

DERECHO ADMINISTRATIVO

BAUMANN. *Les problèmes actuels posés par la réforme pénitentiaire de 1973 en République Fédéral d'Allemagne*. v. DERECHO PENAL.

CARRILLO FLORES, Antonio. *El proceso administrativo en la Constitución mexicana*. Memoria de "El Colegio Nacional", tomo VII, núm. 3, año 1972, Editorial de El Colegio Nacional, pp. 25-34. México, D. F.

El distinguido juriconsulto mexicano se avoca en este trabajo al examen de tres cuestiones que desde el punto de vista jurídico no pueden pasar por alto.

En primer término trata sobre los límites constitucionales que tiene la Administración Pública para la toma de decisiones que afectan los derechos e intereses de los particulares.

Al respecto señala que nuestra Carta Magna consagra varios textos sobre lo que afirma podría llamarse "reserva constitucional de la jurisdicción". Hace hincapié en el argumento histórico-político con que Ignacio Vallarta fundó la constitucionalidad de la facultad económico-coactiva.

Por otra parte, el autor pone especial atención a la interpretación que se le ha dado a la fracción I del artículo 97 de la Constitución de 1857, antecedente de la fracción I del artículo 104 de la de 1917. A continuación, el autor examina la Ley de Justicia Fiscal de 1936, que acogió la tesis de que la fracción I del artículo 104 de la Constitución de 1917 exige el apoyo de una ley complementaria para que lo que se considera como una simple posibilidad constitucional se traduzca en un procedimiento ante los tribunales federales.

Como segundo punto a tratar, el autor pasa a examinar las formalidades o procedimientos previos a la decisión administrativa definitiva.

Al respecto señala que este problema se ha resuelto en base a la jurisprudencia en vista de que la Constitución no consagra texto alguno que dé una solución concreta.

De este modo, como el artículo 14 sólo menciona a la autoridad judicial, por jurisprudencia se ha hecho extensivo a la materia administrativa. En lo que se refiere al artículo 16, que exige que la autoridad funde y motive la causa legal del procedimiento cuando moleste a un particular en sus propiedades, posesiones o derechos, no regula el procedimiento originando lagunas.

Carrillo Flores recuerda que la tesis de la Suprema Corte se inclina por la aplicación analógica del artículo 14 Constitucional en el sentido

de que la autoridad administrativa debe dar oportunidad al particular de ser oído y de defenderse antes de que se dicte una decisión final en la esfera administrativa que le cause agravio directo.

Por otra parte el autor propone que al igual que en otros países en México se expida una ley general reguladora de los procedimientos administrativos, así como también una garantía específica consagrada en la Constitución que se refiera a los procedimientos administrativos.

Como último punto el autor examina los sistemas que la Constitución determina para regular la impugnación de los actos de la autoridad administrativa y para la reparación de la acción ilegítima por parte del Estado. Señala los tres caminos que tiene el legislador federal para regular la justicia administrativa.

Para concluir, Carrillo Flores propone que de una manera sistemática e integral se aborde en el marco de los nuevos textos constitucionales el problema de la justicia administrativa.—Cecilia OLIVERA TORO DE SILVA

Olivera

LOUSSOUARN. *La concentration des entreprises...* v. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y PRIVADO.

MURILLO, Mauro. *La empresa pública*. "Revista de Ciencias Jurídicas", número extraordinario, 24, Universidad de Costa Rica, junio-diciembre, 1974, pp.

Uno de los temas más polémicos desde el punto de vista de la doctrina es el que aborda Mauro Murillo en este volumen extraordinario de la revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica. El autor, comienza su reflexión definiendo el concepto de empresa, entendida como "actividad económica" dotada de una organización racional. Luego de superar los conceptos privatistas entra de lleno a tipificar a los entes que teniendo por titular al Estado asume diversas variables, no siempre discernibles por la doctrina jurídica.

Partiendo de la premisa de que existen empresas públicas dentro y fuera de la administración pública, el autor clasifica los entes públicos en tres tipos; a) la empresa pública-órgano de un ente público; b) la empresa pública-ente público propiamente tal, y c) la empresa pública-ente privada. Éstos son los tres modelos organizativos fundamentales que según Murillo ofrece la empresa pública. Sin embargo, en dicha tipología no se advierte una clara diferenciación, como lo hace la doctrina francesa, en relación a los servicios públicos.

