

## LA DEBIDA DEFENSA Y EL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD DE SERVIDORES PÚBLICOS. INTERPRETACIÓN DE LA SCJN EN EL AMPARO EN REVISIÓN 2226/2009

*Sumario: I. Resumen, II. Introducción, III. Análisis del Amparo en Revisión 2226/2009, IV. El problema de agencia y el sistema de responsabilidad de servidores públicos, V. El respeto a la formalidades del procedimiento como presupuesto del funcionamiento del sistema de responsabilidades de los servidores públicos, VI. Conclusión, VII. Bibliografía*

Ana Elena FIERRO +  
Adriana GARCÍA

### I. Resumen

El respeto a las formalidades requeridas por el ordenamiento jurídico para sancionar a un servidor público se ha transformado, en los últimos tiempos, en un tema controversial. Existen opiniones encontradas respecto a la conveniencia o no de respetar de forma estricta las formalidades del procedimiento cuando se pretende sancionar conductas que lesionan de forma importante el estado de derecho. La divergencia en opiniones deriva principalmente del hecho que muchas sanciones administrativas son anuladas por carecer de las debidas formalidades del procedimiento, sin que en dichos casos se analice si efectivamente el servidor público incumplió con alguno de sus deberes. La SCJN, en su Amparo en Revisión número 2226/2009, realizó un análisis exhaustivo

ANA ELENA FIERRO + ADRIANA GARCÍA

de las formalidades de procedimiento para sancionar a servidores públicos miembros del servicio exterior mexicano. Tras lo cual le concede el amparo al quejoso por considerarse incumplidas las garantías de adecuada defensa y debido proceso para el servidor público sancionado. Las preguntas que surgen de la lectura de la resolución en comento son: ¿cuál es el objetivo principal del establecimiento de un procedimiento de responsabilidades de servidores públicos? Y ¿cuál es el objetivo de respetar todas y cada una de las formalidades esenciales del procedimiento en procedimientos de responsabilidad de servidores públicos? En este artículo pretendemos explicar, desde la óptica del análisis económico del derecho, por una parte, el sistema de responsabilidad de servidores públicos como una solución al problema de divergencia de intereses entre el Estado y sus empleados públicos, y por la otra explicar que el respeto a las formalidades requeridas para la implementación del sistema de responsabilidades de servidores públicos es un requisito sin el cual el sistema de responsabilidades resultaría en la generación de incentivos perversos para los empleados públicos. De forma tal que un adecuado sistema de responsabilidades deba garantizar tanto la protección de las garantías individuales de los funcionarios públicos como el interés general de contar con servidores probos.

## II. Introducción

Uno de los retos más importantes que enfrenta el Estado mexicano es la falta de confianza hacia sus funcionarios. Hoy la sociedad exige que los funcionarios públicos rindan cuentas de su desempeño en forma eficaz. Lo cierto es que son

## LA DEBIDA DEFENSA Y EL PROCEDIMIENTO DE ...

muy pocos los funcionarios procesados y esta situación se agrava ante la dificultad que suele existir para encontrar irregularidades y que estas puedan ser sancionadas. Sólo a modo de ejemplo el periódico Reforma publicó, en su edición del 16 de noviembre de 2010, el siguiente encabezado: “SPF afirma que sólo el .18% de las multas impuestas en 18 años han podido ser ejecutadas”. De ahí surge la inquietud de por qué resulta tan difícil imputar responsabilidad a servidores públicos. En términos generales, resulta de procedimientos mal implementados ya sea por su mal diseño legislativo de origen o bien por una mala aplicación de la norma que provoca violaciones a las reglas del debido proceso o la adecuada defensa. Estos defectos en la forma de implementar los procedimientos de responsabilidad traen como consecuencia que los servidores públicos acudan a la justicia federal promoviendo juicios de garantías y que los juzgadores se vean obligados a concederles el amparo, de forma tal que la percepción social es que aunque existan actos de corrupción estos no pueden ser sancionados o son solapados por los jueces. Lo anterior, es el peor de los escenarios posibles, pues deja insatisfechos a todos los actores. Por un lado la sociedad considera que los actos de corrupción quedan impunes y los servidores públicos se sienten amenazados y temen incumplir con alguna de la infinidad de disposiciones administrativas a las que son sujetos mediante procedimientos que suelen estar mal implementados en las leyes o mal aplicados por las contralorías respectivas.

