



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ENEP "ACATLAN"

DIVISION DE CIENCIAS JURIDICAS

**"LA CAUSAL DESVIO DE PODER EN DERECHO
ADMINISTRATIVO MEXICANO"**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A**

Guillermo Manuel Pineda González

Asesor: Dr. LEON CORTIÑAS PELAEZ



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ÍNDICE GENERAL
=====

	PÁGS.
Palabras preliminares	6
PRIMERA PARTE.- INTRODUCCIÓN GENERAL	
Capítulo I.- <u>Nociones previas fundamentales</u>	11
Sección I.- Poder, Estado y Derecho	11
Sección II.- Función y acto administrativo	32
SEGUNDA PARTE.- HORIZONTE DOCTRINAL Y COMPARATIVO DE LA DESVIACIÓN DE PODER	
Capítulo II.- <u>La teoría francesa de la desviación de poder.</u>	118
Sección I.- Generalidades del régimen contencioso-administrativo francés	118
Sección II.- Los recursos jurisdiccionales; el recurso por exceso de poder y sus casos de apertura	138
Sección III.- La desviación de poder en el derecho administrativo francés	154
Capítulo III.- <u>Derecho comparado</u>	184
TERCERA PARTE.- EL DESVÍO DE PODER Y SUS ASPECTOS CONSTITUCIONALES Y POSITIVOS	
Capítulo IV.- <u>Bases constitucionales de la justicia administrativa</u>	216
Capítulo V.- <u>El amparo, las garantías individuales y el desvío de poder</u>	246
Capítulo VI.- <u>El desvío de poder en el Tribunal Fiscal de la Federación</u>	280
Capítulo VII. <u>El desvío de poder y los tribunales administrativos locales</u>	346
Sección I.- El desvío de poder en el Tribunal Contencioso Administrativo del Distrito Federal	348
Sección II.- El desvío de poder en el Tribunal Fiscal del Estado de México	362
CONCLUSIONES	367
BIBLIOGRAFÍA	376
INDICE ANALÍTICO	388
INDICE ONOMÁSTICO	397

LA CAUSAL DESVIO DE PODER
EN DERECHO ADMINISTRATIVO MEXICANO

PALABRAS PRELIMINARES
=====

Corresponde al Derecho Público en su sentido amplio, la regulación de la actividad del Estado en todas sus formas y manifestaciones; una de cuyas ramas más importante es, sin duda, el Derecho Administrativo, del cual es palpable cada vez más su trascendencia en el acontecer social contemporáneo, porque trata del actuar concreto de la administración pública, que persiguiendo siempre la satisfacción del interés general puede, eventualmente, afectar la esfera jurídica de los particulares.

Incansablemente se ha escrito y hablado de la intensa expansión que ha sufrido la administración pública actual en la mayor parte de los países del orbe, lo cual urge al Derecho para regular las nuevas situaciones surgidas de la ampliación de los cometidos del Poder Público y que llevan a cabo los órganos administrativos del Estado. El Derecho Administrativo mexicano no está exento de esta tendencia y ha sido la rama más dinámica de nuestro sistema jurídico; incipiente aún al término de las luchas revolucionarias de comienzos de este siglo, ha conocido en los últimos cincuenta años un notable desarrollo, paralelo al sostenido crecimiento orgánico de la administración pública nacional.

El tema que se propone desarrollar la presente tesis se circunscribe al ámbito del Derecho Administrativo y se relaciona directamente, no tanto con sus aspectos orgánicos, sino más bien con la actuación administrativa concreta susceptible de impugnación

jurídica por los afectados, esto es, tiene una vinculación estrecha con el interesante campo —aunque todavía no muy explorado en nuestro medio— del contencioso-administrativo.

Las sanciones jurídicas a la actividad administrativa que omite o viola el derecho, pueden ser de dos tipos: la anulación y la responsabilidad; la primera, es en la que centraremos especialmente nuestra atención, la segunda, aún espera un desarrollo legislativo efectivo, aletargado hasta hoy. Ahora bien, de las causales de nulidad de los actos administrativos conocidas doctrinalmente, es la de desvío de poder la que suscita un mayor cuidado sobre su aplicación. Sobretudo a partir de que nuestro país crea un sistema jurisdiccional basado en los particulares principios del contencioso administrativo —principalmente derivado del sistema francés—, es cuando surgen las discusiones sobre su existencia, naturaleza jurídica, alcances y efectos prácticos; constituyendo todo ello el objeto primordial de nuestro estudio.

Así pues, la presente investigación comprenderá ciertos aspectos sustantivos, en cuanto a la determinación y ejercicio de las potestades administrativas que pueden incurrir en el vicio de desvío de poder, y diversos aspectos adjetivos, en cuanto al reconocimiento y juzgamiento —por el órgano jurisdiccional correspondiente— de este vicio, íntimamente ligado al sistema mexicano de justicia administrativa, el cual se encuentra en constante cambio, pues no es ajeno a la propia dinámica de la administración y del Derecho que le rige.

EL PLAN GENERAL de la tesis comprende tres grandes partes:

Una Primera Parte de introducción general, en la que se consideran las nociones previas fundamentales, relacionadas con el tema, como son el Poder Público, el Estado de Derecho, la función administrativa y la teoría del acto administrativo.

Una Segunda Parte, en la que se estudia y aborda el horizonte comparativo y doctrinal del desvío de poder, especialmente, la teoría y práctica francesas de la desviación de poder.

Y una Tercera Parte, en la que se analizan, progresivamente, los aspectos positivos, tanto constitucionales, como administrativos o financieros, que el tema ofrece.

Al final, encontramos los apéndices constituidos por las conclusiones generales, el índice analítico y el índice de nombres, así como por la bibliografía citada.

PRIMERA PARTE

INTRODUCCION GENERAL

CAPITULO I NOCIONES PREVIAS FUNDAMENTALES

S U M A R I O

=====

Sección I.- Poder, Estado y Derecho.

1. Como supuestos básicos del tema.
2. Relaciones entre estas tres nociones básicas.
3. Advertencia metodológica.
4. Delimitaciones concretas.
5. Inutilidad de su profundización.
6. Conceptos vinculantes con el tema.

Subsección I El Poder Público.

7. La doble concepción: como sinónimo de Estado y como facultad soberana.
- 8.A) La división o separación del Poder Público.
- 9.B) Funciones del Poder Público.
- 10.C) Cometidos del Poder Público.

Subsección II El Estado de Derecho.

11. Estado de Derecho y desvío de poder.
- 12.A) Evolución: del Estado absolutista al Estado de Derecho.
- 13.B) Su concepto y matices doctrinales.
- 14.C) El principio de legalidad.
- 15.D) El Estado mexicano como Estado de Derecho.
16. Del Estado liberal al Estado social de Derecho.

Sección II.- Función y acto administrativos.

17. Recapitulación y plan.

Subsección I La función administrativa.

- 18.A) La función administrativa y la división de poderes:
 - 19.a) Criterios de distinción: el orgánico y el material.
 - 20.b) La función administrativa y sus definiciones doctrinales.
 - 21.c) Poder Ejecutivo y función administrativa.
 - 22.d) Función administrativa y legislativa.
 - 23.e) Función administrativa y jurisdiccional.
 - 24.f) Función administrativa, ejecutiva y gubernamental.
 - 25.g) El desvío de poder y las funciones estatales.

- 26.B) El Derecho Administrativo y la función administrativa.
- 27.C) La administración pública y la función administrativa.

Subsección II El acto administrativo.

- 28. Introducción y proyecto de su estudio.
- 29.A) Su conceptualización doctrinal.
- 30.B) Sus características esenciales:
 - 31.a) La ejecutoriedad.
 - 32.b) La presunción de legitimidad.
 - 33.c) La estabilidad.
 - 34.d) La impugnabilidad.
 - 35.e) El interés general.
- 36.C) Sus elementos:
 - 37.a) ¿Quién dicta el acto administrativo?
 - 38.aa) La competencia.
 - 39.bb) La voluntad.
 - 40.b) ¿Por qué se dicta el acto?
 - 41.aa) El motivo como presupuesto de hecho y de derecho.
 - 42.bb) Los motivos y la doctrina extranjera.
 - 43.cc) La teoría de la causa: discusiones.
 - 44.c) ¿Para qué se dicta el acto?
 - 45.aa) El objeto como contenido.
 - 46.bb) El objeto como fin.
 - 47.cc) La oportunidad y/o mérito.
 - 48.d) ¿Cómo se dicta el acto?
 - 49.aa) La forma.
 - 50.bb) El procedimiento.
- 51.D) Sus vicios o causales de ilegalidad:
 - 52.a) Los actos administrativos irregulares.
 - 53.b) Hacia una teoría de las nulidades administrativas.
 - 54.c) Los elementos del acto y sus vicios:
 - 55.aa) La incompetencia.
 - 56.bb) El vicio de forma.
 - 57.cc) La violación de la ley.
 - 58.dd) La desviación de poder.

CAPITULO I NOCIONES PREVIAS FUNDAMENTALES
=====

Sección I Poder, Estado y Derecho

1. Como supuestos básicos del tema.- Las tres nociones que encabezan esta sección engloban una parte considerable e importante del universo social, cuya mención conjunta en un sólo rubro resulta bastante sugestiva por la infinidad de relaciones entre ellas y por la gran extensión y profundidad de las ideas que resultan de su estudio; pero, independientemente de ello, constituyen los supuestos básicos de los cuales derivaremos el tema concreto que nos ocupa: la causal de anulación, de los actos administrativos en el Derecho Público mexicano, denominada desvío de poder.

El régimen de anulación al que nos referimos es determinado por el Derecho objetivo, o sea, se trata de una cuestión jurídica, más específicamente del Derecho Administrativo; ahora bien, el objeto de la anulación es cierto tipo de actos del Estado, aquellos derivados de la administración pública, y el centro del problema sujeto a estudio es la desviación del Poder que detentan y ejercen algunos órganos públicos. Así pues, estas tres nociones nos interesan fundamentalmente por sus relaciones con el tema y, en forma secundaria, por las ricas relaciones entre ellas.

2. Relaciones entre estas tres nociones básicas.- En el mundo moderno, el Hombre ha sometido gran parte de sus actividades al Derecho y para crearlo y aplicarlo se ha perfeccionado el aparato o institución dominado Estado, al cual se le otorgan un conjunto de facultades que se ejercen en virtud del Poder Público que

se le reconoce. Complementando esto, DUVERGER (1) opina que "el Derecho es uno de los instrumentos esenciales del poder y que aunque no toda la actividad del poder se desarrolla dentro del marco del Derecho; sí puede decirse que una gran parte de ella se realiza a través del Derecho: las Constituciones, los códigos, los reglamentos, las decisiones administrativas y las sentencias son procedimientos de acción fundamentales del poder".

Este mismo autor pone de relieve la influencia del Derecho sobre el poder manifestando que "el Derecho es un elemento del poder, un medio de acción del poder y una forma de poder que lo organiza, lo institucionaliza y contribuye a legitimarlo; pero, no obstante, comporta también elementos de garantía contra el poder" (1 bis).

Derivado de lo anterior, podemos mencionar que de las actividades humanas regidas por el Derecho, algunas quedan sometidas a determinadas sanciones jurídicas; así, cuando un particular atenta contra los derechos de otro particular, quedan protegidos los intereses subjetivos violados para que, mediante el ejercicio de una acción ante un órgano jurisdiccional, se pueda restituir al afectado el goce de sus derechos; pero esta situación, de un particular litigando contra otro particular, es normal y antigua; en cambio, reconocer a los ciudadanos un derecho de acción contra el Estado por el ejercicio indebido o desviado de sus poderes, ha sido más difícil y la evolución de los medios de control que se han creado para ello, nos conduce al origen de los sistemas contencioso-administrativos, pero, especialmente al del régimen contencioso-administrativo francés, donde nace y se desarrolla la causal desvío de poder.

(1) DUVERGER, Maurice, Instituciones políticas y derecho constitucional, Barcelona: Ariel, 1970, p. 33.

(1 bis) Ibidem, p. 40.

3. Advertencia metodológica.- Consideramos conveniente hacer una advertencia metodológica importante: no buscamos mantenernos en el nivel de nociones académicas formales —siempre discutibles tratándose de las ciencias sociales—, las cuales son, en última instancia, la descripción de ciertos fenómenos humanos, los cuales subsisten independientemente de lo que se opine o escriba sobre ellos; nos satisface más el análisis objetivo y crítico de lo que es el desvío de poder, no tanto de lo que se dice que es el desvío de poder. Y deseamos sostener el mismo criterio respecto de otros conceptos jurídicos que se traten a lo largo de nuestros desarrollos, de tal forma que sin alejarnos de lo jurídico observemos los fenómenos en su integridad social, considerando también ciertos elementos extranormativos, pero determinantes, de las instituciones (2).

4. Delimitaciones concretas.- En primer lugar, debemos decir que el desvío de poder al que nos referimos no tiene en forma primordial la connotación política que pudiera creerse, sino que, considerando el peso de las tendencias que distinguen lo puramente político de lo político-administrativo, más bien se trata del desvío de facultades o de atribuciones de las autoridades administrativas; de tal manera que no debe pensarse que trataremos el desvío de toda manifestación del Poder Público, sino sólo estudiaremos la desviación de esa porción del poder que se ejerce bajo la forma administrativa.

(2) Cfr., en este sentido, la contribución de Julio Luis MORENO, Los supuestos filosóficos de la ciencia jurídica, Montevideo: Facultad de Derecho, 1963; quien concibe la naturaleza compleja del ser del Derecho, como una estructura normativa social en la cual se dan indisolublemente unidos los elementos normativos y los elementos extranormativos o históricos.

Asimismo, el término causal de nulidad y la ubicación en el Derecho Administrativo mexicano del tema, indican otros dos límites precisos que lo circunscriben: el campo de las nulidades administrativas, realmente independiente de las nulidades civiles, por lo que se excluyen estas últimas (aunque por ser ambas cuestiones jurídicas presentan algunos rasgos semejantes); y el hecho de que el desarrollo se plantee en el ámbito del Derecho Administrativo, excluye algunas otras ramas jurídicas evidentemente, pero incluye cuestiones fundamentales de ciertas ramas del Derecho Público, como por ejemplo, el Derecho Fiscal o Financiero, en sentido amplio.

5. Inutilidad de su profundización.- Parece inevitable aceptar, por otro lado, lo relativo de aquello que mencionemos acerca del Derecho, del Estado y del Poder, pues constituyen realidades muy complejas y que a veces se captan de tan distintas maneras por los estudiosos, según sus posiciones ideológicas, que se requiere la ayuda de las ciencias especializadas para determinar con mayor certeza sus conceptos y mecanismos, por lo que es menester que sobre estos tres puntos hagamos sólo las más breves consideraciones.

Para profundizar las relaciones que existen entre Derecho, Poder y Estado deberíamos recurrir pues, a sus tres ramas científicas, como son la teoría del Estado, la ciencia política y la ciencia jurídica, encontrando indudablemente una gran variedad de ideas, doctrinas, opiniones y tendencias, cuyo desarrollo lógicamente tendríamos que omitir, por rebasar los límites de este estudio, ya que, como hemos mencionado con anterioridad (supra, § 1), sólo nos interesan las relaciones que tengan con el tema de esta tesis.

6. Conceptos vinculantes con el tema.- Así pues, simplemente queremos apuntar que el poder al cual nos referimos es esa fuerza o coacción que ejerce un grupo de hombres sobre toda una conformación social, es decir, el Poder Público y, en lo que respecta al Estado y al Derecho, encontramos una vinculación muy importante entre ellos que nos interesa particularmente (no creemos en su plena identificación como otros), la cual queda manifestada cuando hablamos de Estado de Derecho.

Hemos delineado así las nociones básicas que trataremos a continuación: el Poder Público y el Estado de Derecho; en relación con el primero, veremos sucesivamente su división, sus funciones y sus cometidos; en relación con el segundo, anotaremos algunas cuestiones de su formación histórica y de su concepción doctrinal, desarrollaremos el principio de legalidad que rige los actos estatales y, finalmente, reflexionaremos sobre las características que presenta el Estado mexicano y que nos permitirán encuadrarlo dentro del marco de un Estado de Derecho.

Subsección I El Poder Público

7. La doble concepción: como sinónimo de Estado y como facultad soberana.- Aunque resulta a veces multívoco el uso del término poder, hemos dicho que restringiéndolo al concepto de Poder Público queda limitado a algo más preciso pero, aún así, hablar en general del Poder Público resulta muy extenso para los efectos del presente estudio. Empero, no podemos negar la importancia de su comentario puesto que nuestro tema fundamental, que es el desvfo de poder, exige evidentemente saber qué es ese poder que se desvfa.

El Poder Público, en primer lugar, puede considerarse como sinónimo de la organización estatal y así, por ejemplo, cuando hablamos de las funciones y cometidos del Poder Público, podría entenderse sin ningún problema que se trata de las funciones y cometidos del Estado. Sin embargo, cuando nos referimos a la teoría de la división o separación del Poder Público, estamos considerando el término en su acepción más propia y pura: como la potestad o facultad soberana del Estado, es decir, la posibilidad real y legítima que tiene para imponer sus leyes, sentencias o decisiones. Y como con anterioridad lo hemos mencionado (supra, § 6), nuestro análisis del Poder Público se circunscribe al estudio del principio de su división, así como de sus funciones y cometidos.

8.A) La división o separación del Poder Público.- Inicialmente podemos notar el uso singular del término en vez del plural; comúnmente se dice "de la división de poderes", lo que consideramos erróneo en lo particular, ya que debe dividirse aquello que se presenta como un sólo bloque y el Poder Público en definitiva se presenta así: una unidad de mando o dominio ejercida por un grupo o por una persona; además, lo que resulta de la división, no son poderes públicos autónomos, sino potestades diferentes encargadas a distintos órganos y que conservan ciertas relaciones entre sí (3). Sin embargo, estamos conscientes de la inercia y costumbre de la expresión plural; por ello la aceptamos, aunque no estemos de acuerdo plenamente.

(3) En este mismo sentido nuestro texto constitucional, en su artículo 49 expresa: "El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio en Legislativo Ejecutivo y Judicial" (subrayado nuestro). También así se manifiesta el profr. argentino Agustín GORDILLO, quien en la p. XII-2 de su Tratado de Derecho Administrativo (Buenos Aires: Macchi, 1980. t. II) afirma, "El poder estatal es uno solo y la llamada división de poderes solo consiste, por un lado, en una división de funciones y por el otro, en una separación de órganos".

Ahora bien, como dice el maestro M. de la CUEVA, a Charles de Secondat, Barón de Montesquieu, "el destino le reservó un puesto de honor por su idea de la necesaria separación de los poderes como el camino único para poner fin a los absolutismos y despotismos y para asegurar la libertad de los hombres" (4).

Amén de otras valiosas aportaciones contenidas en sus diversas obras, es en su libro El Espíritu de las Leyes (libro XI, capítulos V y VI), donde Montesquieu aborda los problemas del poder y propone que cada potestad se asigne a una persona o cuerpo colegiado distinto:

"En cada Estado hay tres especies de poderes: la potestad legislativa, la potestad ejecutiva de las cosas que dependen del derecho de gentes y la potestad ejecutiva de las cosas que dependen del derecho civil (...). Todo estaría perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de principales o de nobles o del pueblo, ejerciera estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los crímenes y las diferencias entre los particulares" (5).

Por otra parte, comenta el propio maestro de la CUEVA, en los renglones de El Espíritu de las Leyes late un principio hermoso que se ha puesto de relieve muchas veces: la garantía mejor, si no la única, de que el poder no podrá cometer abusos consiste en que "el poder detenga al poder"; o expresado en otras palabras, la doctrina de Montesquieu conduce a un sistema de "frenos y contrapesos" en las actividades de cada uno de los poderes (6).

(4) CUEVA, Mario de la, La idea del Estado, U.N.A.M., 1975, p. 94.

(5) Ibidem, p. 97.

(6) Ibidem, p. 98.

La trascendencia para nuestro tema de la teoría de la división o separación del Poder Público consiste en lo siguiente: es secular la preocupación por evitar los abusos del poder; para lograrlo inicialmente se pensó y se puso en práctica con acierto el sistema de separación de poderes propuesto, pero ello no solucionó totalmente el problema, ya que en su propia órbita cada poder podía seguir cometiendo abusos; se hizo necesario entonces perfeccionar los mecanismos de control entre ellos, siendo de vital importancia el que opera sobre los actos del Poder Ejecutivo, en vista de las violaciones legales que cometa y de las cuales conocerá el Poder Judicial o el Órgano jurisdiccional autónomo respectivo: el desvío de poder constituye una parte debatida y sofisticada de estos mecanismos de control.

Así pues, la separación del Poder Público abre un juego muy amplio al manejo de las tres funciones primordiales del Estado. Finalmente, deseamos poner especial énfasis sobre la existencia de lo que se ha llamado "coordinación de los poderes", en virtud de que éstos operan en ejercicio de un único Poder Público y sólo ejercen primordialmente, no en forma monopólica ni excluyente, una de las potestades públicas .

Esto queda acreditado en nuestro derecho positivo, ya que de la lectura y análisis cuidadosos de los artículos respectivos en la Constitución mexicana de 1917 (que serían, fundamentalmente, los siguientes: el artículo 49, 50, 73, 80, 89, 94, 103, 107 y 110), podemos desprender que en nuestro sistema constitucional no se conoce una rígida división del Poder Público, sino una flexible separación, en la que se coordinan las acciones de los tres poderes constituidos.

9.B) Funciones del Poder Público. - El ejercicio del Poder Público comprende diversas potestades, a las que SAYAGUÉS LASO denomina "poderes jurídicos", los que se traducen en una aptitud para obrar de determinada manera y que tradicionalmente se denominan funciones jurídicas del Estado (7).

Siguiendo a este mismo autor uruguayo (8), hay que considerar las siguientes cuatro funciones: la constituyente, la legislativa, la administrativa y la jurisdiccional. Siendo la primera, la actividad estatal de creación de las normas constitucionales cuyo objeto es la formulación de las normas relativas a la creación y organización de los órganos y entidades estatales.

La función legislativa puede ser sencillamente descrita como la actividad estatal que tiene por objeto la creación de normas jurídicas generales, de reglas de derecho, o sea, de leyes.

La función administrativa, anota SAYAGUÉS LASO, ha dado lugar a profundas discrepancias y se han sostenido diversos criterios para definirla: como la función que realiza el Poder Ejecutivo, como la actividad que no es legislación ni justicia, como la que realiza actos subjetivos, actos condiciones y operaciones materiales en vista del funcionamiento de los servicios públicos; como la que se ejecuta bajo el orden jurídico el Estado para la realización de sus fines, o como la actividad práctica y concreta que desarrolla el Estado para la inmediata obtención de sus cometidos. Más adelante, haremos un análisis detallado de aquellas cuestiones que implica esta función (infra, § 18-27), ya que el desvío de poder será un vicio propio de su ejercicio, a pesar que en sentido con =

(7) SAYAGUÉS LASO, Enrique, Tratado de derecho administrativo, tomo I, Montevideo: Barreiro y Pinos S.A.; 4a. ed., por Daniel H. MARTINS, 1974, pp.34-35.

(8) Ibidem, pp. 35 y siguientes.

trario se ha manifestado otro autor oriental, Julio A. PRAT, para quien "la teoría de la desviación de poder desborda las de las nulidades de los actos administrativos pudiendo aplicarse a los actos legislativos, jurisdiccionales, de los organismos colaborados, etc." (9).

Por último, puede definirse con un criterio material, opuesto al orgánico, la función jurisdiccional, diciendo que es aquella que tiene por objeto decidir cuestiones jurídicas controvertidas mediante pronunciamientos que adquieren fuerzas de verdad definitiva.

10.C) Cometidos del Poder Público.— Frecuentemente confundidos con las funciones del Poder Público, pueden definirse —siguiendo en esto también al administrativista SAYAGUÉS LASO (10)— como "las diversas actividades o tareas que tienen a su cargo las entidades estatales conforme al derecho vigente; su extensión es muy variable pues depende de las ideas predominantes acerca de los fines del Estado".

Los cometidos han sido clasificados en cuatro categorías: los considerados esenciales, verbigracia relaciones exteriores, defensa y seguridad interior, actividad financiera y hacendaria; los llamados servicios públicos en sentido estricto, verbigracia comunicaciones, transportes, limpieza y agua potable; los servicios sociales, verbigracia educación y salud; y algunas actividades privadas asumidas por la administración, verbigracia el comercio y ciertas áreas empresariales.

(9) PRAT, Julio A., De la desviación de poder, Montevideo: Facultad de Derecho, 1957, p. 2.

(10) Op. cit., pp. 48 y siguientes.

Obviamente que en el siglo pasado y ante el apogeo del liberalismo económico, el Estado poseía cometidos muy reducidos; pero en la actualidad se han ensanchado de tal modo que resulta muy necesario su estudio para comprender muchas de las nociones propias del Derecho Administrativo (10 bis). Además, los cometidos del Poder Público guardan una correlación estrecha con la competencia de las autoridades y con los fines de las normas administrativas, y ambas son cuestiones de vital importancia para el posterior desarrollo del tema "desvío de poder".

Así, las diversas facultades de los órganos administrativos se otorgan en la medida que son adecuadas para lograr que un cometido estatal sea realizado y conforme aumentan los cometidos, paralelamente se incrementan las potestades administrativas y, por tanto, los ámbitos competenciales.

Por otro lado, considerando que toda disposición administrativa persigue un fin, ya sea mediato o inmediato, es evidente que dicho fin debe ser congruente con el cometido estatal que se persigue al dictarse la disposición correspondiente; en otras palabras, los fines de las normas materializan e instrumentan un cometido, por ejemplo: tratándose de un cometido social como la salud pública, toda disposición sanitaria tendrá como fin específico concretarlo y hacerlo posible por diversos medios; permitiendo inspecciones, sancionando por el incumplimiento de las reglas mínimas de higiene, otorgando licencias, etc.

(10 bis) Cfr. sobre el importante papel que tienen los cometidos de Poder Público en el derecho administrativo mexicano, véase, la extensa recensión de L. CORTIÑAS-PELÁEZ a la 4a. ed. de ACOSTA ROMERO, Miguel, Teoría general del derecho administrativo, cd. de México: Vivivenda, vol. 6, núm. 6, nov-dic., 1981, pp. 610-621.

Subsección II. El Estado de Derecho

11. Estado de Derecho y desvío de poder.- De los múltiples aspectos que pueden abarcarse al estudiar el Estado, hemos considerado pertinente hacer un somero análisis del concepto Estado de Derecho, ya que de dicha cuestión concreta podremos obtener algunas ideas importantes relacionadas con el desvío de poder y con el Derecho Administrativo en general.

Existe una premisa fundamental de la que partimos:

sólo en un Estado de Derecho son anulables los actos de la administración pública que incurran en cualquiera de las causales de ilegalidad existentes y, más especialmente, aquéllos que incurran en desviación de poder, que opera como una "última" causal de características muy peculiares, las cuales son objeto del presente estudio.

Consideramos que para tener una idea, más o menos completa, de la noción Estado de Derecho, basta por ahora con tratar los diferentes aspectos de su formación o evolución histórica, de su conceptualización doctrinal, del principio de legalidad que lo rige y de las características que ofrece el Estado mexicano para ser catalogado dentro de los límites de un Estado de Derecho.

12.A) Evolución: del Estado absolutista al Estado de Derecho.- Para comprender un poco mejor aquello que mencionemos respecto de la organización estatal, es imprescindible que consideremos, compartiendo el punto de vista de DUVERGER, que "el Estado es siempre y en cualquier parte, a la vez, el instrumento de dominación de ciertas clases sociales sobre otras (...) y un medio de asegurar un cierto orden social, una cierta integración de

todos en la colectividad para el bien común; la proporción de uno y otro elemento es muy variable según las épocas, las circunstancias y los países" (11). De tal forma que debemos atender no tanto a lo que se dice del Estado, sino a lo que es el Estado: se dice que es una u otra cosa, siendo en realidad ambas cosas.

Recordemos que el Estado moderno es la forma de organización política que emerge en Europa como consecuencia de la descomposición del régimen feudal que atomizaba el poder; toda la evolución posterior, sobre todo durante los siglos XVII y XVIII, consolida un Estado fuerte pero absolutista, en el que los monarcas ejercían a título personal los privilegios de la soberanía y cuya voluntad y poderes no conocían límite alguno, imperando entonces la arbitrariedad.

Podemos notar, desde la perspectiva histórica, que el Estado de Derecho se configura por la influencia de tres grandes revoluciones: la inglesa, la angloamericana y la francesa. Dichos movimientos revolucionarios aportan una serie de elementos que van debilitando al Estado absolutista, fortaleciendo, en cambio, al nuevo sistema, que se denominará régimen o Estado de Derecho; tales elementos son:

- El constitucionalismo
- La Ley como expresión de la voluntad general
- Los derechos del Hombre
- La división de poderes
- La soberanía popular

(11) Op. cit., pp. 38-39.

13.B) Su concepto y matices doctrinales.— Como hacer notar GARCÍA PELAYO (12), el Estado de Derecho es, en sus orígenes, un concepto típico liberal que nace con el derecho positivo de las revoluciones angloamericana y francesa, la primera buscó "un go = bierno de leyes, no de Hombres" y la segunda proclamó "no hay en Francia autoridad superior que la de la Ley". Sin embargo, desde el punto de vista doctrinal es una concepción debida al genio jurí = dico del pueblo alemán (Rechtsstaat), autores como VON MOHL, STAHL, GNEIST, LABAND, G. JELLINEK y GIERKE, son sus clásicos y más desta = cados expositores.

El concepto de Estado de Derecho —agrega GARCÍA PELAYO— ha sufrido " un proceso de desustancialización a través del positivis = mo, perdiendo aquellos contenidos de índole ontológica y axiológica que caracterizó su versión clásica, inicialmente la concepción apa = rece condicionada por fines que trascienden al Estado mismo, sea de índole individual o social; pero con el positivismo cambian los su = puestos, en cuanto que todo derecho es estatal y toma forma de ley (...)" (13).

La definitiva desnaturalización del concepto a que se refie = re este autor tiene lugar con KELSEN, para quien Estado y Derecho son idénticos:

"Todo Estado tiene que ser Estado de Derecho en este sentido formal, puesto que todo Estado tiene que constituir un or = den coactivo de la convivencia humana, sea cualquiera el método —autocrático o democrático— de su creación y cual = quiera que sea su contenido tiene que ser un orden jurídico" (14).

(12) GARCÍA PELAYO, Manuel, Derecho Constitucional comparado, Madrid: Rev. de Occ. 1953, p. 157.

(13) Ibidem, p. 159.

(14) KELSEN, Hans, Teoría general del Estado, Barcelona, 1934, p. 120; apud GARCÍA P.; op. cit., p. 160.

Conforme a dichas ideas desaparecía el concepto de Estado de Derecho, ya que al identificarlos pierden su singularidad y la categoría resulta aplicable a todo tipo de organización estatal. Así, la diferencia con la concepción clásica del Estado de Derecho es manifiesta, pues según el positivismo, basta que el Estado reconozca alguna limitación a su poder, para que sea considerado como Estado de Derecho, lo cual es bien diferente del concepto expuesto por los autores alemanes clásicos que exigían no sólo limitaciones formales, sino también sustantivas.

Y entre sus ideas finales, GARCÍA PELAYO concluye dos ideas principales, las cuales compartimos por la claridad con que son expuestas y por la verdad que encierran:

a) "El significado concreto del Estado de Derecho depende de la idea que se tenga del Derecho" (15).

b) "La teoría del Estado de Derecho, o con más precisión, del Estado liberal-burgués de Derecho, está dentro de la línea general de racionalización del poder, como medio para garantizar la libertad, la propiedad y la seguridad, y para eliminar todo factor irracional (por ejemplo, la voluntad arbitraria) en la organización y actividad del Estado" (16).

