estado en el ejercicio de la rectoría del desarrollo nacional (conjuntamente con el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza), para permitir el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege la Constitución. La competitividad es definida como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo. Acorde con lo anterior, el último párrafo del Artículo 25 dispone que la ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, promoviendo la competitividad e implementando una política nacional para el desarrollo industrial que incluya vertientes sectoriales y regionales, en los términos que establece la Constitución. Es claro entonces que si bien existe un mandato para fomentar la actividad económica privada, también lo es que se espera que la actividad privada contribuya al desarrollo nacional. Este es en mi opinión la base en la que reposa la justificación del Estado Regulador en México. En este sentido, en tesis aislada emitida por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, bajo el rubro "Competitividad. su incidencia en los Mercados Regulados", se afirma "... en el modelo de Estado Regulador, adoptado por los artículos 25 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la competencia se erige como objetivo prioritario y la regulación como instrumento necesario para promoverla, lo cual requiere de un sistema armónico y funcional, basado en valores, principios, derechos económicos, sociales y culturales, directrices, acciones y mecanismos que interactúen funcionalmente, correlacionando medios y fines, que se traduzcan en planes y acciones eficaces de acuerdo a circunstancias concretas y cambiantes, cuya meta no es tanto controlar a las empresas, sino proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resultan esenciales para la vida y el bienestar de aquélla, en la medida en que corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional, aportando el marco jurídico, económico y político, para garantizar que el funcionamiento de la actividad económica sea integral y sustentable, fortalezca la soberanía de la nación y su régimen democrático y propicie, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo, así como una más justa distribución del ingreso y la riqueza, que permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege la Constitución Federal". *Cfr.* Tesis I.1o.A.E.198 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 39, t. III, febrero de 2017, página 2173.

ciones de calidad, permanencia, regularidad, continuidad y precio (asequibilidad), entre otras⁸³.

Se considera que es precisamente el nivel de especialización, la complejidad técnica que supone la regulación de determinadas actividades, así como la necesidad de procurar certeza (seguridad jurídica o reducir la incertidumbre⁸⁴) a los actores económicos privados que intervienen en los sectores regulados, lo que hace necesario contar con órganos especializados⁸⁵, dotados de características específicas⁸⁶. Así, doctrinalmente parece haber consenso en que estos órganos

⁸³ Al respecto, Camacho señala: "... lo que resalta es que la función reguladora contemporánea como modo básico de intervención del Estado en la economía alude a un conjunto de poderes de actuación con características propias que no se limitan a la producción de normas o de medidas coercitivas (pero que por cierto las incluyen), y que más bien conlleva el ejercicio de facultades que se orientan a defender el equilibrio y el funcionamiento de un sistema complejo aplicando, sagaz y oportunamente, mecanismos correctores, pero sobre todo usando técnicas preponderantemente no imperativas —más blandas—, más concertadas, adaptadas y, especialmente, diversificadas... expresa una forma diferente de plantear la relación entre Estado y mercado, tradicionalmente proyectada como de conflicto y de exclusión, transformándose en una relación de complementariedad". Cfr. Camacho Cepeda, Gladys, "La actividad administrativa de regulación", en Pantoja Bauzá, Rolando (coord.), *Derecho Administrativo chileno*, México, Porrúa-UNAM-IUJ, 2007, Colección Internacional de Derecho Administrativo, p. 481.

⁸⁴ "El Derecho como el *management* están abandonando la ilusión de un mundo hecho de unidad y certidumbre al mundo real y actual de complejidad, diversidad e incertidumbre. El Derecho ya no puede pretender señalar lo que debe ser, pero sigue resultando fundamental para definir el espacio del comportamiento aceptable, dentro del cual los individuos pueden auto organizarse. De esta concepción de sabor claramente neoinstitucionalista, el Derecho se convierte de proveedor de seguridad en reductor de incertidumbres, permitiendo así incrementar la libertad de los individuos, cuyo desarrollo es el espacio específico del derecho instrumental." (Prats i Catalá, Joan, "Derecho y *management* en las administraciones públicas [Notas sobre la crisis y renovación de los respectivos paradigmas]", en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, Caracas, núm. 3, enero de 1995, p. 10).

⁸⁵ Esta característica se relaciona con la correcta definición de su misión y funciones, pero también con la profesionalización de su personal (conocimiento técnico más estabilidad laboral), a fin de lograr que además de la potestas que le atribuye el ordenamiento jurídico, sus decisiones alcancen la *auctoritas* que deriva de la credibilidad y el prestigio. Cfr. Hernández-Mendible, Víctor Rafael, y Orjuela Córdoba, Sandra Patricia, *Energía eléctrica. Regulación de fuentes convencionales, renovables y sostenibles*, Caracas, Universidad Monteávila-Editorial Jurídica Venezolana, 2016, Colección Centro de Estudios de Regulación Económica-Universidad Monteávila, pp. 27-34.

