

La Administración Pública Independiente en el Sector Cultural en México

Francisco Javier Dorantes Díaz*

Para Angy. Por acompañarme en momentos difíciles.

Los órganos constitucionales autónomos han prevalecido, de forma reciente, en nuestra ingeniería constitucional por su aparente eficacia. Sus características atípicas generan una "huida del derecho" que es necesario delimitar. El caso del servicio público en materia cultural ejemplifica esa problemática.

The constitutiona/ autonomous organs have prevailed, in currents time, in our constitutional engineering because is supposed its effectiveness. its atypica! features provoke an "escape from law" that is necessary delimit it. The case of the cultura! public service is an example of that problematic.

Sumario: I. Introducción. II. La naturaleza de las administraciones independientes. III. Sus antecedentes en la administración pública. IV. Leyes generales y administración

I. Introducción

La necesidad de crear un órgano administrativo para la cultura es un tema recurrente en nuestros días. Las instituciones administrativas más importantes del sector cultural, me refiero al Instituto Nacional de Bellas Artes y Literatura y al Instituto Nacional de Antropología e Historia, han sido totalmente ajenas a la última reforma administrativa importante;¹ y, por

esa razón sus leyes no se han actualizado de manera integral desde hace más de cincuenta años.²

La creación del Consejo Nacional para la Cultura y las Artes en época reciente,³ como órgano de dirección y coordinación del sector cultural, no resuelve el problema de fondo. El Consejo es creado por

reforma jurídica alguna, con leyes que datan de los años cuarenta, contienen contradicciones estructurales y legales con el resto de los órganos públicos.

* El autor ha sido profesor del área de Teoría y Filosofía del Derecho en esta Universidad Autónoma Metropolitana. Actualmente se desempeña como Director de Asuntos Jurídicos y Proyectos Legislativos del Consejo Nacional para la Cultura y las Artes.

1. La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1976, determina la actual forma de organización de la administración pública federal. Sin embargo, las instituciones culturales no sufrieron

2. La Ley Orgánica del Instituto Nacional de Antropología e Historia, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1939, en tanto que, la Ley que crea al Instituto Nacional de Bellas Artes y Literatura se publica, en el mismo medio, el 31 de diciembre de 1946.

3. Véase el "Decreto por el que se crea el Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Educación Pública que ejercerá las atribuciones de promoción y difusión de la cultura y las artes", publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de diciembre de 1988.

decreto presidencial, sin personalidad ni patrimonio jurídico propio; teniendo así, una categoría administrativa y jurídica inferior a los órganos que pretende dirigir y coordinar.

Para resolver el problema administrativo se tienen, como principales opciones, la creación de una secretaría de Estado o, en su caso, de un órgano constitucional autónomo. El seleccionar una u otra solución implicaría importantes consecuencias jurídicas y administrativas. En efecto, no sólo deben considerarse los aspectos financieros o de aumento o disminución de la burocracia, sino, más importante aún, resolver las interrogantes: ¿Qué deseamos hacer con el sector cultural?; ¿sólo queremos hacer más eficiente el servicio público de prestación de servicios culturales?; ¿se quieren descentralizar dichos servicios?; y, ¿hacia dónde queremos ir en la garantía de acceso a los bienes y servicios relacionados con la cultura?

La creación de órganos constitucionales autónomos se ha puesto de moda en nuestra ingeniería constitucional⁴ a tal grado que, en la academia, se ha sugerido adicionar el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con una referencia expresa a este tipo de órganos;⁵ se discuten y destacan sus características;⁶ y, claro está, se señala como una importante opción para la creación de un órgano administrativo para el sector cultural.⁷

Pese a lo novedoso que pueda resultar la creación de este tipo de órganos autónomos,⁸ en nuestro país, la tradición jurídica occidental ya los ha utilizado desde tiempo atrás. Éstas experiencias, ajenas a

nuestro sistema normativo, hay que recuperarlas, para valorar las ventajas o inconvenientes de su utilización en el sector cultural.