(15) En el mismo sentido, otros autores españoles contemporáneos, como lo son GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, en su Curso de Derecho Administrativo (Madrid: Civitas, 1980, tomo I, pág. 361) afirman: "Lo que distingue a unos Estados respecto de otros, tanto en un tiempo dado como en diferentes épocas históricas, no es, pues, que unos reconozcan y otros aborrezcan el ideal de un Estado de Derecho, sino lo que uno y otro entienden por derecho (...) Cuando se niega a un Estado su condición de Estado de Derecho se parte, obviamente, de una determinada concepción ideal del Derecho"

(16) GARCÍA PELAYO, op. cit., p. 161.

14.C) El principio de legalidad. - Este principio, conocido también como principio de juridicidad (17), parte de la premisa fundamental de que todos los actos emanados de los órganos del Poder Público deben realizarse en completa armonía con las reglas del Derecho, y tiene en la actualidad un doble significado: primero, "la sumisión de todos los actos estatales a las disposiciones emanadas de los cuerpos legislativos en forma de ley"; segundo, "el sometimiento de todos los actos singulares, individuales y concretos, provenientes de una autoridad, a las normas generales, universales y abstractas previamente establecidas, sean o no de origen legislativo, e inclusive procedentes de esa misma autoridad" (18).

Así pues, el principio de legalidad significa no sólo la subordinación a leyes formales, sino también a reglamentos, tratados, decretos, principios generales y demás fuente sustancialmente normativas; en pocas palabras, la legalidad significa conformidad con el orden jurídico en general.

Considerando algunas opiniones doctrinales, encontramos, por otro lado, los siguientes puntos de vista de diversos autores sobre este principio:

Para LABAND, "la característica del Estado de Derecho es que el Estado no puede requerir ninguna acción, ni imponer ninguna omisión; no puede mandar ni prohibir nada a sus súbditos

(17) Prosper WEIL señala al respecto (El derecho administrativo, Madrid: Taurus, pp. 92-93) que "con el uso, el término de legalidad ha recibido una acepción más amplia y ha pasado a ser sinónimo de regularidad jurídica, o sea, de juridicidad; el bloque de legalidad a que hacía referencia HAURIOU, abarca hoy día el conjunto de reglas de derecho que limitan la acción administrativa". Debemos advertir que si bien es más propia la acepción de juridicidad, se ha generalizado la de legalidad, tomándola en su sentido amplio.

(18) LARES-MARTÍNEZ, Eloy, Manual de derecho administrativo, Caracas: U.C.V., 1978, p. 168.

más que en virtud de un precepto legal" (19).

Según el profesor alemán WOLFF, el principio de legalidad es de la esencia del concepto del Estado de Derecho, y aplicado a la administración pública significa, negativamente, que ninguna actividad administrativa debe contrariar a una norma jurídica vigente, e implica, positivamente, la exigencia para toda actividad administrativa de una autorización legislativa formal (20).

Por su parte, OLIVERA TORO nos dice que "el principio de legalidad limita la competencia de la actuación de los titulares de los órganos administrativos a la ley previamente dictada, expresa la conformidad a Derecho y es sinónimo de regularidad jurídica de la administración", y agrega que este principio "genera seguridad jurídica para los administrados, protegiéndolo en contra de las arbitrariedades a que estarían expuestos si la administración no estuviera ligada a normas jurídicas, y a su vez, produce firmeza en la actuación administrativa que será conforme a los dictados de la ley" (21).

Por otro lado, SERRA-ROJAS opina que el régimen administrativo está sometido a un límite, que es el que determina la ley y para él, el Estado de Derecho descansa en el principio de legalidad, expresado y reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su tesis jurisprudencial número 166: "Las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite" (22).

(19) Citado por GARCÍA PELAYO, *op. cit.*, p. 159.

(20) WOLFF Hans-Julius, "Fundamentos del derecho administrativo de prestaciones", en la obra colectiva Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX (Homenaje al Prof. E. SAYACUÉS-LASO), tomo V, Madrid, 1969, p. 374.

(21) OLIVERA TORO, Jorge, Manual de Derecho Administrativo, México: Porrúa, pp. 101-102.

(22) SERRA ROJAS, Andrés, Derecho Administrativo, tomo I, México: Porrúa, p. 164.

Además, SERRA ROJAS expresa que como todo funcionario está sometido a la ley, no debe desvirtuar su contenido; pero que en el momento de su aplicación puede generarse, tanto la aplicación correcta de la ley, como su aplicación inexacta o indebida, por alguna de las causas siguientes:

- "No la toma en cuenta deliberadamente o por ignorancia.
- Se niega o se resiste a aplicarla.
- La aplica con una indebida interpretación.
- La aplica con exceso, o con demérito, o con perjuicio del interés general.
- Reduce el campo de aplicación de una ley en perjuicio del interés de los particulares.
- Aplica otra ley y no la indicada para el caso o situación.

Cada uno de estos casos da origen a recursos y acciones administrativas para mantener el principio de legalidad" (23), con = cluye así el tratadista mexicano; pero en nuestra opinión hacemos notar que las causas de ilegalidad mencionadas omiten la desviación de poder, a menos que consideremos el cuarto caso como el más aproximado a su concepto, puesto que el alejamiento o desviación de los fines de interés público es una forma de ocasionarle perjuicio. Dichas causales tampoco coinciden con las causales típicas de nulidad que la doctrina ha desarrollado y que se analizarán más adelante (infra § 51-58).

15.D) El Estado mexicano como Estado de Derecho.- A pesar que la noción Estado de Derecho parece haberse convertido en una

(23) Ibidem, p. 165.

fórmula hueca aplicable a cualquier organización estatal, en lo particular mantenemos la idea original de que un Estado de Derecho presupone conformidad con un orden jurídico justo, que limite los abusos del poder y proteja las libertades fundamentales del ser humano. Por esta razón, coincidimos con ENTRENA CUESTA cuando dice que "el sometimiento de la Administración o de todo el Estado a la ley, no puede constituir un fin en sí mismo, sino simplemente una técnica para conseguir una determinada finalidad" (24).

Es claro que el puro sometimiento al Derecho no basta cuando se persiguen fines más nobles y trascendentes de los que pueden derivarse del dictado frío y calculador de ciertas normas; el Estado de Derecho se convierte, entonces en un medio fundamental para lograr la armonía y la estabilidad sociales, así como su cambio y progreso. Además, es evidente que el cumplimiento cabal e íntegro del Derecho por parte de un Estado es sólo un ideal, por las mismas limitaciones e imperfecciones humanas, debe considerarse al Estado de Derecho únicamente como "aquél que tiende a la observancia del derecho objetivo y del orden jurídico" (25); esto justifica que junto con las solemnes proclamaciones de derechos y las normas limitantes del poder, sean establecidos mecanismos legales de defensa en caso de su violación o desconocimiento.

Ahora bien, los elementos que, a juicio de la doctrina, aparecen como característicos del Estado de Derecho, los reúne, al menos formal y positivamente, el régimen jurídico nacional y son los siguientes:

-
- (24) Rafael ENTRENA CUESTA es autor del artículo "Notas sobre el concepto y clases del Estado de Derecho", publicado en la Revista de Administración Pública (núm. 33, 1960) apud OLIVERA TORO, op. cit., p. 63.
- (25) Esta frase corresponde a la definición de G. JELLINEK, citado por PRAT, op. cit., p. 29.

— La admisión del principio de separación de poderes: artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

— La admisión del principio de legalidad: artículos 14 y 16 constitucionales.

— La determinación concreta de los límites de la actuación de los poderes públicos: fundamentalmente, los artículos 73, 89, 103 y 104 constitucionales.

— La existencia de contralores, fundamentalmente el jurisdiccional, que se extienden a casi todo acto del Poder Público: artículos 103 y 107 constitucionales (por la vía del amparo), así como artículo 104, fracción I constitucional (por la vía contencioso-administrativa).

A su vez, OLIVERA TORO sostiene que en el Estado mexicano la sumisión de la administración pública al derecho se basa en la combinación de los siguientes tres elementos establecidos constitucionalmente:

— "Un régimen de garantías individuales combinadas con los derechos sociales

— Un sistema de limitación del Poder Público dentro de un círculo de facultades expresas

— Un procedimiento democrático para la formación del gobierno" (26).

Nuestra concepción del Estado de Derecho en relación con el Estado mexicano, quedaría incompleta si omitimos la

(26) Op. cit., p. 71.

importante referencia a sus contenidos sustanciales, como lo son el Estado liberal y social que comentaremos en el apartado siguiente.

16. Del Estado liberal al Estado social de Derecho.- Por último, quisiéramos hacer notar que si bien no dejan de sentirse en nuestro sistema jurídico ciertas influencias de la ideología liberal-burguesa, existe en contraposición una fuerte tendencia social, proyectada por la trascendencia que tienen en nuestro texto constitucional los artículos 3º, 27 y 123, así como por la legislación que de ellos se deriva y que se ha reforzado en la actualidad por la planeación democrática y la rectoría económica del Estado, consagradas en los nuevos artículos 25 y 26 constitucionales (27). Así pues, en nuestro país se combinan dialécticamente los resquicios de un Estado liberal de Derecho y la fuerza pujante de un Estado social de Derecho.

Recordemos que, según la doctrina alemana, el contenido del Estado social se refiere a la autorización y obligación de los titulares de la administración pública de dar forma al orden social con un sentido de justicia social y, por ende, de volverse tan activos como sea necesario en el suministro de prestaciones que posibiliten una existencia humana digna a todos los integrantes de la comunidad; por lo que la actividad pública no se limita más a una actividad meramente ordenadora (28).

(27) Véase Diario Oficial del 3 de febrero de 1983, en el que además de los nuevos textos para dichos artículos, se incluyen reformas y adiciones importantes a los arts. 4º, 16, 21, 27, 28, 73 y 115 constitucionales. Sobre el importantísimo papel que juega en nuestro sistema constitucional el poder revisor de la Constitución (art. 135) y sobre los aspectos socio-económicos de nuestro constitucionalismo, es altamente ilustrativa la obra del profr. MADRID HURTADO, Miguel de la, Elementos de Derecho Constitucional, México: ICAP, 1982 (núms. 590-633 y 1181-1402, respectivamente).

(28) WOLFF, en el artículo y obra ya citados en la nota (20) es el sostenedor de estas opiniones, pp. 366-367.

Sección II Función y acto administrativos

17. Recapitulación y plan .- Bien, hasta ahora hemos visto que la causal de anulación desvío de poder es un tema que se relaciona de algún modo, sea con el Derecho, por tratarse de una cuestión jurídica; sea con el Estado, por constituir un vicio de ciertos actos que dicta la organización estatal; sea con el poder, por consistir en un encauzamiento incorrecto del ejercicio de los poderes públicos.

Además, hemos resaltado la importancia de dos conceptos claves, como lo son el Poder Público y el Estado de Derecho; precisamente al estudiar la división y funciones del Poder Público surgió el concepto de la función administrativa en cuyo análisis profundizaremos a continuación, así como también al estudiar el principio de legalidad —base en la que se sustenta el Estado de Derecho—, se derivó que es especialmente la actividad de la administración pública la que queda sometida a la regla de Derecho, y así surge con toda su trascendencia, el análisis de dicha actividad administrativa y, por tanto, de la correspondiente teoría del acto administrativo.

Subsección I La función administrativa

18.A) La función administrativa y la división de poderes.- Evidentemente que la comprensión general de toda la importancia que tiene la teoría de la división o separación del Poder Público, no se logra conociendo sólo la magistral exposición de Montesquieu (supra, § 8); debe considerarse también que éste se inspiró en el sistema inglés y en las ideas de Locke y que a través de la historia

dicha teoría ha sido interpretada y aplicada de diversas formas, así como se ha discutido su valor actual en relación a las realidades y necesidades del fenómeno del poder contemporáneo.

El análisis de la función administrativa guarda, en primer lugar, estrecha conexión con la causal desvío de poder, pues como ya se ha mencionado (supra, § 9), constituye un vicio propio del ejercicio de la función administrativa; pero es necesario saber definitivamente qué es lo administrativo, para poder aplicar la desviación de poder exclusivamente a ello.

La función administrativa se vincula además, con la teoría de la separación o división del Poder Público, puesto que la potestad administrativa, junto con la legislativa y jurisdiccional, constituyen las tres potestades tradicionales que distingue dicha teoría para asignarles su marco competencial y un órgano especializado en su ejercicio; dichas potestades, claro, están siempre determinadas por la potestad suprema que las delimita e instituye: nos referimos a la potestad constituyente.

19.a) Criterios de distinción: el orgánico y el material.-

Es fundamental que se tome en cuenta que existen dos criterios para distinguir las funciones de Estado: el criterio orgánico, que considera lo formal, o sea, el órgano que tiene a su cargo el ejercicio de determinada función, sin atender a las cuestiones de fondo; y el criterio material, que profundiza en lo sustancial de cada una de las tres funciones, fijándose en su naturaleza intrínseca y omitiendo toda consideración orgánica.

Así pues, considerando los poderes clásicos derivados de la teoría de la división o separación del Poder Público, éstos son: el Poder Constituyente,

el Poder Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, los cuales constituyen los diferentes personajes o cuerpos públicos encargados de desempeñar las diversas funciones y son denominados órganos del Estado; pero, por otro lado, existen las funciones constituyente, legislativa, administrativa y jurisdiccional, las cuales son asignadas a cada uno de los poderes: la función legislativa corresponde así al Poder Legislativo, la función administrativa, al Poder Ejecutivo, la función jurisdiccional, al Poder Judicial y la función constituyente, al Poder Constituyente (29).

Conforme al criterio orgánico, las funciones quedan definidas en base al respectivo poder que las ejerce, desde este punto de vista, serían administrativos todos los actos que dicta el Poder Ejecutivo, y, según el criterio material, las funciones se definen por sus características propias y esenciales; pero puede resultar que un poder ejerza funciones que sustancialmente corresponden a otro poder, por ejemplo, cuando el Ejecutivo dicta disposiciones generales o resuelve controversias (30).

20.b) La función administrativa y sus definiciones doctrinales.- Siguiendo a FRAGA, inicialmente puede definirse la función administrativa por exclusión; así, lo que no sea legislativo ni jurisdiccional tendría forzosamente que ser administrativo (31).

(29) Remitimos igualmente a la obra del profr. MADRID-HURTADO, citada en la nota (27), para ampliar el estudio y análisis, tanto doctrinal como positivo, de cada uno de los poderes públicos mencionados.

(30) Sobre estos y otros aspectos de las funciones jurídicas del Estado, véase SERRA-ROJAS, op. cit., pp. 39-65; y FRAGA, Gabino, Derecho Administrativo, México: Porrúa S.A., 1969, pp. 35-64.

(31) Op.cit., p. 51. En el mismo sentido, la concepción de FLEINER, Fritz; quien en su obra Instituciones de Derecho Administrativo (Ed. Labor, Barcelona, 1933, p.4) manifiesta: "Todo lo que cae fuera de las atribuciones del legislador y de los tribunales es, por tanto, administración en sentido estricto", así como la ley de los Estados Unidos del Norte en materia de procedimiento administrativo federal, ahora recopilada en el parágrafo 551 del U.S.Code: "Es administración todo lo que no es ni legislación ni jurisdicción".

Orgánicamente se definiría como la actividad que el Estado realiza por medio del Poder Ejecutivo. Sin embargo, ambas concepciones no nos danningún criterio positivo ni sustancial para distinguir y caracterizar dicha función. De esta manera —según el mismo FRAGA— debe intentarse construir una definición de la función administrativa, recurriendo a los elementos que la precisen, para lo cual recuerda, critica y agrupa algunas de las principales definiciones que la doctrina ha dado (32):

Así, hay quienes la definen en relación con la finalidad u objeto que el Estado persigue al realizarla (BERTHELEMY HAURIUO, MAYER), o quienes consideran la actitud especial que el Estado adopta para su realización (LABAND), o quienes la distinguen por los diversos efectos de derecho que produce (DUGUIT, JÉZE). Posteriormente, FRAGA apunta los principales elementos que conforman la noción de la función administrativa y establece su propio concepto:

"Es la que el Estado realiza bajo un orden jurídico y que consiste en la ejecución de actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales" (33).

Otra definición que tiene en cuenta el criterio material es la que nos proporciona SAYAGUÉS LASO, para quien la función administrativa es "la actividad que tiene por objeto la realización de cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos y operaciones materiales" (34).

(32) Ibidem, pp. 52-58.

(33) Ibidem p. 61.

(34) Op. cit., p. 45.

Por su parte, SERRA-ROJAS nos proporciona una definición que comprende el criterio formal y el material:

"La función administrativa es la actividad que normalmente corresponde al Poder Ejecutivo, se realiza bajo el orden jurídico y limita sus efectos a los actos jurídicos concretos o particulares y a los actos materiales, que tienen por finalidad la prestación de un servicio público o la realización de las demás actividades que le corresponden en sus relaciones con otros entes públicos o con los particulares, reguladas por el interés general y bajo un régimen de policía o control" (35).

21.c) Poder Ejecutivo y función administrativa.- Existe una correspondencia relativa entre la función administrativa y el Órgano del Estado encargado de su ejercicio, que es el Poder Ejecutivo; decimos relativa, porque pueden darse estos dos casos:

Primero, que los otros dos poderes ejerzan en forma extraordinaria alguna actividad que materialmente corresponda al ejercicio de una atribución administrativa; por ejemplo, los nombramientos que dicta el Poder Judicial a sus empleados, o las actividades de fiscalización que realiza la Cámara de Diputados, por conducto de la Contaduría Mayor de Hacienda .

Segundo, que el Ejecutivo esté dotado de ciertas atribuciones que le permitan ejercer, bajo determinadas circunstancias, las funciones legislativa o jurisdiccional; por ejemplo, la potestad reglamentaria, ya que el reglamento sustancialmente tiene las características de una ley, o el caso de la jurisdicción con =

(35) Op. cit., p. 58.

tencioso-administrativa, que se realiza fuera de los tribunales judiciales y en la Órbita del Ejecutivo .

Por estas consideraciones, para poderse aplicar la causal desvío de poder a determinados actos del Poder Público, éstos deben reunir dos requisitos: ser emitidos por el Poder Ejecutivo y constituir materialmente, el ejercicio de la función administrativa; de tal modo que los actos de los otros poderes, aunque fueran de naturaleza administrativa y los actos típicos de las otras funciones, como lo es la ley y la sentencia, quedan fuera de su ámbito de aplicación.

22.d) Función administrativa y legislativa.- Considerando la función legislativa como la actividad del Estado encaminada a crear las reglas jurídicas generales y abstractas, es decir, la encargada de establecer las leyes; podemos notar fácilmente que, en su relación con la función administrativa, se impone cierta supremacía de lo legislativo sobre lo administrativo. Esta superioridad de las leyes respecto de las decisiones administrativas es, sin duda, proyección del principio de legalidad que rige el Estado de Derecho.

Recordemos que el propio MONTESQUIEU mencionaba, junto a la potestad legislativa, dos potestades ejecutivas (equivalentes a la administrativa y a la jurisdiccional), ambas subordinadas a la ley, de tal modo que algunos consideran la función administrativa, simplemente, como aquella actividad estatal encaminada a la ejecución de las leyes; empero, lo mismo puede decirse de la función jurisdiccional, por lo que debe encontrarse aparte de esta nota en común alguna otra diferencia sustancial.

En suma, el legislador dicta las reglas jurídicas que sirven de fundamento al administrador para actuar, indicándole principalmente los procedimientos y las competencias que está obligado a seguir y a ejercer respectivamente; pero debemos de considerar que la supremacía de las leyes no es absoluta, pues el legislador está sujeto, a su vez, por los lineamientos trazados en el texto constitucional, quedando la administración, así, subordinada, tanto a las leyes, como a la Constitución.

23.e) Función administrativa y jurisdiccional.— Algunas veces son confundidas estas dos funciones, pues ambas coinciden —como vemos en el apartado anterior— por su subordinación al orden jurídico y por constituir actos encaminados a la ejecución de las leyes, así como por ser creadoras de situaciones jurídicas individuales y concretas. .

Algunos autores, por ejemplo CARRÉ DE MALBERG, sostienen que es completamente inútil investigar el criterio material de diferenciación entre estas dos funciones, pues sólo se distinguen del punto de vista orgánico o formal (36); pero existen esfuerzos doctrinales que justifican y permiten el establecimiento de una concepción material: DUGUIT sostiene que "la operación jurisdiccional constituye una decisión, provocada por la emisión de una pretensión, que tiende a restablecer el ordenamiento jurídico; decisión que depende de la constatación relativa a lo que 'debe ser' según el mismo ordenamiento jurídico " (37).

(36) Cfr. CARRÉ DE MALBERG, R., Teoría general del Estado, México: P.C.E., 1948 (versión española de Jose Lión Depetre), pp. 692-695.

(37) Citado por BONNARD, Roger, en su artículo "La concepción material de la función jurisdiccional", publicada en la obra Mélanges, R. CARRÉ DE MALBERG, Paris-Vaduz, 1977, p. 18. André de LAUBADÈRE en su Traité de droit administratif, (Paris, 1973, T. I, p. 229) también explica la compleja estructura del acto jurisdiccional por la pretensión, la constatación y la decisión.

BONNARD comenta que en el acto jurisdiccional la constatación es un fin y la decisión constituye el medio para alcanzar ese fin; en cambio, en el acto administrativo la constatación no es más que un medio en relación a la decisión que es el fin (38).

Por otro lado, SERRA-ROJAS distingue a la actividad jurisdiccional de la administrativa, porque la primera responde a motivos, efectos y fines diversos; así, la finalidad de la función jurisdiccional es declarar imparcialmente el derecho en los casos controvertidos, su antecedente o motivo es necesariamente un requerimiento de las partes, pues la intervención judicial, jamás se inicia de oficio y los efectos varían según el objeto de la controversia, pero normalmente culminan en una sentencia a la cual recae la presunción de verdad legal, y una vez que se han agotado los recursos se le otorga la autoridad de "cosa juzgada" (39).

24.f) Función administrativa, ejecutiva y gubernamental.-

Estas tres expresiones no son necesariamente sinónimas, aunque es innegable su estrechísima conexión y que, en un momento dado, sí pueden referirse a lo mismo. Por esta razón deseamos aclarar que la función administrativa, cuando es ejercida por el Poder Ejecutivo, coincide con la función ejecutiva y que como expresión de un gobierno constituido puede coincidir también con la función gubernamental; aunque no forzosamente, porque la actividad gubernamental comprende una gama más extensa de actividades, sobretodo de tipo político. Queremos, pues, aclarar en unas cuantas líneas lo que implican las funciones ejecutiva y gubernamental:

(38) Art. cit., p. 19.

(39) Op. cit., pp. 52-56.

Quando se escribe o habla de la función ejecutiva se hace sólo referencia a una de las funciones del Estado conforme el criterio orgánico, según el cual se le otorga el mismo carácter a la expedición de un reglamento, a la resolución de un expediente agrario y a los nombramientos de los empleados, lo cual resulta —según FRAGA— contrario a los datos que nos proporciona la realidad, pues evidentemente su naturaleza y efectos son distintos (40).

La función gubernativa es una categoría muy amplia y fundamentalmente política, que encontramos en la ciencia jurídica por la influencia de la teoría francesa del acto de gobierno, que pretende justificar la no justiciabilidad de determinados actos del Poder Público; resultando que no todos los actos gubernamentales corresponden al ejercicio de la función administrativa y que los principales se refieren a la actuación de los más altos órganos del Estado, ya sea por sus relaciones entre ellos o con otros estados, o ya sea para dar impulso primario a la política nacional.

25.g) El desvío de poder y las funciones estatales.-

El desvío de poder es una causa o forma de antijuridicidad de los actos dictados en ejercicio de la función administrativa, que excluye de su aplicación el ejercicio de las otras funciones estatales. Esta afirmación puede entenderse y explicarse mejor habiendo visto, con mayor detalle, lo que implica cada función y sus relaciones entre ellas:

—Un acto legislativo sólo puede impugnarse en la vía de amparo por inconstitucional, cuando viola las garantías individuales o no respeta las competencias entre Federación y entidades federativas; siendo inconcebible el ejercicio desviado del

(40) Op. cit., pp. 51-52.

Poder Legislativo, ya que los fines que éste persigue los establece él mismo; en otras palabras, resulta hasta ilógico pensar que las leyes se desvíen de los fines que ellas mismas establecen. Además, es tan difícil que la desviación de poder se incorpore al cérrado catálogo de garantías individuales de nuestro sistema constitucional, que aún lográndolo, serviría simplemente de base constitucional para permitir alegarlo en juicios seguidos contra decisiones materialmente administrativas, sea en la vía de amparo, sea en la vía contencioso-administrativa (41).

Podemos mencionar en vinculación con esto, que en nuestro sistema positivo de justicia administrativa domina el principio de que sólo sean impugnables actos concretos de ejecución y no disposiciones generales y abstractas (42).

(41) En Venezuela, por ejemplo: la desviación de poder se ha consagrado a nivel constitucional; el texto de su artículo 206 expresa: "Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder".

Igualmente, la Constitución de la República Oriental del Uruguay, en su artículo 309 establece: "El Tribunal de lo Contencioso Administrativo conocerá de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, cumplidos por la Administración, en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder".

Por supuesto que es esencia de los preceptos, la constitucionalización de la jurisdicción contencioso-administrativa; pero por las dudas que podrían surgir para aceptar una causal tan delicada como el desvío de poder, se ha agregado esa parte final en ambos textos (subrayados nuestros).

(42) Los preceptos que consagran el principio al cual hacemos referencia se encuentran en la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal y en el Código Fiscal federal (de 1983), en los artículos que a continuación se transcriben, respectivamente:

Art. 71.- "El juicio ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal es improcedente:

VII.- Contra reglamentos, circulares o disposiciones de carácter general, que no hayan sido aplicados concretamente al promovente"

Art. 202.- "Es improcedente el juicio ante el Tribunal Fiscal de la Federación

IX.- Contra ordenamientos que den normas o instrucciones de carácter general y abstracto, sin haber sido aplicados concretamente al promovente.

— Un acto jurisdiccional tampoco es susceptible de ser impugnado por desvío de poder: contra las sentencias sólo caben los recursos legales en los que se hacen valer agravios jurídicos, consistentes en violaciones a los textos, o a la interpretación adecuada, de las leyes. No cabe la desviación de los fines perseguidos por el juez al ejercer su potestad juzgadora, puesto que su actividad sólo está orientada a vigilar el respeto y cumplimiento de las leyes (43).

26.B) El Derecho Administrativo y la función administrativa.— MARIENHOFF advierte que debe prescindirse de que cuando se defina el Derecho Administrativo, se defina simultáneamente la función administrativa (44); criterio con el que estamos plenamente de acuerdo, ya que su tratamiento conjunto sólo daría lugar a confusiones.

(43) Sin embargo, existe en la depurada doctrina francesa una obra de Luis FAVOREU, denominada Du déni de justice en droit public français (préface de Marcel WALINE, Paris, 1964); en la cual este autor sostiene (pp. 415-431) que "constituye un caso cierto de denegación de justicia la falta de sanción por desvío de poder del poder de un juez" bajo los siguientes argumentos: Aunque toda sentencia de última instancia de las jurisdicciones administrativas es recurrible mediante el recurso de casación ante el Consejo de Estado, está disminuida la plena eficacia de este recurso porque se ha excluido al desvío de poder como medio susceptible de ser invocado. La eventualidad de una desviación de poder es la misma, ya sea que provenga de la justicia o de los asuntos administrativos no contenciosos. Y cita al mismo WALINE, quien ha manifestado: "es fácil darse cuenta cómo gentes muy honestas de las jurisdicciones administrativas se dejan influenciar inconscientemente por sus pasiones políticas, (...) el peligro de que incurran en desviación de poder no es pues imaginario". Por otro lado, FAVOREU dice que la verdadera causa de la exclusión es ajena a la noción misma de la desviación de poder y reside en la voluntad del Consejo de Estado, de diferenciar el recurso por exceso de poder del de casación; aunque en su opinión, para mantener la distinción entre ambos recursos no es necesario sacrificarla. Y concluye, finalmente, que es indispensable un control del fin perseguido por ciertas jurisdicciones, pues la ausencia de este control directo sobre su posible desviación de poder no siempre está compensado por otros medios.

(44) MARIENHOFF, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, 1965, p. 133; apud SERRA-ROJAS, op.cit., p. 58 en nota.

Sin embargo, no se duda de su íntima vinculación, pues el derecho Administrativo constituye la expresión jurídica y proporciona el marco legal del ejercicio de la función administrativa: ésta, es la actividad humana de una rama del Poder Público y aquél, es el régimen normativo específico y aplicable, a dicha actividad.

Por otro lado, es normal y lógico que los diversos autores analicen las principales definiciones que la doctrina ha dado del Derecho Administrativo y que, a la vez, emitan su propio concepto. Al respecto, en lo personal pensamos que en algunos casos se dice lo mismo con distintas palabras y, en otros contados casos, sí se introducen nuevos y sustanciales elementos a las definiciones; además, es indudable el mayor valor pedagógico y científico de los conceptos sencillos y precisos, en comparación con las obscuras y extensas fórmulas que suelen utilizar algunos autores :

A continuación, nos limitaremos a proporcionar los conceptos que del Derecho Administrativo, nos proporcionan los cuatro principales autores mexicanos de la materia:

— Para FRAGA, "el derecho administrativo no puede definirse tomando como base exclusiva la consideración formal o la consideración material (...); ambas consideraciones deben ser abarcadas por la definición de tal modo que incluya el régimen de organizaciones y funcionamiento del Poder Ejecutivo y las normas que regulan la actividad del Estado que se realiza en forma de función administrativa" (45).

(45) Op. cit., p. 90.

— SERRA ROJAS, por su parte, establece que "el derecho administrativo es la rama del derecho público interno, constituido por el conjunto de estructuras y principios doctrinales, y por las normas que regulan las actividades directas o indirectas de la administración pública como órgano del Poder Ejecutivo Federal, la organización, funcionamiento y control de la cosa pública; sus relaciones con los particulares, los servicios públicos y demás actividades estatales" (46).

— OLIVERA TORO nos dice que "la sumisión del Estado a los dictados de la ley, hace surgir el derecho administrativo y éste se afirmó en el siglo pasado antes que se tratara de definirlo", por lo que independientemente de la diversidad de criterios que podrían determinar su concepto, la definición que él acoge es la siguiente: "es la parte de derecho público que determina la organización y comportamiento de la administración directa o indirecta del Estado, en interés de la satisfacción de las necesidades públicas y disciplinando a la vez sus relaciones jurídicas con el administrado" (47).

— Finalmente, ACOSTA ROMERO proporciona, por su lado, este concepto: "es el conjunto de normas de derecho que regulan la organización, estructura y actividad de la parte del Estado que se identifica con administración pública o Poder Ejecutivo, sus relaciones con otros órganos del Estado, con otros entes públicos y con los particulares" (48).

(46) Op. cit., pp. 134-135.

(47) Op. cit., p. 44

(48) ACOSTA ROMERO, Miguel, Teoría general del derecho administrativo, México: Porrúa S.A., 1981, p. 9.

27.C) La administración pública y la función administrativa.- La relación que puede establecerse entre ambas nociones es simple: el ejercicio de la función administrativa requiere de un complejo instrumento para desarrollar y cumplir con sus cometidos y potestades, respectivamente; dicho instrumento es, claro está, la administración pública.