⁸⁶ "Por lo general, en el derecho comparado se relaciona la actividad de regulación con la génesis de las entidades independientes, que son las encargadas de ejercerla. Es más,

deben estar caracterizados por su especialización e independencia, condición esta última que la Administración Pública tradicional no parece capaz de cumplir⁸⁷, al menos no una vez abandonada su pretendida neutralidad dada su vinculación a la función de gobierno.

Por otra parte, su novedad también puede ser ubicada en la propia transformación del Estado, ya que en muchos casos, las actividades reguladas han sido transferidas de titularidad estatal a manos privadas, lo que implica que la actividad administrativa ha cambiado, pasando de la gestión, control y prestación del servicio a la regulación de su prestación en manos privadas, sin dejar de reconocer que en otros casos, se trata de nuevos servicios producto del desarrollo tecnológico (telecomunicaciones e Internet, por ejemplo), que no estuvieron previamente en manos del Estado durante el período de auge del modelo de Estado de Bienestar.

Esta transferencia de la titularidad se explica también porque el conocimiento experto en estos sectores novedosos no se ubica más en el aparato estatal sino en la sociedad, lo que hace necesario el traslado de su gestión al sector privado, al tiempo que supone el incremento de las capacidades técnicas del aparato estatal, lo que confirma la necesidad de especializar a los órganos reguladores. Sin embargo, no se trata de un mero fenómeno de privatización, ya que precisamente por el interés público subyacente en la forma y términos en que se desarrollan o prestan

en algunos casos sólo se admite que las entidades reguladoras tengan ese cúmulo de atribuciones y poderes intensos en la medida en que están desvinculadas del poder político, en especial del gobierno..." (Camacho Cepeda, Gladys, *op. cit.*, p. 484). Por su parte, Hernández-Mendible y Orjuela afirman: "En respuesta a las forzosas inquietudes que generan los procesos de liberalización, el Estado ha venido creando los denominados entes reguladores, que la mayoría de la doctrina científica identifica con las autoridades administrativas independientes, a través de las cuales se pretende servir con objetividad al interés general y hacer operativo, eficaz y eficiente la función reguladora de las actividades económicas." (Hernández-Mendible, Víctor Rafael, y Orjuela Córdoba, Sandra Patricia, *op. cit.*, p. 26).

⁸⁷ "... nuestras Administraciones Públicas —las que responden al modelo francés, napoleónico— están demasiado vinculadas en sus decisiones a la línea política imperante. La falta de profesionalidad e imparcialidad de nuestros órganos e instituciones administrativas comienza a un nivel muy bajo en la escala administrativa. Y si malo es esto en todos los sectores, mucho peor resulta en aquéllos de carácter económico que afectan decisivamente a la propiedad de los ciudadanos o a la buena marcha de las empresas. Tales decisiones tienen un carácter cuasi judicial, y deben por ello estar revestidas de todas aquellas garantías de objetividad, regularidad e independencia que caracterizan las decisiones judiciales." (Ariño Ortiz, Gaspar, *op. cit.*, p. 30).

las actividades o servicios transferidos a manos privadas, es que se justifica su regulación reconociendo que el Estado no puede (o no debe) desentenderse de los términos de su prestación⁸⁸, hecho de relevancia tal que ha generado a su vez, el nuevo concepto de Estado Garante⁸⁹.

Precisamente esta novedad puede explicar la ausencia de estudios sistemáticos de dogmática jurídica sobre el tema en México⁹⁰. Hasta ahora, el Derecho ha dado respuesta al fenómeno desde la legislación y la jurisprudencia, como manifestaciones prácticas de su existencia. Así, el 28 de octubre de 2011 se publicó en el DOF el "Acuerdo G/40/2011 por el que se reforma el Artículo 23 y se deroga el Artículo 23 Bis del Reglamento Interior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Ad-

⁸⁸ Esteve afirma: "Se trata de engranar de otra manera la relación entre Estado y sociedad cuando el Estado se ha visto privado de muchas de sus plataformas de poder que han sido ganadas por la sociedad, sus sistemas y sus organizaciones. Se trata de mantener la función directiva del Estado y del Derecho, del ordenamiento del que nos hemos dotado, sin que buena parte de los instrumentos, sobre todo los que implican el ejercicio de autoridad, estén en manos del Estado. Se trata así también de ganar la colaboración de esos poderosos agentes sociales para dar cumplimiento a los fines y objetivos que se enuncian desde un Estado que por ello mismo se denomina Estado cooperativo." (Esteve Pardo, José, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 164).