Como sostiene con razón el autor, el fenómeno de la empresa pública ha revolucionado buena parte del derecho público; ha puesto en entredicho mucho de los conceptos tradicionales y ha originado la creación de nuevas concepciones sirviendo de síntesis al desarrollo del naciente derecho económico hoy en plena elaboración en los países europeos. El dere-

cho económico ha venido a superar la vieja discusión acerca de si el Estado puede ser jurídicamente titular de una empresa al igual que un empresario privado. El concepto de fin público, hasta ayer, considerado en función sólo de los servicios públicos ha quedado relegado a la historia jurídica del liberalismo.

La finalidad pública, materializada en lo que los juristas alemanes llaman el "orden público económico" es una constante que se viene perfilando en la medida que el Estado contemporáneo asume funciones y tareas productivas directas. Sin embargo, y coincidimos con el autor, donde de nuevo se plantea la discusión sobre el fin público es en relación con las sociedades controladas (económicamente) por la administración pública. El fin público, a nuestro modo de ver, debe encontrarse exclusivamente en las participaciones accionarias. Es decir, las sociedades en sí no perseguirían un fin público, sino el mencionado, cual es el de mantener su economicidad. Tal hipótesis, obviamente, no resuelve el nudo central del asunto. Dado el control que se ejercería sobre los administradores de la sociedad, ubicada en esta hipótesis, es evidente que éstos, de hecho, se ven forzados a tomar determinadas decisiones que no siempre serán beneficiosas (económicamente) para la sociedad.

El caso que comentamos no es rebuscado. Las empresas mixtas o de participación estatal, de uso extensivo en la economía mexicana, no están marginadas de verse, muchas veces, envueltas en resolver con criterio de interés público y perjudicar los intereses minoritarios de los accionistas privados.

Conviene también señalar que el autor abunda en situar la empresa pública en el sistema económico. Es decir, la naturaleza de la forma como se regula y estructura la economía es la que determina la gravitación e influencia de la empresa pública. En una economía centralmente planificada, la empresa pública o estatal será la principal ejecutora y productora en los planes económicos nacionales. En una economía mixta, como la mexicana, la empresa pública y sus diversas variables, será el instrumento de subsidiariedad a la gestión de empresarios privados.

Lamentablemente, Murillo limita su interesante análisis al contexto nacional de Costa Rica, especialmente en la segunda parte de su trabajo. El desarrollo del Derecho internacional económico está abriendo nuevos esquemas que no pueden omitirse al hablar de la empresa pública. Los acuerdos de coproducción que están operando entre empresas estatales del Este y empresas privadas europeas constituyen un desafío doctrinario a los juristas modernos.

En América Latina, en el contexto de la integración latinoamericana, las perspectivas no son despreciables. Los procesos de integración empresarial mixtos que ya operan en el Grupo Andino, la naciente empresa multinacional denominada Multinaviera del Caribe, en la que más de ocho Estados participan con fuerte intervención pública, las empresas conjun-

tas y los proyectos multinacionales contemplados en el Sistema Económico Latinoamericano (SELA) expresan una corriente que un jurista latinoamericano no puede subestimar ni omitir.

En síntesis, el trabajo de Mauro Murillo es una sistematización elemental bien lograda, acompañada de una bibliografía actualizada y completa, pero que, pese a estar volcado al análisis de la empresa pública en Costa Rica, debiera hacer mención a nivel internacional, a los proyectos, estudios y realizaciones que en materia de empresas públicas multinacionales comienzan a operar en América Latina.—Jorge WITKER V.

POLIAKOV y SILIN. *La administración del personal en las empresas soviéticas*... v. DERECHO DEL TRABAJO.

SCHRELEGLE. *Relaciones de trabajo en el sector público* v. DERECHO DEL TRABAJO.

VERRIER, Patrice, *Le médiateur (loi du 3 janvier 1973)*. "Revue du Droit Public et de la Science Politique en France & à l'Étranger", núm. 4, julio-agosto de 1973, pp. 941-983. París, Francia.

La ley núm. 73-6 de 3 de enero de 1973 instituye en Francia un *médiateur* ("mediador"), encargado de actuar de intermediario entre los ciudadanos y los poderes públicos, más allá del control ya existente sobre la actividad administrativa. En su principio, esta institución evoca la del *ombudsman* escandinavo, aunque presenta varios rasgos distintos.