Todos los estudios, hechos hasta el momento, no han considerado las razones por las cuales la llamada administración independiente a caído en abuso, y porqué no, en una inadecuada utilización. Para no incurrir en errores similares, resulta necesario conocer las características de técnica jurídica administrativa con que se revisten. Sólo así, se podrá valorar si el sector cultural y sus finalidades, coinciden o no, con un órgano de esta naturaleza.

II, La naturaleza de las administraciones independientes

Con el objeto de lograr una mayor eficiencia y flexibilidad de la acción administrativa, se usa la técnica de administraciones independientes. Pero estos logros se consiguen con un costo, la "huida del derecho público",⁹ para que esta separación de los límites del derecho sea sin violentar los principios básicos del estado de Derecho, ¿cómo debe construirse jurídicamente un órgano autónomo?

En primer lugar, para que sea justificable la creación de un órgano constitucional autónomo se requiere que éste, desde el punto de atribuciones federales, ejerza funciones diversas a las de legislación, ejecución y jurisdicción, de sus órganos primarios.¹⁰

En segundo lugar, para que sea válida la existencia de un órgano con administración independiente, se requiere cumplir con los siguientes requisitos: a) *inmediatez*, deben estar previstos directamente en el texto constitucional; b) *esencialidad*, sus funciones son imprescindibles para el funcionamiento del estado de derecho; c) *dirección política*, participan en la dirección del Estado y emiten actos de naturaleza tanto jurisdiccional, legislativa o ejecutiva, tomando decisiones que juegan un papel importante en la dirección del mismo; d) *paridad de rango*, las relaciones que mantienen con otros poderes

4 Se destaca la creación, por esta vía, del Banco de México, Comisión Nacional de Derechos Humanos e Instituto Federal Electoral.

5 Sobre el particular, véase Raymundo Gil Rendón, "¿Qué son los órganos constitucionales autónomos?", en *Derecho y Cultura. Órgano de Divulgación de la Academia Mexicana para el Derecho, la Educación y la Cultura*, A.C., México, ADEC-Universidad Autónoma de Tlaxcala, Vól. 1, Núm. 2, Invierno 2000-2001. pp. 11-15.

6 Véase Jaime Cárdenas Gracia, "Justificación de los órganos constitucionales autónomos", en *Derecho y Cultura. Órgano de Divulgación de la Academia Mexicana para el Derecho, la Educación y la Cultura*, A.C. México, ADEC-Universidad Autónoma de Tlaxcala, Vól. 1, Núm. 2, Invierno 2000-2001. pp. 17 y ss.

7 Cfr. El interesante punto de vista de Raúl Ávila Ortiz, "Derecho y Administración Pública de la Cultura: Inquiriendo sobre la opción de un órgano constitucional autónomo para el sector cultural en México", en *Derecho y Cultura. Órgano de Divulgación de la Academia Mexicana para el Derecho, la Educación y la Cultura*, A.C. México, ADEC-Universidad Autónoma de Tlaxcala, Vól. 1, Núm. 2, Invierno 2000-2001. pp. 19-27.

8 En países como Alemania los órganos de esta naturaleza son herencia de los monarquías absolutas. Su identificación con sistemas democráticos ha sido accidental, según Adolfo Merkl, ya que la participación del pueblo en la administración, penetró antes que la institución parlamentaria, como su forma de participación en la legislación. Sobre el particular, véase el interesante libro de Adolfo Merkl, *Teoría General del Derecho Administrativo*, México, Editora Nacional, 1980, pp. 442 y ss.

9 Término utilizado por Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, Civitas, 2000. vol. 1, p. 403.

10 Véase Gabriel Ortiz Reyes, "Los Organismos Constitucionales Autónomos", en *Pemex, Lex, Revista Jurídica*, Bimestral, Información Jurídica, Núm. 145-146, Julio-Agosto, 2000, p. 18.

son de igual a igual y son supremos en el ejercicio de sus facultades; y, e) *autonomía*, desde los puntos de vista orgánico, estructural y presupuestal.¹¹

Sobre el particular, la doctrina administrativa no resulta ser clara en las siguientes interrogantes: ¿Se necesita cumplir con todos los requisitos para crear un órgano constitucional autónomo?; y, ¿cuáles, si es que los hay, son los elementos esenciales para su existencia?