⁸⁹ El mismo Esteve señala al respecto: "Con un Estado que parece vaciarse y quedar sin razón de ser al entregar buena parte de sus funciones más características a la sociedad, pero a una sociedad fragmentada, sin sentido de sí misma y de su unidad; una sociedad incapaz por tanto de Articular, definir y tutelar el bien común, por encima de los intereses parciales de sus grupos, sectores o sistemas. Y es ahí donde el Estado muestra unas capacidades que no concurren en la actual sociedad, porque esa nueva correlación, marcada por el amplio flujo de esos medios y funciones del Estado a la sociedad, lo único que permanece incuestionado en el Estado, que no se ha trasladado a la sociedad, que no se ha privatizado, es la definición del bien común y la concreción de los objetivos para hacerlo efectivo... Esta es una función que se predica y se destaca del llamado Estado garante al que corresponde preservar, garantizar, la realización de ese bien común sin disponer de buena parte de los medios, pues están en manos de sujetos privados, de la sociedad." (Esteve Pardo, José, *op. cit.*, pp. 174-175).

⁹⁰ Como excepción, podemos mencionar los trabajos de Larrañaga, Pablo, *Regulación. Técnica jurídica y razonamiento económico*, México, Porrúa-ITAM, 2009; y Culebro Moreno, Jorge E., *Introducción al estudio de la Regulación. Nueva gestión pública y el Estado Regulador en México*, México, Universidad Autónoma Metropolitana y Juan Pablos Editor, 2013, como aproximaciones globales al tema y sin perjuicio de los diversos estudios sectoriales que se realizan en el contexto de sectores específicos como telecomunicaciones y electricidad.

ministrativa”⁹¹, por el que se creó una Sala Especializada en materia Ambiental y de Regulación, para lo cual se reformó el Artículo 23, frac. III, numeral 1, para crear dicha Sala. Los órganos reguladores cuyos actos y resoluciones se someterían a la jurisdicción de esta nueva Sala son: a) Comisión Federal de Competencia (CFC), hoy Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE); b) Comisión Federal de Telecomunicaciones (COFETEL), hoy Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT); c) Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS); d) Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV); e) Comisión Nacional de Acuacultura y Pesca (CONAPESCA); f) Comisión Nacional de Facilitación del Transporte Aéreo Internacional (CNFTAI); g) Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH); h) Comisión Nacional de Seguridad Nuclear y Salvaguardias (CNSNS); i) Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF); j) Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (CON SAR); k) Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF); l) Comisión Reguladora de Energía (CRE), y m) Servicio Nacional de Sanidad, Inocuidad y Calidad Agroalimentaria (SENASICA).

Esta pluralidad de órganos (con diversa naturaleza jurídica y la amplitud de materias reguladas), ponen en evidencia la relevancia que este modelo de Estado ha adquirido y su efectiva existencia en México, circunstancia que se ve ya reflejada en diversas resoluciones del Poder Judicial de la Federación, que ha realizado importantes aportaciones para la interpretación del capítulo económico de la Constitución y la consecuente caracterización del nuevo modelo en el contexto del ordenamiento jurídico nacional, precisamente a partir del ejercicio de la actividad de policía, incluida la potestad sancionadora correspondiente.

Destaca por ser emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la jurisprudencia con el rubro “Estado Regulador. El modelo constitucional lo adopta al crear a órganos autónomos en el Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”⁹², en la cual se afirma que el modelo consti-

⁹¹ Este Reglamento será, muy seguramente, objeto de una próxima reforma. Como ya se ha mencionado en el apartado correspondiente, la denominación del Tribunal ha cambiado, y hoy es el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, para el cual se ha emitido una nueva Ley Orgánica del mismo (DOF 18 de julio de 2016), como parte de la reciente reforma que creó el Sistema Nacional Anticorrupción.

⁹² Es necesario apuntar que esta jurisprudencia está relacionada con la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones del año 2013 (DOF del 11 de junio de 2013), y se refiere al órgano regulador en la materia creado al efecto, el IFT, y al regulador en

tucional adopta en su Artículo 28 la concepción del Estado Regulador, entendido como un modelo de diseño estatal para atender necesidades muy específicas de la sociedad posindustrial, mediante la creación de agencias independientes, tanto de los órganos políticos como de los entes regulados, para depositar en ellas la regulación de cuestiones especializadas sobre la base de disciplinas o racionalidades técnicas y que este modelo exige la convivencia de dos fines: la existencia eficiente de mercados, al mismo tiempo que la consecución de condiciones equitativas que permitan el disfrute más amplio de todo el catálogo de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Asimismo, dicha jurisprudencia indica que la idea básica del Estado Regulador busca preservar el principio de División de Poderes y la cláusula democrática e innovar en la ingeniería constitucional para insertar en órganos autónomos competencias cuasi legislativas, cuasi jurisdiccionales y cuasi ejecutivas suficientes para regular cierto sectores especializados de interés nacional, por lo que se les otorgan funciones regulatorias diferenciadas de las legislativas propias del Congreso de la Unión o de las reglamentarias concedidas al Ejecutivo, por considerar que estos órganos, por su autonomía y aptitud técnica, son aptos para producir normas en contextos de diálogos técnicos, de difícil acceso para el proceso legislativo, a las que pueden dar seguimiento a corto plazo para adaptarlas cuando así se requiera.