ANA ELENA FIERRO + ADRIANA GARCÍA

A través del análisis de un caso particular pretendemos en este artículo argumentar la importancia tanto de contar con un sistema de responsabilidades que monitoree el actuar de la autoridad como de garantizar el debido proceso para los funcionarios a fin de que estén en posibilidades de desempeñar su trabajo de forma adecuada sin la amenaza de ser sancionados equivocadamente.

El presente artículo se divide en tres partes. La primera se dedica a la presentación del caso aquí analizado. En la segunda parte se analiza el problema de agencia existente entre los servidores públicos y el Estado y por último, la tercera parte se dedica al análisis de las formalidades esenciales del procedimiento para la eliminación de los incentivos perversos que se pudieren generar a través del sistema de responsabilidades de servidores públicos.

### III. Análisis del Amparo en Revisión 2226/2009

El sistema de responsabilidad de servidores públicos tiene por objeto vigilar el actuar de la autoridad y sancionar aquellos casos que se alejen de la norma. Su fundamento constitucional se encuentra en el artículo 109, en él se establecen las faltas generales en las que incurren los servidores de la administración pública por la que deben responder. Estos procedimientos disciplinarios buscan ser un medio de protección del interés general de que el actuar de la autoridad sea apegado a la legalidad; sin embargo no pueden ser acciones arbitrarias, por el contrario, los procedimientos sancionatorios como todo acto de autoridad encuentran su competencia y límite en la Constitución y en particular en las garantías individuales.

## LA DEBIDA DEFENSA Y EL PROCEDIMIENTO DE ...

En efecto, en todo sistema de monitoreo del quehacer de funcionarios hay dos intereses enfrentados de los que se debe encontrar un balance adecuado. Por un lado el del Estado que desea poseer mecanismos eficientes para vigilar el actuar del funcionario y por el otro la protección de la persona del funcionario, a través del respeto a sus derechos fundamentales; pues como a cualquier persona es indispensable garantizarle cierta seguridad en el desempeño de sus labores. Las garantías del debido proceso establecidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal también deben respetarse para los casos de proceder administrativamente contra un funcionario. Así lo ha decidido en reiteradas ocasiones la SCJN.

Sucintamente el debido proceso comprende la posibilidad de ser oído y vencido en juicio, la de aportar pruebas y conocer la acusación a fin de estar en posibilidad de defenderse. Para ello es necesario que cada una de las etapas del proceso se encuentren claramente separadas y los tiempos para la respuesta sean adecuados a fin de que el servidor cuente con un plazo razonable para preparar su defensa.

En el caso que nos ocupa se trata de un funcionario del servicio exterior mexicano que se encuentra en Irán. Es acusado por la contraloría de expedir 51 pasaportes con documentos falsos y 31 pasaportes a menores sin los requisitos de consentimiento de los padres o con firmas falsas, del extravío de 8 expedientes de pasaportes así como permitir la intervención de personal no autorizado en la emisión de pasaportes aparentemente con fines ilícitos.

ANA ELENA FIERRO + ADRIANA GARCÍA

El 22 de noviembre de 2007 el funcionario quien se desempeñaba como agente diplomático fue notificado mediante acta administrativa de la presunta responsabilidad y del inicio del procedimiento disciplinario en su contra según lo establecido en la Ley del Servicio Exterior Mexicano.

Ahora bien el procedimiento disciplinario en comento se rige por el artículo 60, de la Ley del Servicio Exterior Mexicano que señala: *[P]ara la substanciación de procedimientos disciplinarios, la Subcomisión de Asuntos Disciplinarios observará el siguiente procedimiento:*

- I. Las faltas de los miembros del Servicio Exterior se harán del conocimiento de la Subcomisión de Asuntos Disciplinarios por escrito, acompañando las pruebas con las que se cuente y con el apoyo de la Contraloría Interna, se abocará a la investigación de los hechos;
- II. Elaborará el acta administrativa de presunta responsabilidad, que será notificada personalmente al presunto responsable, en la que se hará constar la responsabilidad o responsabilidades que se le atribuyen, a fin de que manifieste lo que a su derecho convenga;
- III. El afectado deberá presentar por escrito sus argumentos y pruebas dentro de los quince días hábiles siguientes contados a partir de la fecha en que se le hubiere notificado personalmente el acta señalada en la fracción que antecede, la cual, deberá estar firmada por quien presida la Subcomisión de Asuntos Disciplinarios;