El autor no pretende establecer un balance de la institución, por ser ésta demasiado reciente, sino comentar la ley de 3 de enero de 1973. Estima que la creación del mediador era necesaria desde varios puntos de vista, pero que el estatuto original que se le confirió tan sólo le permitiría una eficacia limitada.

I. Una institución necesaria

Hace tiempo ya que se denunciaron las insuficiencias, y hasta la ineficacia, de los procedimientos de control de la acción administrativa. El peso de la administración tentacular y anónima frente al ciudadano es quizá un lugar común, pero es desafortunadamente la realidad. Sin entrar en debates generales, el autor se propone subrayar nuevamente las lagunas e insuficiencias de los procedimientos de control instituidos en Francia. 1) Los recursos jurisdiccionales, y en primer lugar el recurso por exceso de poder, por su misma naturaleza, no pueden satisfacer sino de manera limitada, los intereses de los administrados (incertidumbres en materia de competencia —administrativa o judicial—, condiciones para que pro-

ceda un recurso, poderes limitados del juez administrativo y costos de los pleitos); 2) por otra parte, los controles no jurisdiccionales (administrativos interno y políticos) tienen, por definición, una eficacia relativa.

Después de recordar que todos los grandes Estados extranjeros se enfrentan con problemas análogos, y de presentar las soluciones originales que algunos adoptaron (Suecia, Finlandia, Noruega, Dinamarca, Gran Bretaña, Alemania Federal, etcétera), el autor señala los diferentes proyectos elaborados en vista de crear en Francia nuevos procedimientos de control de la administración y de defensa de los ciudadanos, y, finalmente, la adopción por el Parlamento de la institución del mediador.

II. *Un estatuto original*

1) *Nombramiento*. “El mediador será nombrado por seis años, mediante decreto dictado en Consejo de ministros” (artículo 2). A diferencia de Suecia, el poder ejecutivo es, pues, quien nombra al mediador. A primera vista esta solución puede criticarse, por otorgar al propio órgano controlado la facultad de designar el órgano de control. Pero veremos que, una vez nombrado, el mediador no tiene cuenta alguna que rendir al ejecutivo; además sus competencias y sus poderes hacen de él un intermediario entre los ciudadanos y la administración, más que un verdadero órgano de control de ésta.

2) *Duración de las funciones*. El mandato del mediador no es renovable, porque —expuso el ministro de Justicia—, “es preciso que él no tenga nunca la preocupación de que su mandato sea renovado: es una garantía de su imparcialidad...”. El mediador deja de ejercer sus funciones al vencerse el periodo de seis años, o por renuncia o fallecimiento, o bien por cualquier causa de impedimento. En este caso, la existencia del impedimento será declarada por un colegio integrado por el vicepresidente del Consejo de Estado, el primer presidente de la Corte de Casación y el primer presidente del Tribunal de Cuentas.

3) *Estatuto*. Durante el ejercicio de sus funciones, el mediador no podrá ser candidato a un mandato de consejero general o municipal, si no lo ejercía con anterioridad a su nombramiento (artículo 4). Por otra parte, la ley concede al mediador una inmunidad general al establecer que “... no podrá ser perseguido, buscado, arrestado, detenido o juzgado con motivo de las opiniones que emita o de los actos que realice en el ejercicio de sus funciones” (artículo 3).

4) *Medios de que dispone*. “Los créditos necesarios para el cumplimiento de la misión del mediador figurarán en el presupuesto correspondiente al primer ministro”; por otra parte, el mediador dispondrá de una libertad total para escoger a sus colaboradores quienes podrán ser funcionarios o personas del sector privado (artículo 15).

III. *Una eficacia limitada*

1) *Competencia*. El artículo 1º enuncia un principio general: "En las condiciones que fija la presente ley, habrá un mediador llamado a recibir, en sus relaciones con los administrados, las reclamaciones concernientes al funcionamiento de las administraciones públicas del Estado, de las colectividades públicas territoriales, de los establecimientos públicos y de cualquier otro organismo investido de una misión de servicio público. En el ámbito de sus atribuciones, no recibirá instrucciones de autoridad alguna." Ante todo, el mediador desempeña un papel de intermediario entre los administrados y el poder; pero, de manera alguna, es un defensor de los ciudadanos contra las arbitrariedades de la administración.