La conclusión de la Corte en la resolución en comento, es que al introducirse el modelo de Estado Regulador en la Constitución, se apuntala un nuevo parámetro de control para evaluar la validez de los actos y normas de los órganos constitucionales autónomos, quienes tienen el encargo institucional de regular técnicamente ciertos mercados o sectores de manera independiente únicamente por referencia a racionalidades técnicas especializadas, al gozar de una nómina

materia de competencia económica, la COFECE, a los cuales la reforma de mérito les confiere la naturaleza de órganos constitucionales autónomos, por lo que no se adscriben a ninguno de los tres Poderes, y no son parte de la Administración Pública. Sobre el particular se debe advertir que esta característica no es compartida por la totalidad de los órganos reguladores existentes, que adoptan diversas figuras organizativas (órganos desconcentrados, organismos descentralizados y más recientemente, órganos reguladores coordinados), aunque ello no se considera óbice para apreciar la caracterización que del modelo de Estado Regulador contiene la jurisprudencia de mérito.

propia de facultades regulatorias, cuyo fundamento ya no se encuentra en la ley ni se condiciona a lo que dispongan los Poderes clásicos⁹³.

En otra jurisprudencia también emitida por el Pleno de la Suprema Corte, en materia de telecomunicaciones, se contiene otro reconocimiento fundamental en la construcción del modelo de Estado Regulator, constituido por la modulación del principio de legalidad, eje central en la construcción del Derecho Administrativo por cuanto acota y limita el margen de actuación del Poder Ejecutivo. Así, bajo el rubro “Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT). A sus disposiciones de carácter general les resulta aplicable el Principio de Legalidad modulado constitucionalmente por el modelo de Estado Regulator”, la Corte reconoce que el IFT, como órgano regulador, está dotado de un poder de creación normativa para innovar o configurar el ordenamiento jurídico exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia, para el cual el principio de subordinación jerárquica con las leyes debe ser entendido de forma diferenciada acotada por el texto del Artículo 28 Constitucional, ya que en ese contexto el principio no implica la necesaria existencia de una ley precedida que sea la medida de las disposiciones generales del regulador, ya que en caso de inactividad legislativa el regulador puede emitir dichas disposiciones y autónomamente lograr su validez si no exceden los límites constitucionales referidos, pero que de existir una ley en la materia y un cuerpo de disposiciones de carácter general, ambas fuentes no se encuentran en paridad, sino que las normas administrativas del IFT se ubican en un peldaño normativo inferior, por lo que en caso de conflicto deben ceder ante la ley y respetar la exigencia normativa de no contradicción con la ley. Esta modulación implica reconocer la no aplicación del principio de reserva de ley a fin de contravenir los fines que en esta materia busca el referido Artículo 28 Constitucional. Por ello, en sede de control, para avaluar (*sic*) la validez de las disposiciones de carácter general del regulador a la luz del principio de legalidad, de los dos subprincipios que lo integran sólo aplica el de subordinación jerárquica de la ley atendiendo a la exigencia de no contradicción, y no el de reserva de ley⁹⁴.

⁹³ Cfr. Tesis P./J. 46/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 26, t. I, enero de 2016, p. 339.

⁹⁴ Cfr. Tesis P./J. 48/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 24, t. I, p. 38.