Tratando de dar respuesta a estas preguntas es necesario emitir las siguientes consideraciones.

Los órganos autónomos escapan a la clásica división de poderes. Por esa razón, el requisito de inmediatez, debe entenderse como esencial. Pero como además, se caracterizan por una "huida del derecho público", en concreto del derecho administrativo tradicional, deben responder a los requisitos de esencialidad y dirección política. Finalmente, los otros requisitos de paridad de rango y autonomía, si bien son importantes, no deben tener la característica de esenciales, toda vez que son consecuencia de la aplicación de los anteriores. De esta forma, se puede llegar a la conclusión que sin los requisitos de inmediatez, esencialidad y dirección política no es posible crear un órgano constitucional autónomo.

Aunados a los requisitos anteriores, se incorporarían aspectos tales como: a) su *temporalidad*, puesto que los cambios en su administración son en tiempos distintos a los del Poder Ejecutivo en su conjunto, en nuestro país, por ejemplo, trascenderían a los períodos sexenales; b) el *nombramiento de funcionarios*, ya que estos son electos en su cargo por alguna de las cámaras legislativas, diputados o senadores, o por el Congreso en su conjunto; c) su *normatividad*, misma que surge del mismo órgano autónomo, es decir, tienen una autorregulación; y, d) neutralidad política, en virtud de que deben abstenerse de tener una connotación política.

De las ideas anteriores, se destaca que ningún órgano autónomo es soberano, por ende, su estructuración y funcionamiento deben responder a los límites previstos en la Constitución y a la noción de unidad del Estado. En otras palabras, este tipo de órganos cuentan con una independencia funcional, pero no orgánica.¹² Su rasgo distintivo sería "una independencia caracterizada por una personalidad jurídica

propia y por la exclusión del derecho de dar órdenes en los asuntos de la administración autónoma por parte de cualquier autoridad que se halle fuera de dicha entidad".¹³

III . Sus antecedentes en la administración pública

Las llamadas autoridades administrativas independientes, a pesar de su reciente inclusión en el régimen jurídico mexicano, tienen ya un cierto tiempo de ser parte del derecho constitucional y administrativo de ciertos países.

En Alemania, la obra de Cari Schmitt, la consideró como un contrapeso importante al Estado de partidos; así mismo, encontró su consolidación institucional con la creación del *Bundesbank* en 1957, institución que influyó en la mayor parte de los bancos centrales en todo el mundo. En Francia, a finales de los años setenta, se crea la Comisión Nacional de Informática y Libertades, como autoridad administrativa independiente en el régimen administrativo de ese país. En España destacan la creación, en los años ochenta, del Consejo de Seguridad Nuclear y el Banco de España.¹⁴

En México, como ya se ha hecho referencia, destacan dentro de nuestra Constitución Política los tribunales agrarios, artículo 27, fracción XIX; el Banco Central, artículo 28; el Instituto Federal Electoral, artículo 41, fracción III; y la Comisión Nacional de Derechos Humanos, artículo 102, Apartado A.¹⁵

En un principio, la administración independiente, era considerada como coyuntural, ya que en sus orígenes se creaban para resolver situaciones políticas específicas. Sin embargo, a partir de finales de los años ochenta, han adquirido carta de naturalización en los sistemas constitucionales modernos. Pese a lo anterior, lo que se ha buscado es que cuenten con un adecuado control jurisdiccional y administrativo.

En nuestro país, tanto la Constitución como la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal son omisas respecto de las autoridades administrativas independientes, al menos, de manera expresa.

11 Cfr. Manuel García Pelayo, "El Status del Tribunal Constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, núm. 1, p. 90; citado por Raymundo Gil, *op. cit.*, p. 15.

12 Gabriel Ortiz, *op. cit.*, p. 21.

13 Adolfo Merkl, *op. cit.*, p. 449.

14 Eduardo García de Enterría, *op. cit.*, p.427.

15 Gabriel Ortiz, *op. cit.*, p. 19, también señala como ejemplo a la Procuraduría General de la República y al Tribunal Fiscal de la Federación.