La administración en general —nos indica SERRA ROJAS—, se ha visto como ciencia, arte y técnica subordinada a determinados principios, encaminada a cumplir con un fin o propósito, particular o público (49), sólo que tratándose de la administración pública estos objetivos se refieren siempre a fines de interés general; empero, en nuestro caso, basta que se le considere como una realidad social, o sea, como una de las instituciones estatales que dentro de sus múltiples actividades, tiene la de imponer a los particulares ciertas decisiones, siempre en el marco fijado por el Derecho Administrativo y en el ejercicio de la función administrativa.

El estudio de la administración pública moderna sin duda que encierra campos muy amplios; así se distinguen: la administración ordenadora y prestacional, la administración activa y contenciosa, la administración centralizada y descentralizada, la administración federal y local, etc.; constituyendo todos estos aspectos, capítulos muy importantes de nuestra materia.

Por nuestro lado, sólo consideramos pertinente citar al profesor ESCOUBE, quien nos habla de los elementos de que dispone la administración pública para lograr sus finalidades (50), distin =

(49) Op. cit., pp. 73-76.

(50) ESCOUBE, Pierre, Introducción a la Administración Pública, 1954, apud SERRA-ROJAS, op. cit., pp. 84-85.

guiendo cuatro clases de elementos, con ninguno de los cuales debe confundirse la totalidad de la administración:

- Las estructuras, creemos que se refiere a la organización jerárquica de las distintas ramas y entes de la administración.

- Los procedimientos, o sea, las reglas, sobretodo jurídicas, que rigen su actividad.

- Las instalaciones materiales y equipos, que junto con los recursos económicos que maneja, constituyen una inmensa parte del patrimonio del Poder Público.

- El factor humano, es decir, la burocracia, el personal a su servicio, que comprende tanto funcionarios como empleados, a los que nuestro derecho positivo denomina ahora como "servidores públicos" (51 bis).

Ahora bien, como no es posible profundizar mucho sobre éstas y las demás cuestiones relativas a la administración, antes de terminar esta parte, queremos dar un concepto de administración que nos sea útil para los efectos de nuestro estudio, en el cual combinamos nuestros puntos de vista con algunos elementos de la definición de SERRA ROJAS (51):

" La administración pública es el conjunto de órganos de los Poderes Ejecutivos, federal y locales, que tienen por finalidad realizar los diversos y amplios cometidos del Poder Público, que la Constitución y las leyes administrativas señalan para dar satisfacción a las necesidades de interés general de la Nación".

(51) Op. cit., p. 79.

(51 bis) Véase Diario Oficial de 28 y 31 de diciembre de 1982, en que se publicaron, respectivamente, las reformas al Título Cuarto constitucional y su ley reglamentaria.

Con este punto, concluimos el estudio de los que hemos considerado tres importantes aspectos de nuestro tema: la administración pública, como el sujeto que puede cometer la desviación de poder; el Derecho Administrativo, como el extenso régimen jurídico por cuyas exigencias de respeto se sanciona la desviación de poder; y, finalmente, la función administrativa, como la actividad estatal específica en cuyo ejercicio sustancial hay la posibilidad de que se incurra en desviación de poder.

Subsección II El acto administrativo

28. Introducción y proyecto de su estudio.- Seguramente podríamos agotar infinidad de páginas, tratando las diversas cuestiones que plantea la teoría del acto administrativo: sus definiciones doctrinales, sus características, sus elementos y vicios, sus efectos, su clasificación, su creación y modificación, su ejecución y revocación, su extinción y nulidad, etc. Por supuesto que en nuestro proyecto de estudio del acto administrativo no se pretenden abarcar todas esas cuestiones, sino sólo algunas de ellas.

Los tratadistas, nacionales y extranjeros, han analizado cuidadosamente y reflexionado mucho sobre el acto típico de la administración; es claro que ninguno de ellos se atrevería a negar la complejidad actual y perpetuas discusiones que su estudio acarrea, debido sin duda, a la creciente ampliación de las actividades y fines del Estado que obliga a la administración a intervenir en mayores ámbitos —cualitativa y cuantitativamente— de nuestra problemática sociedad.

De tal modo que, en una limitada y apretada síntesis,

nos proponemos desarrollar los principales puntos que tengan alguna trascendencia para nuestro tema; nos importa pues, particularmente, que quede definido el acto administrativo, que se fijen sus características y elementos esenciales, así como sus vicios o causales de nulidad, entre los que se encuentra ubicado, precisamente, el desvío de poder.

29.A) Su conceptualización doctrinal.- Partiendo de la consideración de que el acto administrativo carece en nuestra legislación administrativa positiva, de una regulación concentrada y coherente, sobretodo por la falta de un código sustantivo y procedimental que abarque la materia administrativa federal (52); la mayor parte de los esfuerzos doctrinales de los autores mexicanos se han orientado al análisis y desglose de las múltiples definiciones que proporciona la doctrina extranjera, así, FRAGA, SERRA y OLIVERA, sólo un autor nacional —ACOSTA ROMERO—, no sin antes advertir la dificultad para precisarlo, dicta lo que en su opinión sería el concepto de acto administrativo (53):

(52) En la doctrina aún se discute si es posible y conveniente una codificación total o parcial de la materia, e incluso existe la posición anti-codificadora (cfr. ACOSTA, op. cit., pp. 30-32). En nuestro país ya se han hecho algunos esfuerzos por crear un código federal administrativo y una ley federal de procedimiento administrativo, sólo que dichos esfuerzos han quedado en meros anteproyectos; pero la necesidad de que estos códigos se dicten existe y es de urgente satisfacción, puesto que los vacíos jurídicos al respecto se han llenado, hasta ahora, con un anárquico conjunto de disposiciones reglamentarias y de preceptos legales contradictorios. Por supuesto que sólo se trata de dictar las leyes que establezcan los principios generales a los que debe someterse la actuación administrativa, sin menoscabo de que las legislaciones especializadas en cada rama de la administración, determinen las modalidades propias de sus actos administrativos. Además, no se trata de someter la realidad a las ideas y a las doctrinas, sino de que en forma valiente y objetiva, se enfrente la realidad de la administración pública mexicana para someterla a lineamientos mínimos y razonables de conducta, y para ello se requiere la voluntad política y el conocimiento jurídico adecuados que cumplan con ese fin. La creación del Derecho Administrativo debe seguir siendo dinámica, para acercarse así, cada vez más, a un Estado de Derecho más cierto que ficticio.

(53) Op. cit., pp. 356-357.

"Es una manifestación unilateral y externa de voluntad, que expresa una decisión de una autoridad administrativa competente, en ejercicio de la potestad pública; esta decisión crea, reconoce, modifica, transmite, declara o extingue derechos u obligaciones, es generalmente ejecutiva y se propone satisfacer el interés general".

Ahora bien, refiriéndonos a los conceptos vertidos por otros autores, hacemos notar que la doctrina francesa es la más rica y fecunda, puesto que en Francia surge la noción del acto administrativo como expresión práctica del principio de separación entre administración y justicia. LAUBADERE, por ejemplo, dice que las divergentes opiniones sobre la noción del acto administrativo se deben a que cada autor considera un punto de vista diferente y dotado de un interés propio, resultando así la coexistencia de tres nociones fundamentales: la material, la formal y la funcional (54). Empero, preferimos citar algunos autores de habla hispana, los cuales en alguna forma proyectan y enriquecen los conceptos de los demás:

- SAYAGÚES LASO lo define como "toda declaración unilateral de la administración, que produce efectos jurídicos subjetivos" (55).

- Según LARES MTZ. son actos administrativos "las declaraciones de voluntad, de juicio o de conocimiento, emanadas de órganos de la administración y que tienen por objeto producir efectos de derechos generales o individuales" (56).

- Para GARCÍA de ENTERRÍA en un sentido amplio, "acto administrativo es todo acto jurídico dictado por la administración y sometido al Derecho Administrativo" (57).

(54) Sobre estas tres nociones, véase la obra de LAUBADERE, André de, citada en nota (37), pp. 217-237.

(55) Op. cit., p. 388.

(56) Op. cit., pp. 135-136.

(57) Op. cit., p. 455.

- DÍEZ indica que el acto administrativo es una declaración concreta y unilateral de voluntad de un órgano de la administración activa en ejercicio de la potestad administrativa (58).

- GORDILLO nos explica que "es una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata" (59).

- OLIVERA, por su parte, expresa que no existe un criterio uniforme y que cada autor tiene su definición (60); esto es muy cierto y lo notamos con claridad en las definiciones citadas, pero a la vez nos lleva a dos reflexiones que podemos mencionar a modo de conclusión:

En primer lugar, consideramos que al vocablo "acto administrativo" se le debe dar, no un valor de verdad absoluto, sino de funcionalidad y utilidad, ya que las palabras expresan lo convencionalmente establecido y no se trata de indagar apriorísticamente qué notas conceptuales creemos que debe dársele, sino de investigar el derecho positivo a fin de averiguar como está regulado.

En segundo lugar, siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA, debe considerarse al acto administrativo como una institución más del Derecho Administrativo, no "la institución por excelencia" que tenga que reunir todas las peculiaridades de esta rama del Derecho, esto, claro, sin que se le reste la debida importancia que tiene dentro del régimen administrativo (61).

(58) DIEZ, Manuel María, El acto administrativo, B. Aires, 1956, p. 73; apud ACOSTA, op.cit. en nota, p. 356.

(59) GORDILLO, Agustín, El acto administrativo, B. Aires: Abeledo-Perrot, 2a. ed., 1969, p. 114.

(60) Op. cit., p. 119.

(61) Op. cit., p. 454-455.

30.B) Sus características esenciales.- Aunque éstas pueden derivarse en su mayor parte de las definiciones del acto administrativo transcritas, SEPRA ROJAS nos proporciona una lista explicativa de los que deben considerarse como los caracteres fundamentales que reúne sustancialmente la noción del acto administrativo (62) y que a continuación resumimos: es un acto de derecho público y una decisión ejecutoria, emana de una autoridad administrativa, es unilateral y concreta, influye o altera situaciones jurídicas subjetivas, persigue la satisfacción del interés general y tiene una presunción de legitimidad.

Sin embargo, en opinión de GORDILLO (63), con la cual estamos de acuerdo, a las características anteriores deben agregarse dos más: la estabilidad y la impugnabilidad. Además, creemos que algunas de estas características, merecen un comentario mayor: el carácter ejecutorio, la presunción de legitimidad, la estabilidad, la impugnabilidad y la persecución del interés general, son las que lo requieren, precisamente por su posible vinculación con el desvfo de poder.

31.a) La ejecutoriedad.- ACOSTA distingue acertadamente la ejecutoriedad del acto administrativo (64) de la del acto jurisdiccional, manifestando que en el primer caso es más correcto decir que el acto

(62) Op. cit., pp. 226-227.

(63) Op. cit., pp. 143-166.

(64) Esta característica adquirió especial importancia a fines del siglo XIX, cuando se discutió ante la Suprema Corte de Justicia la posible inconstitucionalidad del procedimiento de ejecución forzosa en materia tributaria (denominado también "cultad económico-coactiva"). Notables juristas de la época, como CASTILLO-VILASECA y VALLARTA, defendieron su constitucionalidad con argumentos que la doctrina ha aceptado y que rara vez son discutidos. Así pues, hay jurisprudencia firme en el sentido de que dicho procedimiento no es violatorio de garantías individuales; empero, debemos hacer notar, que si bien la jurisprudencia ha venido a justificar la constitucionalidad de procedimiento de ejecución, no existe texto constitucional expreso que lo justifique, teniendo actualmente como única base los preceptos relativos en el Código Fiscal de la Federación vigente desde 1983 (v. artículos 145 a 196).

tiene ejecución o ejecutividad, reservándose para el segundo caso la expresión causar ejecutoria, porque en la realidad designan cosas distintas: acto ejecutivo es el que tiene en sí la potestad necesaria para su realización fáctica coactiva, en caso de que el sujeto pasivo no la cumpla voluntariamente; en cambio, el término ejecutoria significa actuaciones que adquieren firmeza, es decir, que no son susceptibles de recurso alguno y, por tanto, reúnen la calidad de "cosa juzgada" (65).

Sólo en casos excepcionales y expresos puede tener el acto administrativo este segundo sentido en contraste con el primer sentido, el cual consideramos que lo tienen todos los actos derivados del Poder Público, en cuanto que cualquiera de sus actos deben cumplirse y se dispone de los medios necesarios para hacer = los cumplir contra toda resistencia.

Es la autoridad que tiene el Poder Público como único titular del ejercicio de la fuerza pública, lo que le permite utilizar una coerción legítima contra los particulares; ya que cualquier otro ejercicio de la violencia para reclamar los derechos está prohibido por el texto constitucional en su artículo 17.

La actuación administrativa otorga a las leyes y a las sentencias la fuerza ejecutiva que necesitan para lograr su debido respeto y cumplimiento; pero la ejecutividad de los propios órganos administrativos puede traducirse en fuerza material o coerción física, en sanciones pecuniarias, y hasta en arresto.

Ahora bien, el que los actos de la administración

(65) Op. cit., pp. 357-359.

tengan esta característica y para ejercitar su fuerza ejecutiva no requieran de la intervención judicial, hace que su dictado se vuelva una cuestión delicada, puesto que si se utiliza la fuerza pública para hacer cumplir actos violatorios del orden jurídico, se estará incurriendo en una grave falta que el régimen de Derecho no puede aceptar ni facilitar. Así pues, debe cuidarse que la fuerza pública se utilice para cumplir fines también públicos y no desviados o ajenos al interés general.

Una de las principales consecuencias que se desprenden de la ejecutoriedad del acto administrativo, es la siguiente: por principio, el acto debe ejecutarse a pesar de la interposición de recursos contra él, o sea, los recursos contra el acto administrativo no suspenden en forma automática su ejecución; sostener lo contrario equivaldría a desconocer esta característica fundamental y dejar al criterio de los particulares su posible ejecución; esto claro, sin perjuicio de que cuando la propia ley lo permita sí pueden suspenderse temporalmente, por un juez o por la propia administración, los efectos ejecutivos del acto.

32.b) La presunción de legitimidad.- En virtud del principio de legalidad, la autoridad administrativa está obligada a respetar la regla de Derecho; este respeto, según un autor francés, exige que la administración tenga, a la vez, que fundar y conformar su acción a la ley, así como asegurar su aplicación (66).

Además dicho principio es un supuesto del sistema jurídico que no requiere texto expreso que lo reconozca o confirme: el De-

(66) Cfr. DEMICHEL, André, Le droit administratif, essai de réflexion théorique, Paris; L.G.D.J., 1978, pp. 89-92.

recho debe respetarse no en cumplimiento de una ley, sino simplemente porque es Derecho. Pues bien, como efecto de este mismo principio se deriva el de la presunción de legitimidad, es decir, aquel que establece que la actuación de las autoridades administrativas es legítima mientras no se demuestre lo contrario (presunción juris tantum); este segundo principio sí ha llegado a ser establecido por la ley para efectos fiscales (67), pero rige también para las otras materias administrativas aunque no lo esté.

Algunos autores le denominan presunción de validez, por ejemplo GARCIA DE ENTERRIA, quien nos reafirma que esta presunción opera solamente en tanto no se demuestre y se declare en firme la invalidez del acto. Según el mismo autor, la presunción de validez no es algo gratuito ni carente de fundamento, ya que "el acto administrativo se presume legítimo en la medida en que emana de una autoridad que lo es igualmente, por tanto, cuando el propio aspecto externo del acto desmienta su procedencia de una autoridad legítima, desaparece el soporte mismo de la presunción legal; así ocurre cuando tal autoridad es manifiestamente incompetente o cuando demuestra serlo al ordenar conductas imposibles o delictivas" (68).

(67) Nos referimos al artículo 68 del Código Fiscal de la Federación vigente, el cual reproduce el texto del artículo 89 del Código de 1967 y dice lo siguiente: "Los actos y resoluciones de las autoridades fiscales se presumirán legales. Sin embargo, dichas autoridades deberán probar los hechos que motiven los actos o resoluciones cuando el afectado los niegue lisa y llanamente, a menos que la negativa implique la afirmación de otro hecho".

El precepto data del primer Código Fiscal, cuya interpretación fue necesario que la hiciera el Pleno del Tribunal Fiscal, en resolución del 22 de julio de 1937 (Revista del Tribunal Fiscal, página 2310, expdte. 10/10/937):

PRUEBAS.- "El principio que establece la presunción de legalidad de los actos administrativos, dejando la prueba en contrario a cargo del causante, no tiene un carácter absoluto, pues la administración está obligada a demostrar que el acto de constatación ha sido dictado legítimamente de conformidad con los elementos materiales recogidos por ella en la forma requerida por la ley".

(68) Op. cit., pp. 487-488.

En este mismo sentido, GORDILLO lanza agudas críticas contra la presunción de legitimidad (69), diciendo que cuando un acto tiene un vicio claro y evidente, no podría presumirse que el acto es válido; esta contradicción —según el tratadista argentino— sólo se superaría por un texto legal que expresara: "si encuentras un acto manifiestamente ilegítimo, presume a pesar de ello que es legítimo" y como dicha norma no existe, GORDILLO concluye que "no puede hablarse jurídicamente de una supuesta presunción de legitimidad aplicable a todos los actos administrativos sin distinción alguna, puesto que es imposible presumir que cierto acto es lo que manifiestamente no es".

Por otro lado, resultan de gran importancia los efectos de la presunción de legitimidad, los cuales son los siguientes:

- Igualación provisional de los actos legítimos e ilegítimos, en cuanto que ambos son ejecutivos.
- Necesidad de alegar la ilegitimidad, puesto que la nulidad que resulta no puede declararse de oficio por los jueces.
- Necesidad de probar la ilegitimidad, con la salvedad de que ello no asienta el principio de que "en la duda a favor del Estado", ya que la presunción no libera a la administración de aportar las pruebas que sustentan su acción.
- En mérito a tal presunción, finalmente, no es necesario que la legitimidad de dichos actos sea declarada por la autoridad judicial.

(69) Op. cit., pp. 120-121.

Esta característica y la anterior, por cierto que representan dos serios obstáculos o "enemigos naturales" de la causal desvío de poder, o sea, representan dos fuerzas a vencer, pues aunque un acto haya sido dictado con desviación de poder, manifiesta o no, por principio procederá su ejecución y tendrá a su favor la presunción de legitimidad.

33.c) La estabilidad.- GORDILLO sostiene que esta característica obedece a la regla de que el acto administrativo es, en principio, irrevocable, máxime si reconoce o afecta derechos subjetivos, puesto que el orden público se interesa en que los derechos adquiridos bajo el amparo de resoluciones definitivas queden incommovibles y, además, porque "no existe ningún precepto de la ley que declare inestables, revisables, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando los derechos nacidos o consolidados a su amparo a merced del arbitrio o del diferente criterio de las autoridades" (70).

Esta característica, como puede notarse, se encuentra íntimamente ligada al concepto de revocación, que es una de las formas de extinción de los actos administrativos, sobre la que existen divididas opiniones para su definición:

Para algunos la revocación es la extinción del acto dispuesta por la administración, ya sea por razones de legalidad o de conveniencia; para otros, sólo se configura cuando el acto administrativo es extinguido por razones de oportunidad o mérito (sobre estas nociones, véase infra, § 47); dejando sin efectos actos lícitos y dis-

(70) Cfr. ibidem, pp. 143-159. Véase especialmente sobre esta característica el artículo de Manuel María Díez "La inmutabilidad del acto administrativo atributivo de derechos", en la obra colectiva de Homenaje a E. SAYAGÜES-LASO, tomo IV, pp. 765-781.

tinguiéndola así de la anulación, reservada para los actos irregulares. Otro criterio, establece que conviene limitar el uso de la palabra anulación para la extinción en vía jurisdiccional, y la de revocación, para la extinción administrativa dictada, tanto por la misma autoridad que dictó el acto, como por el superior jerárquico.

La doctrina y derecho mexicanos parecen aceptar la estabilidad de los actos administrativo; así, FRAGA rechaza la corriente doctrinal que sostiene la precariedad del acto administrativo y defiende, en cambio, la idea que mantiene su inmutabilidad o fijeza, basado en la afirmación de que es una exigencia superior de la vida social de la seguridad de las relaciones jurídicas y, por consecuencia, la estabilidad de los actos que las engendran. Por cierto que FRAGA, al hablar de la revocación de los actos administrativos, reflexiona sobre la noción de oportunidad diciendo:

"(...) debe tenerse presente que los actos jurídicos que realiza la administración deben guardar una doble correspondencia: con la ley que rige dichos actos, y con el interés público que con ellos va a satisfacer. La conformidad del acto con la ley constituye el concepto de legitimidad. La conformidad del acto con el interés público hace nacer el concepto de oportunidad" (71).

La posición a favor de la estabilidad del acto encontraría además, su apoyo indirecto en el principio de irretroactividad de las leyes, elevado a rango constitucional en el artículo 14 y que forma parte, precisamente, de la garantía individual de seguridad jurídica.

SERRA ROJAS, por su parte, nos da el amplio concepto de revocación de WALINE, quien considera que es "una decisión tomada por la propia autoridad administrativa, destruyendo las consecuen="

(71) Op. cit., pp. 322-324.

cias de un acto anterior o sustituyéndolo por otro cuyo alcance es diferente" (72); y transcribe un párrafo correspondiente a una tesis jurisprudencial, el cual permitiría inferir que en el derecho positivo mexicano los actos administrativos sí gozan de estabilidad:

"Las autoridades administrativas no pueden revocar sus resoluciones libremente, sino que están sujetas a determinadas limitaciones (...), la revocación de los actos administrativos no puede efectuarse más que cuando lo autorice la regla general que rige el acto" (73).

Sin embargo, la cuestión parece no quedar muy clara, pues del manejo que se hace de la garantía de audiencia puede derivarse que mediante la revocación sí podrían privarse o afectarse los derechos subjetivos que otorga un acto administrativo, con la sola condición que se oiga al interesado por medio de un procedimiento en el que tenga la oportunidad de discutir la decisión y de aportar pruebas a su favor. Pero aunque esto sea cierto, debemos considerar que no debilita el principio de estabilidad, el cual no podemos interpretar como otorgando rigidez y permanencia definiti-

(72) VALINE, Marcel, Droit administratif, Paris, 1959, p. 557; apud SERRA ROJAS, Andrés, op. cit., p. 337 en nota.

(73) SERRA-ROJAS, Andrés, op. cit., p. 338. Y además, otras bases positivas para establecer que, en nuestro país, opera el principio de la estabilidad del acto administrativo serían los preceptos que se refieren a lo que la doctrina llama "juicio de lesividad" (si bien está limitado al ámbito fiscal).

En la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, el juicio de lesividad está reconocido explícitamente en el artículo 21 que dice: "son atribuciones de las salas conocer de los juicios que se promuevan contra....."

VI. De los juicios que promuevan las autoridades para que sean nulificadas las resoluciones fiscales favorables a un particular y que causen una lesión a la Hacienda Pública del Distrito Federal" (sic).

En el Código Fiscal de la Federación dicho juicio de lesividad lo establece el artículo 36 en su primer párrafo: "Las resoluciones administrativas de carácter individual favorables a un particular sólo podrán ser modificadas por el Tribunal Fiscal de la Federación mediante juicio iniciado por las autoridades fiscales", el cual debe concordarse con los artículos 198, inc.b) y 207, tercer párrafo del mismo Código Fiscal vigente a partir de 1983.

vas a los actos, sino que es más bien que un efecto lógico del mismo principio que si las autoridades administrativas deciden modificar o dejar sin efecto un acto que ellas mismas han dictado, lo hagan, pero con audiencia previa del interesado, de lo contrario, el acto revocatorio atentaría contra la garantía constitucional mencionada.

El mismo SERRA ROJAS refuerza esta última idea, pues al comentar las dos tesis (la de la invariabilidad y la de la modificabilidad de los actos administrativos), expresa que la profunda transformación que se ha operado en las instituciones administrativas mexicanas, no permiten pensar en la creación de derechos absolutos, eternos e inmodificables. Por el contrario, se ha procurado limitar el alcance de los derechos particulares que se crean al amparo de la Constitución y de la legislación administrativa, de tal modo que todo derecho que se constituya, esté sujeto a las variaciones o contingencias que exige el interés general; si bien parte de la doctrina administrativa enseña que cuando un acto engendra derechos a favor de los particulares, sólo por razones de legalidad puede apoyarse la revocación del mismo, respetando los efectos producidos (73 bis).

Por otro lado, CARRILLO FLORES manifiesta que, en nuestro medio, la opinión dominante consiste en que la administración pública sí puede anular de propia autoridad sus determinaciones ilegítimas, aún cuando estas determinaciones hayan creado una situación —más no un derecho— favorable a un particular; opinión que es también fundada en una ejecutoria de la suprema Corte, en la que se establece que "en materia de interés público no puede prevalecer el

(73 bis) Cfr. SERRA ROJAS, op. cit., t. I, p. 341.

error sobre la ley", así como en el argumento doctrinal de que "el particular no tiene intereses jurídicamente protegidos ni que deban ser reconocidos y tutelados en contra de la ley" (74).

Por último, revocación y desvío de poder parecerían dos temas sin conexión alguna; pero en el fondo sí la tienen, sobre todo por el papel que juega en ambos conceptos el interés público: Hemos visto que una revocación propiamente dicha, se daría por motivos de oportunidad —pues cuando es por motivo de legalidad, es más propio denominarla nulidad—, y lo anterior se da cuando el interés público resulta más afectado que beneficiado con el acto, in=

(74) CARRILLO-FLORES, Antonio, La justicia federal y la administración pública, 1973, México: Porrúa S.A., p. 128. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que lo que sí consideramos atentatorio contra el principio de estabilidad de los actos, es el precepto del nuevo Código Fiscal federal que permite a las autoridades revocar sus actos ya impugnados ante el propio Tribunal, esto conforme al tercer párrafo del artículo 215, que a la letra dice:

"En la contestación de la demanda o hasta antes del cierre de la instrucción la autoridad demandada podrá allanarse a las pretensiones del demandante o revocar la resolución impugnada" (subrayado nuestro).

Debemos observar, además, que en el Código Fiscal original (antes de las reformas del 31-dic.-82), el mismo tercer párrafo expresaba:

"En la contestación de la demanda o hasta antes del cierre de la instrucción la autoridad demandada podrá allanarse a las pretensiones del demandante o revocar la resolución impugnada dictando una nueva en la que se subsanen los vicios impugnados, la que deberá exhibirse en el juicio respectivo para que el demandante pueda expresar su conformidad o, en su caso, ampliar su demanda".

Como notamos, la reforma atenuó bastante esta aberración procesal que se establecía a favor de la autoridad, pues un acto de revocación no debe implicar que se dicte inmediatamente uno nuevo, subsanando irregularidades, y que puede ser presentado en el juicio de nulidad iniciado contra el acto revocado. Existieron temores, fundados en anteproyectos del "paquete legislativo" para 1984, de que este viejo texto se restablecería, pero en las reformas y adiciones fiscales del 30-dic-1983 no fue tocado el artículo 215 del Código Fiscal. Además, este precepto tuvo como antecedente el artículo 199, fr. V del Código de 1967, que facultaba al magistrado instructor para sobreseer los juicios antes de la audiencia, en los casos de desistimiento del actor o de revocación administrativa de la resolución impugnada.

Fuera del campo fiscal, el problema de la revocación administrativa de oficio se presenta muy complejo por la falta de una legislación administrativa coherente y sistemática, actualmente algunas leyes administrativas aisladas facultan a la autoridad para revocar sus actos.

dependientemente de que esta consideración resulte de un cambio de criterio en la apreciación de la oportunidad o de la mutación superveniente de las exigencias de orden público.

Si consideramos que el desvío de poder consiste en alejarse de los fines de interés público que todo acto administrativo debe perseguir, podemos concluir que la revocación es un medio del cual disponen las autoridades para dejar sin efecto los actos que han incurrido en desviación de poder, de sus funcionarios subalternos o de quienes los precedieron en el cargo. De igual forma, la estabilidad es un instrumento de seguridad jurídica, que más que nada resulta siempre benéfico: así, el acto con desvío de poder aparece firme ante el particular y la autoridad no puede dictarlo y revocarlo, indistinta y sucesivamente, según sus propios intereses.

34.d) La impugnabilidad. - Es también de la esencia del Estado de Derecho que existan medios de defensa adecuados para poder exigir el respeto al orden jurídico contra cualquier tipo de agresor, sea éste un ente público o una persona privada. Pues bien, aunque el acto administrativo lleva la fuerza de su ejecución implícita, tiene consigo la presunción de legitimidad y constituye una decisión estable; todas estas características pueden ser destruidas si por medio de la impugnación del acto se logra acreditar que éste violó el orden jurídico y por tanto debe desaparecer del mundo jurídico.

Al respecto, GORDILLO opina que "es un ínsito a su calidad de acto productor de efectos jurídicos directos, que tales efectos puedan ser controvertidos por el interesado mediante la interposición de recursos administrativos o judiciales; en un Estado de Derecho el acto irrecurrible no existe" (75), pues si existiera,

(75) Op. cit., p. 163.

se estaría otorgando a una decisión humana, siempre falible, una categoría divina y dogmática totalmente inaceptable. Ahora bien, la teoría de los actos de gobierno parecería contradecir lo anterior, pero como los autores han indicado, se trata de actos políticos en los que están en juego intereses que desbordan el campo jurídico.

Cabe, además, recordar que desde el punto de vista positivo, la impugnabilidad es parte de la garantía individual de audiencia o defensa en juicio de la persona, los bienes, posesiones y derechos (artículo 14 constitucional) y que ésta se da:

- En sede administrativa, a través de los recursos correspondientes (76); advirtiéndose que no es óbice para la procedencia de estos recursos la estabilidad del acto, la cual opera como una limitación a la facultad de extinguir de oficio el acto, no como una limitación a la posibilidad de discutir su validez.

- En sede judicial, ante los tribunales previa y legalmente establecidos. Sobre la revisabilidad judicial de los actos administrativos en derecho público mexicano, es conducente hacer la siguiente acotación:

De todas las controversias derivadas de la actuación de la administración pública federal, jamás conocen los jueces ni magistrados de los poderes judiciales locales, es decir, los del fuero común; siendo entonces, evidentemente, materia federal a cuyo conocimiento se abocan los órganos del Poder Judicial Federal,

(76) La doctrina distingue dos tipos de recursos administrativos: el de la autoridad mejor informada o gracioso y el jerárquico; en ambos casos se trata de recursos de tutela o auto-control que son resueltos por determinadas autoridades administrativas que pueden modificar o extinguir el acto recurrido, dictando uno nuevo o revocándolo. En nuestro país los recursos están repartidos en infinidad de leyes, en materia fiscal su regulación comprende los arts. 116 al 133 del Cód. Fiscal vigente; pero en las otras materias su característica es la diversidad, por lo que su falta de uniformidad hace más válidas aún nuestras observaciones indicadas en la nota 52.

cuando dichas controversias no han podido ser resueltas mediante los recursos administrativos, ni mediante el juicio seguido ante los tribunales administrativos existentes.

- Cabría, por último, hacer referencia precisamente a la impugnación ante los tribunales de lo contencioso-administrativo, que han conocido un notable desarrollo o en nuestro país a partir de la creación del Tribunal Fiscal de la Federación y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal (infra, caps. VI y VII) y que constituirían otra sede o instancia:

Estos tribunales administrativos conocen de las instancias de los particulares cuando éstos han agotado el llamado recurso en sede administrativa y antes de recurrir al juicio constitucional de amparo; el primero, opera con fines de auto-tutela, para que sea la misma administración la que modifique el acto, cuando el caso así lo requiera, por razones de legitimidad o de oportunidad; el segundo opera, en cambio, como una última instancia para que el Poder Judicial pueda juzgar la constitucionalidad de los actos.