#### LA DEBIDA DEFENSA Y EL PROCEDIMIENTO DE ...

- IV. Una vez acordada la admisión de pruebas, la Subcomisión de Asuntos Disciplinarios determinará si se señala día y hora para su desahogo o si éstas se desahogan por su propia y especial naturaleza, y
- V. Desahogadas las pruebas, si las hubiere, la Subcomisión de Asuntos Disciplinarios cerrará la instrucción y contará con un término de 30 días hábiles para formular a la Comisión de Personal, la resolución que estime pertinente, la cual a su vez, la someterá a consideración del Secretario.

En lo no previsto por esta Ley y su Reglamento respecto a los procedimientos disciplinarios de los miembros del Servicio Exterior, será aplicable supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles.

De la sola lectura del artículo resulta evidente que el procedimiento a pesar de que puede derivar en sanciones graves para el funcionario como la pérdida de su empleo apenas se dedican un par de líneas para señalar cómo debe implementarse, sin que exista una regulación clara ni de los plazos ni de las pruebas. En efecto el Amparo en Revisión 2226/2009 hace un estudio de este procedimiento y determinó que el artículo 60 de la Ley del Servicio Exterior Mexicano, es inconstitucional al violar el derecho a una debida defensa, previsto en el artículo 14 ° de la Constitución Federal por las razones siguientes:

ANA ELENA FIERRO + ADRIANA GARCÍA

- a) No se permite la participación del afectado en todas las etapas del procedimiento sancionatorio y se compacta su posibilidad de responder y ofrecer pruebas en un solo acto;
- b) El afectado no tiene acceso a toda la información que obra en el expediente, pues sólo se hace de su conocimiento el acta emitida por la Subcomisión de Asuntos Disciplinarios;
- c) No se otorga al afectado la posibilidad de hacer valer alegatos; y
- d) El tiempo que se otorga al afectado para formular la contestación y rendir pruebas no es razonable ni suficiente para garantizar su debida defensa.

La argumentación de los Tribunales de Amparo parte de la idea de que el procedimiento administrativo sancionador del Estado debe seguir los principios del derecho penal, en virtud de que sus efectos tienen un impacto personal y directo en el patrimonio del funcionario o incluso en su persona al ser separado de su cargo e inhabilitado para ejercer la función pública<sup>1</sup>. Este criterio es acorde

---

<sup>1</sup> En reiteradas ocasiones se ha mencionado respecto de que el estándar de los procesos administrativos de responsabilidades debe ser igual que el del proceso penal. Así lo ha establecido en diversos precedentes judiciales, por ejemplo: RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN EL DICTADO DE LA RESOLUCIÓN RESPECTIVA RIGE CON EL MISMO ALCANCE QUE EN EL DERECHO PENAL.

[...] la naturaleza del procedimiento administrativo de responsabilidad, al que por ser parte del derecho administrativo sancionador y constituir una manifestación de la potestad sancionadora del Estado, le son aplicables los principios del derecho penal que este último ha desarrollado. Uno de esos principios es el de congruencia, que en materia de responsabilidad administrativa de los servidores públicos



## LA DEBIDA DEFENSA Y EL PROCEDIMIENTO DE ...

con los criterios internacionales en la materia. Tanto la Corte IDH, como la Corte EDH han señalado que en los procedimientos disciplinarios deben ser aplicadas las mismas garantías del debido proceso de la esfera criminal, puesto que las sanciones que conllevan este tipo de procedimiento son de una gravedad similar; por ende resulta indispensable que el servidor sujeto al proceso pueda contar con el respeto irrestricto a sus derechos fundamentales en particular a la adecuada defensa y el debido proceso.<sup>2</sup>