Con relación al control de la actuación de los reguladores, en tesis aislada del Segundo Tribunal Colegiado en materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones bajo el rubro “Órganos Reguladores del Estado. Alcances del control judicial de sus actos”, se afirma que de acuerdo con la propia Suprema Corte de Justicia, los tribunales del Poder Judicial pueden ejercer un escrutinio constitucional de diferente intensidad y que la severidad de su control se halla inversamente relacionada con el grado de libertad configurativa o de discrecionalidad de que goza la autoridad, en tanto existen materias como la económica y financiera, en las que goza de gran capacidad de intervención y de regulación, que si bien no está exenta de control pues se limita por los derechos humanos y otros preceptos constitucionales, implica que los jueces ejerzan su función sin invadir atribuciones que no les corresponden, de manera que al regulador corresponde elegir los medios para alcanzar los fines constitucionales y el tipo de política regulatoria, y al juez toca ejercer el control de esas decisiones a la luz de los límites que la Constitución y la ley impongan. Conforme a ello, afirma el tribunal que el control constitucional sobre el ejercicio de estas facultades discrecionales no implica desconocer la autonomía del regulador, ni su capacidad técnica especializada o sustituirse en la decisión por motivos de mérito y oportunidad, o en la apreciación del orden público o del interés general. Sí implica, dado que en el régimen constitucional todos los órganos públicos están sometidos al principio de legalidad, que los tribunales judiciales puedan revisar la constitucionalidad de sus decisiones, inclusive en el campo de la discrecionalidad técnica, dado que la actuación de la autoridad está limitada, entre otros, por la prohibición de arbitrariedad. Las directrices específicas que fije la Constitución y la ley, la fundamentación y motivación que supone que las decisiones estén formalmente justificadas, se apoyen en hechos ciertos y en una debida interpretación de los fines de la norma que los habilita, así como de proporcionalidad y de la razonabilidad de la decisión; más allá de estos límites no corresponde al juez establecer si una decisión de política regulatoria es la más convincente o la más idónea, pues significaría invadir una función ajena⁹⁵.

De las tesis anteriores, se puede apreciar cómo el Poder Judicial ha intervenido y aportado en el proceso de definición del modelo de Estado Regulador que

⁹⁵ Cfr. Tesis I.2o.A.E.27 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 30, t. IV, mayo de 2016, p. 2743.

se aplica en México, reconociendo y delimitando los alcances de las facultades de los órganos reguladores. Veamos ahora cómo se ha pronunciado con relación a la potestad sancionadora.

V. LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA EN EL CONTEXTO DEL ESTADO REGULADOR

En la misma línea de análisis de las implicaciones que para el principio de legalidad tiene este nuevo modelo, pero desde la óptica del Derecho Administrativo Sancionador, el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, emitió la tesis aislada con el rubro “Prevención y la gestión integral de residuos del Estado de Quintana Roo. Los artículos 120, fracción IX y 121, fracción X, del Reglamento de la ley relativa, al establecer que el no presentar documentos, informes o avisos en tiempo y forma ante las autoridades correspondientes constituye una infracción y que una de las sanciones aplicables es la revocación de las autorizaciones, permisos o licencias otorgadas, no transgreden el principio de legalidad ni sus sub-principios de reserva de la ley mínimo y tipicidad”, en la que se establece, esta vez en materia medioambiental y en relación con una autoridad estatal (lo que demuestra que la adopción de este modelo no sólo tiene lugar a nivel federal), que ante la incorporación del modelo de Estado Regulador, en ciertas materias se ha reconocido la facultad legislativa de establecer regímenes regulatorios complejos, en los que se pueden incluir esquemas de sanciones que exigen la modulación del principio de legalidad de acuerdo a sus fines constitucionales y que, en materia ambiental, dicho principio encuentra una expresión mínima, de manera que no exige una absoluta reserva de ley y tipicidad sino que el actual criterio es de “reserva de ley mínimo” que establece un estándar en el que el desarrollo normativo se realice en la fuente legislativa, sin estimar que la autoridad administrativa tenga cancelada la posibilidad de participar en el desarrollo de facultades normativas, cuando así lo disponga el legislador y siempre que se impida la arbitrariedad de la autoridad aplicadora y este conserve el control de la política pública⁹⁶.

Siempre en la línea del Derecho Administrativo Sancionador, también en tesis aislada, pero esta de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, bajo el ru-

⁹⁶ Cfr. Tesis XXVII.3o.25 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 36, t. IV, noviembre de 2016, p. 2475.

bro “Estado Regulador. Parámetro constitucional para determinar la validez de sus sanciones”, afirma que existe un ámbito en donde el Estado vigila la desviación de la conducta prescrita jurídicamente no sólo en su calidad de Estado policía sino en su papel de Estado Regulador, esto es, en ejercicio de su facultad constitucional de planificación de actividades económicas, sociales y culturales, para la realización de ciertos fines que no podrían cumplirse si se dejaran al libre intercambio de las personas, que se conciben así no como meros sujetos pasivos de una potestad coactiva sino como sujetos participantes y activos de un cierto sector o mercado regulado. Esta nota planificadora, se afirma, marca el tránsito de un modelo de Estado con una función subsidiaria y secundaria para intervenir en caso de ruptura del orden público, al Estado Social de Derecho donde el Estado tiene una función central de rectoría económica. Así, señala que las sanciones impuestas en este sector presuponen un contexto diferenciado, en el que los particulares se ubican como sujetos activos y participantes de ciertos mercados, o como prestadores de un servicio concesionado o permisionarios para la explotación de un bien público por lo que su conducta está regulada por normas, que si bien tienen como marco una ley que establece las líneas regulativas principales, también se integra por una pluralidad de instrumentos normativos de naturaleza administrativa, que son requeridas por la regulación especializada técnica y flexible para la realización de ciertos fines de políticas públicas establecidos en la Constitución o las leyes, que se han de desarrollar por órganos administrativos igualmente especializados y técnicos, de manera que el Estado Regulador supone un compromiso entre el principio de legalidad, que requiere que la fuente legislativa sea la sede de las decisiones públicas desde donde se realice la rectoría económica del Estado, y los principios de eficiencia y planificación, que requieren que los órganos expertos y técnicos sean los que conduzcan esos principios de política pública a una realización óptima, mediante la emisión de normas operativas que no podrían haberse previsto por el legislador, o bien estarían en un riesgo constante de quedar obsoletas, por la necesidad de su adaptación constante a los cambios en los sectores tecnificados, poco propicia al proceso legislativo y más apropiado para los procedimientos administrativos⁹⁷.