35.e) El interés general.- Es claro que el acto administrativo se destina a perseguir el interés general, pocos discutirían el que los actos de la administración busquen siempre dar satisfacción a necesidades de interés general; pero lo que sí ha dado motivo para bastantes discusiones, es lo que debe entenderse por interés general, también denominado interés público, e identificado y confundido, a veces, con nociones vecinas como la utilidad pública, el orden público y el bien común.

Ahora bien, debemos considerar que el interés general, o público, es una noción esencialmente mutable, cuya concepción ha variado según las distintas épocas y países (76 bis), además, es susceptible de conocer diversas acepciones, según el punto de vista que se tome en cuenta; aunque la que nos interesa, para los efectos de este estudio, sería una acepción vinculada con la actividad administrativa y en el marco del Derecho. Para lograrla hay que evitar incurrir en ciertos errores comunes, como los siguientes:

- Creer que el interés público no es más que la suma de los intereses particulares, y que sólo existe cuando cada persona puede escindir del mismo su interés individual.
- Considerar que no tiene nada que ver con los individuos o grupos sociales, o sea, concebirlo como una entidad abstracta, distinta y aislada de aquéllos que la componen y superior a ellos.
- Identificarlo, en cada caso, con el interés de la administración o de los entes públicos, y
- Vincular el interés público únicamente con meras conveniencias materiales.

Las relaciones entre interés público y legalidad son de gran importancia para el tema de la desviación de poder; se ha establecido que la búsqueda de un fin de interés público es la condición positiva de la legalidad de la acción administrativa, y el hecho de que el administrador no haya usado sus poderes para el fin de interés público que debía perseguir, constituye la ilegalidad, que bajo el nombre de desviación de poder, puede justificar la

(76 bis) Cfr. SEPRA-ROJAS, op. cit., t. I, p. 344; quien afirma:

"Nada hay más cambiante y exigente que el interés público en un mundo apremiado por irresistibles urgencias sociales".

anulación de una decisión administrativa (77)

Por último, siguiendo a la doctrina francesa más reciente —específicamente, según las ideas de DEMICHEL— podemos agregar las siguientes reflexiones sobre este controvertido concepto:

1a. No es fácil desprender el rol positivo preciso de la noción de interés general, incluso, se ha llegado a afirmar que no tiene una definición jurídica exacta.

(77) Los vínculos entre interés general y desvío de poder han sido profunda y particularmente tratados en la obra de TRUCHET, Didier, Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat (París: L.G. D.J., 1977, pp. 89-109):

Este autor francés, al abordar el aspecto negativo de las relaciones entre interés general y legalidad administrativa, estudia en forma especial la desviación de poder (détournement de pouvoir); en una primera sección desarrolla la teoría clásica, y en la segunda, cuestiona los fundamentos de tal teoría. Precisamente al presentar la teoría clásica y el régimen de la desviación de poder, señala TRUCHET los siguientes puntos esenciales:

-La desviación de poder resulta de la discordancia entre los fines que el autor debía legalmente perseguir y aquellos que efectivamente persiguió existiendo una investigación doblemente subjetiva (de los fines a los cuales estaría destinado normalmente el poder desviado y de la intención que persiguió en realidad la autoridad, o sea, sus móviles).

-La jurisprudencia utiliza la noción con una gran prudencia y le ha conferido un carácter subsidiario, a falta de los otros medios de anulación; nunca la puede hacer valer de oficio y la somete a un régimen especial de prueba. Además, ha distinguido dos categorías fundamentales de desviación de poder: 1a. Cuando el agente actúa en su interés personal o de un tercero, pero no en el interés general, alejándose completamente de éste. 2a. Cuando se persigue un fin de interés público, que no es el que precisamente la ley asigna al acto.

De la teoría clásica expuesta, TRUCHET deriva estos dos principios:

-La persecución de un fin que sea totalmente contrario al interés general convierte en ilegal un acto administrativo.

-La persecución de un fin de interés general no garantiza la legalidad de un acto administrativo.

Finalmente, el autor plantea la crisis o decadencia de la noción clásica, hace el ensayo de una nueva presentación e indica que el interés general interviene en la legalidad imponiéndole a toda autoridad administrativa la obligación de no perseguir un fin que se oponga al interés general, regla que para mantener su fuerza y especificidad requiere de la teoría y práctica de la desviación de poder.

2° Inicialmente, se concibió el interés general como el interés específico de la sociedad, distinto en su esencia de los intereses particulares, pero también se le ha concebido como el "arbitraje" entre los diversos intereses particulares; en ambos casos el concepto se revela exageradamente frágil e impreciso.

3° El interés general es una de las bases del control de los motivos y explica, globalmente, toda la acción de la administración, fundamentando el binomio "privilegios exorbitantes-sujecciones particulares" que la caracteriza; las derogaciones de las reglas del derecho común sólo son justificables en la medida que respondan al interés general.

4° Decir que el interés general deviene servicio público en el momento que una decisión política así lo establece, es una forma de explicación tautológica, pues por servicio público se entenderá una actividad de interés general transformada en tal por la autoridad política; debiéndose concluir entonces, que el interés general, más que la base del servicio público, es sólo su consecuencia.

5° Interés y servicio público son dos nociones con un gran contenido ideológico (algunos opinan, incluso, que son nociones "míticas" que tratan a los individuos de idéntica manera, ignorando sus relaciones sociales): así, el interés público puede servir, eventualmente, como cobertura de cualquier medida arbitraria, de tal modo que, decir que una determinada medida corresponde u obedece al interés público, sería solo una cuestión subjetiva, aunque precisamente hay la tendencia de convertirla en una necesidad objetiva de la sociedad (77 bis).

(77 bis) Cfr. DEMICHEL, op. cit., pp. 99-105 y WIENER, Céline, "Service public ou auto-gestion: d'un mythe à l'autre?", en Service public et libertés, Mélanges Robert-Edouard Charlier, Paris, 1981, pp. 325-340.

36.C) Sus elementos.— También en este aspecto existen ciertas discrepancias entre los autores, no hay coincidencia ni en cuántos, ni en cuáles, serían los elementos esenciales del acto administrativo:

- Para OLIVERA TORO, los elementos del acto administrativo son los siete siguientes: sujeto, voluntad, objeto, motivo, finalidad, forma y oportunidad o mérito (78).

- FRAGA, por su parte, señala los mismos elementos, con la excepción del de la oportunidad o mérito (79).

- SERRA-POJAS indica los siguientes elementos: los órganos o sujeto, la competencia, la investidura, la manifestación de voluntad, el objeto o contenido, el motivo, el mérito —confundido con la finalidad, como el elemento teleológico— y la forma; descartando categóricamente la causa como elemento del acto administrativo en nuestro Derecho (80).

- ACOSTA ROMERO, quien reduce los elementos estructurales del acto a cuatro: el sujeto, la manifestación externa de voluntad, el objeto y la forma; considera como unas simples modalidades o requisitos el motivo y la finalidad. Aparte, menciona y distingue el mérito y la oportunidad, sin identificarlos ni como elementos, ni como requisitos (81).

A los criterios anteriores de los principales autores mexicanos, podríamos agregar, para enriquecer el panorama doctrinal, los criterios de algunos tratadistas extranjeros:

(78) Op. cit., pp. 127 y siguientes.

(79) Op. cit., pp. 283 y siguientes.

(80) Op. cit., pp. 243 y siguientes.

(81) Op. cit., pp. 360 y siguientes.

- LARES MARTINEZ, por ejemplo, expresa que los elementos esenciales que integran el acto administrativo son la competencia del Órgano, la voluntad, el contenido, los motivos, la finalidad y las formalidades (82).

- GORDILLO, nos señala sólo la competencia, la voluntad, el objeto y la forma; aclarando que los requisitos causa o motivo y fin, pueden ser subsumidos en los anteriores (83).

- SAYAGUES-LAGO amplia dichos elementos a siete que, a su juicio, serían los siguientes: el Órgano competente, la voluntad administrativa, el contenido, los motivos, la finalidad, la forma y el procedimiento (84).

- Por parte de PRAT, éste nos indica que de acuerdo a la doctrina los elementos indispensables que se han señalado son: la manifestación de voluntad, el objeto y la forma; pero trata también otros elementos como la causa, el motivo y la finalidad (85).

- Para BONNARD, "todo acto comporta un motivo, un objeto, una finalidad y una manifestación de voluntad". (86).

- ZANOBINI —citado por OLIVERA— considera el sujeto, el objeto, la voluntad el contenido y la forma.

- Por último, GARCÍA DE ENTERRÍA distingue —al igual que SERRA— una clasificación de tres tipos de elementos: subjetivos, objetivos y formales. Para él resultan elementos subjetivos, la administración, los órganos, la competencia y la investidura; objetivos, el presupuesto de hecho, el objeto, la causa y el fin; y

(82) Op. cit., pp. 151 y siguientes.

(83) Op. cit., pp. 241 y siguientes.

(84) Op. cit., pp. 432 y siguientes

(85) Op. cit., pp. 49 y siguientes

(86) BONNARD, Roger, Précis de droit administratif; apud SERRA ROJAS, Andrés op. cit., p. 244.

formales, el procedimiento y la forma (87).

Del conjunto de autores citados, ninguno coincide y llegan a mencionar, en conjunto, un total de quince elementos del acto administrativo: sujeto, órgano, investidura, competencia, voluntad, objeto, contenido, causa, presupuesto de hecho, motivo, finalidad, procedimiento, forma, oportunidad y mérito; los cuales lógicamente son demasiados y complican terriblemente su estudio.

Creemos que, en este caso, el problema que se plantea es más de forma que de fondo, recordemos que no importa tanto cómo se dicen o denominan las cosas, sino más bien hay que poner atención en lo que se dice, considerando que los vocablos tienen la acepción que convencionalmente cada autor les asigna y que una misma realidad o concepto puede recibir diversos nombres.

Así pues, en lo personal, vemos que lo importante no está en aceptar o rechazar la lista o clasificación de los elementos del acto que proporciona tal o cual autor; sino en poder dar respuesta a las siguientes cuatro interrogantes claves: ¿quién dicta el acto administrativo? ¿por qué se dicta? ¿para qué se dicta? y ¿cómo se dicta?

Así vincularemos cada uno de los elementos señalados, en lo correspondiente, a la solución de estas preguntas y tendremos una visión definitivamente más lógica y clara de la cuestión.

37.a) ¿Quién dicta el acto administrativo? Entendemos que al intentar dar respuesta a esta primera interrogante se abarcan los siguientes cinco elementos: el sujeto, el órgano, la voluntad, la competencia y la investidura.

(87) Op. cit., pp. 459-476.

Sin duda alguna que éste es el elemento subjetivo del acto por excelencia, se refiere al creador del acto, al sujeto que lo dicta, el cual es siempre un órgano de la administración pública que manifiesta su voluntad y está dotado de la competencia e investidura necesarias para emitirlo válidamente.

Ahora bien, el sujeto, el órgano y la investidura no revisten mayor importancia que la de su sola mención, pero la competencia y la voluntad son los dos aspectos de este elemento subjetivo del acto con trascendencia para nuestro tema.

38.aa) La competencia.— Se refiere a la porción de poder dada a una persona pública, o a sus órganos, para que conozcan de determinados negocios y puedan actuar legítimamente; por tanto, es competente una autoridad a quien la ley le otorga una facultad o conjunto de facultades para atender y resolver determinados asuntos. Sus caracteres son los siguientes: requiere texto expreso de ley —materialmente hablando, ya que puede ser otorgada por vía reglamentaria—, su ejercicio es obligatorio, irrenunciable e innegociable y no es un derecho propio de los titulares, está fragmentada en los diversos órganos y es constitutiva de éstos (88).

Además, la competencia se distribuye y clasifica por grado, materia, territorio y tiempo. En cuanto al grado, éste supone el orden jerárquico de la administración (secretario, subsecretario, director, subdirector, etc.); en cuanto a la materia, supone una distribución de actividades afines (sanitarias, educativas, hacendarias, presupuestales, militares, etc.); en cuanto al territorio, la competencia toma en cuenta las divisiones físico-políticas del país (lo federal —y dentro de ello lo regional—, lo estadual

(88) Cfr. SERRA ROJAS, op. cit., p. 246.

y municipal); y en cuanto al tiempo, por los casos en que a un órgano se le conceden facultades sólo durante un lapso o plazo determinado.

Según GARCÍA de ENTERRIA, "en un órgano administrativo deben confluír todos los criterios de competencia (material, territorial, temporal y en cuanto al grado) para que en ejercicio de la misma pueda dictar válidamente el acto administrativo que dicha competencia autorice" (89); más adelante veremos (infra, § 55) que cuando no se observan tales criterios se incurre en un vicio legal que afecta la validez del acto: el vicio de incompetencia, y habrá que distinguir cuándo la competencia ha sido ilegítimamente conferida y cuándo, habiendo sido conferida legítimamente, el órgano se excede de la misma; asimismo no es lo mismo una violación de las competencias constitucionales a una violación de las competencias legales.

Por otro lado, podemos asentar que respecto el desvío de poder y la competencia hay ciertas relaciones:

En primer lugar, para que una autoridad incurra en desvío de poder, podría sostenerse que es condición necesaria su competencia, o sea, sólo se cometería desviación de poder en ejercicio de una competencia legítima. De lo contrario, si es una autoridad incompetente la que comete la desviación de poder, incurre directamente en un vicio más claro que valdrá como causal determinante de anulación de los actos que haya dictado: el de su incompetencia.

En segundo lugar, también podría sostenerse que el desvío de poder es una forma de incompetencia, porque ninguna autoridad administrativa está facultada para desviarse o alejarse de los

(89) Op. cit., p. 46.

finés de interés público que exigen las leyes administrativas, y si lo hacen, realizan un acto fuera de su competencia legal.

Relacionados con la competencia, existen otras cuestiones de importancia, por ejemplo, la delegación de facultades y la desconcentración orgánica, las cuales por motivos de tiempo y espacio, no desarrollamos en este trabajo y remitimos tanto a los textos legales y reglamentarios correspondientes, así como a las páginas doctrinales respectivas.

39.bb) La voluntad.— Constituye un verdadero requisito de existencia, pues si no se manifiesta no hay acto administrativo; empero, claro, puede manifestarse con vicios, lo que daría lugar a otros problemas. Precisamente la vinculación entre voluntad y desvío de poder, radica en que algunos autores sostienen que, dentro de los vicios de índole subjetiva de la voluntad, se encuentra la desviación de poder; pero lo relativo a este vicio como tal y a los demás, lo veremos más adelante (infra, § 54-58).

Para ACOSTA ROMERO, es la expresión del proceso volitivo del órgano administrativo que debe tener una exteriorización perceptible, o sea, requiere que se manifieste objetivamente y debe ser espontánea y libre, no debe estar viciada y además, debe expresarse dentro de las facultades del órgano en los términos previstos en las leyes (90).

Y SERRA-ROJAS nos dice, por su parte, que "para saber cuál es el órgano que debe expresar la voluntad del Estado en la realización de un acto administrativo, hay que atender a las disposiciones legales"; y en otro párrafo manifiesta que "la voluntad adminis

(90) Op. cit., pp. 363-364.

trativa debe ser legalmente exteriorizada, sin embargo —como hemos dicho—, puede verse afectado en su validez por la presencia de alguno de los vicios del consentimiento (error, dolo, violencia) (91).

PRAT, refiriéndose a la declaración de voluntad de la administración, opina que se trata de un elemento complejo, ya que el acto administrativo como todo acto humano, supone la intervención de una voluntad que quiere el acto, aclarando que debe entenderse como el "querer de la administración", la voluntad jurídica del órgano expresado por un sujeto determinado; pero no la voluntad psicológica o personal del autor material del acto (92). Esto último parece aclarar el criterio que sostiene que "hablar de voluntad en el orden administrativo es una incorrección, ya que el órgano no la tiene", pues queda establecido que todo acto administrativo se forma con la conducta voluntaria del titular investido de potestades públicas.

Este elemento del acto tiene relación con temas tan importantes como el silencio de la administración y sus efectos (positiva o negativa ficta), o el de los actos tácitos e implícitos, por los cuales hacemos la misma salvedad que al final del párrafo anterior.

40.b) ¿Por qué se dicta el acto? Habiendo visto quién dicta el acto administrativo y, aunque sea someramente estudiados, los diferentes aspectos que integran dicho elemento subjetivo, el proceso lógico exige explicar ahora la causa por la que se dicta un acto administrativo; investigaremos, pues, los presupuestos de hecho que lo anteceden, es decir, los motivos de hecho, y también los de

(91) Op. cit., p. 247.

(92) Op. cit., pp. 50-51.

derecho, en función de los cuales la autoridad determina sus actos.

Esta interrogante, junto con la siguiente, abarca parte de los clasificados como elementos objetivos del acto administrativo, cuyo estudio hemos dividido en los siguientes tres apartados.

41.aa) El motivo como presupuesto de hecho y de derecho.- Podemos decir que, desde este punto de vista, los motivos del acto son los antecedentes que lo provocan, o sea, las circunstancias fácticas y jurídicas en virtud de las cuales la autoridad administrativa exterioriza el acto.

En otros términos, un acto administrativo estará debidamente motivado, cuando se haya comprobado la existencia objetiva de los presupuestos y preceptos legales y que ellos sean suficientes y adecuados para provocar el acto realizado.

A este respecto se ha dicho que "debe existir siempre como elemento del acto administrativo, una relación inmediata de causalidad lógica entre la declaración y las razones que la determinaron" (93); por ejemplo: en la emisión de una sanción disciplinaria, el motivo es la comisión de una falta prevista en las leyes por el agente.

Además, siempre hay razones que deciden a la administración pública a emitir un acto administrativo determinado, y la motivación o fundamentación de una resolución administrativa, llamado por algunos autores la causa que la origina, constituye una garantía para el particular afectado (94); al respecto el artículo 16 de la Constitución mexicana de 1917 es muy preciso:

(93) OLIVERA-TORO, op. cit., p. 132.

(94) SERRA-ROJAS, op. cit., p. 251.

"Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento" (95).

FRAGA, comentando este precepto dice que "aunque está dirigido, según el pensamiento original de los autores, a las autoridades ejecutoras y aunque el mismo sólo contiene una exigencia de forma, nos parece que un desarrollo jurisprudencial (...) puede, de la misma manera que ha extendido el mandamiento del artículo a las autoridades ordenadoras, transformar el requisito de forma en una exigencia de fondo, para hacer así efectiva la garantía que allí se consagra y de esa manera exigir no sólo que la orden exprese el motivo, sino también que esté previsto realmente y que de acuerdo con la ley sea bastante para provocar el acto" (96).

(95) La jurisprudencia ha explicado el alcance y sentido del precepto constitucional de la siguiente manera:

FUNDAMENTACION Y MOTIVACION.- "De acuerdo con el artículo 16 de la Constitución Federal, todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que también deben señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto; siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas" (2a. Sala, Informe 1978, p. 7).

(96) Op. cit., p. 287. En plena concordancia con la opinión precursora del autor mexicano —pionero de nuestro Derecho Administrativo—, se ha dictado la siguiente tesis jurisprudencial:

FUNDAMENTACION Y MOTIVACION, VIOLACION FORMAL Y MATERIAL.- "Cuando el artículo 16 constitucional establece la obligación para las autoridades de fundar y motivar sus actos, dicha obligación se satisface, desde el punto de vista formal, cuando se expresan las normas legales aplicables, y los hechos que hacen que el caso encaje en las hipótesis normativas (...). Sólo la omisión total de motivación, o la que sea tan imprecisa que no dé elementos al afectado para defender sus derechos o impugnar el razonamiento aducido por las autoridades, podrá motivar la concesión del amparo por falta formal de motivación y fundamentación. Pero satisfechos estos requisitos en forma tal que el afectado conozca la esencia de los argumentos legales y de hecho en que se apoyó la autoridad, de manera que quede plenamente capacitado (...) para alegar en contra de su argumentación jurídica, podrá concederse, o no, el amparo por incorrecta fundamentación y motivación desde el punto de vista material o de contenido, pero no por violación formal de la garantía de que se trata, ya que ésta comprende ambos aspectos". (Ier. T.C., S.J.F. 1917-75, 6a. p. 51) (p. 104, t. IV, T.F.F., 45 años).

42.bb) Los motivos y la doctrina extranjera.— Sobre el elemento de los motivos, los autores extranjeros han emitido interesantes opiniones, algunas de las cuales —profundizando un poco en la cuestión—, nos permitimos anotar:

GARCÍA DE ENTERRÍA incorpora los motivos a la causa, concibiendo ésta de forma peculiar, como la adecuación o congruencia efectiva a los fines propios de la potestad que se ejercita, y le da una mayor beligerancia a los presupuestos de hecho, pues comenta que la Ley, como imperativo abstracto, conecta una cierta consecuencia jurídica a un tipo de hecho específico; tal es la estructura necesaria de toda proporción normativa: supuesto de hecho y consecuencia jurídica. Además, agrega: "como, a su vez, el acto administrativo no es más que el ejercicio de una potestad, resulta que el mismo sólo puede dictarse en función del presupuesto de hecho tipificado por la norma de cuya aplicación se trata. Ese presupuesto puede ser una situación material perfectamente objetivable, pero puede ser también (...) una situación más compleja, o más ambigua, cuya apreciación exija utilizar conceptos de valor o de experiencia o, incluso, otras calificaciones jurídicas previas, según la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados (...)" (97).

La doctrina francesa ha planteado, respecto de los motivos, algunos otros aspectos (98):

VIDAL, por ejemplo, explica que "en la terminología jurídica el motivo responde a dos acepciones bien diferentes: una, obje-

(97) Cfr. op. cit., p. 462-463.

(98) Las citas de los diversos autores franceses mencionados fueron tomadas de PRAT, op. cit., pp. 107-108 (en nota) y p. 110.

tiva; otra, subjetiva. Es la primera la que tiende hoy en día a predominar y es la que en particular se evoca cuando se habla de la teoría de la anulación por inexistencia de los motivos".

AUCOC, "al definir la desviación de poder habla de los motivos en su acepción subjetiva" —que se asimila a la noción de móviles del autor del acto—. Por el contrario, BONNARD "ha sido indudablemente el autor que más ha hecho por difundir la acepción objetiva del término, lamentándose no haber encontrado una expresión menos ambigua para designar el elemento antecedente del acto".

DUGUIT, por otro lado, nos dice que "en el origen de todo acto de voluntad, se encuentra siempre un hecho anterior al acto que sugiere al sujeto la idea que será el motor de la actividad voluntaria. No es el por qué el sujeto quiere el acto; es el por qué tuvo la idea de la posibilidad de quererlo".

PRAT, en sus conclusiones, haciendo un balance de las posiciones doctrinales, afirma:

- "No hay acto administrativo sin antecedentes, sin motivos (los motivos existen siempre en la base de toda decisión ejecutoria porque le sirven de fundamento; son las situaciones de hecho o de derecho objetivamente consideradas; no son legales o ilegales, simplemente existen o no existen)"

- "La influencia de los motivos sobre la existencia o inexistencia del acto es indirecta, la legalidad o ilegalidad del acto se aprecia en relación no de los motivos en sí considerados, sino en relación a otros elementos del acto que son legales o ilegales por sí, el objeto y las formalidades"

- "En consecuencia, el motivo es el hecho exterior al sujeto, independientemente de su voluntad y que sirve de antecedente al

acto, lo precede y lo provoca, ya que habilita, en cierta forma, al agente administrativo a usar de sus poderes en una cierta materia. En este sentido puede decirse que el motivo es la causa del acto" (99).

Por la confusión existente sobre el concepto de causa, precisamente dedicamos el siguiente apartado para aclarar los problemas que acarrea su aceptación como elemento esencial del acto.

43.cc) La teoría de la causa: discusiones.- SERRA-ROJAS opina que la teoría de la causa no tiene razón de ser en nuestro Derecho Administrativo, pero no explica ni justifica su afirmación, mientras que los demás autores nacionales omiten toda referencia específica sobre ella. Es más bien en la doctrina extranjera, donde la teoría de la causa ha suscitado algunas discusiones.

Así, SAYAGUÉS-LASO expresa que "uno de los puntos más controvertidos en derecho público es la teoría de la causa (...) lo primero a tener en cuenta —agrega— es que la noción de causa en los actos administrativos no puede vincularse al problema de la causa en el derecho privado (...); la existencia de la causa como elemento esencial del acto administrativo será, pues, una noción distinta a la de la causa en el derecho privado" (100). Más adelante el mismo autor indica que la diversidad de opiniones en la doctrina es muy grande: algunos consideran que la causa es cierta situación de hecho o de derecho que determina la realización del acto, pero denominándola "motivo"; otros estudian la causa dentro de una teoría más amplia sobre los motivos determinantes, que engloba también el elemento fin;

(99) op. cit., pp. 111-112.

(100) op. cit., I, pp. 444-446.

otros más la definen con criterio objetivo, como el fin práctico de la voluntad, o la particular especie de utilidad pública que fija la ley, o la finalidad remota del acto; un grupo más se inclina hacia criterios subjetivistas, sosteniendo que es la apreciación subjetiva del interés público por la administración; y, finalmente, hay quienes rechazan la idea de causa en el Derecho Administrativo, o simplemente prescinden de ella (100 bis). Frente a este divergente panorama, resultan indispensables algunas puntualizaciones a fin de aclarar el problema.

PRAT hace un estudio de las soluciones dadas por la doctrina para contestar la interrogante ¿qué es la causa en el Derecho Administrativo?. El balance sintetizado de la doctrina que cita es el siguiente:

- Para HAURIOU, "la causa jurídica de un acto es el elemento de hecho que determina la categoría de la situación que provoca el cumplimiento del acto" (101), o sea, es el hecho determinante que ubica el acto en una categoría legal, de tal modo que siempre habrá la misma causa para todos los actos de una misma categoría jurídica. Por consecuencia, la considera objetiva, como un hecho, y no como un motivo subjetivo; el vicio de los motivos subjetivos es el que interesaría, precisamente, al de la desviación de poder. HAURIOU explica que el verdadero caso de desviación de poder sería aquel en el cual la causa del acto existe realmente, pero está viciada por una intención diferente del "bien del servicio"; y agrega que muchas hipótesis de desviación de poder se podrían explicar por la inexistencia de la causa (102).

- VEDEL define la causa como "la situación objetiva de hecho o de derecho que se encuentra en la base del acto" y manifiesta

(100bis) Ibidem.

(101) HAURIOU, Maurice, Précis de droit administratif, 12a. ed., 1938 (mise à jour par M. André HAURIOU), p. 435; apud PRAT, op.cit., pp. 63-64.

(102) HAURIOU, ibidem, p. 443.

que es un elemento complejo, cuyo contralor contencioso incluiría la causa falsa, la causa ilícita y la ausencia de causa. Además apunta que la causa tiene como papel el de permitir la integración de ciertos errores de hecho a la violación de la ley; así pues, su significado teórico es el de establecer una relación permanente entre los hechos y los actos a los cuales sirve de base (103).¹

VEDEL opone, en sus conclusiones, la teoría de la causa a la desviación de poder, contralor de legalidad al de moralidad, causa a finalidad; explicando que existen casos en los cuales no se prevé jurídicamente ninguna situación de hecho como causa de los actos, pero que esta ausencia legal no destruye la necesidad de una causa real, dejando la elección librada al agente, lo que vuelve difícil el contralor.

En semejantes casos —observa PRAT— se impone el contralor por la teoría de la desviación de poder más que por la de la causa, siendo por esta vía que puede limitarse el poder discrecional de la administración; la desviación de poder es así, el único contralor posible para los actos que sólo limita la directiva del interés público y desempeña un papel considerable en la parte del acto que no puede ser objetivamente controlado (104).

- CHARLIER, por su parte, opina que la causa, más que determinado elemento del acto, es el vínculo entre diversos elementos; esto es así porque para él la causa "es la razón de ser del acto

(103) Cfr. VEDEL, Georges, "Essai sur la notion de cause en droit administratif français" (thèse, Toulouse, 1934). Este autor francés es, además, autor, de un difundido manual sobre Derecho Administrativo, cuya 6a. edición francesa ha sido traducida al español por Juan Rincón Jurado (Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980).

(104) PRAT, ibidem, pp. 67-68.

(...)" (105), además, engloba en sus conclusiones los motivos y el fin diciendo:

"El Consejo de Estado admite que la decisión administrativa ejecutoria debe anularse (...) en toda una serie de hipótesis que pueden vincularse entre sí por la idea general de la causa-razón de ser del acto: cuando está afectado en la finalidad —desviación de poder— (...), y cuando tiene por motivo determinante una situación de hecho o de derecho que no corresponde a la realidad (...)" (106).

— DUGUIT, por otro lado, niega tanto la existencia como la utilidad de la causa, tal como la entienden sus contemporáneos (107); su crítica a la noción de causa se integra en su concepción de acto jurídico, el cual como acto voluntario recorre varias fases: la concepción, la deliberación, la decisión y la ejecución. La primera está provocada por los móviles impulsivos, elementos exteriores y anteriores al acto que no influyen en su valor; y la segunda, es una reflexión sobre el objeto y el fin —considerando este último como elemento determinante e intermediario entre los móviles y el objeto—.

Precisamente el fundamento central de esta teoría reside en la diferencia entre el fin determinante y el antecedente del acto o motivo impulsivo, agregando que sólo puede hablarse de causa si por ella se entiende el fin determinante. DUGUIT acepta que existen hipótesis en que motivo impulsivo y fin pueden coincidir y

(105) CHARLIER, Robert-Edouard, "La cause dans la jurisprudence administrative récente", La semaine juridique, 1950, No. 10 in fine; apud PRAT, op. cit., pp. 71-72.

(106) CHARLIER, art. cit., No. 17.

(107) Recordemos que la obra fundamental de León DUGUIT es su Traité de droit constitutionnel, cuya 3a. ed. corresponde a 1927 y consta de 5 volúmenes.

confundirse, notando que éstos serían los casos en que el Consejo de Estado francés emplea el término causa (108).

- JÈZE haciendo una magnífica síntesis de soluciones jurisprudenciales formula la teoría de los motivos determinantes, que define como "las consideraciones de hecho o de derecho que impulsan a un individuo a realizar determinado acto jurídico", su teoría pone en evidencia la inexactitud de la noción de causa objetiva, o bien, que por causa debe entenderse el motivo determinante. Deduce, finalmente, que la noción de causa ha sido empleada "infelizmente" por el Consejo de Estado y la elimina de su vocabulario (109).

- BONNARD dice, por su parte, que la causa es una noción inconveniente por su imperfección y por no encuadrar en los principios del Derecho Administrativo: no cabe para él, pues, la posibilidad de asimilarla ni al motivo ni al fin, el motivo lo concibe como la "condición de ejercicio del poder" y respecto del fin, reafirma que debe ser siempre el buen funcionamiento de los servicios públicos (110).

Hasta aquí las distintas opiniones de algunos representativos autores de la doctrina francesa. Ahora veremos el panorama de la doctrina italiana, que se nos ofrece igualmente diferenciado; entre sus autores, algunos identifican la causa con el fin inmediato perseguido por el agente; en tal concepción la causa resulta una noción subjetiva: se le encuentra, definitivamente, en la intención de con

(108) DUGUIT, op. cit., t. II, pp. 412-413; apud PRAT, ibidem, pp. 72-79.

(109) Véase sobre estas ideas de JÈZE "La théorie des motifs déterminants", en Revue de Droit Public, 1922 y su gran obra Les principes du droit administratif, Paris, 1926, 4 vols; apud PRAT, op. cit., pp. 80-83.