2) *Limites*. En primer lugar, el mediador conocerá tan sólo de las reclamaciones presentadas individualmente, con exclusión de las quejas colectivas o de carácter general, y de las que conciernen al funcionamiento interno de las administraciones u organismos contemplados por el artículo 1º (artículo 8). Un recurso ante el mediador no podrá poner en tela de juicio los fundamentos de una decisión jurisdiccional; en efecto, como lo afirma el artículo 11, el mediador no constituye una instancia jurisdiccional superior.

3) *Intervención del mediador (saisine)*. "La reclamación irá precedida de las gestiones necesarias ante las administraciones interesadas" (artículo 7), y —rasgo específico de la solución adoptada por el legislador francés—, no podrá ser presentada por un particular, sino por conducto de un diputado o senador quienes la transmitirán al mediador si juzgasen que es de su competencia y que requiere su intervención (artículo 6).

4) *Instrucción de las quejas*. Cuando el mediador reciba una queja, en primer lugar, tendrá que volver a examinar el asunto para averiguar si ésta le parece justificada. Los ministros y todas las autoridades públicas deberán facilitar la tarea del mediador (artículo 12). Además, éste podrá recurrir directamente al vicepresidente del Consejo de Estado o al primer presidente del Tribunal de Cuentas para que "se proceda a todos los estudios necesarios" (artículo 12). En fin, podrá solicitar al ministro responsable o a la autoridad competente que se le comunique cualquier documento o expediente relativo al caso que investigue (artículo 13) —disposición que estimamos muy importante.

5) *Solución dada a la queja*. En primer lugar, el mediador dispondrá de un poder de recomendación muy general y será informado del curso que se diere a sus intervenciones. A falta de contestación satisfactoria en el plazo que él mismo fije, podrá hacer públicas sus recomendaciones, mediante un informe especial (artículo 9). Por otra parte, el legislador le da competencia, en defecto de la autoridad competente, para promover contra cualquier agente responsable un procedimiento disciplinario o para

formular una queja ante la jurisdicción penal —lo que deja muchas cuestiones pendientes (artículo 10). Además, el mediador podrá “formular las proposiciones tendientes a mejorar el funcionamiento del organismo afectado por la reclamación” (artículo 9). Esta disposición es importante, porque tiende a hacer del mediador un verdadero inspirador de reformas administrativas.

Finalmente, la ley prevé que el mediador “presentará al presidente de la República y al Parlamento un informe anual que será publicado...” (artículo 14).

IV. Conclusiones

“Es difícil concluir”, escribe el profesor Verrier, por ser la institución reciente. Recordemos que el primer mediador, Antonio Pinay, fue nombrado por decreto de 30 de enero de 1973 y asumió sus funciones hasta la primavera de 1974, cuando renunció para apoyar la campaña presidencial de Valéry Giscard d'Estaing. Por decreto de 21 de junio de 1974, el ejecutivo nombró a su sucesor, Aimé Paquet.

Indudablemente, era necesaria la creación de un mediador, lo que no quiere decir que la institución establecida por la ley de 3 de enero de 1973 sea enteramente satisfactoria. Pero conviene no ser pesimista, al recordar que la ley de 1809 que instituyó el *Ombudsman* sueco era menos elocuente que la de 1973: al transcurrir los años, el *Ombudsman* creó él mismo los marcos de sus funciones. Es verosímil que ocurrirá lo mismo con el Mediador francés.—Monique LIONS.

DERECHO CIVIL

BATIFFOL. *La douzième session de la Conférence de La Haye*... v. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y PRIVADO.

GIARDINA. *L'eguaglianza dei coniugi nel diritto internazionale privato*. v. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y PRIVADO.

KAHN-FREUND. *La notion anglaise de la 'proper law of the contract'*... v. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y PRIVADO.

LALAGUNA, Enrique. *Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el derecho español*. “Revista de Derecho Privado”, mayo de 1973, pp. 383-419. Madrid, España.

Este tema tan debatido dentro de la teoría general de la adquisición de los derechos y en el derecho de cosas es abordado sistemáticamente por Lalaguna.