---

obliga a la autoridad responsable, al momento en que emite la resolución respectiva, a efectuar las consideraciones pertinentes que funden su actuar en forma armónica, es decir, congruente, de acuerdo con los hechos constitutivos de la infracción administrativa que haya tenido por probados, en relación con la sanción administrativa precisa a la que el servidor público se haya hecho merecedor, en estricto apego a los principios que rigen el derecho administrativo sancionador, referentes a la gravedad de la conducta y de la correspondiente sanción aplicable, pues cualquier desviación al respecto no puede estimarse un simple error intrascendente, como cuando la fracción del precepto legal invocado no guarda congruencia con la sanción impuesta, sino que ello tiene una relevancia innegable, ya que trasciende a la correcta fundamentación y motivación para imponer, según corresponda, la sanción a un servidor público, en virtud de que la aplicación de la ley en tratándose del derecho administrativo sancionador debe ser exacta y no imprecisa, con el mismo alcance que tiene en el derecho penal, de acuerdo con la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones en la que haya incurrido el funcionario público de que se trate, en relación con la exacta sanción que le resulte aplicable, en estricto respeto al principio de congruencia que rige en esta materia. Disponible en: Tesis VI.1o.A.262 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, octubre de 2008, p. 2441.

<sup>2</sup> Corte IDH, *Baena Ricardo vs. Estado de Panamá*, sentencia de 2 de febrero de 2001.

ANA ELENA FIERRO + ADRIANA GARCÍA

En este orden de ideas, dentro del Amparo en Revisión 2226/2009 la SCJN determinó que el plazo de quince días, concedido para dar una respuesta a la acusación formulada, preparar su defensa, recabar sus pruebas y rendirlas no es un plazo razonable dadas las circunstancias especiales a las que están sujetos los funcionarios del servicios exterior; pues están ubicados en otros países y no pueden ausentarse. En efecto si el funcionario se encuentra en otro país, sin tener a la vista la totalidad del expediente y el plazo de quince días para recabar las pruebas necesarias y preparar su defensa resulta un lapso muy corto, sobre todo si tomamos en cuenta que no todo integrante del servicio exterior es abogado y muy probablemente desea contactar a uno quién lo asesore. Al efecto será deseable que conozca el derecho mexicano, de donde resulta absurdo que si se encuentra en Irán, como en el caso a estudio, sea improbable que en quince días el funcionario esté en condiciones para tener una defensa adecuada.

Por otro lado resulta evidente que una adecuada defensa implica que el servidor acusado pueda conocer con todo detalle de qué se le acusa, contestar las imputaciones en un primer momento y saber cómo responde su contraparte; por ello es que un procedimiento adecuado distingue entre la contestación de la demanda con el ofrecimiento de pruebas y la etapa de alegatos, cuestión que en el caso a estudio tampoco sucede. El funcionario acusado tiene una sola intervención en el procedimiento para la que se le dan sólo quince días para contestar, sin conocer todo el expediente ni tener una etapa de alegatos separada.

## LA DEBIDA DEFENSA Y EL PROCEDIMIENTO DE ...

Como se aprecia de lo anterior la resolución del Amparo en Revisión 2226/2009 es un claro ejemplo de cómo un mal diseño legislativo provoca que no sea posible determinar si el funcionario actuó incorrectamente o no, pues al no permitirle una adecuada defensa resulta necesario concederle el amparo. Tales resultados provocan que los ciudadanos consideren que los actos ilegales quedan impunes, pues en estricto sentido la SCJN ni siquiera puede entrar a analizar el meollo del asunto, es decir si efectivamente el servidor público utilizó documentos falsos o no, ni si permitió la intervención de personas ajenas; pues al encontrar que las formalidades esenciales del procedimiento no fueron respetadas es necesario concederle como a cualquier ciudadano la protección de la justicia, puesto que el resultado del procedimiento administrativo es probable que cambie si el servidor público logra demostrar su inocencia, de ahí que sea indispensable resolver la nulidad de la actuación administrativa.

A pesar de que la sentencia le es favorable al servidor público tampoco le resulta del todo satisfactoria, pues ha tenido que sufrir los costos de un proceso (no sólo económicos sino en tiempo y prestigio) más los costos del juicio de amparo para al final obtener una resolución en la que se señala que el procedimiento es incorrecto, pero sin un reconocimiento de su inocencia o culpabilidad. De forma tal que un incorrecto diseño legislativo trae como consecuencia que el Estado se vea imposibilitado para vigilar correctamente a sus funcionarios, que los ciudadanos consideran que los servidores

ANA ELENA FIERRO + ADRIANA GARCÍA

públicos corruptos son impunes y que los funcionarios están sometidos a procedimientos disciplinarios que no cumplen con las garantías procesales básicas que les permitan una defensa adecuada. Esta circunstancia mella la credibilidad de servicio público y genera desconfianza tanto en los funcionarios como en los ciudadanos.