(110) BONNARD, Roger, en su Précis de droit administratif y en sus artículos de la Revue de Droit Public; apud PRAT, op. cit., pp. 83-87.

tribuir, modificar o destruir una relación jurídica y no debe confundirse con los elementos antecedentes del acto ni con los subsecuentes. Otros identifican la causa con el interés público, como fin último que el acto se propone realizar, pero considerado concretamente, sin entenderlo en un sentido amplio y general. O bien, otros más establecen que la causa del acto consiste en la valoración hecha de la potestad discrecional, en relación a la efectiva correspondencia del acto con el fin último, esta opinión reservaría la causa para los actos discrecionales; aunque en este caso no queda muy claro por qué debe considerarse como causa del acto de valoración del fin y no el fin mismo. Finalmente, autores como ALESSI y GIANNINI se declaran como "anticausalistas" y rechazan de plano la noción (111).

Después de su extenso análisis, PRAT concluye que la noción de causa plantea complejos problemas por sus diferentes acepciones y que sólo ha servido para reconocer que en todo acto administrativo existen dos elementos netamente distintos: los antecedentes del acto —elemento objetivo y externo al sujeto al que llamamos motivo y el elemento teleológico, al que se denomina finalidad o simplemente fin; ambos estrechamente vinculados a través del objeto del acto (112).

44.c) ¿Para qué se dicta el acto?.— Al resolver esta tercera pregunta estamos abarcando otra parte de los clasificados como elementos objetivos del acto administrativo, como son el objeto, el contenido, el fin, la oportunidad y mérito. Otra manera de plantear la misma cuestión sería: ¿con qué objeto u objetos se dicta un acto?; bueno, el acto administrativo se dicta con el objeto de lograr producir efectos jurídicos concretos e individualizables.

(111) Cfr. PRAT, op. cit., pp. 91-103.

(112) Ibidem, pp. 104-105.

Estos efectos de derecho que se persiguen y se logran con la emisión del acto administrativo, pueden dividirse — según ACOSTA ROMERO(113) y otros autores— en directos o inmediatos y en indirectos o mediatos. Los primeros permiten la creación, transmisión, modificación, reconocimiento o extinción de derechos y obligaciones de tipo administrativo; los segundos, cumplen con los cometidos públicos y ejercen las potestades encomendadas en vista del interés público (v. supra, § 35).

En el "para qué" del acto administrativo se encierra, entonces, un elemento complejo bajo la forma de dos nociones: el contenido (como el objeto inmediato) y el fin (como el objeto mediatto), los cuales consideramos, al igual que la mayor parte de los autores citados (supra, § 36), como elementos esenciales del acto administrativo; pero sobretodo nos interesa el fin, el cual resulta muy trascendente para el estudio del tema que nos ocupa, pues se ha concebido el desvío de poder como el alejamiento o desviación de los fines legales (véase sobre su concepción doctrinal, infra, § 95 y ss.). Comentaremos también los discutidos y ambiguos conceptos de oportunidad y mérito por su vinculación con los fines públicos (infra, § 47).

45.aa) El objeto como contenido.— El objeto en este sentido, es en lo que consiste la declaración administrativa y sirve para distinguir un acto de otro: una multa, una concesión, un permiso, una liquidación fiscal, etc. También se dice que es "la sustancia que determina el acto administrativo, es decir, aquello que el acto decide, certifica, opina, dispone o permite" (114).

(113) Op. cit., p. 364.

(114) SETRA ROJAS, op. cit., 250.

Abundando sobre este elemento, GARCÍA de ENTERRÍA nos explica que "el objeto de la declaración de la administración puede ser un comportamiento del súbdito, o de otra administración u órgano (como una orden de dar o hacer); o un hecho (que se certifica, por ejemplo); o un bien (que se expropia, como caso típico); o una situación jurídica (tengamos por caso que se interpreta); o su propia organización (verbigracia, las circulares); o bien, mixturas de estos objetos (...)" (115).

Por otro lado, según DÍEZ, "el objeto es la relación jurídica que crea el contenido del acto, en forma tal que objeto y contenido aparecen identificados; es el resultado práctico que el órgano se propone conseguir a través de su acción voluntaria". Y agrega —citando al autor italiano ZANOBINI—: "el objeto es la cosa, la actividad, la relación, aquello de que se ocupa y para que dispone jurídicamente, lo que resulta de su contenido" (116).

También resulta muy enriquecedora, en este punto, la opinión de SAYAGUÉS-LASO, quien manifiesta lo siguiente:

"En el contenido del acto la doctrina extranjera distingue la parte natural, la implícita y la eventual. La primera es la parte intrínseca del acto, que lo distingue de los demás actos, tiene que existir necesariamente pues de lo contrario no sería tal (...). La parte implícita es aquella que, aún cuando no se hubiera estipulado en forma expresa, integra el acto necesariamente porque así lo dispone el derecho vigente. Finalmente, resta la parte eventual, esta puede incluirse o no, en el acto (...) especialmente hay

(115) Op. cit., p. 469.

(116) En este caso, Manuel María DÍEZ es citado por OLIVERA TORO, op. cit., p. 131.

que dar la posibilidad de establecer términos, condiciones y modos" (117).

Si se nos demanda que tiene que ver la desviación de poder con este elemento, responderíamos —aunque ello no parezca muy evidente— que sí tiene algo que ver, porque son ciertos contenidos los que especialmente se prestan a que el titular de una potestad pública incurra en desviación de poder, sobre todo tratándose de actos cuyo contenido se fija mediante el ejercicio de las facultades discrecionales. El desvío de poder se comete, de hecho, para que el contenido del acto beneficie de algún modo al emisor del mismo o a un tercero, pero no al interés público autorizado, vgr. negativa a otorgar una licencia de funcionamiento, o su cancelación, para evitar que funcione un negocio que hace competencia al del funcionario-propietario que lo dictó.

Así pues, podríamos concluir que aquéllo que se ha denominado desvío de poder, no resultaría más que una desviación del objeto del acto administrativo para cumplir con fines ajenos a los que las leyes le fijan.

Debemos especificar, por último, en relación a este elemento, que debe ser determinado o determinable, posible o lícito; entendiendo por licitud no sólo que no esté prohibido por la ley, sino que esté autorizado por ella, salvo el caso en que la propia ley otorgue facultad discrecional a la autoridad administrativa para elegir y determinar el objeto del acto.

46.bb) El objeto como fin.— Por lo que hace a la finalidad del acto —nos dice FRAGA— "la doctrina ha sentado diversas reglas cuya aplicación en nuestro medio nos parece indudable:

(117) Op. cit., pp. 440-441.

1° El agente no puede perseguir sino un fin de interés general.

2° El agente público no debe perseguir una finalidad en oposición a la ley.

3° No basta que el fin sea lícito y de interés general, sino que es necesario, además, que entre en la competencia del agente que realiza el acto.

4° Pero aún siendo lícito el fin de interés público y dentro de la competencia del agente, no puede perseguirse sino por medio de los actos, que la ley ha establecido para tal efecto" (118).

Según SAYAGUÉS-LASO, los órganos de la administración "se encuentran en una situación de deber para cumplir la cual el derecho les asigna determinados poderes jurídicos, por lo tanto, al ejercer dichos poderes han de guiarse por el fin propio del servicio a su cargo (...); de ahí que todo acto administrativo deba tener una finalidad propia del servicio y que ese requisito constituya un elemento esencial del acto". Y continúa diciendo: "No puede darse una fórmula genérica acerca de lo que es el fin de la actividad administrativa, pues varía de un servicio a otro. La determinación debe hacerse en cada caso, de conformidad con las reglas establecidas por el legislador" (119).

Por su parte, GARCÍA de ENTERRÍA al estudiar el fin de los actos administrativos indica: "la norma al configurar la potestad, de manera explícita o implícita, le asigna un fin específico, que por de pronto es un fin público, pero que se matiza significati-

(118) Op. cit., pp. 287-288; aunque cabe aclarar que tales reglas tienen su fuente en la obra de Gaston JÉZE, (Les principes généraux du droit administratif, t. III, p. 226), según nos indica el mismo FRACA.

(119) Op. cit., pp. 448-449.

vamente en cada uno de los sectores de actividad (...), por ejemplo, en la potestad de policía, la seguridad pública". Y más adelante afirma: "el acto administrativo, en cuanto es ejercicio de una potestad, debe servir necesariamente a ese fin típico, e incurrirá en vicio legal si se aparta de él o pretende servir una finalidad distinta, aún cuando se trate de otra finalidad pública (por ejemplo, una finalidad recaudatoria utilizando un poder de policía)" (120).

Sin duda alguna que el vicio legal a que se refiere es la desviación de poder, que como tal estudiaremos con detalle posteriormente (infra, § 95 y ss.).

Para PRAT, la finalidad es un elemento difícil de precisar, la considera como un elemento puramente psicológico del acto, y analiza y señala, además, las observaciones que sobre este elemento han hecho ciertos autores franceses (121):

- DUGUIT, es quien mejor ha destacado el extraordinario papel que el fin desempeña en el mecanismo de todo acto voluntario y por ende, en el acto administrativo; denominándolo "fin determinante", porque determina la dirección de la voluntad del autor del acto; o sea la concepción y la decisión del acto a emitir.

- BONNARD, liga las nociones de objeto y fin manifestando que "el fin del acto reside en el resultado final que debe alcanzar el objeto del mismo acto (...)"; y establece la relación y diferen-

(120) Op. cit., p. 463.

(121) Op. cit., pp. 112-122; y para reforzar su afirmación cita, en nota, a Charles EISENMAN (Cours de doctorat, 1955, p. 284): "Cuando se habla de fin del acto se sugiere con ello un atributo del acto en sí mismo considerando, un dato objetivo inherente al acto, (empero) lo que se denomina fin del acto es en realidad el fin que el agente se propuso alcanzar en el resultado del acto a través de su realización. El agente quiere determinado resultado y ha concebido y querido el acto como medio adecuado para lograrlo (...) En consecuencia el fin está en el espíritu del agente, en su conciencia, es una representación que determina su pensamiento y su voluntad".

cia entre motivos y fin, diciendo que ambos tienen en común el ser elementos determinantes de la voluntad, pero uno como causa del acto y el otro como su efecto: "en el acto administrativo se parte del motivo, pasando por el objeto, para llegar al fin".

Por ejemplo: ante una sanción disciplinaria dispuesta por la administración en contra de uno de sus agentes; el objeto del acto es la sanción de determinado monto, el motivo es la falta cometida y el fin es asegurar el servicio.

Resumiendo las ideas de BONNARD, puede decirse que cuando existen motivos y éstos son legítimos, el acto persigue necesariamente su fin normal, por consiguiente, el poder no podrá ser desviado; si el acto carece de motivo habrá ilegalidad pero no forzosa desviación de poder, aunque sí puede decirse que a falsos motivos corresponde habitualmente un fin desviado.

- WALINE señala un cambio de la denominación de este elemento, y en lugar de finalidad, propone la de móviles; el móvil queda definido como el sentimiento, el deseo, la intención que ha inspirado al autor del acto, revelándonos el carácter esencialmente subjetivo de dicho elemento y oponiéndolo, radicalmente, al concepto objetivo del motivo.

Por último, MARTIN-GONZÁLEZ (122), partiendo de la necesidad de individualizar cada una de las manifestaciones del actuar administrativo, propugna un criterio teleológico de sistematización de la extensa materia administrativa, bajo las siguientes bases e ideas que hemos considerado de vital importancia para el presente estudio y que se relacionan, estrechamente, con el fin del acto:

(122) MARTIN-GONZÁLEZ, Manuel, "La individualización de cada una de las diversas manifestaciones del actuar administrativo", en la obra colectiva de Homenaje a E. SAYAGÜES-LASO, tomo IV, pp. 509 y siguientes.

1° En cada sector de la actividad administrativa actúa una categoría precisa de interés público y se satisface una necesidad pública específica. Para fijar tal finalidad específica, hay que separar cuidadosamente lo que puede ser un resultado ocasional —mero efecto de la actuación— y el fin propio de ésta. No se desconoce que con el criterio teleológico una misma actuación pueda resultar, según su finalidad, encuadrada en uno u otro sector, verbi = gracia la desecación de terrenos pantanosos puede hacerse con una fi nalidad exclusivamente económica (la de hacerlos productivos), o con una finalidad sanitaria, o con ambas.

2° Los supuestos de confluencia de varias finalidades en una misma actuación son frecuentes, dada la interconexión creciente de las diversas manifestaciones del interés público, por lo que en dichos casos, hay que atender a la finalidad esencial, preponderante y determinante de dicha actuación. Si bien la pluralidad del fin per seguido debe responder a una idéntica finalidad genérica, sintetizada en la fórmula jurídico-administrativa del interés público, aquélla a su vez, se diversifica siempre en los múltiples aspectos que dicho interés puede revestir.

3° Una de las características que revela la bondad del criterio teleológico propugnado, es su actitud para delimitar las diversas intervenciones que pueden recaer sobre un mismo objeto, cada una de las cuales obedece a un fin propio y distinto, por ejemplo, en el establecimiento de centros y zonas turísticas, vemos concurrir diversos intereses públicos: el urbanístico, el económico, el de obras públicas, el recreativo, etc.

4° Se ha objetado el criterio teleológico, en cuanto a la es casa aplicabilidad e idoneidad de la idea de fin en el campo adminis

trativo; entre las principales objeciones se encuentran: su mala reputación científica, su carácter metajurídico, su asentamiento político, la imprecisión de la noción de fin y su confusión con la de causa, la contingencia y relatividad de los fines.

5° No sólo el interés público —fin genérico, de todo el actuar administrativo y requisito esencial para la legitimidad de éste—, sino también cada uno de los aspectos en que dicho fin se particulariza, tienen, a pesar de todo, una relevancia jurídica indudable y, consecuentemente, resulta necesaria su individualización. Se relaciona a este respecto, la jurisprudencia francesa sobre el vicio de desviación de poder, que ha conseguido no sólo la vinculación de la actuación administrativa a la finalidad genérica del interés público a que ésta debe atender, sino que, teniendo en cuenta que el poder otorgado al agente se concede para la realización de un interés público concreto, se sujeta la actuación administrativa a aquella específica manifestación del interés público.

6° En los casos de concurrencia en un mismo acto de múltiples finalidades, podría afirmarse su legitimidad cuando dicho acto ha sido dictado teniendo en cuenta el fin esencial para el que se había conferido el poder a quien discrecionalmente lo dictó, despreocupándose de que las otras finalidades, previstas en la norma o implícitas en su espíritu, se hayan atendido o no; tales "desviaciones accesorias de poder" no bastarían para invalidar el acto si su fin esencial se ha conseguido.

Sin embargo —indica finalmente el joven y malogrado autor salmantino—, cuando hay esta concurrencia de finalidades, las soluciones pueden encaminarse a considerar las restantes finalidades, creándose dos supuestos: en el primero, todas las finalidades se colocan en el

mismo plano y basta que una de ella sea ilegítima, cualquiera que sea su relevancia, para que el acto quede contagiado de dicha ilegitimidad y, por tanto, viciado de desviación de poder; en el segundo, por una determinación aislada, la legitimidad de cualquiera de los fines es suficiente para justificar el acto, en cuanto que éste habría tenido efectivamente en cuenta al menos una manifestación del interés público.

47.cc) La oportunidad y/o mérito.- OLIVERA-TORO es el único autor de los que hemos citado, que al enumerar los elementos del acto administrativo, incluye la oportunidad o mérito; además, manifiesta que es por influencia de la doctrina italiana que se ha considerado al mérito como elemento del acto y, citando a DIEZ y a RETORTILLO BÁQUER respectivamente, dice que se ha entendido por éste:

- "La adecuación necesaria de medios para lograr los fines públicos que el acto administrativo de que se trate tiende a alcanzar".

- "La conveniencia y oportunidad del mismo, o sea, su adaptación a la obtención del fin específico que se pretende obtener" (123).

ACOSTA-ROMERO, por su parte, al hablar de la oportunidad y del mérito hace una distinción entre ambos, presenta la oportunidad como una situación de hecho y de responsabilidad político-administrativa, que se aprecia posteriormente a su realización y consiste en la coincidencia del acto con las necesidades de interés general; para él, los actos administrativos "deben ser oportunos, lo cual no equivale a que sean meritorios". Este autor lanza graves críticas a la noción de mérito, la califica de imprecisa y poco práctica, de confundirse con la finalidad, de no estar prevista ni regulada positivamente y de ser subjetiva su apreciación (124).

Consideramos que la distinción de ACOSTA no es muy clara,

(123) Op. cit., p. 134.

(124) Op. cit., pp. 367-369.

ya que el mérito del acto parece más bien identificarse con su oportunidad. Pero lo importante no está en discutir si son iguales o distintas estas nociones, sino en establecer su vinculación con el tema de la presente tesis. Así pues, notamos que el desvío de poder podría confundirse con el vicio de oportunidad o mérito, en cuanto que el primero es alejamiento o desviación de los fines públicos y legales que el acto administrativo tenga; mientras que el segundo sería la falta de adecuación o idoneidad que tiene el acto para cumplir con los fines públicos para los cuales fue dictado.

El límite es realmente sutil; tienen en común su vinculación con el fin público que deben cumplir todos los actos administrativos, pero en un caso porque no se persigue ni se cumple dicho fin público (caso del desvío del poder) y en el otro caso, porque habiéndose dictado legítimamente para cumplirlo, este fin no se satisface en forma satisfactoria o completa por circunstancias instrumentales o temporales (vicio de oportunidad).

Los actos administrativos que pueden incurrir en cualquiera de estos dos vicios tienen otra característica en común, son dictados en ejercicio de la potestad discrecional, entendida ésta como el poder libre de apreciación que tiene el agente administrativo, para decidir si debe obrar o abstenerse, o en qué momento debe obrar, o cómo debe obrar, o en fin, qué contenido va a dar a su actuación. Pero sobre la potestad discrecional y reglada más adelante detallaremos algunas cuestiones (infra, § 113).

En conclusión, el desvío de poder implica un juicio sobre la legalidad del acto para saber si éste desconoció o violó el fin impuesto por la norma, lo cual debe distinguirse claramente del juicio de oportunidad, que determinará si el acto cumplió eficazmente con el fin público para el cual fue dictado.

48.d) ¿Cómo se dicta el acto? Esta última interrogante comprende el modo como se manifiesta la voluntad administrativa, o sea, su exteriorización objetiva, la cual abarca el camino seguido y los medios utilizados para llegar a emitir un acto administrativo determinado. La mayor parte de los autores citados coincide en señalar la forma como elemento esencial del acto, otros pocos consideran que también el procedimiento lo es; en definitiva, ambas nociones constituyen el elemento formal del acto administrativo, cuya importancia es indudable, ya que todo acto sigue un procedimiento y adopta una forma para poder materializarse y ser apreciado por los sujetos.

Sobre las formalidades de los actos administrativos, se ha dicho que son los requisitos que han de observarse para dictar el acto y que pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores al acto; la forma es uno de dichos requisitos y se refiere al modo como se documenta la voluntad administrativa que da vida al acto; el procedimiento, en cambio, es una parte principalísima de las formalidades anteriores y que en grado variable condiciona su validez. Por otro lado, indicado que el cumplimiento de las formas prescritas es obligatorio y condiciona también su validez, lo que ha llevado a SAYAGUÉS a concluir que "el acto administrativo es esencialmente formal" (125).

49.aa) La forma.- Según FRAGA, en ella quedan comprendidos todos los requisitos de carácter extrínseco que la ley señala como necesarios para la expresión de la voluntad que genera la decisión administrativa y agrega, citando a JÉZE, que "en derecho público

(125) Op. cit., p. 458.

(...) las formas son garantías automáticas imaginadas por las leyes o los reglamentos para asegurar el buen funcionamiento de los servi
cios públicos" (126).

A pesar que el derecho moderno se ha liberado de los exagerados formalismos que caracterizaban el período primitivo de formación del Derecho, esto no quiere decir que se haya perdido su importancia, ya que los actos administrativos requieren para su efi
cacia y plena validez jurídica una forma determinada, que es normalmente la escrita. Algunos sostienen que existen otras formas, cómo la verbal, o la que se lleva a cabo por signos y señales; pero con
sideramos que estas manifestaciones córresponden más bien a la categoría de hechos jurídicos o de actos de ejecución, o son simplemen
te, operaciones materiales de la administración.

En nuestro derecho positivo, la forma escrita encuentra su consagración constitucional en el artículo 16 ("mandamiento es
crito"), constituyendo un aspecto de la garantía individual de segu
ridad jurídica, cuando el acto implica afectación de un derecho o im
posición de una obligación.

Por otro lado, las diversas reglas administrativas son las que señalarán, en cada caso, los demás requisitos y detalles de forma que debe revestir determinado acto, por ejemplo: los requisi
tos formales de una concesión, o de una patente, o de un certificado
registral, etc. Empero, persiste la duda de saber cuál será el contenido ordinario de la forma escrita cuando los textos legales o reglamentarios sean omisos o poco claros al respecto; respondiendo a las exigencias mínimas de identificación y certeza, y sin consti
tuir requisitos sacramentales de validez forzosa, podemos mencionar el siguiente contenido:

(126) Op. cit., p. 288.

- El encabezado, con indicación precisa de la autoridad u órgano que emite el acto, así como el lugar, fecha y la clave o número (del expediente administrativo o del oficio) que particularice o permita identificar el acto.

- El preámbulo, que suele referirse a los antecedentes, motivos, actos preparatorios, solicitudes, etc., y también a las normas legales de competencia y de fondo en que se fundamenta.

- Parte dispositiva, o sea, la resolución propiamente dicha.

- Finalmente, la firma, el nombre y el puesto del funcionario que lo dicta y, en su caso, las indicaciones propias de la notificación del acto.

El tema desvío de poder atiende y le importan las cuestiones de forma del acto administrativo, por diversas razones: hay que determinar, por ejemplo, si el vicio de desviación de poder es de fondo o de forma, así como las consecuencias jurídicas de una presencia simultánea del vicio de forma con el vicio de desviación de poder, y también los efectos que tiene un acto formalmente perfecto pero que incurre en desviación de poder.

50.bb) El procedimiento.- El acto administrativo no puede ser producido de cualquier manera, a voluntad del órgano al cual compete tal producción, sino que ha de seguirse para llegar al mismo un procedimiento determinado. Es decir, los actos administrativos no deben improvisarse, ni quedar subordinados a la arbitrariedad del Poder Público, ya que necesariamente recorren un camino para que puedan manifestarse válidamente.

Los principales autores mexicanos, aunque no lo consideran como un elemento del acto administrativo, tratan los aspectos relativos al procedimiento en sendos capítulos de sus obras (127).

Según GARCÍA de ENTERRÍA, "el procedimiento administrativo aparece como una ordenación unitaria de una pluralidad de operaciones expresadas en actos diversos realizados heterogéamente por varios sujetos y órganos, operaciones y actos que, no obstante su relativa autonomía, se articulan en orden a la producción de un acto decisorio final". Este mismo autor rechaza la llamada concepción sustancial del procedimiento, que intenta ver en éste la simple formación gradual de la voluntad administrativa; para él, no se trata de un "acto complejo", sino más bien de un "complejo de actos"; todos ellos instrumentales o auxiliares del acto final resolutivo, sin mengua de su sustantividad jurídica independiente (128).

Sin embargo, no estamos de acuerdo con esto último, ya que es bastante discutible que las actuaciones administrativas de trámite reúnan las características esenciales de todo acto administrativo; en cambio, su concepción de procedimiento es correcta, aunque resulta mucho más sencilla la definición contenida en la exposición de motivos de la ley española de procedimiento administrativo de 1958:

"El procedimiento administrativo es el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin". En dicho texto, además, se aclara que

(127) Véase SERRA, op. cit., pp. 259-284; ACOSTA, op. cit., pp. 397-405; OLIVERA op. cit., pp. 187-194; FRAGA, op. cit., pp. 271-282.

(128) Op. cit., p. 471.

"la necesaria presencia del Estado en todas las esferas de la vida social exige un procedimiento rápido, ágil y flexible, que permite dar satisfacción a las necesidades públicas, sin olvidar las garantías debidas al administrado(...)" (129).

Por otro lado, en vista de la indudable importancia que tiene el cumplimiento y conocimiento de las reglas de procedimiento administrativo, un sector importante de la doctrina ha procurado sistematizar un derecho procesal administrativo —o mejor dicho, un derecho administrativo procedimental—, como la rama reguladora de los procedimientos que debe observar obligatoriamente la administración al desarrollar su actividad. Pero debemos establecer su separación con el derecho procesal jurisdiccional, pues aunque entre ambos existan analogías propias de su naturaleza adjetiva, hay que distinguirlos:

— El procedimiento administrativo es fundamentalmente distinto del proceso jurisdiccional porque, en un caso, se está desarrollando la actividad administrativa y, en el otro, la función jurisdiccional.

— Los procedimientos administrativos son tan variados como variadas son las actividades que desarrolla la administración, esta es otra diferencia radical; por esto ACOSTA ha afirmado que "si estudiamos las leyes mexicanas, concluimos que habrá casi tantos procedimientos como leyes o reglamentos existan" (130).

(129) CALLEGO ANABITARTE, Alfredo, Leyes constitucionales y administrativas de España, Pamplona: Univ. de Navarra, 1976, p. 250.

(130) Op. cit. p. 402; por cierto que su inquietud por la dispersión de la gran cantidad de leyes administrativas nacionales, ha llevado a este autor, en colaboración con MARTÍNEZ-MORALES, Rafael, a dictar la pequeña, pero muy útil obra, Catálogo de ordenamientos jurídicos de la administración pública federal, México: Porrúa, 1982.

— El campo de los procedimientos administrativos abarca, pues, los trámites a seguir para la emisión de un acto administrativo: solicitud, visitas, verificaciones, informes, dictámenes, etc.; incluyendo también el trámite de su impugnación mediante recursos, que denominamos también administrativos, para distinguirlos de los recursos contenciosos o jurisdiccionales (v. supra, § 34, esp. nota 77).

— En cambio, el campo procesal, estrictamente hablando, implica función jurisdiccional o sea, contenciosa, de lo cual desprendemos la existencia de una contienda, juzgador, partes, demanda, pruebas, sentencia, etc. Aclarando que dicho ámbito procesal puede desarrollarse ante los órganos del Poder Judicial o ante tribunales de lo contencioso-administrativo.

En nuestro sistema jurídico, además, el respeto y obligatoriedad del procedimiento administrativo tiene una cobertura constitucional muy importante, como se deriva de la siguiente tesis jurisprudencial (Recop. 17-65, tesis 213, 2a. Sala):

"Si en el procedimiento administrativo no se llenan las formalidades exigidas por la ley que se aplica, con ello se violan las garantías individuales del interesado y procede concederle la protección federal para el efecto de que se subsanen las deficiencias del procedimiento".

Como se desprende de lo anterior, procede el amparo por violaciones del procedimiento, lo cual es parte de las garantías de seguridad jurídica consagradas en nuestro texto constitucional, especialmente la de "debido proceso legal" del artículo 14, que la jurisprudencia ha depurado y extendido al procedimiento administrativo y no sólo al judicial. Incluso la interpretación jurisprudencial

cial ha llegado más lejos: no solo obliga a la administración a seguir las formas y procedimientos legales, sino que obliga también al Poder Legislativo a que en sus leyes establezca procedimientos adecuados. Y aquí radica un problema que deseamos dejar planteado; el de la necesidad de una ley que uniformice y establezca los principios generales en esta materia, ya que la disgregación y obscuridad legislativas del procedimiento administrativo, repercute directamente en menores e ineficaces garantías para los administrados y en la posibilidad de que la administración actúe caprichosa y arbitrariamente (131).

Finalmente, podemos establecer algunas vinculaciones del desvío de poder con el procedimiento administrativo: la doctrina francesa ha reconocido como una modalidad del desvío de poder, a la llamada desviación de procedimiento, cuyas peculiaridades veremos más adelante; (infra, § 119-124); inquieta también determinar si las causales de nulidad —y entre ellas la desviación de poder— pueden ser invocadas con el mismo efecto, durante el trámite procedimental de los recursos administrativos.

51.D) Sus vicios o causales de ilegalidad. Este último aspecto

(131) SERRA ROJAS ha hecho notar la falta de un Código Federal de procedimiento administrativo (op. cit., pp. 264-265) y que esta codificación procedimental existe en países como España, Argentina y Estados Unidos. Sobre esta cuestión, véase particularmente la obra de SERRANO MIGALLÓN, Fernando, El particular frente a la administración (necesidad de una ley federal de procedimientos administrativos), México: INAP, 1977, en la que se exponen en forma clara y precisa los motivos y el contenido de lo que podría y debería formar parte ya de nuestro derecho positivo.

De igual forma, FRAGA (op. cit., p. 274) expresa que en nuestro país se viene sintiendo cada vez más el vacío que existe en materia de procedimiento administrativo, y señala como el primer elemento que debe tenerse en cuenta para su sistematización, la conciliación del interés público, que reclama un mínimo de formalidades y la actuación de oficio, con el interés privado, que exige a la autoridad limitaciones para poder conocer y defender oportunamente su situación jurídica.

de la teoría de los actos administrativos resulta, sin duda, el relacionado en forma más directa con la desviación o desvío de poder, el cual inicial y definitivamente se identifica como una causal de ilegalidad de los actos administrativos.

La cuestión es compleja y nos vincula con diversos e interesantes temas, por ejemplo, los sistemas de justicia administrativa, la validez, eficacia y formas de extinción del acto administrativo, etc. Sin embargo, sólo nos ha parecido conveniente estudiar, en primer lugar, los actos administrativos irregulares y sus efectos; en segundo lugar, veremos la perspectiva que ofrece una teoría de las nulidades administrativas, distinta e independiente de la teoría civilista; en tercer lugar, se analizarán brevemente los vicios de cada uno de los elementos del acto y, por último, haremos un somero análisis de la incompetencia, del vicio de forma, de la violación de la ley y del desvío de poder, como los cuatro vicios del acto administrativo que constituyen las aperturas del recurso "por exceso de poder", doctrinalmente aceptados y reconocidos en nuestro Dere=cho como causales de ilegalidad de los actos que incurran en ellas.

52.a) Los actos administrativos irregulares. SAYAGUÉS explica que la teoría sobre irregularidades de los actos administrativos constituye uno de los capítulos más difíciles del Derecho Público, puesto que la inexistencia de disposiciones expresas que la regulan, junto con la evidente inaplicabilidad del Derecho Civil, han hecho que la elaboración de los principios en esta materia quede librada a la doctrina y a la jurisprudencia.

De esta manera —continúa este autor— se han elaborado, en la doctrina francesa, reglas específicas sobre las irregularidades

del acto administrativo, distinguiéndose los actos inexistentes, los nulos absolutamente y los afectados de nulidad relativa, así como los actos irregulares que mantienen su validez por tener un vicio de poca trascendencia; por otro lado, la opinión predominante entre los autores italianos distingue dos clases de invalidez; la nulidad y la anulabilidad (132).

Empero, no hay unanimidad ni uniformidad sobre los criterios que distinguen nulidad de anulación, ni tampoco para determinar una categoría de inexistencia distinta de la nulidad, y aún menos se ha aceptado la aplicación de la teoría civilista que establece las nulidades absoluta y relativa.

Ahora bien —dice SAYAGUÉS— en principio, puede sostenerse que los actos administrativos irregulares son inválidos, pero esta invalidez admitiría distintos grados y estaría sometida a diferentes regímenes según la naturaleza y gravedad del vicio. Además, la aplicación estricta del principio general expuesto sobre la invalidez de los actos irregulares, llevaría a permitir su impugnación, sea por vía de acción o de excepción en cualquier momento, lo cual es inaceptable, pues crearía una gran inestabilidad del acto, por lo que se ha considerado que el vencimiento del plazo fijado por la ley para impugnar los actos administrativos, subsana los vicios de que adolecían ocasionando que los actos irregulares se reputen entonces como válidos (133).