⁹⁷ Cfr. Tesis 1a. CCCXVII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 10, t. I, septiembre de 2014, p 574.

La misma Primera Sala de la Suprema Corte, en diversa tesis aislada con el rubro “Principio de legalidad. Modulación aplicable a la vertiente sancionatoria del modelo del Estado Regulador”, afirma que los participantes de los mercados o sectores regulados ingresan por la obtención de la concesión, permiso, autorización o mediante la realización de conductas activas que los ponen al interior del sector regulado, por lo que es dable concebirlos constitucionalmente como sujetos activos de las reglas establecidas por el Estado en su función reguladora. Por ello, cuando estos sujetos se encuentran expuestos a normas punitivas si bien tienen derecho al principio de legalidad, en su vertiente del subprincipio de tipicidad consistente en que tengan un grado de previsibilidad admisible constitucionalmente y que la autoridad encuentre una frontera a la arbitrariedad clara, en el caso del principio de reserva de ley este adquiere una expresión mínima, ya que al tratarse de sectores tecnificados y especializados, el legislador puede establecer esquemas regulatorios cuyo desarrollo corresponda por delegación a órganos igualmente especializados, lo que explica que la Constitución contemple la existencia de órganos en diversos sectores, con facultades de creación normativa cuya finalidad es desarrollar desde una racionalidad técnica los principios generales de política pública establecidos por el legislador. Señala que esta expresión mínima del principio de reserva de ley implica que la parte esencial de la conducta infractora se encuentre formulada en la ley, aunque pueda delegar en los reglamentos y normas administrativas la configuración de obligaciones cuyo incumplimiento se prevea como conducta infractora en el ordenamiento legal, a condición de que esas obligaciones guarden una relación racional con lo establecido en la ley y no tengan un desarrollo autónomo desvinculado de lo establecido legalmente y cuya justificación complementaria pueda trazarse a la naturaleza técnica y especializada de la norma administrativa. Se aclara, sin embargo, que el principio de tipicidad exige que, sin importar la fuente jurídica de la que derive la obligación, la conducta que es condición de la sanción se contenga en una predefinición inteligible, que debe ser individualizable de forma precisa, para que permita a las personas la previsibilidad de las conductas y evite la arbitrariedad de las autoridades⁹⁸.

⁹⁸ Cfr. Tesis 1a. CCCXVIII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 10, t. I, septiembre de 2014, p.588.

Finalmente, es este recuento de los criterios judiciales relevantes para el tema, también en tesis aislada, la misma Primera Sala de la Suprema Corte, bajo el rubro “Tipos administrativos en blanco. Son constitucionales si se justifican en el modelo de Estado Regulador”, si bien reitera la inconstitucionalidad de los tipos penales en blanco, entendidos como aquellos supuestos hipotéticos en los que la conducta delictiva se precisa en términos abstractos y su integración debe realizarse mediante la remisión a normas reglamentarias, pues ello equivale a delegar un poder distinto al legislativo la potestad de intervenir decisivamente en la determinación del ámbito penal, que es exclusiva del Congreso de la Unión en materia de delitos y faltas federales, esta conclusión no puede trasladarse en automático al Derecho Administrativo Sancionador, ya que es necesario considerar la modulación del principio de legalidad exigido por el balance precisado de los valores constitucionales en juego que cada ámbito demanda y que en el caso del modelo de Estado Regulador, este principio no exige un grado de satisfacción absoluto, ya que la regulación de ciertas cuestiones técnicas requiere de la coparticipación del Ejecutivo o de ciertos órganos constitucionales autónomos, por lo que si bien el principio de legalidad sigue siendo aplicable en sus dos vertientes, lo es de forma diferenciada, de manera que si bien el principio de tipicidad sigue exigiendo la pre-determinación inteligible de la conducta, el principio de reserva de ley deja de ser absoluto para ser relativo, de manera que los tipos administrativos en blanco son constitucionales si se justifican en el modelo de Estado Regulador⁹⁹.