Luego cabría preguntarse para qué sirven los sistemas de responsabilidades y cómo debieran funcionar. En realidad estos procedimientos deben equilibrar dos elementos: por un lado el interés público de contar con funcionarios probos que rindan cuentas de su actuar y por el otro el respecto a la Constitución como un conjunto de normas y principios que brindan protección a la dignidad humana y que deben ser el fundamento de todo el actuar de la autoridad<sup>3</sup>, incluyendo los procedimientos disciplinarios. Así ante una violación de derechos fundamentales como el debido proceso y la adecuada defensa, la SCJN se ha pronunciado en el sentido de proteger los derechos fundamentales del servidor público, de un actuar arbitrario por parte de las contralorías, ya sea por defectos normativos o por implementaciones incorrectas de los procedimientos disciplinarios.

Ahora bien cómo debe protegerse el interés general de contar con mecanismos que vigilen el actuar de los funcionarios públicos y de qué forma deben implementarse esos procedimientos para lograr su finalidad. Desde la perspectiva económica del

---

<sup>3</sup> Figueiredo Marcelo, "El Control de las Políticas Públicas por el Poder Judicial en Brasil Visión General", *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo*, Caracas, Paredes, 2009, t. I, p. 709.

## LA DEBIDA DEFENSA Y EL PROCEDIMIENTO DE ...

derecho estas preguntas encuentran respuestas en el denominado problema de agencia.

### IV. El problema de agencia y el sistema de responsabilidad de servidores públicos

El sistema de responsabilidades administrativas de servidores públicos tiene entre sus razones principales la solución del problema de divergencia de interés que suele existir entre las instituciones gubernamentales y sus funcionarios, problemática a la que se denomina el problema de agencia.

Una relación de agencia es una relación entre dos personas en la cual una de las partes (el principal) obtiene beneficios o utilidad cuando la otra parte (el agente) desarrolla una tarea (Posner, 2000). El principal obtendrá un mayor beneficio cuando el agente desarrolle su tarea de la mejor manera (cuando tenga cuidado o cuando se esfuerce al desarrollar la tarea); sin embargo el agente no siempre tendrá incentivos para esforzarse o tener cuidado si no obtiene con ello una recompensa. Incluso se puede hablar de relaciones de agencia en las que el agente y el principal tienen intereses contrapuestos. El resultado de esto es una pérdida de eficiencia a la cual se le llama costo de agencia, ya que es el costo generado por la relación de agencia.

Ahora bien debe quedar claro que el problema de agencia no genera beneficios para ninguna de las partes ya que, el principal pierde si el agente no se esfuerza al realizar su trabajo y el agente pierde al no poder ser compensado por un mayor esfuerzo.

ANA ELENA FIERRO + ADRIANA GARCÍA

Debido a esto resulta que eliminar el problema de agencia está en el interés tanto del principal como del agente.

La estructura burocrática se compone de empleados que cuentan con prestaciones laborales garantizadas por su empleador, en este caso el Estado. Las plazas laborales de cada funcionario corresponden a funciones específicas con sueldos fijos. Para todos los funcionarios que ocupen un mismo tipo de plaza el sueldo recibido será el mismo, por lo tanto, no existen incentivos para que trabajen más o de mejor forma, pues el sueldo que reciben es el mismo que recibe el funcionario que realiza menos o peor trabajo. Esto refleja la existencia de un problema de agencia (Posner, 2000) arriba relatado, en donde el Estado o en su caso la sociedad como principal, querrá que sus empleados, entendidos como agentes a saber los servidores públicos, se esfuercen lo más posible al realizar su trabajo. Pero, como ya se ha dicho, los agentes no siempre cuentan con los incentivos suficientes para realizarlo.

Asimismo, puede decirse que el Estado compra los servicios de los funcionarios públicos, sin embargo el funcionario cuenta con mucha más información sobre su desempeño que el Estado. En este sentido, el problema de agencia se genera por dos causas:

- a) La falta de alineación de incentivos entre el principal y el agente; y
- b) La asimetría de información existente entre las partes.