El acto administrativo viciado de desvío de poder, es un acto definitivamente irregular, pero en virtud de la presunción de legitimidad propia de todo acto administrativo, el particular afec-

(132) Op. cit., pp. 498-500.

(133) Ibidem, pp. 506-509.

tado queda obligado a litigar contra la administración, para demostrar esta ilegalidad de su actuación y obtener así la anulación de la conducta administrativa ilegítima.

Existe, sin duda, la necesidad de un estudio serio sobre ésta y las demás irregularidades que pueden afectar al acto administrativo y sobre cuales serían las consecuencias jurídicas derivadas de esas irregularidades; estas inquietudes han orientado a la doctrina a la elaboración de una teoría de las nulidades administrativas, a lo que dedicamos el siguiente apartado.

53.b) Hacia una teoría de las nulidades administrativas. Ha resultado inútil la pretensión de trasladar la teoría de los actos jurídicos viciados del derecho privado al campo del derecho público, ya que las relaciones ligadas con la vida del Estado y con la satisfacción de las necesidades colectivas, intervienen factores distintos de los que operan en las relaciones de particular a particular; por esto GIANNINI ha expresado:

"Un sistema de invalidez construido en un Derecho que encuentra su centro en el problema de la autonomía de los sujetos privados, mal se presta a ser aplicado a un Derecho que encuentra su centro en el problema de la dialéctica autoridad-libertad" (134).

SERRA-ROJAS, por su parte, al hablar de la teoría de las nulidades en el Derecho Administrativo (135) insiste en que el interés general que interviene en los actos públicos es diverso de los intereses y finalidades que intervienen en los actos privados, por lo

(134) GIANNINI, Máximo S., Lezioni di Diritto amministrativo, vol. I, p. 384; apud OLIVERA TORO, op. cit. p. 165.

(135) Cfr. op. cit., t. I, pp. 317-335.

que demanda un nuevo y radical enfoque del problema y estima que la clasificación tradicional de las nulidades civiles debe desaparecer del derecho público.

Empero, no podemos negar la gran influencia que ha tenido la teoría civilista de las nulidades en el Derecho Administrativo, sobretudo cuando éste era aún incipiente, la preponderancia del Derecho Civil era mayor; y puede ser que, en la actualidad, se usen en el campo administrativo algunos términos o expresiones civilistas, aunque con un alcance y consecuencias jurídicas diferentes.

CARRILLO FLORES acepta que la doctrina de la nulidad en el Derecho Administrativo se ha constituido desprendiéndose de la civil, y que este desprendimiento no se ha hecho de un solo golpe, sino gradualmente, incluso puede decirse que constituye un proceso que todavía no termina. Dicho autor nos ayuda a distinguir ineficacia, imperfección e invalidez del acto administrativo, diferenciación básica y necesaria al tratar el tema de la teoría de las nulidades administrativas (136): Así, cuando se habla en forma de ineficacia, se quiere aludir a la ausencia de efectos jurídicos de un acto, cualquiera que sea el origen de ella; en cambio, en sentido estricto, se reserva esa denominación para la ausencia de efectos derivada de otro motivo legal que no sea su invalidez o imperfección —es el caso del acto sujeto a una modalidad o plazo suspensivo, o cuando se otorga o acuerda la suspensión de la ejecución transitoriamente para revisar su legalidad o su oportunidad—. Acto imperfecto es aquél que está en proceso de formación y que por esa causa no reúne todos los elementos que señala su definición jurídica

(136) Op. cit., pp. 121-122.

ca, y la invalidez o nulidad del acto es un concepto que constituye la sanción general al principio de legalidad; toda invalidez plantea problemas de incompatibilidad del acto administrativo con la norma jurídica en que se sustenta, si bien la incompatibilidad no sea siempre con el texto expreso de la norma, sino con elementos implícitos en ella, como sucede con la desviación de poder (ya que el fin es un elemento pocas veces explícito).

Las reflexiones en derecho público —dice CARRILLO-FLOPES— han partido de la clasificación tripartita de las nulidades elaborada por los civilistas: la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa o anulabilidad; pero si se considera que en los fenómenos ligados con la marcha del Estado intervienen factores distintos de los que influyen en las relaciones entre particulares, semejante esquematización no se adecúa a todas las situaciones que pueden presentarse. Y en resumen, para CARRILLO, debe eliminarse la categoría de la inexistencia, que además de ser un contrasentido convierte en insegura la posición del particular, y como considera que la nulidad absoluta es muy rara, funda entonces el criterio de que en Derecho Administrativo la nulidad asume normalmente el carácter de anulabilidad (137).

Para SERRA ROJAS, también, debe eliminarse de la clasificación la inexistencia, manifestando que "si no hay acto no puede hablarse de acto viciado", pero al contrario que el autor anterior, opina que las nulidades relativas —o anulabilidad— son menos frecuentes en el Derecho Administrativo que en el privado, mientras que el campo de la nulidad de pleno derecho es cada día más extenso por la

(137) Ibidem, pp. 123-127.

importancia del interés público y desglosa sus características, deducidas de la legislación administrativa, entre las que sobresale especialmente la ilegalidad de los fines del acto, como en el caso de desvío de poder (a que se refería el artículo 228 inciso d) del Código Fiscal de la Federación de 1967). Sin embargo, él mismo cita una tesis jurisprudencial, la cual considera en desacuerdo con la doctrina y legislación administrativas:

"Esta Suprema Corte no reconoce la existencia de nulidades de pleno derecho, sino que estas deben ser declaradas por la autoridad judicial y previo el procedimiento correspondiente" (138).

Como vemos, el camino para lograr uniformidad y claridad en los criterios jurisprudenciales, legales y doctrinales sobre las nulidades administrativas es largo todavía y muy arduo; FRAGA expresa al respecto que en el Derecho Administrativo no es posible formar una teoría de la invalidez de sus actos jurídicos que pueda presentar lineamientos tan marcados como en el Derecho Civil y que la dificultad que existe para formular dicha teoría es, pues, bastante seria. Empero, este autor al tratar la nulidad de los actos administrativos, explica sus casos de inexistencia, rechaza la diferenciación de nulidad absoluta y relativa, y señala las principales sanciones de los actos administrativos irregulares (139).

Después de estos breves comentarios, podemos concluir que el panorama que ofrece la teoría administrativa de las nulidades es muy interesante, constituye en realidad todo un reto, pues se encuentra en constante desenvolvimiento y perfeccionamiento en sus

(138) SERRA ROJAS, op. cit., pp. 326-329.

(139) Op. cit., pp. 305-320.

tres ámbitos —el legislativo, el jurisprudencial y el doctrinal—; este trabajo espera contribuir, aunque en forma modesta, a las reflexiones y desarrollo de las nulidades administrativas en nuestro Derecho.

54.c) Los elementos del acto y sus vicios. A continuación, analizaremos brevemente cuales son los vicios en que puede incurrir la autoridad administrativa al momento de dictar un acto, en relación precisamente con los diversos elementos que ya hemos estudiado (supra § 36-50). La mayor parte de los vicios van a constituir causas de ilegalidad, las cuales permitirán, normalmente, declarar la nulidad del acto; pero existen defectos que no influyen en su validez y graves omisiones que ni siquiera dan existencia real y legal a un acto, dichos defectos y omisiones quedan excluidos de nuestro análisis.

Ahora bien, el estudio de los vicios del acto administrativo plantea problemas similares a los del estudio de sus elementos, en cuanto a su clasificación y enumeración. GORDILLO indica que, por razones didácticas, es conveniente tratar simultáneamente al análisis de los elementos del acto, los posibles vicios que pueden presentar y también el tipo de nulidad que acarrearán. Además, este autor advierte que los vicios derivan no de una confrontación teórica, sino de los requisitos concretos exigidos por el orden jurídico, es decir, un vicio se configura por la magnitud de su incumplimiento del orden jurídico. Con todo —agrega GORDILLO—, existe generalmente una mayor importancia de los vicios relativos al objeto y a la competencia del acto, aunque los vicios que usualmente tienen menos trascendencia, tales como los formales y los de tipo subjetivo de la voluntad (entre ellos la desviación de poder), son los que a

veces reciben más énfasis de los recurrentes, en detrimento de la mejor fundamentación de sus recursos (140).

Considerando la clasificación de los elementos del acto en subjetivos, objetivos y formales, podemos decir que sus principales vicios son los siguientes:

- Vicios de tipo subjetivo, o sea, los relativos a quien dicta el acto, pueden consistir fundamentalmente en la incompetencia del Órgano que lo emite, en la falta de investidura legal —del cual se deriva el problema del usurpador y del funcionario de hecho— y en vicios que afectan la voluntad del sujeto; aunque estos últimos adquieren matices particulares tratándose de la voluntad administrativa, distinguiéndose así los vicios de índole objetiva que se pueden encontrar en el origen, en la preparación o en la emisión de la voluntad y los vicios de índole subjetiva, como el error, dolo, violencia, simulación y, muy especialmente, la arbitrariedad y la desviación de poder.

- Vicios de tipo objetivo, aquí se comprenden los relativos al por qué y para qué de los actos, pudiéndose tratar de la ausencia de motivos, o de su inexacta o falsa apreciación —entendiéndose por motivos tanto los presupuesto de hecho como los de derecho—, así como de objeto o finalidad indebidos, es decir, no conformes con la ley y, en su caso, contrarios al texto o al espíritu de la misma.

- Vicios de tipo formal, sobre el cómo se dicta el acto, los vicios se pueden presentar al omitirse las formas exigidas o al violarse el procedimiento legal.

(140) Cfr. op. cit., pp. 241-243.

Evidentemente que haría falta profundizar en cada uno de los vicios mencionados, descubrir sus relaciones entre ellos y determinar sus respectivas consecuencias jurídicas; sin embargo, para los efectos de la presente tesis, sólo nos interesan en forma particular los cuatro vicios típicos que constituyen las causales de ilegalidad aceptadas y reconocidas por la doctrina y el derecho positivo. Nos referimos, por supuesto, a la incompetencia, al vicio de forma, a la violación de la ley y a la desviación de poder, a las cuales dedicamos los siguientes y últimos apartados.

55.aa) La incompetencia.— Como se explicó anteriormente (v. supra, § 38), cuando falta alguno de los criterios de la competencia, el acto incurre en este vicio que afecta su validez. Se comete el vicio de incompetencia cuando el órgano no respeta los poderes que le han sido conferidos y produce el acto administrativo sin estar legalmente autorizado para ello, desconociendo así una noción básica del derecho público consistente en que los agentes administrativos tienen rigurosamente atribuidos y repartidos a sus poderes por las leyes.

El acto realizado por una autoridad que se excede de sus facultades viola, además, la garantía del artículo 16 constitucional:

"Nadie puede ser molestado (...), sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente (...)".

Se presenta, entonces, una situación bastante interesante y compleja: la incompetencia es, a la vez que una ilegalidad, también una inconstitucionalidad. En nuestro sistema jurídico toda ilegalidad es inconstitucional, aunque no toda inconstitucionalidad

se reduce a la violación legal, sino que se manifiesta en forma más clara en la violación directa de un texto constitucional expreso, sobre todo en materia de derechos del Hombre.

De lo anterior deriva que, tratándose de los actos que caen en la competencia de los tribunales de lo contencioso-administrativo (como el Fiscal o el del Distrito Federal), la impugnación por la causal de ilegalidad de incompetencia debe y puede realizarse ante ellos sin ningún problema (141), mientras que si se trata de otros actos, la única vía adecuada de defensa jurídica resulta ser el juicio de amparo indirecto ante el juez de distrito, haciendo valer la incompetencia como inconstitucionalidad. Como podemos notar, hay un tratamiento distinto para situaciones similares por lo que convendría buscar la forma de unificarlo.

Por último, la consecuencia de la declaratoria de nulidad por incompetencia, puede ser: que se dicte un nuevo acto por la autoridad competente, o que el acto impugnado quede sin efectos definitivos por carecer de competencia absoluta cualquier autoridad para dictarlo.

56.bb) Vicio de forma. Al estudiar el elemento formal de acto administrativo (supra, § 48-50), se mencionó que el respeto a las formas y al procedimiento constituye una garantía a favor de los administrados, cuyo desconocimiento ocasionaría su invalidez.

(141) Tratándose del Tribunal Fiscal por virtud de la aplicación del artículo 238 fracción I del Código Fiscal Federal "se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales:

- I. Incompetencia del funcionario que la haya dictado u ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución".

Tratándose del Tribunal Contencioso del Distrito Federal, opera el artículo 22, fracción I, de su Ley; "serán causas de nulidad de los actos impugnados: I. Incompetencia de la autoridad".

Los defectos de forma son la omisión, o bien, el cumplimiento incompleto o irregular de los requisitos externos a que el acto está sometido. La falta de forma produce la nulidad del acto, pero por regla general el vicio puede subsanarse, aunque no se acepta el cumplimiento a posteriori de la formalidad omitida porque ello constituiría una regularización retroactiva ilegal. El efecto de la declaratoria de nulidad por este vicio, más bien consiste en que se deje sin efectos el acto viciado y se dicte uno nuevo en el que se cumplan "las formalidades esenciales del procedimiento".

Sobre esta causal, cabe la misma observación que hicimos sobre la incompetencia, puesto que constituye, tanto una causal de ilegalidad (142), como una inconstitucionalidad que puede producir una sentencia de amparo a su favor.

Se ha dicho que no debe exigirse el cumplimiento regular de todas las formalidades prescritas, sino solamente aquellas cuya observancia pueda tener alguna influencia sobre las decisiones, pues si se anulase indiscriminadamente los actos en cuyo cumplimiento se hubiese realizado una mínima incorrección de forma, se incitaría a la administración a exagerar la minuciosidad del formalismo y se vendría a dilatar con ello aún más los procedimientos.

57.cc) La violación de la ley.- Aunque los demás vicios constituyen efectivamente, alguna forma de ilegalidad es decir, de violación de las leyes que establecen la competencia y las formas o procedimientos; este tercer vicio se caracteriza en forma específica por la falta de concordancia del acto con la norma de fondo que lo rige

(142) En este caso; operan los siguientes párrafos de los artículos señalados en la nota anterior: (T.F.F.) II. "Omisión de los requisitos formales exigidos en las leyes, inclusive por la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso" y III. "Vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular"; (T.C.A.D.F.) II. "Incumplimiento u omisión de las formalidades legales".

y puede presentarse:

- Cuando la administración decide u ordena una cosa distinta de lo que la ley establece (objeto indebido).

- Cuando se hace una interpretación equivocada de la norma aplicable (error de derecho).

- Cuando se manda en un caso con supuestos de hecho distintos de los que el legislador establece como necesarios, para que pueda emitirse el acto (error de hecho) (143).

58.dd) La desviación de poder.- En esta causal de ilegalidad, que es el motivo central de nuestras reflexiones, la finalidad del acto es distinta de la querida por la ley; su aparente finalidad oculta un móvil extraño y contrario a la legalidad, no hay error, sino ilegítima intención, ya sea por un motivo personal del agente (venganza, condición política o religiosa, etc.) o para favorecer el interés de un tercero o, incluso, por un interés general que es eventual y supuestamente ventajoso para la administración, pero diverso al señalado por la ley.

(143) La regulación legal de esta irregularidad de los actos administrativos presenta alguna innovación, tratándose del artículo 238 fracción IV del Código Fiscal de 1983, se establece que una resolución administrativa es ilegal:

"Si los hechos que la motivaron no se realizaron fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas".

El antecedente de dicho precepto en el Código anterior lo fue la fracción III del artículo 228 que decía solamente: "Violación de la disposición aplicada o no haberse aplicado la disposición debida".

Tratándose del Tribunal Contencioso-administrativo del Distrito Federal, esta causal se presenta en forma más sencilla (art. 22, fracción III):

"Violación de la ley o no haberse aplicado la debida".

En el acto con vicio de desvío de poder, su autor cubre su intención con una aparente legalidad; por ello es difícil la prueba de este defecto, ya que tiene que buscarse en los elementos internos el móvil determinante que impulsó la intención del autor (144).

La causal de desviación de poder será concreta y ampliamente estudiada en las siguientes dos partes en que hemos dividido el presente trabajo de tesis; por esta razón no profundizamos mucho sobre ella en este apartado y sólo hemos mencionado una de las opiniones doctrinales al respecto (145).

(144) Cfr. OLIVERA-TORO, op. cit., p. 175.

(145) Sobre su reconocimiento formal por el derecho positivo encontramos que, actualmente, el artículo 238 fracción V del Código Fiscal Federal, regula esta causal elevando lo que constituye su clara definición doctrinal a la categoría legal (cfr. infra, § 225):

"Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades".

Si atendemos a los antecedentes de este artículo, encontramos que esta causal ha sufrido una lenta evolución ante el Tribunal Fiscal de la Federación; el desvío de poder es introducido por primera vez en nuestro derecho, por conducto del artículo 56 inciso d) de la Ley de Justicia Fiscal, que a la letra decía:

"Desvío de poder, tratándose de sanciones impuestas por infracción a las leyes fiscales".

El mismo precepto pasó a ser el inciso d) del artículo 202 del Código Fiscal de 1938. Por Decreto del 29 de diciembre de 1965 se reformó el Código Fiscal, entonces en vigor, ampliando la competencia del Tribunal Fiscal para conocer de inconformidades enderezadas contra multas impuestas por violación de leyes federales administrativas; reforma que fue recogida, posteriormente, por el Código Fiscal federal de 1967, en el artículo 228, inciso d) que fijaba simplemente: "Desvío de poder, tratándose de sanciones".

Y en el caso de la Ley del Tribunal del Distrito Federal, tenemos que su reconocimiento jurídico no es expreso, sino indirecto en base al artículo 22, fracción IV, el cual desde 1971 que se dictó la ley, ha permanecido idéntico: "Arbitrariedad, desproporción, desigualdad, injusticia manifiesta o cualquier otra causa similar".

SEGUNDA PARTE

HORIZONTE DOCTRINAL Y COMPARATIVO

DE LA DESVIACION DE PODER

59. Plan preliminar.

CAPITULO II

LA TEORIA FRANCESA DE LA DESVIACION DE PODER

.S U M A R I O

=====

Sección I.- Generalidades del régimen contencioso-administrativo francés.

60. Como presupuestos básicos de su estudio.
- 61.A) Definición del contencioso-administrativo.
- 62.B) Sus fundamentos.
- 63.C) Sus fuentes.
- 64.D) Sus límites.
- 65.E) La organización jurisdiccional en materia administrativa:
- 66.a) El principio de dualidad de jurisdicciones:
- 67.aa) Unidad y dualidad de jurisdicción en otros países.
- 68.bb) Orígenes de dualidad: la interpretación francesa de la separación de poderes.
- 69.cc) Base inicial y evolución del principio.
- 70.dd) Razón de ser actual y valor práctico de la dualidad.
- 71.b) El principio de separación de la administración activa y contenciosa.
- 72.c) El Consejo de Estado.
- 73.d) Los tribunales administrativos.
- 74.F) La competencia jurisdiccional en materia administrativa:
- 75.a) Concepto y fuentes.
- 76.b) Competencia y poderes del juez.
- 77.c) Aplicación de las reglas de competencia.
- 78.d) La repartición de competencias entre las jurisdicciones administrativa y judicial.
- 79.e) La repartición de competencias en el interior de la jurisdicción administrativa.

Sección II.- Los recursos jurisdiccionales: el recurso por exceso de poder y sus casos de apertura.

- 80. El mecanismo de la justicia administrativa y los recursos contenciosos.
- 81.A) Prerrogativas de la administración respecto de la justicia.
- 82.B) Distinción y clasificaciones de los diversos recursos:
 - 83.a) Según la extensión de los poderes del juez.
 - 84.b) Según la naturaleza de la cuestión expuesta al juez.
 - 85.c) La clasificación de AUBY y DRAGO.
- 86.C) El procedimiento contencioso-administrativo: notas generales.
 - 87.a) Fuentes del procedimiento.
 - 88.b) Rasgos originales.
 - 89.c) El desarrollo de la instancia.
- 90.D) El recurso por exceso de poder:
 - 91.a) Aspectos históricos.
 - 92.b) Características generales.
 - 93.c) Sus condiciones de admisibilidad.
 - 94.d) Sus casos de apertura.

Sección III.- La desviación de poder en el derecho administrativo francés.

- 95. Proyecto de estudio de este "medio de apertura".
- 96.A) Sus orígenes y evolución jurisprudencial en el siglo XIX.
 - 97.a) El precedente más remoto: fallo Vernes (19 mayo 1858).
 - 98.b) La primera decisión expresa: fallo Lesbats (25 febrero 1864).
 - 99.c) Dos casos típicos y ejemplificativos: fallos Pariset y Laummonier-Carriol (26 noviembre 1875).
 - 100.d) Otros casos diversos.
- 101.B) Su concepción clásica y las definiciones doctrinales.
- 102.C) Análisis del concepto y características generales:
 - 103.a) Observaciones sobre el control jurisdiccional del fin.
 - 104.b) Alcance de sus primeras aplicaciones.
 - 105.c) La desviación de poder como una verdadera ilegalidad.
 - 106.d) La característica inicial y más importante.
 - 107.e) Las otras características según la jurisprudencia y la doctrina.

- 108.D) Ambito esencial y obstáculos de su desarrollo:
 - 109.a) Su constante invocación provoca mayores exigencias del juez.
 - 110.b) Reducción de su aplicación debido al amplio control de los motivos.
 - 111.c) Mayor precisión pero menor frecuencia de su uso.
- 112.E) Sus principales limitaciones.
 - 113.a) Caso de facultades regladas.
 - 114.b) Caso de pluralidad de fines.
 - 115.c) Potestades de que dispone el juez: los medios de prueba.
- 116.F) Modalidades y clasificación de sus categorías
 - 117.a) Fin extraño al interés público.
 - 118.b) Fin público no autorizado.
 - 119.c) Desviación de procedimiento.
 - 120.aa) Origen y conceptualización.
 - 121.bb) Elementos y pruebas.
 - 122.cc) Procedimiento y poder.
 - 123.dd) Uso y casos más comunes.
 - 124.ee) Relación con los otros medios de anulación.
- 125.G) Reflexiones finales.

SEGUNDA PARTE

=====

HORIZONTE DOCTRINAL Y COMPARATIVO DE LA DESVIACION DE PODER

59. Plan preliminar.- A continuación, trataremos de vislumbrar el horizonte doctrinal existente sobre la noción de desviación de poder, fundamentalmente en Francia, y veremos algunos puntos que el derecho comparado nos aporta al tema.

Es indudable que el concepto de desvío de poder se inscribe en un sistema de justicia administrativa determinado; no podemos concebirlo aisladamente, pues cometeríamos el error de divagar en torno a una noción que ha surgido, se ha practicado y ha declinado bajo las circunstancias particulares del régimen francés, pero que se ha proyectado hacia otros regímenes —como el nuestro—, adquiriendo en esencia sus modalidades, aunque tomando ciertas características peculiares.

Es muy importante que distingamos, por un lado, el hecho o fenómeno concreto en que incurre una autoridad cuando desvía sus poderes y, por el otro, la aceptación y reconocimiento jurídicos de aquella situación, asignándole consecuencias y alcances precisos, que son comúnmente el que se le considere como causal de ilegalidad —y por tanto de anulación— de un acto administrativo.

Esta es la cuestión básica que abordamos en esta Segunda Parte: cómo la jurisprudencia francesa descubre y "juridiza" —valgan la expresión— lo que conocemos hoy como desviación de poder y cómo los distintos países han resuelto, en sus respectivos sistemas jurídicos, el problema de la desviación de facultades administrativas en cuanto a su fin.

CAPITULO II

LA TEORIA FRANCESA DE LA DESVIACION DE PODER

Sección I.- Generalidades del régimen contencioso-administrativo francés.

60. Como presupuestos básicos de su estudio.- No podemos emprender un análisis serio y concienzudo de la teoría sobre la desviación de poder en Francia, sin haber considerado previamente las generalidades de su régimen contencioso-administrativo, las cuales constituirán los presupuestos básicos sobre los que descansa su estudio, para lograr una mejor comprensión del tema central que nos ocupa. De esta forma, veremos en seguida, la definición del contencioso-administrativo, sus fundamentos, fuentes y límites, así como las notas más importantes de la organización y de la competencia jurisdiccional en materia administrativa.

61.A) Definición del contencioso-administrativo.- El contencioso administrativo designa los litigios que pueden nacer de la actividad de las diversas administraciones públicas, así como los procedimientos que permiten resolverlos, sin importar el tipo de jurisdicción delante del cual éstos son llevados (146). Conforme la tradición doctrinal francesa se suma al concepto el estudio de las jurisdicciones encargadas de resolver los litigios administrativos, así como los caminos o vía legales que permiten alcanzar dichas ju-

(146) La anterior idea es válida y aplicable aún en nuestro medio jurídico, ya que el contencioso administrativo en nuestro país no se limita sólo a los litigios y procesos llevados ante el Tribunal Fiscal y ante el Tribunal ad-hoc del Distrito Federal, sino incluye también, hablando estrictamente, a los llevados ante los órganos respectivos del Poder Judicial, principalmente por la vía del amparo administrativo.

jurisdicciones. Ahora bien, el contencioso administrativo, como rama del derecho, puede ser definido así: "El conjunto de reglas jurídicas que regula la solución por vía jurisdiccional de los litigios administrativos" (147).

Empero, nos queda por determinar la noción del litigio administrativo; si bien todo litigio constituye un conflicto entre dos sujetos de derecho surgido de una oposición de intereses, existe una diversidad de criterios para establecer cuándo un litigio presenta el carácter de administrativo:

Primeramente, se dice que el litigio administrativo es aquél llevado ante una jurisdicción del orden administrativo; este criterio descarta los litigios que se elevan a la competencia de la jurisdicción judicial, por lo que es muy discutible fundamentar la definición del litigio administrativo considerando únicamente al juez encargado de resolverlo. Para evitar esta dificultad, otra concepción lo distingue como aquél en el que una persona pública toma parte; esta definición orgánica extiende considerablemente su campo, pero requiere de algunas precisiones para hacer más exacta la delimitación. Finalmente, se puede caracterizar el litigio administrativo por su objeto, como lo son los servicios públicos y las actividades propias de la función administrativa; esta sería su concepción material (148).

62.B) Sus fundamentos.- Entre los fundamentos del contencioso administrativo encontramos, en primer lugar, el que se relaciona

(147) AUBY J.-M. et DRAGO, Roland, Traité de contentieux administratif, L.G.D.J., 2 vols., Paris, 2^{ème} édition, 1975, vol. I, p. 10.

(148) Ibidem, pp. 12-15.

a todo contencioso, o sea, a todo sistema jurisdiccional de solución de litigios: es un supremo interés de la sociedad el que las controversias relativas a cuestiones de derecho sean objeto de una solución jurídica, lo que asegura el mantenimiento del orden público y la preservación del mismo orden jurídico.

Por otro lado, tenemos la justificación individual que permite al titular de un derecho asegurar su defensa frente a quienes se opongan a su ejercicio.

Y además, tenemos su fundamento específico: "En los estados contemporáneos el contencioso-administrativo es el conjunto de recursos jurisdiccionales organizados para la protección de los individuos contra los excesos de poder de la administración" (149).

Lo anterior es proyección, de alguna forma, del principio de legalidad que rige en todo Estado de Derecho que ya hemos analizado (supra, & 14). Puesto que todos los Estados se atribuyen la existencia de reglas jurídicas ligando la acción del Poder Público y la de una autoridad controladora de la observancia de las normas, es claro que el ejercicio del poder está limitado por el Derecho, el cual sanciona su abuso, su exceso o su desviación.

Es posible sostener que los atributos del contencioso-administrativo están presentes en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, cuyo artículo 8° expresa:

"Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución o por la ley".

(149) JEZE, G., préface a Andreades: Le contentieux administratif des Etats modernes, 1934; apud, AUBY et DRAGO, op. cit., pp. 15-16.

Por último, deseamos aclarar que a pesar de que la administración dispone de privilegios jurídicos y prerrogativas exorbitantes al derecho común, que colocan a los administrados en una situación de inferioridad, es inexacto relacionar el contencioso administrativo con un régimen político determinado, ya que puede haber gobiernos autoritarios que establezcan el control jurisdiccional de la administración para hacer que los ciudadanos acepten más fácilmente sus restricciones políticas (149 bis); esto es posible, si bien poco usual, ya que en regímenes políticos cuyo único título de legitimación es la fuerza y la violencia, son nugatorios todos los medios jurídicos de defensa, pues el Derecho ha perdido todo valor y vigencia sustanciales, siendo posibles y comunes no solo las desviaciones de poder en cuanto al fin, sino también cualquier otro género de desviaciones y abusos.

Sin embargo, no podemos negar que son los regímenes sociales preservadores de las libertades públicas los que generalmente desarrollan las instituciones del contencioso-administrativo, entre una de las cuales podemos contar la de la desviación de poder.

63.C) Sus fuentes.- Las reglas del contencioso-administrativo francés sobresalen porque una gran parte de ellas son creadas por la misma jurisdicción administrativa, y a diferencia del derecho privado, los textos de dichas reglas no han sido codificados sistemáticamente. Así pues, la jurisprudencia francesa ha sido inducida a establecer los principios que no se han creído conveniente dictar en leyes, resultando con ello sectores enteros y fundamentales del contencioso-administrativo que solo comportan una débil parte de sus fuentes en textos expresos de ley.

(149 bis) Pueden citarse como ejemplos históricos, el del Imperio de Napoleón I en Francia, el de las dictaduras de Santa Anna en México y de Franco en España.

De esta manera, el juez administrativo asume un papel que excede la simple aplicación de reglas escritas, surgen así las discusiones sobre el alcance y obligatoriedad de sus decisiones. Precisamente la expresión "regla jurisprudencial" ha conducido en la doctrina francesa a las siguientes reflexiones: los principios que el juez aplica en los casos particulares no pueden ser considerados como la expresión de imperativos generales, a lo más, los volverá a aplicar si una ocasión se lo ofrece de nuevo, y si la reiteración de una solución conduce a su conformidad y observancia, no es por el cumplimiento de una obligación jurídica, sino para evitar la censura de la jurisdicción superior o el fracaso del proceso (150).

- (150) Contra dicho criterio, sostenido por toda la doctrina francesa, se manifiesta la jurisprudencia, la doctrina y el derecho mexicanos:
- Desde sus inicios, el Tribunal Fiscal, por conducto del Pleno, expresó que su intervención en la labor de unificación de la jurisprudencia, "realiza funciones de creación de derechos objetivos y no de revisión de casos concretos", así como que la facultad que le concede la Ley de Justicia Fiscal para fijarla no constituye un acto jurisdiccional, sino un acto de creación de Derecho objetivo" (FERNÁNDEZ y CUEVAS, J. Mauricio, Jurisprudencia en materia fiscal 1937-1970, México: Jus, 1976, pp. 350-351).
 - Para Alfonso NORIEGA (Lecciones de Amparo, México: Porrúa, 1975, p. 982) la jurisprudencia "es una fuente de derecho formal, material, directa e interpretativa", cuya obligatoriedad no se pone en duda y que queda definida como "el criterio constante y uniforme de aplicar el derecho, mostrado en las sentencias de un tribunal supremo". Y en opinión de Ignacio BURGOA (El juicio de amparo, México: Porrúa, 1975, p. 792): "la jurisprudencia se traduce en las interpretaciones y consideraciones jurídicas, integrativas, uniformes que hace una autoridad jurisdiccional designada para tal efecto por la ley, respecto de uno o varios puntos de derecho especiales y determinados que surgen en un cierto número de casos concretos y semejantes que se presenten, en la inteligencia que dichas consideraciones e interpretaciones son obligatorias para los inferiores jerárquicos de las mencionadas autoridades y que expresamente señale la ley (el término "jurisdiccional" subrayado sustituye el término original del autor que es "judicial", porque la concepción vale tanto para los tribunales administrativos como judiciales y no sólo para estos últimos).
 - El régimen positivo de nuestra jurisprudencia lo encontramos, fundamentalmente, en los artículos 92 a 197 de la Ley de Amparo, tratándose de la establecida por el Poder Judicial federal; y en los artículos 259 a 261 del Código Fiscal 1983, para el caso del Tribunal Fiscal, así como en los artículos 88 a 94 de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal.
 - Por último, del punto de vista constitucional, los tribunales ejercen un poder creador del Derecho al interpretarlo para suplir las deficiencias de los textos legales, en base al último párrafo del artículo 14 constitucional; aunque faltaría un párrafo que en forma precisa se refiriera a los juicios administrativos.