No importan los antecedentes de las autoridades administrativas independientes, en todos los casos su consolidación no debe violar a los principios del estado de Derecho; es decir, la soberanía nacional, la legalidad, la seguridad jurídica y el respeto a los derechos fundamentales.¹⁶

IV. Leyes generales y administración independiente

En nuestra Constitución Política se encuentran presentes dos tipos de federalismo: a) el federalismo residual, basado en el artículo 124 de nuestra Carta Magna, por medio del cual, se considera que todas las facultades que no se encuentren expresamente concedidas por la Constitución a los funcionarios federales, se entenderán reservadas a los estados;¹⁷ y, b) el federalismo cooperativo, que se genera a partir de las llamadas facultades concurrentes y las leyes generales.¹⁸

Son precisamente, las leyes generales, los mecanismos por medio de los cuáles se llevan a cabo las principales acciones del federalismo mexicano. De manera reciente, los casos de educación y salud han tenido importantes avances en su descentralización. Pese a que este tipo de leyes no han tenido una regulación constitucional mejor definida,¹⁹ se han consolidado como la vía más eficaz para nuestro federalismo. Es por este camino, por el cual, la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios han encontrado nuevos derroteros para la cooperación y ejercicio exclusivo de funciones.

Las leyes generales tienen la particularidad jurídica de: a) otorgar competencias exclusivas para cada nivel de gobierno; b) determinar las áreas de coincidencia, es decir, funciones ejercidas conjuntamente por dichas autoridades; y, c) las funciones que pueden ejercerse mediante acuerdo de coordinación previo. La finalidad de estas leyes es otorgar, gradualmente, facultades a los estados y municipios, en tanto

cuenten con los recursos materiales y financieros adecuados; o, en su caso, tengan la suficiente capacidad técnica. Desde este punto de vista, las leyes generales tienen la característica de ser flexibles y progresivas.

Para aplicar una ley general, en nuestra tradición administrativa, se hace por medio de una secretaría de Estado. Si no hay un órgano especial para realizar los servicios públicos contenidos en estas leyes es porque carecen del carácter de esencialidad. Si bien, se trata de servicios públicos importantes: salud, medio ambiente, urbanismo y educación; éstos, no pueden considerarse como imprescindibles para el funcionamiento de una administración pública.

Las leyes generales no tienen cabida con los órganos autónomos, pues éstos responden a la esencialidad, pero, además por las siguientes razones: a) las leyes generales descentralizan, los órganos autónomos centralizan; y, b) las leyes generales tienden a ceder funciones progresivamente, las administraciones independientes definen sus funciones de manera concreta, sin cederlas por ninguna razón. En efecto, resulta necesario "reiterar que tales órganos autónomos son órganos de la persona jurídica Estado Federal,TM aun cuando las funciones constitucionales no siempre sean funciones estatales, sino que pueden serlo respecto de intereses políticos, sociales o económicos que el Estado asume en posición tutelar".²¹

v. El caso del sector cultural

Para considerar, si la figura de administración independiente, puede aplicarse al sector cultural es necesario realizar algunas diferenciaciones técnicas. En primer lugar, hay que diferenciar entre actos de autoridad y actos de gestión. Los primeros, son emitidos como actos de un poder público y sólo se les puede recurrir ante tribunales especiales. Los segundos, se actualizan con la prestación de un servicio público y pueden hacerse valer ante los tribunales ordinarios.²² En el sector cultural se realizan actos de gestión, no de autoridad como los de algunos órganos independientes.

16. *ibidem.*, p. 22.

17 Art. 124 constitucional.

18 Art. 73 constitucional, en particular las facultades del Congreso para crear leyes que determinen la concurrencia del Gobierno federal, de los gobiernos de los estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en diversas materias. V.g. Educación, desarrollo urbano, ecología y salud.