La primera causa del problema, es decir la falta de alineación de intereses, puede resolverse a través de un sistema de pagos, reconocimientos o recompen-

## LA DEBIDA DEFENSA Y EL PROCEDIMIENTO DE ...

sas los cuales compensen los esfuerzos extraordinarios que realice el agente. De ser efectiva esta solución podrían eliminarse las dos causas del problema, en atención a que con los intereses alineados el principal no tendría la necesidad de contar con información sobre el desempeño del agente ya que este lo haría de la mejor forma posible. Sin embargo, dadas las leyes que rigen el sistema laboral de los funcionarios públicos este tipo de compensaciones tienden a volverse un sobresueldo que, generalizado, termina pagándose a todos los empleados.

La segunda causa del problema a saber la asimetría de la información entre las partes se puede resolver a través del monitoreo del principal al agente para allegarse de la información que carece sobre el actuar del agente. Típicamente un problema de asimetría de información surge cuando en una relación entre comprador y vendedor alguna de las partes cuenta con mayor información que la otra. Esta falta de información deja en desventaja a la parte que carece de ella y no se genera un intercambio óptimo. En cuanto al problema de asimetría de información podemos decir que en el caso de un principal y un agente el principal es el comprador y el agente el vendedor, donde el vendedor (el agente) cuenta con mayor información que el comprador (el principal). Si el principal estuviera en posibilidad de observar el nivel de esfuerzo del agente entonces podría remunerar al agente de forma tal que le pagara en proporción al resultado obtenido y al esfuerzo realizado. De esta forma con el monitoreo se busca observar el comportamiento del agente en

ANA ELENA FIERRO + ADRIANA GARCÍA

todo momento. Para vigilar la realización del trabajo de los agentes resultaría obligatorio establecer la forma en la que cada funcionario debe llevar a cabo su trabajo y así comparar el trabajo realizado por cada funcionario con el trabajo requerido por el principal y de esta forma medir la actividad de cada agente.

En el caso de la relación de agencia entre los servidores del Estado y el Estado como principal existen varias formas establecidas, incluso desde la propia Constitución, para la solución de esta posible divergencia de intereses. Los pesos y contrapesos establecidos entre los poderes, las garantías individuales, la transparencia y el sistema de responsabilidad de servidores públicos tanto política como administrativa y patrimonial son ejemplos de esto. A través de estos mecanismos se pretende el monitoreo de los empleados públicos con el objeto de que realicen de mejor forma la actividad encomendada.

En este sentido, el sistema de responsabilidad de servidores públicos se inserta como uno de los mecanismos con los que cuentan, tanto el Estado, como la sociedad para monitorear la actividad de sus agentes. De aquí la importancia de un mecanismo de responsabilidades que permita ejercer un monitoreo efectivo del actuar de los servidores públicos con el objeto de disuadirlos de desviarse de los intereses del principal y perseguir los propios.

En el caso que nos ocupa podríamos decir que el Estado (cómo principal) tiene el interés de que sólo se expidan pasaportes cumpliendo con los requisitos establecidos en la ley, a saber con documentos auténticos; y sobretodo no permitir que menores



## LA DEBIDA DEFENSA Y EL PROCEDIMIENTO DE ...

mexicanos viajen sin la autorización de sus padres. Al funcionario público (agente) se le acusa de haberse separado de este interés y perseguir uno diverso que podemos presumir fuera dinero u otro beneficio recibido al expedir los pasaportes o permisos con documentos falsos. Ahora dado que el sistema de monitoreo de la Ley del Servicio Exterior Mexicano es deficiente al no cumplir con las garantías del debido proceso, resulta que ni siquiera es posible comprobar si el agente efectivamente se desvió del interés del principal.

Ahora bien los intereses del Estado están plasmados en términos generales en las leyes y los reglamentos de ahí que todo sistema jurídico moderno se rija por el principio de legalidad. Este principio exige que todo acto de un servidor público, realizado en nombre del Estado (por ejemplo en el caso a estudio la emisión de pasaportes), deba tener cómo fundamento una norma jurídica válida. Cuándo y por qué un funcionario se separa de este principio; es decir cuándo los incentivos del funcionario son suficientes para alejarse de lo que preceptúa la ley.

- V. El respeto a la formalidades del procedimiento como presupuesto del funcionamiento del sistema de responsabilidades de los servidores públicos

Como quedó expuesto párrafos arriba, uno de los principales objetivos de un sistema de responsabilidad de servidores públicos es la eliminación o disminución del problema de agencia que pudiere

ANA ELENA FIERRO + ADRIANA GARCÍA

existir entre los servidores públicos y el Estado, sin embargo resulta necesario analizar de forma más precisa la reacción del agente ante estos mecanismos.