Como quiera que sea, el contencioso administrativo comporta un gran número de "soluciones jurisprudenciales sin fundamento textual", las cuales indican la forma en que las jurisdicciones han estatuido sobre los puntos no legislados. Por último, es justo reconocer que este papel activo que juegan los jueces administrativos otorga a sus soluciones una gran flexibilidad y adaptación a los hechos que no se encontraría si se limitaran a aplicar estrictamente las reglas escritas, preparando así, tanto la vía legislativa, como la reglamentaria, para consagrar o condenar en su caso, dichas soluciones en normas textuales, según sus resultados (151).

64.D) Sus límites. El dominio del contencioso administrativo, tal como surge de su definición (supra, § 61), conoce dos categorías de límites: una resulta del hecho de que la solución de ciertos litigios administrativos puede dar lugar a procedimientos no jurisdiccionales, por ejemplo: la conciliación, la transacción y el arbitraje administrativos, así como el llevado ante la institución francesa del "mediador" —inspirado parcialmente en el ombudsman escandinavo y en el "comisionado parlamentario" británico—, o el llevado ante la propia administración mediante los recursos administrativos. La segunda categoría concierne a los litigios cuya solución es ajena al contencioso administrativo, por ejemplo: los litigios relativos a actos de las comunidades europeas, a actos legislativos y parlamentarios, o a los denominados "actos de gobierno" (152).

65.E) La organización jurisdiccional en materia administrativa.— Aunque vistos en forma global, nos parece de vital importancia que conozcamos los dos principios básicos sobre los cuales deg

(151) Cfr. NUBY et DRAGO, op. cit., pp. 16-19.

(152) Ibidem, pp. 20-108.

cansa toda la organización administrativa jurisdiccional en Francia; nos referimos al principio de dualidad de jurisdicciones y al de la separación de la administración activa y contenciosa, que constituyen los ejes principales del sistema francés de impartición de justicia administrativa. También consideramos conveniente anotar las principales características del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos franceses.

66.a) El principio de dualidad de jurisdicciones.- El sistema jurídico francés se define esencialmente por la dualidad de jurisdicciones, es decir, por la coexistencia de dos órdenes jurisdiccionales: el judicial, encabezado por la Corte de Casación, que conoce de litigios entre particulares, y el administrativo, encabezado por el Consejo de Estado y al que corresponden los litigios entre particulares y personas públicas. La concepción francesa de la justicia y del derecho administrativos descansa, pues, sobre la institución de una jurisdicción administrativa separada de la judicial y autónoma respecto de la misma administración.

67.aa) Unidad y dualidad de jurisdicción en otros países.- El sistema francés se opone a aquél de la unidad de jurisdicción, característico de los países anglosajones, en el que la administración es juzgada conforme al derecho común y ante los tribunales ordinarios de tipo judicial. Debemos aclarar que la simple existencia de órganos jurisdiccionales especializados en lo contencioso-administrativo, no constituye automáticamente un sistema de dualidad; para que éste exista, es necesario que los tribunales administrativos formen un orden jerárquico coronado por un tribunal supremo que sea independiente del Judicial y que sus relaciones sean reguladas por

un tribunal de conflictos (153).

Así pues, la ausencia de dicho orden en países como Estados Unidos, Inglaterra y el nuestro, hace que permanezcan representando el sistema unitario, a pesar del reciente y amplio desarrollo que han tenido en ellos los distintos organismos contenciosos, especializados en materias administrativas. Por otra parte, bajo la influencia y el modelo francés, países como Bélgica, Egipto y otros han consagrado la dualidad de jurisdicciones, aunque la adecuación del sistema se ha diversificado en cada uno.

68.bb) Orígenes de la dualidad: la interpretación francesa de la separación de poderes.- Durante el período de la revolución francesa se consideró que si los procesos administrativos eran juzgados por los tribunales judiciales, se comprometería la independencia de la administración, pues se pensaba que los jueces judiciales podrían perturbar las operaciones de los órganos administrativos y paralizar sistemáticamente su acción.

Esta rigurosa concepción de las relaciones entre jueces y administración se relaciona con la interpretación del principio de separación de poderes adoptada por la asamblea constituyente de 1789, la cual implicaba una independencia total de los poderes públicos; dicha interpretación no surgió como resultado de razonamientos abstractos, sino de preocupaciones históricas concretas: el sentimiento general de desconfianza respecto del Poder Judicial, surgido porque éste obstaculizó las tentativas reales de reformas durante la fase final del antiguo régimen (154).

(153) Cfr. LAUBADÈRE, André de, Traité de droit administratif, Paris: L.G.D.J., 6ème édition, 1973, vol. I., pp. 371-372.

(154) Ibidem, pp. 373-374.

Sin embargo, queda la duda de saber qué sistema estará más de acuerdo con la definición abstracta de la división del Poder Público (supra, § 8):

Bueno, existen defensores de los dos sistemas, porque la división de poderes es una noción compleja y su análisis comporta cierta relatividad. Se sabe que puede descomponerse en dos ideas fundamentales: la primera, es la especialización o separación de funciones, es decir, que cada poder debe limitarse al ejercicio de su función propia; y la segunda, es la de la independencia respectiva de cada poder, o sea, que un poder debe estar amparado contra toda intervención ejercida por otro poder que comprometa su libertad de acción.

Ahora bien, si ponemos nuestra atención sobre la primera idea, eso nos conducirá al principio de unidad de jurisdicción, que significa el monopolio de la función jurisdiccional por el Poder Judicial. Si al contrario, ponemos en primer plano la segunda idea, es claro que la unidad de jurisdicción no permite la autonomía administrativa, toda vez que autoriza a criticar su acción, condenarla o anularle sus decisiones, por lo que en concordancia con la idea de independencia es preferible la dualidad de jurisdicciones (155).

69.cc) Base inicial y evolución del principio.- El primer fundamento del principio de dualidad, fruto de la interpretación revolucionaria de la separación de poderes, tiene su máxima expresión en el texto del artículo 13 de la ley del 16-24 de agosto de 1790:

"Las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no

(155) Ibidem, pp. 378-379.

podrán, so pena de prevaricación, perturbar de ninguna manera las operaciones de los órganos administrativos, ni citar delante de ellos a los administradores por razón de sus funciones".

Este precepto tuvo como antecedente el de otra ley revolucionaria del 22 de diciembre de 1789, en el cual se indicaba que las administraciones locales no podían ser perturbadas en el ejercicio de sus funciones administrativas por ningún acto del poder judicial y, por otro lado, tuvo sus efectos en la ley revolucionaria del 26 de septiembre de 1793, que prohibió a los tribunales judiciales el conocimiento de toda acción que se dirija para lograr una condena pecuniaria en contra del Estado.

Excluidos los tribunales judiciales del contencioso-administrativo, primero se confiaron sus litigios a los integrantes de la administración —como el Rey, los ministros o los administradores departamentales—, adoptándose, entonces, el sistema de la "administración-juez", el cual históricamente precede a la aparición de una jurisdicción administrativa autónoma, y en el que la administración tiene la facultad de juzgarse a sí misma.

Posteriormente, en el año de 1799, se realiza un considerable progreso al crearse la administración consultiva, representada por los consejos administrativos —como el Consejo de Estado y los Consejos de prefectura—; sin embargo las facultades contenciosas que se les confirieron eran de una "justicia retenida" por el jefe de Estado o por los prefectos, quienes en los hechos se limitaban a ratificar en sus decisiones las opiniones de los consejos.

El desarrollo de la justicia administrativa corrió paralelo a los cambios y vicisitudes históricas de Francia durante el siglo XIX, hasta que con la ley del 24 de mayo de 1872 se consagró

definitivamente a favor de los consejos, el sistema de "justicia delegada": el Consejo de Estado empezó a decidir por sí mismo, sin intervención del jefe de Estado, los litigios administrativos; al mismo tiempo se organizó el Tribunal de Conflictos. Empero, la teoría del "ministro-juez" todavía se mantuvo hasta el año 1889, en el que se abandona dicha teoría al dictarse el fallo Cadot, culminando así la evolución de la jurisdicción administrativa francesa.

70.dd) Razón de ser actual y valor práctico de la dualidad.-

La desconfianza respecto del Poder Judicial ha desaparecido, pues al contrario, éste se ha mostrado en general menos atrevido que el juez administrativo para censurar jurídicamente los actos de la administración y una nueva razón práctica ha venido a reemplazar la inicial: la desconfianza es ahora contra su aptitud técnica, no tanto por su comportamiento político; el derecho aplicable en el contencioso-administrativo exige una jurisdicción especializada, porque se trata de un derecho exorbitante y excepcional respecto del derecho común (156).

También debe considerarse el valor del sistema francés desde el punto de vista de la protección a los ciudadanos y de las garantías que ofrece a sus libertades frente al poder de la administración: a priori, la existencia de jueces y de un derecho especial para la administración puede significar un privilegio injusto para ésta; pero en realidad no puede decirse que ha sido así, porque el contencioso-administrativo francés, a pesar de tener como misión defender las prerrogativas de la administración, ha logrado

(156) Cfr. LAUBADÈRE, ibidem, p. 377.

conciliar las exigencias de la acción administrativa con las libertades individuales y se ha convertido en un "guardián de la legalidad" y en un eficaz instrumento de garantía contra la arbitrariedad (157).

71.b) El principio de separación de la administración activa y contenciosa.- La formación de este principio sólo pudo haberse dado cuando que se creó una verdadera jurisdicción administrativa, distinta e independiente de la administración y de la jurisdicción judicial; sin embargo, sería inexacto decir que el principio data del año 1872 en que ello sucede, porque incluso en la época de la "justicia retenida" jamás se confundieron las funciones de administrador con las funciones de juez.

El principio de separación entre administración activa y contenciosa se presenta actualmente bajo dos aspectos: la imposibilidad para que un juez dicte actos de administrador y la independencia o autonomía orgánica de las jurisdicciones administrativas respecto de la administración activa y del Poder Judicial. Así pues, tenemos que el Consejo de Estado no puede sustituirse a la administración, por ejemplo: en materia de obras públicas, no puede ordenar la ejecución o suspensión de las obras; tratándose de contratos administrativos, le está prohibido declarar rescindido el contrato; en el dominio de la función pública, no tendría ningún efecto el que nombre un funcionario o rehabilite a alguien en su puesto, etc. (158).

72.c) El Consejo de Estado.- En una apretada pero necesaria

(157) Ibidem, pp. 379-380.

(158) Cfr. ALBY et DRAGO, op. cit., pp. 156-166.

síntesis, veremos los principales aspectos del que constituye una de las principales instituciones administrativas francesas, cuya importancia se debe, por una parte, a que funciona como consejero del poder central y, por otra, a que es la más alta jurisdicción administrativa.

El Consejo de Estado fue creado y comenzó a funcionar en la época napoleónica, pero posteriormente a su origen ha conocido diversa suerte y evolución jurídico-política. Su composición actual comprende una presidencia, detentada por el ministerio de justicia —aunque en principio corresponde al primer ministro—, una vicepresidencia —que en la realidad desempeña el papel más importante— y cinco presidencias de sección; hay alrededor de cien consejeros en servicio ordinario y extraordinario, más los secretarios o ponentes (maîtres de requêtes), así como algunos auditores. La mayor parte de su personal es reclutado por concurso; sin embargo el gobierno puede nombrar algunos funcionarios en proporción limitada.

El Consejo de Estado es un cuerpo colegiado suficientemente capacitado para ejercer sus funciones y separado de la administración; empero, no está alejado por completo de la misma, pues hay elementos destinados a crear entre ambos un contacto estrecho y permanente. Su papel de "juez administrativo" constituye el de un verdadero juzgador y no el de un administrador, nunca funciona como juez y parte en los negocios que examina, pero pertenece a la administración y tiene facultad para obligarla: la administración aceptará mejor la censura de un juez nacido de ella, que sabe de sus problemas y al cual le reconoce autoridad, puesto que al mismo tiempo que juez, es consejero del gobierno.

Como órgano consultivo del gobierno emite opiniones en el campo legislativo, puesto que es consultado obligatoriamente sobre los proyectos no parlamentarios de leyes; en el campo administrativo es llamado forzosamente para dar su opinión respecto de reglamentos y ordenanzas. Son las cuatro primeras secciones del Consejo las que se encargan de esto, así como de las demás que tenga atribuidas; dichas secciones son la del interior, la de finanzas, la de obras públicas y la social.

Por otro lado, sus atribuciones contenciosas son las más considerables y desempeñan un papel capital, no solamente para actuar asegurando la unidad de la jurisprudencia administrativa, sino también para actuar como juez de primera y última instancia en cierto tipo de litigios y como juez de apelación y de casación en otros. Actualmente, la quinta sección del Consejo de Estado es la especializada en los asuntos contenciosos, funciona en nueve subsecciones, cada una de las cuales actúa como órgano de instrucción procesal porque la labor juzgadora —después de haber escuchado las conclusiones del "comisario de gobierno"— es confiada a dos o tres subsecciones reunidas (159).

73.d) Los tribunales administrativos.— Su organización actual es resultado de una profunda evolución; su reforma capital —realizada por el decreto de 30 de septiembre de 1953— fue motivada por la necesidad de remediar el rezago del Consejo de Estado y

(159) Para mayores detalles sobre la organización y funcionamiento del Consejo de Estado francés, véase en AUBY y DRAGO, op. cit., I, pp. 167-203 y en LAUBADÈRE, op. cit., I, pp. 389-397. Para ampliar su evolución y aspectos históricos es recomendable la obra Le Conseil d'Etat (1799-1974), París, C.N.R.S., 1974 (préface de M. Alexandre PARODI).

tuvo por objeto transferir a los ex-consejos de prefectura, la cualidad de jueces administrativos de derecho común, acompañado esto de algunos cambios en su estructura.

Existen en la actualidad veinticinco tribunales administrativos, cuya competencia territorial comprende varios departamentos (excepto los de París, Estrasburgo y de Ultramar que tienen un régimen particular); cada tribunal se compone de un presidente y de un número variable de consejeros, los cuales deliberan siempre en un número impar y encargándose uno de ellos de las funciones del "comisario de gobierno".

Sobre el estatuto de sus miembros, se les reconoce calidad de magistrados, tienen sus sistemas de reclutamiento, impedimentos, excusas y recusaciones; son independientes respecto del prefecto, pero se les critica cierta dependencia respecto del ministerio del interior. En cuanto a sus atribuciones —como sucede con el Consejo de Estado— estos tribunales son consejos de tipo administrativo, a la vez que verdaderas jurisdicciones, dualidad que pertenecía a los consejos de prefectura, por lo que tienen aseguradas crecientes atribuciones, tanto administrativas como contenciosas.

Paralelamente a estos tribunales administrativos, existen algunas importantes jurisdicciones administrativas de atribución, las cuales han alcanzado un notable desarrollo en los últimos años y de cuyas decisiones llega a conocer el Consejo de Estado por la vía de casación. Estas jurisdicciones especializadas se extienden a diversos campos de la actividad económica y social, por ejemplo: en materia de finanzas públicas tenemos la Corte de cuentas y la Corte de disciplina presupuestaria, y existen muchas otras jurisdicciones en materia como reclutamiento militar, educación nacional,

ayuda, y seguridad social, etc. (160).

74.F) La competencia jurisdiccional en materia administrativa.-

Sobre este último punto de las generalidades del régimen contencioso-administrativo francés, procederemos a un breve estudio, iniciándolo con el concepto de competencia y sus fuentes, su vinculación con los poderes del juez, lo relativo a la aplicación de las reglas de competencia; y lo terminaremos, viendo la repartición de competencias, tanto entre las jurisdicciones administrativa y judicial, como en el interior de la propia jurisdicción administrativa.

75.a) Concepto y fuentes.- La competencia jurisdiccional es la especialidad institucional y orgánica de una jurisdicción para conocer de ciertos litigios. Durante mucho tiempo se consideró que ésta sólo podría ser establecida por el legislador, pero el artículo 34 de la Constitución francesa de 1958, no contempla la competencia jurisdiccional entre las materias que entran en el dominio exclusivo de la ley, por lo que la determinación o modificación de las reglas competenciales puede resultar de reglamentos administrativos. Al respecto, conviene agregar que la jurisprudencia juega un importante papel en la determinación de competencias, corrigiendo a veces errores manifiestos del legislador o modificando sus interpretaciones a la luz de los nuevos textos (161).

76.b) Competencia y poderes del juez.- El problema de los poderes del juez puede tratarse fuera de toda cuestión de competencia,

(160) Cfr. AUBY et DRAGO, ibidem, I, pp.204-226 y LAUBADÈRE, ibidem, I, pp.397-402.

(161) AUBY et DRAGO, ibidem, I, pp. 283-284.

cuando se refiere a los medios de los que dispone un juzgador para asegurar la ejecución de su sentencia; pero en otros casos, sí pueden confundirse la determinación de sus poderes con la cuestión de su competencia. En efecto, una regla de competencia debe determinar no solamente la materia del litigio sometido al juez, sino también la naturaleza de las decisiones que podrán tomarse para dar solución al litigio. Hay reglas de competencia que incluyen esta doble determinación, por ejemplo el vital artículo 32 de la ordenanza del 31 de julio de 1945, según el cual:

"El Consejo de Estado resuelve soberanamente sobre los recursos de anulación por exceso de poder contra los actos de las diversas autoridades administrativas".

Sin embargo, cuando no la incluyen, su falta se compensa por el principio de "plena jurisdicción", por el que los jueces que conocen de una categoría de litigios pueden tomar, en vista de su solución, todas las decisiones que comporta un verdadero acto jurisdiccional; aunque debemos decir que este principio está lejos de aplicarse completamente, en lo que concierne a la competencia de los jueces administrativos (162).

77.c) Aplicación de las reglas de competencia.- Las reglas de competencia presentan un carácter de orden público que se impone a las partes en litigio, las cuales no pueden ponerse de acuerdo para

(162) Cfr., ibidem, I, pp. 286-287. Además, sobre el concepto de "plena jurisdicción" en la doctrina y en nuestro derecho pueden consultarse las tesis profesionales de HERRERA-GÓMEZ J. Javier, La plena jurisdicción y el poder de anulación en el Poder Judicial Federal y en el Tribunal Fiscal de la Federación, UNAH, ENEP Acatlán, 1981 y de MEDINA CONTRERAS, Federico, La naturaleza jurídica del tribunal administrativo de plena jurisdicción, Facultad de Derecho, UNAH, 1975.

derogarlas; estas reglas se imponen igualmente al juez y presentan el mismo carácter también para él, por virtud de lo cual, puede declararse incompetente de oficio.

Para determinar su competencia, el juez hace aplicación de las reglas competenciales considerando el objeto y el fundamento jurídico de la demanda, sin tomar esencialmente en cuenta lo invocado por las partes para este efecto (163).

78.d) La repartición de competencias entre las jurisdicciones administrativa y judicial.- Como vimos anteriormente (supra, § 69), en el período revolucionario se afirma el principio de separación de las autoridades administrativas y judiciales y "se reitera la prohibición a los tribunales judiciales para conocer de los actos administrativos de cualquier clase que sean" (164).

Sin embargo, a pesar de la exclusión para que el judicial conociera de la materia administrativa, se fueron confiriendo algunas competencias administrativas a las autoridades judiciales; fenómeno que fue la contrapartida de la estricta interpretación inicial del principio, que condujo a que las jurisdicciones judiciales fueran abusivamente desposeídas del conocimiento de múltiples litigios. Así, se fue adoptando una nueva concepción, la cual admitía que el contencioso administrativo se repartiera entre las jurisdicciones administrativa y judicial; el principio de separación fue interpretado, pues, en un sentido relativo; jugando un papel fundamental en esta interpretación y repartición, el Tribunal de Conflictos, creado en 1872.

(163) Cfr. ibidem, I, pp. 288-290.

(164) VEDEL, Georges, op. cit., p. 59.

Se plantea el problema de saber cuál es el criterio o cláusula general de competencia que servirá para asignar un tipo de litigios a la jurisdicción administrativa o, en su caso, a la judicial.

- Un primer criterio para solucionar el problema es el del Estado-deudor, por virtud del cual el Consejo de Estado niega a los tribunales judiciales el derecho de condenar al Estado a todo pago en dinero, cualquiera que sea el origen de la deuda.

- Otro criterio, es el del acto de autoridad, expuesto fundamentalmente por LAFERRIÈRE, quien explica que habría que distinguir, entre los actos realizados por la administración, los que entrañan el uso de la potestad pública (actos de autoridad), de los que no lo entrañan (actos de gestión); los primeros escapan a la competencia judicial, no así los segundos.

- En tercer lugar, tenemos la fórmula jurisprudencial que estableció que la competencia judicial se aplica a los litigios que surgen del Derecho privado, y la competencia administrativa se impone cuando las situaciones contempladas son de Derecho público y deben ser reguladas por sus normas.

- Hay un cuarto criterio, por el cual el principio de separación no se aplicaría a las materias en que la administración emplea procedimientos idénticos a los de los particulares —gestión privada—; en cambio, las otras materias en las que exista gestión pública, sí aplicarían la norma de la separación.

- Por último, en 1873, el Tribunal de Conflictos, recién establecido, pronunció la célebre sentencia Blanco, decisión que subrayaba esencialmente que los daños ocasionados a la niña Agnès Blanco, habrían sido producidos por actos derivados de un servicio

público, motivo por el cual se imponía la competencia del juez administrativo; asimismo, afirmaba que la responsabilidad por los daños causados debía ser regulada por principios autónomos, distintos de los enunciados por el código civil para las relaciones entre particulares (165).

El servicio público ha servido como el criterio competencial más importante; en Francia, toda una notable generación de autores han desarrollado la "escuela del servicio público", con DUGUIT a la cabeza; pero dicho criterio tras haber alcanzado su apogeo, ha sido objeto de discusiones y de críticas (166).

79.e) La repartición de competencias en el interior de la jurisdicción administrativa.- Una vez vistos, en forma general, los criterios competenciales de la jurisdicción administrativa respecto de la judicial, nos queda pendiente tratar cómo se distribuye la competencia entre el Consejo de Estado y los diversos tribunales y jurisdicciones administrativas. Las reglas de competencia en este segundo sentido han sufrido, también, una notable evolución, tanto por factores de tipo jurídico, que se refieren a los cambios que han afectado la vida administrativa, su extensión, características y condiciones de funcionamiento; como por factores de tipo práctico, consistentes en la creciente dificultad a la que se enfrentan los jueces administrativos para conocer de la gran masa de procesos que les son confiados.

(165) Véase sobre este tema de la repartición de competencias entre jueces administrativos y judiciales, con mayor amplitud; AUBY et DRAGO, op. cit., I, pp. 293-657; LAUBADÈRE, op. cit., I, pp. 403-418 y VEDEL, op. cit., pp. 64-74.

(166) Sobre la teoría general del servicio público (noción, organización, gestión, concepción, régimen jurídico, etc.) véase: AUBY et DRAGO, ibidem, I, pp. 358-361; LAUBADÈRE, ibidem, I, pp. 577-649, VEDEL, ibidem, pp. 688-724 y muy especialmente pueden consultarse las reflexiones de DEMICHEL, op. cit., pp. 94-105 y de Céline WIENER en su art. cit., Mélanges CHARLIER.

La doctrina francesa ha hecho la distinción de jueces administrativos "de derecho común" y "jueces de atribución", sobre la cual reposa la distinción interna de competencias: el juez administrativo de atribución es aquél que sólo conoce de las materias contenciosas que le han sido expresamente atribuidas por la ley y el juez de derecho común administrativo es aquél que conoce de todas las categorías de litigios administrativos, exceptuando sólo los que han sido objeto de una atribución particular.

Antes de las importantes reformas de 1953, el Consejo de Estado era el juez administrativo de derecho común y los consejos de prefectura eran sólo jueces de atribución; por virtud de dichas reformas se transfirió a los tribunales administrativos la primera calidad, reservándose al Consejo de Estado ciertas competencias de atribución, respecto de casos cuya importancia y trascendencia requeriría su intervención, por ejemplo: recursos contra decretos, contra actos de los ministros, contra actos administrativos cuyo campo de aplicación se extiende más allá de la competencia de un solo tribunal, etc. (167).

Sección II. Los recursos jurisdiccionales: el recurso por exceso de poder y sus casos de apertura.

80. El mecanismo de la justicia administrativa y los recursos contenciosos.— La intervención de las jurisdicciones administrativas —como la de todo órgano jurisdiccional— debe ser provocada por medio de los recursos contenciosos, cuyo estudio constituye la parte más importante de la teoría general del funcionamiento de la justicia administrativa francesa; en las siguientes páginas, proce-

(167) AUBY et DRAGO, op. cit., J., pp. 666 y siguientes.

demos a dar una breve visión de su mecanismo, analizando, primera = mente, las prerrogativas de la administración respecto de la just^ucia; posteriormente, la distinción y clasificación de los diversos recursos; luego, algunas notas generales sobre el procedimiento contencioso y, finalmente, veremos el recurso por ex^uceso de poder, como la pieza clave para entender los alcances de la desviación de poder que constituye uno de sus casos de apertura.

81.A) Prerrogativas de la administración respecto de la just^ucia.- En sus relaciones con los organismos jurisdiccionales, la administración goza de ciertos privilegios, no se encuentra definitivamente en la misma situación de un litigante ordinario: la existencia de una jurisdicción especial para conocer de los litigos en los que ella intervenga, así como la facultad que tiene de tomar de^ucisiones ejecutorias, son muestras palpables de ello e implican ciertas ventajas para la administración.

Existen también dos grandes limitaciones en relación a las condenas que pueden ser pronunciadas contra la administración: los jueces, tanto judiciales como administrativos, sólo pueden anular los actos administrativos ilegales y únicamente dictar condenas pecuniarias, pero jamás pueden sustituir a la administración dictando un acto que sea la decisión regular, en lugar de la decisión anulada; y tampoco pueden dirigirle órdenes ni sentencias que constriñan a la administración a actuar de determinada manera, o sea, que le impongan una obligación de hacer.

Sin embargo, el régimen francés conoce una excepción en la que se otorgan a los jueces judiciales franceses poderes extraordinarios, es el caso de las "vías de hecho", en las que la administra^u

ción pierde el beneficio de sus privilegios, en virtud que su acción comporta un atentado material, de grave irregularidad, que afecta ciertos derechos fundamentales de los individuos, como por ejemplo la propiedad y las libertades públicas definidas por la ley (168).

Estos principios contrastan con la concepción anglosajona en esta materia, la cual está dominada por la idea de que la administración está sometida a los jueces judiciales bajo las mismas condiciones que los particulares.

Por otro lado, no existen vías de ejecución forzosa contra la administración, particularmente los bienes administrativos se consideran inembargables (169); y en lo que concierne al incumplimiento de sentencias anulatorias de decisiones administrativas ilegales, el problema del rechazo a cumplir una resolución jurisdiccional constituye una violación de la cosa juzgada, que puede comprometer la responsabilidad del órgano o abrir las puertas a las "vías de hecho".

Finalmente, la administración podría mostrar una mala voluntad tratándose de condenas pecuniarias, que se traduciría en retraso del pago o en su rechazo definitivo, contra lo cual existen remedios administrativos y contenciosos de satisfactoria eficacia (170).

82.B) Distribución y clasificación de los diversos recursos.

Tomaremos los tres principales criterios de distinción y clasificación

(168) Ibidem, I, pp. 551 y siguientes.

(169) El mismo principio domina en nuestro derecho positivo, pues conforme al artículo 4° del Código Federal de procedimientos civiles: "Las instituciones, servicios y dependencias de la administración pública de la Federación y de las entidades federativas tendrán (...) la misma situación que otra parte cualquiera; pero nunca podrán dictarse, en su contra, mandamiento de ejecución ni providencia de embargo".

(170) Cfr. LAUBADÈRE, op. cit., I, pp. 478-483.

ción que existen tratándose de los recursos contenciosos, a saber: el que considera la extensión de los poderes del juez, el que considera la naturaleza de la cuestión expuesta y el que consideran los autores AUBY y DRAGO.

83.a) Según la extensión de los poderes de juez.- Conforme este primer criterio descansa, esencialmente, la clásica división formulada por LAFERRIÈRE (171) que reconoce cuatro tipos de recursos contenciosos: el de plena jurisdicción, el de anulación, el de interpretación y el represivo.

Esta clasificación toma en cuenta, pues, en forma principal, el carácter de la decisión del juzgador y ha sido adoptada por numerosos autores; pero ha recibido también duras críticas, que ponen en duda su valor práctico y revelan su insuficiencia. De la misma desprendemos, además, los recursos de mayor trascendencia para nuestro estudio, como son el de plena jurisdicción y el de anulación; este último traducido en el recurso por exceso de poder, es el que ha servido como modelo para establecer en nuestro país los tribunales de lo contencioso-administrativo (172) y del cual deriva, como una de sus aperturas, precisamente la desviación de poder.

Así que, del punto de vista del papel del juez, en el recurso por exceso de poder —o contencioso de anulación—, la constatación que hace el tribunal consiste, únicamente, en decir si el acto administrativo impugnado viola o no una regla de derecho y si, por

(171) Cfr. LAFERRIÈRE, Edouard, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Paris-Nancy: 1896, vol. II, pp. 115-681.

(172) Al fundarse el Tribunal Fiscal de la Federación, la magistral exposición de motivos de la Ley de Justicia Fiscal expresaba: "El contencioso que se regula será lo que la doctrina conoce con el nombre de contencioso de anulación (...) El Tribunal no tendrá otra función que la de reconocer la legalidad o la de declarar la nulidad de actos o procedimientos".

consecuencia, es ilegal o no; por esta razón tiene como fin anular o reconocer la validez de una decisión.

En el caso del recurso de plena jurisdicción, el juez constata la situación jurídica de la administración, es decir, la existencia y alcance de los derechos que el particular pretende en contra de la administración; de esta manera, la decisión del juez tiene un carácter particular: determina los derechos del recurrente y puede condenar a la administración a cumplir con una obligación. Pero, como hemos visto (supra, § 81), la limitación de que sólo puedan dictarse condenas pecuniarias en contra de la administración, hace que este recurso se relacione más bien con un "contencioso de indemnización" (173).

84.b) Según la naturaleza de la cuestión expuesta al juez.-

Esta clasificación es más sencilla y distingue únicamente dos categorías: el contencioso objetivo y el contencioso subjetivo.

Hay contencioso objetivo, cuando el recurrente invoca la violación de una regla de derecho, o sea, cuando se atenta contra una situación jurídica e impersonal; y al contrario, habrá contencioso subjetivo, cuando el recurrente invoque violación de sus derechos, que forman parte de situaciones jurídicas individuales y concretas.