VI. CONCLUSIONES

Como se señala, el advenimiento y recepción del modelo de Estado Regulador implica la creación de una categoría específica de entes públicos, los denominados reguladores especializados, que deben necesariamente ser incorporados al esquema general de funcionamiento del aparato público, incluido el cumplimiento del principio de legalidad, así como el respeto de los derechos fundamentales y su consiguiente control jurisdiccional. El problema o la dificultad se plantea a partir de las particularidades de la actuación y funciones que se imponen a estos nuevos entes, que implican un rompimiento con el esquema tradicional de la Teoría de la

⁹⁹ Cfr. Tesis 1a. CCCXIX/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 10, t. I, septiembre de 2014, p. 592.

División de Poderes, en la medida en que siendo entes administrativos (pudiendo o no ser formalmente parte de la Administración Pública), ejercen además funciones cuasi legislativas y cuasi jurisdiccionales, al tiempo que realizan una actividad de inspección, vigilancia, control y de ser el caso, de sanción por las infracciones cometidas por los sujetos regulados, y que lo hacen a partir de una normatividad que es eminentemente técnico-económica, de carácter administrativo pero jerárquicamente inferior a la ley y al reglamento ejecutivo, siendo actos administrativos de carácter general (ley material), que por su complejidad y la constante transformación del sector regulado dificultan la plena tipificación de los actos u omisiones susceptibles de constituir ilícitos administrativos y por ello, ser merecedores de sanciones, lo que supone la aceptación de *tipos* si no en blanco, al menos no plena y completamente definidos, que deben ser integrados a partir de la propia actuación del órgano regulador en su interacción con el infractor.

Es por lo que, los órganos reguladores necesariamente deben estar dotados de un margen discrecionalidad que, si bien ha sido reconocido por el Poder Judicial Federal, dificulta su control jurisdiccional en base a criterios estrictamente jurídicos¹⁰⁰, sin que ello sea argumento válido para sustraerlos del principio de tutela judicial efectiva.

Con la dificultad inherente a la complejidad técnica de las diversas materias para las que aplica el modelo de Estado Regulador, parece pertinente reconocer

¹⁰⁰ Ariño ha planteado como parte del nuevo modelo, la necesidad de reconocer una revisión judicial limitada. Partiendo del hecho de que sus decisiones son cuasi jurisdiccionales pero al ser autoridades subordinadas sus decisiones deben ser revisables judicialmente sin recurso previo en la vía administrativa (como condición para asegurar su independencia), la intervención jurisdiccional debe graduarse porque las decisiones de los reguladores se tornan inapelables por haber sido ya ejecutadas, sin perjuicio de su posterior revisión, la cual en todo caso deberá versar sobre la corrección de los presupuestos o criterios en los que se basó la actuación del regulador, a fin de modificar a futuro sus criterios, sin reponer las situaciones a su origen, y a pronunciarse sobre las consecuencias lesivas de la decisión, asumiendo la responsabilidad patrimonial que derive de las decisiones del ente (equilibrio financiero del servicio, existencia de daño o lesión antijurídica derivada de su actuación y el quantum de la compensación), pero sin revisar el acto en sí mismo. El autor reconoce que los jueces carecen, por lo general, de la competencia técnica para emitir estas resoluciones, por lo que sugiere la creación de tribunales especializados. *Cfr. Ariño Ortiz, Gaspar, Teoría y práctica...*, *op. cit.*, pp. 81-83.

la prudencia con la que parece haberse conducido hasta ahora el Poder Judicial de la Federación que, sin conceder deferencia alguna ha sabido hasta ahora evitar incurrir en el activismo judicial, y por el contrario, sus resoluciones empiezan a construir, a partir del estudio de la potestad reguladora, los principios jurisprudenciales indispensables para el desarrollo del Derecho Administrativo sancionador distintos de los propios del Derecho Penal, ausentes hasta ahora del sistema jurídico mexicano.