La propuesta básica de este modelo es que el agente lleva a cabo un análisis costo-beneficio para tomar la decisión de cumplir o no con las normas que regulan su actuar; de esta forma, el agente decidirá cumplir cuando sus beneficios sean mayores que los costos en que puede incurrir (considerando la severidad de la sanción y la probabilidad de ser detectado y efectivamente sancionado). El modelo también postula que el principal tratará de inducir o moldear el comportamiento del agente de manera tal que se conduzcan de forma honesta o por lo menos apegada a la ley.

El costo esperado de la sanción se refiere a un costo incierto, dado que la imposición de la sanción no es segura, sino probable. El costo esperado de la sanción está determinado por dos elementos: la severidad de la sanción y la certeza de su aplicación. La severidad se refiere a la cuantificación de la pena que se impondría, y la certeza se refiere a la percepción que tenga el agente sobre la probabilidad de ser sancionado. De esta forma, el costo esperado de la sanción está dado por: severidad (cuantificación de la sanción) y certeza (probabilidad de aplicación de la sanción).

Un sistema de responsabilidades óptimo supondría que el costo asumido por el agente se refiriera en su mayor parte al costo esperado de la sanción en caso de incumplir con alguna norma que rija su actuar; sin embargo pueden existir otros costos asociados a

## LA DEBIDA DEFENSA Y EL PROCEDIMIENTO DE ...

la imposición de sanciones tratándose de responsabilidades administrativas de los servidores públicos. Entre estos costos encontramos el costo de no contar con las debidas garantías de defensa en caso de procedimientos de este tipo.

La falta de garantías de debida defensa impone a los servidores públicos costos no sólo a las actividades a través de las cuales incumplan con normas que regulan su actuar sino en aquellas actividades que supongan un cumplimiento de las mismas. En este sentido, cuando un servidor público se encuentre entre la disyuntiva de actuar o no actuar, si supone que no cuenta con las debidas garantías de defensa, optará por no actuar para minimizar la probabilidad de ser sancionado. Asimismo, tratándose de normas sujetas a discrecionalidad en la interpretación el servidor público no tendrá incentivos de interpretar las normas en un sentido pro activo. De acuerdo con lo expuesto la falta de garantías que aseguren al funcionario una defensa adecuada puede generar incentivos perversos en los servidores públicos provocando su inactividad.

Derivado de esto, los servidores públicos que supongan que no tienen garantías de debido proceso invertirán excesivamente en protección de los órganos que lleven a cabo el monitoreo. De esta forma en vez de destinar recursos al cumplimiento de su deber optarán por invertirlos en generar las defensas que no suponen garantizadas.

Como puede observarse, cuando no se dota a los agentes de las debidas garantías, como lo es el

ANA ELENA FIERRO + ADRIANA GARCÍA

respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, el sistema de responsabilidades lejos de convertirse en una solución al problema de agencia se convierte en un agravante. En efecto un sistema deficiente de responsabilidades provoca que los servidores busquen ocultar su actuar a los órganos de control pues los perciben como desconocedores de la problemáticas que enfrentan en sus trabajos y arbitrarios en los procedimientos. Esta opacidad en el actuar de los servidores públicos dificulta a su vez la vigilancia y el finamiento de responsabilidades generando un ambiente generalizado de desconfianza.

En el caso a estudio resulta claro que cuando se pretende que el servidor acusado responda en quince días una imputación que se realiza en la ciudad de México desde Irán sin mandar le el expediente completo y sin permitirle alegatos posteriores resulta insatisfactorio, tan es el caso que el funcionario invirtió una gran cantidad de recursos para su defensa, pues optó por agotar hasta el amparo que llegó a la SCJN, lo que implica una importante inversión de recursos, no sólo del funcionario, sino de todo el Estado.

## VI. Conclusión

Las preguntas que guiaron el presente trabajo fueron: ¿cuál es el objetivo principal del establecimiento de un procedimiento de responsabilidades de servidores públicos? Y ¿cuál es el objetivo de respetar todas y cada una de las formalidades esenciales del procedimiento en procedimientos de responsabilidad de servidores públicos?