19 Por ejemplo, dando una participación al Congreso de la Unión y una jerarquía mayor a estas leyes marco.

20 Las

21 El subrayado es nuestro, Gabriel Ortiz, *op. cit.*, p. 22.

22 Eduardo García de Enterría, *op. cit.*, p. 367.

Otra distinción importante es la que se da entre las atribuciones y las funciones de la administración pública. En tanto que las primeras, se refieren a los fines de dicha administración; las segundas, lo hacen a los medios para conseguirlas.²³ En las leyes sustantivas se establecen las atribuciones; en los Reglamentos Administrativos, las funciones. De tal forma que, la autoridad administrativa, en ningún caso puede actuar discrecionalmente. Siempre debe cumplir sus atribuciones previstas en la ley.

Las administraciones independientes, desde este punto de vista, no disminuyen la discrecionalidad. Con la facultad que tienen de autoformarse, al contrario, pueden generar más incertidumbre y su autonomía puede convertirse en autarquía. Por esa razón, en Occidente, se tiene cuidado en su creación y se restringen a ciertas áreas, que por su naturaleza, requieren de una administración especial.

Para justificar la creación de una autoridad administrativa independiente en el sector cultural, como se ha visto, se requiere diferenciar de manera clara su ámbito competencial, para no confundirlo con el ejercicio de las funciones de los tradicionales poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Esto, como se verá, no resulta una tarea fácil ya que lo cultural tradicionalmente se ha vinculado con las tareas propias de la administración pública. En efecto, desde una perspectiva teleológica, Jellinek señala que la función administrativa tiende a realizar los fines de conservación y *cultura* del Estado.²⁴

Desde la perspectiva clásica francesa, para Artur, administrar consiste en proveer por actos inmediatos e incesantes a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos²⁵. Atendiendo a este criterio, es evidente que en la cultura, precisamente, concurren la prestación de diversos servicios públicos.

Finalmente, Carré de Malberg señala que las funciones de legislar y administrar tienen fines comunes, a saber: regular el derecho aplicable al ciudadano, asegurar el orden público, organizar a las autoridades y servicios estatales y a *desarrollar la cultura nacional*,²⁶ Aquí, la diferenciación del sector cultural resulta más complicada, puesto que se le relaciona con dos funciones clásicas del poder público.

Sin importar la teoría que se adopte, resulta evidente que la prestación de servicios culturales es, simple y llanamente, un acto administrativo en el sentido clásico del término. Por esa razón, resultaría difícil justificar la creación de una autoridad independiente.

Por otra parte, en el sector cultural se pretende crear una Ley General de Cultura que ordene y sistematice el marco jurídico del sector; pero, principalmente, que descentralice las diversas funciones en la materia. Este tipo de ley, como se ha visto, es de naturaleza distinta a la de un órgano constitucional autónomo. En este caso, se tendría que optar por una cosa u la otra.²⁷

Lo que sin lugar a dudas es una certeza, es que las administraciones independientes tienen una mayor eficacia administrativa. Si lo que se pretende es, exclusivamente, mejorar la prestación de los servicios culturales esta vía es la más adecuada para ello.

Un último problema, es difícil demostrar que la cultura puede ser una función esencial dentro del Estado mexicano. Si esto fuera así, cualquier derecho humano podría aspirar a la creación de una autoridad independiente que lo resguardase. En este caso, caeríamos en esa "huida del derecho público" a la que hemos hecho referencia, olvidando los más elementales sistemas de control judicial y administrativo.

VI

Conclusiones

Es importante preguntarse cuándo y por qué deben crearse las autoridades independientes, sobre todo, porque escapan a la clásica división de poderes prevista en el artículo 49 constitucional y no se encuentran previstas en el artículo 90 constitucional, como parte de la administración pública. Con estas características parecen romper las bases constitucionales del sistema jurídico nacional.²⁸

Para evitar estos problemas jurídicos, deben establecerse líneas conductoras entre las autoridades independientes y el Poder Ejecutivo y el Legislativo. En el mismo sentido, deben tener un control jurisdiccional que permita a los particulares, vía ordinaria, acudir ante los tribunales.