VII. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

- AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, *Ciudadanía y participación política en el Estado Democrático y Social*, México, Porrúa, 2010.
- ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, *Derecho Administrativo y globalización*, Madrid, Thomson Aranzadi-Civitas, 2004.
- ARAUJO JUÁREZ, José, *Derecho Administrativo venezolano*, México, Porrúa-UNAM-IIJ, 2015, Serie Porrúa-Jurídicas núm. 5.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría y práctica de la regulación para la competencia*, noviembre de 1995, (Working paper núm. 17), consultable en <https://www.arinoyvillar.com/working-papers>.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Derecho Administrativo*, trad. de Valeria Estefanía Labraña Parra, México, Porrúa-UNAM-IIJ, 2006.
- BLANQUER, David, *Introducción al Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- CAMACHO CEPEDA, Gladys, "La actividad administrativa de regulación", en PANTOJA BAUZÁ, Rolando (coord.), *Derecho Administrativo chileno*, México, Porrúa-UNAM-IIJ, 2007, Colección Internacional de Derecho Administrativo.
- CASSAGNE, Juan Carlos, "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización", en *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 154, enero-abril de 2001, Centro de Estudios Constitucionales.
- CASSESE, Sabino, *Las bases del Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1994.
- CHASE PLATE, Luis Enrique, "La Reforma del Estado", en FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (coord.), *Perspectivas del Derecho Administrativo en el siglo XXI. Seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez*, México, UNAM-IIJ, 2002, Serie Doctrina Jurídica núm. 104.
- DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo, *Regulación*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

- DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, y LUCERO ESPINOSA, Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo. Primer Curso*, 3ª. ed. actualizada, México, Porrúa, 1988.
- DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, y LUCERO ESPINOSA, Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo. Segundo Curso*, México, Porrúa, 1999.
- ESTEVE PARDO, José, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho Administrativo y Administración Pública*, 4ª. ed., México, Porrúa-UNAM-IIJ, 2011, Serie Estudios Jurídicos núm. 137.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Servicios públicos municipales*, México, INAP-UNAM-IIJ, 2002.
- FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, trad. de Garrido Falla Legaz Lacambra *et. al.*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 45ª. ed. revisada y actualizada por Manuel Fraga, México, Porrúa, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Alianza Editorial, 1995.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, 4ª. ed., Madrid, Civitas, 1994.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 39ª. ed., México, Porrúa, 1988.
- GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, "El reconocimiento del Derecho Administrativo Sancionador en la jurisprudencia constitucional mexicana", en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, México, UNAM-IIJ-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, Serie Doctrina Jurídica núm. 447, t. XII: Ministerio Público, contenciosos administrativos y actualidad jurídica.

- GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 9ª. ed, México, UNAM-IIJ-Porrúa-Fundación de Derecho Administrativo, 2004, t. I: Parte general.
- GUERRERO OROZCO, Omar, *Teoría administrativa del Estado*, México, Oxford University Press, 2000, Colección Textos Universitarios en Ciencias Sociales.
- HAMBURGER, Philip, *The Administrative Threat*, Nueva York, Encounter Books, 2017, Edición Kindle.
- HARTMUT, Maurer, *Derecho Administrativo alemán*, trad. de José Ma., Bobes Sánchez *et. al.*, México UNAM-IIJ, 2012, Serie Doctrina Jurídica núm. 637.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael, y ORJUELA CÓRDOBA, Sandra Patricia, *Energía eléctrica. Regulación de fuentes convencionales, renovables y sostenibles*, Caracas, Universidad Monteávila-Editorial Jurídica Venezolana, 2016, Colección Centro de Estudios de Regulación Económica-Universidad Monteávila.
- OLIVERA TORO, Jorge, *Manual de Derecho Administrativo*, 7ª. ed., México, Porrúa, 1997.
- PARADA, Ramón, *Concepto y fuentes del Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *El concepto del Derecho Administrativo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984, Colección Estudios Jurídicos núm. 23.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 3ª. ed. revisada y actualizada, Bogotá, Tirant lo Blanch-Universidad Externado de Colombia, 2011.
- PRATS I CATALÁ, Joan, "Derecho y *management* en las administraciones públicas (Notas sobre la crisis y renovación de los respectivos paradigmas)", en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, Caracas, núm. 3, enero de 1995.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*, México, Novum, 2011.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, "El Derecho Administrativo en el Siglo XXI: Nuevas perspectivas", en *Revista Aragonesa de Administración Pública (Separata)*, Aragón, núm. 31, 2007.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, "La explicación histórica del Derecho Administrativo", en CIENFUEGOS SALGADO, David, y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (coords.), *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*, México, UNAM-IIJ, 2005, Serie Doctrina Jurídica núm. 213, t. I: Derecho Administrativo.

ROLDÁN XOPA, José, *Derecho Administrativo*, México, Oxford University Press, 2008.

SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos-Ciudad Argentina, 1999.

SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, 14^a. ed. corregida y aumentada, México, Porrúa, 1988, t. II.

SORACE, Doménico, *Estado y servicios públicos. La perspectiva europea*, Lima, Palestra Editores, S.A.C., 2006.

VALLS HERNÁNDEZ, Sergio, y MATUTE GONZÁLEZ, Carlos, *Nuevo Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 2003.

2. Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

3. Sitios de Internet

<https://sjf.scjn.gob.mx/SJFHome/Index.html>.