## LA DEBIDA DEFENSA Y EL PROCEDIMIENTO DE ...

La respuesta a la primera de las preguntas se resolvió con el análisis del problema de agencia entre el Estado y sus empleados; suponiendo el sistema de responsabilidades de los servidores públicos una forma de combatir este problema. El sistema de responsabilidad de servidores públicos surge precisamente como un mecanismo de monitoreo para solucionar el problema del agente principal entre el Poder Ejecutivo, Estado o Gobierno y sus agentes: los servidores públicos. El sistema de responsabilidades, de esta forma, disuade a los agentes de desviarse de los objetivos del principal. Siempre y cuando sea percibido como capaz de sancionar efectivamente.

La respuesta a la segunda pregunta se basa en que el respeto a las garantías de debida defensa supone un requisito sin el cual el sistema de responsabilidades de los servidores públicos no funciona de forma eficiente. Cuando no se dota a estos agentes de las debidas garantías, como lo es el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento o la defensa adecuada, el sistema de responsabilidades lejos de convertirse en una solución al problema de agencia se torna en un agravante. Las razones son básicamente que los servidores públicos invertirán demasiados esfuerzos en protegerse del actuar de los órganos internos de control, tanto a través de un trabajo mediocre para no violentar ninguna regla como con opacidad de su actuar ante el miedo de ser sancionado; y que los servidores públicos carecerán de incentivos para mejorar o ser creativos en su quehacer generando, en algunos casos un

ANA ELENA FIERRO + ADRIANA GARCÍA

actuar mediocre poco innovador y en algunos casos la inactividad.

Un adecuado sistema de responsabilidades que efectivamente abata el problema de agencia nos permite lograr el balance entre el interés general de contar con una administración proba y la salvaguarda de las garantías de los funcionarios que les proporcione la seguridad necesaria para que puedan desempeñarse de manera eficaz. De ahí si bien resulta correcto que la SCJN utilice los parámetros del derecho penal en la aplicación del derecho administrativo sancionador también es menester contar con un sistema de responsabilidades eficiente a fin de que la ciudadanía pueda confiar en que el actuar irregular de la autoridad será sancionado.

Luego es necesario encaminar esfuerzos a lograr un sistema de responsabilidades que genere confianza. Tanto al Estado y en última instancia al ciudadano de que los actos que se alejen de la ley serán perseguidos y sancionados, como para los funcionarios que les permita desempeñarse en forma adecuada a sabiendas que de ser investigados contarán con procedimientos claros y confiables en los que puedan defenderse cabalmente con plazos razonables y acceso a todo los documentos necesarios, tanto para conocer de qué se les acusa como para defenderse. Lo contrario funda la desconfianza y el miedo que sólo lleva a la parálisis de la administración pública en detrimento de todos.

## VII. Bibliografía

LA DEBIDA DEFENSA Y EL PROCEDIMIENTO DE ...

ACOSTA ROMERO, Miguel, *Compendio de derecho administrativo: Parte General*, 3ª edición, México, Porrúa, 2001

FIGUEIREDO, Marcelo, “El Control de las Políticas Públicas por el Poder Judicial en Brasil –Una Visión General–”, *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo*, Universidad Pontificia Católica Sao Paolo, Caracas, Paredes 2009, t. I

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo II*; 10ª ed., España, Thomson, 2006,

FOSS, Hanne y LENE, Holm Pedersen, “The dynamics of Regulatory Reform”, in *Christensen y Laegreid (eds.) Autonomy and Regulation. Coping with agencies in the Modern State*. Cheltenham, Edwar Elgar, 2006

FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 2002.

GONZÁLEZ, María del Refugio y LÓPEZ AYOLLON, Sergio *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, 2000

MARTÍN RAMÓN, *Manual de Derecho Administrativo*, 21ª ed., España, Civitas, 2002.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS HISTÓRICOS DE LA REVOLUCIÓN MEXICANA Y SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, *Nuestra Constitución. Historia de la Libertad y soberanía del pueblo mexicano*. Cuaderno No. 25.

PAREJO Alfonso, et. al., *Manual de Derecho Administrativo*, 5ª ed., Barcelona, Ariel, 2000, t. 1.

PARRADO DÍEZ, Salvador, *Sistemas administrativos comparados*, Madrid, Tecnos, 2002.

ANA ELENA FIERRO + ADRIANA GARCÍA

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN,  
*Libro Blanco de la Reforma Judicial*, México, 2006.