Estos, llamados órganos constitucionales autónomos, deben reforzar la autonomía de gestión para el

23 Cfr. Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, 35ava ed. México, Porrúa, 1997, pp. 13 y ss.

24 Citado por Raymond Carré de Malberg, *Teoría general del Estado*, Pref. Héctor Gros Espiell, Trad. José León Depetre, 2ª ed. México, Facultad de Derecho-UNAM—FCE, 1998, (Col. Política y Derecho), p. 427. El subrayado es nuestro.

25 *Ibidem.*, p. 428.

26 *Ibidem.*, p. 444. El subrayado es nuestro.

27 Una posición distinta puede verse en Raúl Avila, *op. cit.*, p. 24.

28 Un problema similar se presenta en España, sobre el particular, véase Eduardo García de Enterría, *op. cit.*, p. 428.

mejor cumplimiento de las obligaciones del Estado contenidas en la Constitución, las cuales, pueden verse mejor satisfechas si se ponen a cubierto de la lucha política partidista.²⁹

En este aspecto, siguiendo a Eduardo García de Enterría, diríamos: "Solo en estos casos, esto es cuando la 'neutralización' inherente a la 'separación' o 'independización' características de esta figura venga exigida por la realidad y avalada por un apreciable consenso social y se sustente en algún valor constitucionalmente relevante, cuyo mejor servicio la reclame, podrá considerarse constitucionalmente legítima la creación de estas entidades con autonomía reforzada, autonomía que, por lo demás, nunca podrá traducirse en una ruptura total de los vínculos de unión que siempre han de existir entre ellas y el Gobierno y el Parlamento. Tampoco, por supuesto, se tratará nunca de pretender una exención del control judicial".³⁰

En el sector cultural, la creación de una autoridad independiente implicaría apostar todo a la eficiencia del sector, complicando los aspectos de descentralización y cooperación administrativa con los otros niveles de gobierno. Por esa razón, es importante responder a la pregunta: ¿qué es lo que se desea hacer con el sector cultural?

VII. Bibliografía y Hemerografía

Bibliografía

- Carré de Malberg, Raymond. *Teoría General del Estado*. Pref. Héctor Gros Espiell. Trad. José Lióndepetre. 2^ª ed. México, Facultad de Derecho de la UNAM-FCE, 1998. (Col.
 - Política y Derecho). 1328 pp.
 - Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*. 35 ed. México, Porrúa, 1997.508 pp.
 - García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, Civitas, 2000.2 vol.
 - Merkl, Adolfo. *Teoría General del Derecho Administrativo*. México, Editora Nacional, 1980.496 pp.
- ### Hemerografía
- Ávila Ortiz, Raúl. "Derecho y Administración Pública de la Cultura: Inquiriendo sobre la opción de un órgano constitucional autónomo para el sector cultura en México". En *Derecho y Cultura. Órgano de Divulgación de la Academia Mexicana para el Derecho, la Educación y la Cultura*, A.C. México, ADEC- Universidad Autónoma de Tlaxcala, vol. 1, núm. 2, Invierno 2000-2001. pp. 19-27.
 - Cárdenas Gracia, Jaime. "Justificación de los órganos constitucionales autónomos". En *Derecho y Cultura, Órgano de Divulgación de la Academia Mexicana para el Derecho, la Educación y la Cultura*, A.C. México, ADEC- Universidad Autónoma de Tlaxcala, Vól. 1, Núm. 2, Invierno 2000-2001. pp. 17 y ss.
 - Gil Rendón, Raymundo. "¿Qué son los órganos constitucionales autónomos? En *Derecho y Cultura, Órgano de Divulgación de la Academia Mexicana para el Derecho, la Educación y la Cultura*, A.C. México, ADEC- Universidad Autónoma de Tlaxcala, vol. 1, núm. 2, Invierno 2000-2001. pp. 11-15.
 - Ortiz Reyes, Gabriel. "Los Organismos Constitucionales Autónomos". En *Revista Jurídica. Pemex, Lex. Información Jurídica*. núm. 145-146. julio-agosto. 2000. pp. 18-22.