Esta distinción explica que los recursos sean más abiertos en el contencioso objetivo, ya que en el subjetivo, su acceso está lógicamente limitado al titular de la situación jurídica subjetiva. En materia de cosa juzgada, el objetivo presenta una autoridad abso

(173) Cfr. LAUBADRE, op. cit., I, pp. 484-486.

luta; en cambio, en el subjetivo, la autoridad de la cosa juzgada está limitada a las partes en litigio. Otro interés práctico de la distinción, consiste en que los recursos objetivos no pueden ser utilizados cuando la cuestión llevada por el recurrente pone en causa una situación subjetiva, por ejemplo: los casos de responsabilidad o de contratos administrativos. Por último, podemos anotar que el contencioso objetivo tiene una correspondencia, aunque relativa, con el recurso por exceso de poder y el contencioso subjetivo, con el recurso de plena jurisdicción.

85.c) La clasificación de AUBY y DRAGO.- Estos dos autores franceses, considerando que las anteriores clasificaciones presentan similar importancia y trascendencia, proponen simplemente que los recursos contenciosos sean divididos en dos ramas fundamentales: contencioso de la legalidad y contencioso de los derechos.

Únicamente el primero reviste particularmente un mayor interés en este estudio, comprende el contencioso de la declaración, el de interpretación y el de anulación; en este último queda incluido, lógicamente, el recurso por exceso de poder.

86.C) El procedimiento contencioso-administrativo: notas generales.- Aunque este pueda parecer sin interés con relación al desvío de poder y a nuestro Derecho, en realidad sí lo tiene, en cuanto que algunas de las instituciones procedimentales francesas, han sido adoptadas en nuestro país; además, sólo nos referiremos a unas cuantas notas características, como son las fuentes del procedimiento, sus rasgos más originales y el desarrollo de la instancia, sin entrar en profundidad a mayores detalles.

87.a) Fuentes del procedimiento.- Sobre las fuentes procedimentales sólo deseamos confirmar que una parte de las reglas aplicables ante las jurisdicciones administrativas son fijadas por los textos legales y otra parte no lo están, ya que son fijadas jurisprudencialmente. Algunos de los "principios generales de procedimiento" han sido establecidos, pues, en forma pretoriana y otros se han tomado prestados del procedimiento judicial, aunque, claro, manteniéndose ciertas notables diferencias entre ambos procedimientos.

Por cierto que ha sido objeto de numerosas discusiones el problema de la supletoriedad del procedimiento judicial civil cuando existen lagunas jurídicas en el procedimiento contencioso-administrativo: hay quienes sostienen el carácter autónomo de éste último y aceptan exclusivamente la aplicación del civil cuando un texto expreso lo prevea; otros autores, sostienen como principio el carácter supletorio del procedimiento civil respecto del contencioso-administrativo, siempre y cuando su aplicación no sea incompatible con la organización jurisdiccional administrativa (174).

(174) En nuestro régimen jurídico el problema de la supletoriedad procedimental es resuelto por los textos legales de los dos tribunales de lo contencioso-administrativo existentes; así, el artículo 197 del Código Fiscal 1983, expresa:

"Los juicios que se promueven ante el Tribunal Fiscal (...) se sustanciarán y resolverán con arreglo al procedimiento que determine este Código, pudiendo aplicarse al Código federal de procedimientos civiles a falta de disposición expresa y siempre que la disposición que se pretenda aplicar supletoriamente se avenga al procedimiento contencioso que establece este código". (el subrayado es nuestro y corresponde a la parte adicionada al artículo 169 del anterior Código Fiscal y está de acuerdo con la segunda posición doctrinal señalada).

Y el texto del artículo 24 de la Ley del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo del Distrito Federal establece:

"Los juicios que se promuevan ante el Tribunal se sustanciarán y resolverán con arreglo al procedimiento que señala esta Ley. A falta de disposición expresa y en cuanto no se oponga a lo que prescribe este ordenamiento, se estará a lo dispuesto por el Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal; en materia fiscal, a la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal y al Código Fiscal de la Federación, en lo que resulten aplicables" (la parte que sigue al subrayado fue adicionada en 1979, cuando se le otorgó competencia a este Tribunal para conocer de ciertos asuntos fiscales, de los que antes conocía el propio Tribunal Fiscal).

88.b) Rasgos originales.- El procedimiento ante las jurisdicciones administrativas francesas reviste los siguientes rasgos esenciales (175):

Se trata, en primer lugar, de un procedimiento escrito, lo cual permite, sin ninguna duda, el examen atento de todos los elementos del litigio que constan en la instrucción.

En segundo lugar, presenta un carácter inquisitorio —por oposición a los procedimientos de tipo acusatorio—, en cuanto que es dirigido por el juez a partir del momento de la demanda; el juez administrativo francés dispone de grandes poderes en el transcurso del proceso, los cuales se manifiestan particularmente en lo que concierne al régimen de las pruebas.

Finalmente, se dice que el procedimiento administrativo presenta un carácter secreto, en virtud que las constancias procesales no pueden ser mostradas a personas ajenas al juicio.

Los autores han evaluado éstos y otros rasgos que presenta el procedimiento contencioso administrativo, recibiendo tanto elogios como críticas: para algunos, es reflejo del sistema burocrático; para otros, su falta de formalismos lo hacen simple y flexible.

89.c) El desarrollo de la instancia.- De la numerosa cantidad de reglas procedimentales, cuyo desarrollo no es posible seguir en estas líneas, comentaremos tres de sus características más sobresalientes (176):

(175) AUBY et DRAGO, op. cit., I, pp. 745-748.

(176) Cfr. LAUBADÈRE, op. cit., I, pp. 496-502.

1° La regla de la decisión previa: consiste en que sólo se puede formar un recurso ante el juez administrativo si existe una decisión anterior de la administración que sea contraria a las pretensiones del recurrente. En el caso del contencioso de plena jurisdicción (v. supra, § 83), resalta la importancia de esta regla ya que el administrado, víctima del daño causado por la administración, está obligado a provocar una decisión administrativa opuesta a su pretensión. Esta regla conoce excepciones; por ejemplo, tratándose del silencio administrativo, en que se considera un rechazo implícito, es el caso de una negativa ficta (177).

2° El plazo para interponer el recurso: generalmente es de dos meses, pero existen previstos distintos plazos para algunos casos particulares. Los plazos corren a partir del momento en que la decisión es hecha llegar al conocimiento del interesado, ya sea mediante publicación o notificación. Hay causas de prórroga del plazo, como son la interposición de un recurso administrativo o de otro recurso contencioso ante una jurisdicción incompetente. El principal efecto de la expiración del plazo es la inadmisibilidad ulterior del recurso (178).

(177) La figura de la negativa ficta ha sido adoptada en nuestro Derecho pero restrictivamente, es decir, no se aplica en toda la materia administrativa federal, sino sólo en la materia fiscal. Introducida por el artículo 16 de la Ley de Justicia Fiscal, actualmente se encuentra consagrada en el artículo 37 del Código Fiscal federal de 1983.

"Las instancias o peticiones que se formulen a las autoridades fiscales deberán ser resueltas en un plazo de cuatro meses; transcurrido dicho plazo sin que se notifique la resolución, el interesado podrá considerar que la autoridad resolvió negativamente e interponer los medios de defensa en cualquier tiempo posterior a dicho plazo, mientras no se dicte la resolución, o bien, esperar a que ésta se dicte".

(178) Al respecto, en nuestro país rigió desde 1937, el plazo de 15 días para la interposición de la demanda de nulidad en la materia contenciosa fiscal, pero dicho plazo ha cambiado con el nuevo Código Fiscal federal, que lo amplía a 45 días, en plena concordancia con la regla indicada del sistema francés (conforme el artículo 207).

3°. El carácter no suspensivo de los recursos: este principio fundamental admite, sin embargo, la posibilidad de que se provea la suspensión de la ejecución, cuando ésta entrañe consecuencias irreparables difícilmente reparables para el recurrente; pero definitivamente no es admisible un carácter de suspensión automática por el simple hecho de la impugnación mediante el recurso contencioso correspondiente (179).

90.D) El recurso por exceso de poder.- Definido como la "acción mediante la cual toda persona que tenga interés puede provocar la anulación de una decisión ejecutiva por el juez administrativo en razón de la ilegalidad de esta decisión" (180), su análisis reviste una sobresaliente importancia para el tema de la desviación de poder, puesto que ésta constituye uno de sus casos de apertura, junto con la incompetencia, el vicio de forma y la violación de la ley. Sobre este recurso consideramos necesario anotar algunos aspectos históricos, sus caracteres generales y sus condiciones de admisibilidad, para concluir con el estudio de las diversas aperturas que ya hemos mencionado, pero separando la de desviación de poder para tratarla en la tercera y última sección de este capítulo (infra, § 95 y ss.)

91.a) Aspectos históricos.- Desde su origen, el Consejo de Estado ha tenido el poder de anular actos administrativos; sin embargo, inicialmente no se concebía la existencia autónoma del recurso por exceso de poder, únicamente se hablaba del "recurso contencioso".

(179) La suspensión de la ejecución de los actos impugnados en el sistema contencioso-administrativo de nuestro país, sigue los principios señalados; su régimen positivo comprende los artículos 57 y 58 de la Ley del Tribunal Contencioso-Administrativo del D.F., artículo 144 del Código Fiscal y artículos 122-144 y 170-176 de la Ley de Amparo.

(180) VEDEL, op. cit., p. 454.

Es bajo el Segundo Imperio cuando el recurso por exceso de poder conoce un considerable desarrollo: junto con la incompetencia —admitida desde 1790—, se van admitiendo progresivamente, como aperturas de nulidad, la violación de forma, la desviación de poder y la violación de ley. La ley del 24 de mayo de 1872 consagra en su artículo 9° el exceso de poder, otorgándole la mayor parte de las características que le son reconocidas actualmente; se logra distinguirlo de los recursos de apelación y de casación, y se afirma su carácter objetivo.

Durante el siglo XX se le ha concebido en un sentido más liberal, tanto por la legislación como por la jurisprudencia y ha continuado evolucionando y afirmándose. El recurso por exceso de poder ocupa, sin duda alguna, un lugar importantísimo en el campo de lo contencioso-administrativo (181).

92.b) Características generales.— En la actualidad es innega-
ble su carácter jurisdiccional, pero cuando existía el sistema de justicia retenida se discutía dicho carácter y se le consideraba más bien como un simple recurso administrativo jerárquico.

Además, el recurso por exceso de poder presenta, en el ámbito del Derecho Administrativo, un carácter de derecho común, o sea, su existencia y ejercicio constituyen un principio general de derecho, su exclusión sólo puede darse mediante texto expreso.

Otra característica fundamental, es su estrecha relación con el contencioso de anulación, por lo que podríamos concebirlo como el recurso que permite al juez anular una decisión administra

(181) AUBY et DRACO, op. cit., vol. II, pp. 130-134.

tiva, fundándose en la violación de una regla de derecho; según la doctrina también forma parte del contencioso objetivo, con las siguientes consecuencias: una amplia admisibilidad —interés simple del recurrente— y el efecto erga omnes de la sentencia.

Por último, los autores consideran que este recurso corresponde al contencioso de legalidad en cuanto que el juzgador se limita a confrontar la regla de derecho con el acto reclamado, resultando así que exceso de poder es sinónimo de ilegalidad; aunque esta característica ha sido puesta en duda, y se ha sostenido que, tratándose del poder discrecional de la administración, este recurso ejerce más bien un control de la oportunidad (182).

93.c) Sus condiciones de admisibilidad.— Se denomina así a los requisitos que debe reunir el recurso para que el juez pueda darle entrada y examinarlo en cuanto al fondo; si falta una de estas condiciones, el juez rechazará la demanda por inadmisibile, sin analizar si el acto era efectivamente ilegal (183).

En términos generales, podemos decir que se reconocen principalmente las siguientes:

1º Condiciones relativas al juzgador: éste sólo puede conocer del recurso para exceso de poder si corresponde a su competencia, o sea, si el litigio corresponde realmente a las jurisdiccio =

(182) Cfr. LAUBADERE, op.cit., I, 505-510 y AUBY et DRAGO, op. cit., vol. II, pp. 134-139.

(183) En relación a nuestro derecho, podemos decir que las condiciones de admisibilidad del juicio contencioso de nulidad ante los tribunales administrativos, se encuentran interpretando a contrario sensu las causas de improcedencia cuya existencia produce la figura procesal del sobreseimiento (artículos 202 y 203 del Código Fiscal de la Federación y artículos 71 y 72 de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal).

nes administrativas francesas. No podría conocer del recurso si el litigio respectivo es de la competencia de una jurisdicción judicial o de otra jurisdicción administrativa. Además, la calidad de juez de exceso de poder sólo puede ejercerse si el recurso interpuesto es efectivamente un recurso por exceso de poder.

2° Condiciones relativas al acto impugnado: es necesario que el acto jurídico contra el cual se interpone el recurso sea de naturaleza administrativa y que cause un agravio. En relación a estas dos características, el Consejo de Estado ha abandonado por completo la teoría de la "delegación legislativa", por virtud de la cual se sustrafan los reglamentos a este recurso y se ha considerado que los actos entre cuyos efectos jurídicos no está el de causar agravios, están totalmente excluidos; por ejemplo, las circulares internas o las medidas preparatorias.

3° Condiciones relativas al demandante: éste debe tener la capacidad legal para ejercer sus derechos ante la justicia y debe justificar su interés en la anulación del acto; dicho interés es ajeno a la legitimación de un ciudadano común, en el caso de una acción popular, o la legitimación del que se ha visto afectado en sus derechos subjetivos. La jurisprudencia ha llegado a admitir recursos de agrupaciones —como una sociedad disuelta o un sindicato sin registro— que han demostrado interés, para demandar la anulación del acto impugnado; el reconocimiento de dicho interés está subordinado a una doble condición: que la decisión lesione material o moralmente al demandante y que las consecuencias de esta lesión lo alcancen a título particular; aun cuando el acto afecta una situación colectiva, se acepta que cualquiera de los afectados pueda ejercer el recurso, lo cual no excluye que las personas morales, públi-

cas y privadas, ejerzan este recurso para la defensa de sus intereses colectivos.

4° Condiciones de forma y procedimiento: implican el cumplimiento de muy diversos requisitos como, por ejemplo, el ejercicio previo de un recurso administrativo cuando un texto expreso imponga dicha obligación, o que la interposición se haga dentro de un plazo determinado, o la identificación mediante los datos correspondientes del recurrente y del acto impugnado, o la presentación de la demanda con las copias necesarias, etc. (184).

94.d) Sus casos de apertura.- Inicialmente a las aperturas del recurso por exceso de poder se les llamó medios de anulación, aunque también se les denomina causales de anulación o casos de nulidad; conocidas como las diversas manifestaciones del exceso de poder que constituyen un vicio del acto administrativo y, por consecuencia, permiten la admisión del recurso, podrían concebirse como las diversas irregularidades que pueden afectar a un acto administrativo y acarrear su anulación.

La primera clasificación doctrinal de los casos de apertura del recurso por exceso de poder fue hecha por LAFERRIÈRE (185), quien siguiendo el orden de aparición histórica y del proceso intelectual del juzgador contemplaba: la incompetencia, el vicio de forma, la desviación de poder y la violación de la ley y de los derechos adquiridos; esta última devendrá violación de la regla de derecho.

Semejante clasificación, considerada actualmente clásica,

(184) Cfr. LAUBADÈRE, op. cit., I, pp. 510-523; AUBY et DRAGO, op. cit., vol. II, pp. 145-234.

(185) Cfr. op. cit., II, pp. 496-560.

va a ser modificada y completada, según la evolución del control ejercido por el juez y conforme a los profundizamientos doctrinales respectivos. Del punto de vista racional, la doctrina francesa ha derivado, precisamente, una mejor presentación de los casos de apertura, al considerarlos en función de las modalidades de su ilegalidad, teniendo entonces la ilegalidad relativa al autor del acto, a las formas y procedimientos, al fin perseguido, al objeto y a los motivos del acto (186).

Tales ilegalidades nos llevarían a los siguientes cinco casos de apertura: incompetencia, vicio de forma y procedimiento, desviación de poder, violación de la ley y vicio de los motivos. Aunque existe acuerdo sobre esta enumeración queda, sin embargo, el problema de su clasificación; actualmente se hace la distinción entre ilegalidad material y formal, así como entre ilegalidad externa e interna:

El control formal del acto impugnado se realiza mediante las causales de incompetencia y de vicio de forma, mientras que el control material del acto puede realizarse desde dos puntos de vista, el objetivo y el subjetivo; el control subjetivo de la regularidad material del acto corresponde a la desviación de poder, y a la violación de la ley corresponde al control objetivo (187).

Por otro lado, el control de la legalidad externa comprende la incompetencia, el vicio de forma y de procedimiento, y el control de la legalidad interna sería más amplio, abarcando la violación de las reglas de derecho, la ilegalidad de los motivos de hecho o de

(186) LAUBADÈRE, op. cit., I, p. 531.

(187) VEDEL, op. cit., pp. 486-487.

derecho, la desviación de poder y la desviación de procedimiento (188).

Por supuesto que no es posible atribuir a las clasificaciones presentadas un carácter inmutable o absoluto, sino más bien relativo; tengamos presente que la acción administrativa es muy compleja y que estas clasificaciones muestran solamente la posición actual de la jurisprudencia francesa y tienen un interés práctico: que no toda ilegalidad produce las mismas consecuencias, ya que la medida anulada por un motivo de forma podrá ser dictada nuevamente en condiciones regulares, mientras que la anulación por un motivo de fondo impedirá a la administración dictar el mismo acto.

Finalmente, a manera de conclusión, podemos establecer —respecto de lo que nos interesa— que la desviación de poder es uno de los cuatro medios clásicos que pueden invocarse para interponer el recurso por exceso de poder, ante los tribunales administrativos franceses, para obtener la nulidad del acto que se impugna; pero precisamente, esta tetralogía tradicional ha respondido a las circunstancias históricas del sistema francés, por lo que se puede decir que apareció empíricamente en función de sus exigencias y de las posibilidades de su momento. Ahora bien, las críticas a la presentación clásica van dirigidas a notar que las cuatro regularidades se reducen a una sola: la violación de una regla de derecho, o sea, la ilegalidad en sentido amplio. Algunos autores han ensayado nuevas presentaciones de los casos de apertura; pero, de cualquier manera, la desviación de poder subsiste como la ilegalidad en cuanto al fin, es decir, constituye el exceso de poder relativo a los móviles del acto.

(188) ALBY et DRAGO, *op. cit.*, I, pp. 236-237.

sección III. La desviación de poder en el derecho administrativo francés.

95. Proyecto de estudio de esta causal de anulación.- La noción francesa de desviación de poder forma parte sustancial del desarrollo de la presente investigación, pues se trata de una noción típica del sistema contencioso administrativo francés, el cual ha sido someramente tratado en la primera sección de este capítulo; así mismo no podemos dejar de vincularla con el recurso por exceso de poder —que también hemos estudiado en la sección anterior—, pues se ubica, definitivamente, como una de las causales de anulación de los actos administrativos impugnados mediante dicho recurso.

Nuestro proyecto de estudio de esta última sección comprenderá, primeramente, el análisis de los orígenes y evolución jurisprudencial de la desviación de poder en el siglo pasado (A); posteriormente, su concepción clásica y algunas de sus definiciones doctrinales (B); en tercer lugar, un desglose del concepto y de sus características generales (C); más adelante, mencionaremos el ámbito esencial y los obstáculos de su desarrollo (D); sus principales limitaciones (E); las modalidades y la clasificación de sus diversas categorías (F) y, como conclusión de este análisis, señalaremos algunas reflexiones finales (G).

96.A) Sus orígenes y evolución jurisprudencial en el siglo XIX. La doctrina francesa ha encontrado los orígenes de la desviación de poder en la jurisprudencia administrativa de la segunda mitad del siglo XIX: su aparición —específicamente bajo el Segundo Imperio— correspondió a un progreso del control de la actividad ad =

ministrativa, ya que el acto que incurre en ella no viola de manera visible la ley; la desviación de poder implica un control más profundo de la legalidad administrativa, para descubrir una irregularidad muy escondida.

Para algunos autores, no es sorprendente que, el Consejo de Estado la haya reconocido primeramente, a propósito de los actos emanados de autoridades locales, teniendo éstas una mayor tendencia a utilizar sus poderes con fines particulares; incluso, se puede establecer una vinculación entre los decretos de desconcentración de 1852 y los primeros fallos que consagraron la desviación de poder algunos años después (189).

Para otros, la desviación de poder nace con motivo de una circunstancia particular: el Consejo de Estado era llamado para resolver los casos en que la administración había hecho uso de sus poderes de policía con el fin evidente de favorecer sus intereses patrimoniales, por lo que se dice que "fue la oposición entre la función de policía y el interés pecuniario de la administración lo que permitió construir la noción misma de desviación de poder" (190).

A continuación, mencionaremos los fallos más representativos de la evolución jurisprudencial francesa en materia de desviación de poder, durante el siglo XIX y terminaremos este apartado anotando otro tipo de casos que, en forma general, también se basaron en este medio de anulación.

97.a) El precedente más remoto: fallo Vernes (19 mayo 1858)

Para la doctrina, el origen más remoto de la desviación de poder se

(189) AUEY et DRAGO, op. cit., I, pp. 405.

(190) BERDEULEY, Le détournement de pouvoir dans l'intérêt financier, thèse, Paris, 1928, p. 11; apud PRAT, op. cit., p. 190.

remonta a esta decisión del Consejo de Estado, cuando aún estatuyó bajo el sistema de "justicia retenida"; este fallo —que parece ser el primero y más importante precedente— anuló un decreto del alcalde de Trouville que había prohibido el acceso al mar a los bañistas que no pagaran una tasa o contribución en beneficio del establecimiento municipal de baños, incluso cuando éstos no utilizaran sus servicios. Aunque en la decisión no se destaca suficientemente la noción de desviación de poder, el fallo sostiene claramente que el decreto municipal anulado no tenía por objeto asegurar el orden, la defensa o la seguridad pública, sino procurar un aumento de los recursos de la caja municipal y, por tanto, no había sido dictado dentro de los límites de los poderes conferidos a la autoridad municipal (191).

98.b) La primera decisión expresa: fallo Lesbats (25 febrero 1864). En este fallo el Consejo de Estado examinó la legalidad de un decreto prefectoral que reglamentaba la circulación de vehículos en los patios de la estación ferroviaria de Fontainebleau, porque acordaba a un solo empresario el monopolio del transporte de pasajeros, señalando que "las necesidades de vigilancia para mantener el orden y evitar el congestionamiento del público, no autorizan al agente a conferir un monopolio (...) totalmente extraño a la idea de policía administrativa". Al respecto, el propio LAFERRIÈRE comentaba que la facultad de policía sobre los ferrocarriles y sus estaciones, tiene por fin asegurar la libertad y la seguridad de la circulación, así como el libre acceso del público, y que dicha facultad es desviada de su destinación legal cuando tiende a asegurar el

(191) Cfr. LAFERRIÈRE, op.cit., II, p.554 y PRAT, op. cit., p. 191.

monopolio de transportistas (192).

99.c) Dos casos típicos y ejemplificativos: fallos Pariset y Laumonnier-Carriol (26 noviembre 1875). Estas decisiones jurisprudenciales, tuvieron como antecedente la ley del 2 de agosto de 1872 que establecía el monopolio en favor del Estado de la fabricación y venta de cerillos, así como la expropiación de las fábricas existentes. A raíz de la anterior, el ministro de finanzas giró una circular a los prefectos, en la que les prescribía someter únicamente a la expropiación las fábricas provistas de una autorización regular y ordenar la clausura de las otras por una medida administrativa que declarararía ilegal su existencia. Como la clausura de las fábricas sólo podía ser legalmente ordenada en virtud de la legislación sobre establecimientos insalubres, las instrucciones ministeriales recomendaban a los prefectos no hacer alusión a la ley de 1872, de tal suerte que su decisión aparecería motivada solamente por razones de salubridad pública.

Ante esta situación, el Consejo de Estado anuló los decretos de clausura pronunciados según las circunstancias anteriores, haciendo aplicación del novedoso caso de apertura, llamado desviación de poder, bajo la siguiente argumentación:

"(...) el prefecto al ordenar la clausura de la fábrica de cerillos del Sr. Pariset en virtud de los poderes de policía que tiene conforme las leyes y reglamentos sobre establecimientos peligrosos, incómodos e insalubres; no tuvo como fin garantizar los intereses que estas leyes y reglamentos protegen, sino que ha actuado

(192) Ibidem, p. 554 y p. 193; respectivamente.

en ejecución de instrucciones emanadas del ministerio de finanzas (...) y en el interés financiero del Estado, por lo que ha usado los poderes de policía que le pertenecen (...) para un objeto distinto de aquel en razón del cual le fueron conferidos" (193).

100.d) Otros casos diversos.- LAFERRIÈRE hizo un intento de sistematización de los diversos casos de aplicación de la desviación de poder en su época, que en nuestra opinión es muy meritoria —a pesar de haber sido hecha casi un siglo—, aunque todavía casuística; así, consideraba los siguientes casos, mencionando en cada uno de ellos numerosos ejemplos:

Primeramente, menciona la "policia del dominio público", explicando que si bien pertenece a la administración la facultad de asegurar la conservación, uso y mantenimiento de los bienes de dominio público en vista del interés general, tal facultad no se ha confiado para servirse de ella con otros fines, como favorecer intereses privados, o los intereses financieros del mismo Estado; así pues, si se utiliza la potestad de policía en este ámbito pero desviándola, hacia fines que le deben ser ajenos, resulta de ello una desviación de poder que implica la anulación del acto.

Posteriormente, el autor menciona los otros casos, que son los que se refieren al uso de las facultades de policía tratándose del ámbito de aguas, de salubridad y municipal (194).

Por otro lado —comenta PRAT—, en virtud la ejecución de los trabajos de embellecimiento de París, proyectados por el

(193) LONG, M., WEIL, P. et BEAUBANT, G., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Paris: Sirey, 1962, 3a. ed., pp. 19-20.

(194) Cfr. op. cit., IJ, pp. 551-558.

barón Haussmann, el Consejo de Estado anula una gran cantidad de decisiones dictadas con fines ajenos al interés general, es decir, en base a la causal desviación de poder ya que, durante algún tiempo, se negaron las autorizaciones de edificación de los particulares o propietarios de inmuebles con frente a las vías públicas existentes por consideraciones exclusivamente pecuniarias, pues se buscaba que el monto de la eventual expropiación no fuera tan elevado (195).

101.B) Su concepción clásica y definiciones doctrinales.- Aunque las fórmulas empleadas por la jurisprudencia administrativa, ya sea para recibir o para rechazar la desviación de poder, sean equivalentes; se dice que su formulación clásica no provee en realidad una definición concreta de la irregularidad, sino que proporciona simplemente el elemento principal de su definición. Así pues, para la jurisprudencia existe desviación de poder "cuando la administración ha hecho uso de sus poderes con un fin distinto de aquél para el cual le habían sido conferidos". Sin embargo, debemos mencionar que en sentencias relativamente recientes, el Consejo de Estado ha evitado deliberadamente el empleo de la llamada fórmula clásica, valiéndose de otras redacciones, por ejemplo: "no resulta (...) que la decisión recurrida se inspire en móviles ajenos al interés público", o bien, "(...) sin dar lugar a determinar si el agente ha obedecido a un móvil extraño al interés del servicio" (196).

La desviación de poder a través de su jurisprudencia se presentaba como una noción vaga y fragmentaria, descubierta y apli-

(195) Cfr. op. cit., p. 194.

(196) Cfr. PRAT, ibidem, pp. 175-176.

cada durante la segunda mitad del siglo XIX por el Consejo de Estado; le faltaba sólo una precisión doctrinal que estableciera su alcance y denominación específica: algunos propusieron denominarla "desviación de autoridad" o "desviación de la destinación de poder"; pero fue AUCOC quien le dio su designación propia y distinguió esta irregularidad de los otros vicios.

Así pues, para AUCOC (197), la desviación de poder "es el hecho por el que un agente de la administración, realizando un acto de su competencia y siguiendo las formas prescritas por la legislación, hace uso de su poder discrecional para casos y por motivos distintos de aquéllos en virtud de los cuales este poder le fue atribuido".

LAFERRIÈRE, por su parte, comenta que la expresión de desviación de poder "designa un vicio que consiste en desviar un poder legal del fin para el cual fue instituido, haciéndolo servir a finalidades para las cuales no está destinado" (198).

HAURIUO, al definir este medio de apertura, adopta los elementos de la definición de AUCOC, pero agrega que los motivos en virtud de los cuales se confieren las potestades administrativas son "la salvaguardia del interés público y el bien del servicio" (199).

(197) León AUCOC fue uno de los grandes administrativistas franceses del siglo XIX, fungió como comisario de gobierno, consejero de Estado y presidente de una de sus secciones, y publicó Conférences sur l'Administration et le droit administratif, 3 vols., 1878/1882, París; aunque debemos aclarar que el texto de su definición no fue tomado directamente de su obra, sino del Tratado de LAFERRIÈRE, otro de los grandes tratadistas de aquella época, quien permaneciera durante doce años como vicepresidente del Consejo de Estado.

(198) LAFERRIÈRE, op. cit., II, p. 548.

(199) HAURIUO, op. cit., p. 419; apud PRAT, op. cit., p. 177.

BONNARD afirma que la ley impone siempre una finalidad determinada al acto jurídico y si el acto persigue una distinta, estamos en presencia de la ilegalidad que se denomina desviación de poder, la cual consiste, pues, en que el poder se ejerce con un fin diferente de aquel en virtud del cual se ha establecido (200).

La desviación de poder —dice AUBRY— "es una hipocresía bajo la cual el administrador, haciendo creer que se inspira únicamente en los intereses que debe vigilar y respetar (...) se dejar guiar en sus decisiones por sus preferencias personales, o persigue un fin extraño al espíritu de la ley que de acuerdo a su deber, debió tener presente y aplicar" (201).

Por último, consideraremos las definiciones de algunos de los autores franceses contemporáneos:

- LAUBADÈRE considera que hay desviación de poder "cuando una autoridad administrativa realiza un acto de su competencia, pero en vista de otro fin que aquél por el cual el acto podría legalmente ser cumplido" (202).

- AUBY y DRAGO, por su parte, proporcionan la siguiente definición: "es un vicio del acto administrativo que se encuentra cuando una autoridad administrativa utiliza voluntariamente sus poderes hacia un fin distinto de aquél por virtud del cual estos poderes le fueron conferidos" (203).

(200) Cfr. BONNARD, op. cit., p. 132 y 144; apud PRAT, ibidem, p. 178.

(201) AUBRY también es citado por PRAT, como autor de una tesis sobre la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de desviación de poder (Nancy, 1920, p. 12), en su multicitada obra (p. 178).

(202) Op. cit., I, p. 534.

(203) Op. cit., I, p. 405.

- Para VEDEL, la desviación de poder consistió "en el hecho de que una autoridad administrativa utilice sus poderes con vistas a un fin distinto de aquél para el que le han sido conferidos" (204).

102.C) Análisis del concepto y características generales.

La desviación de poder, como hemos visto (supra, § 96-100), es una antigua creación jurisprudencial del Consejo de Estado francés que ha llegado a nuestros días y que nos ofrece la siguiente perspectiva: después de una génesis histórica que abarcó aproximadamente, el período de 1860 a 1900, se considera que el momento de su esplendor y máximo desarrollo se da en los años anteriores y posteriores a la Primera Guerra Mundial y que, en la actualidad, presenciamos una declinación de su uso como medio de anulación de los actos administrativos; empero, no deja de ser interesante su estudio, el cual subsiste aún en toda obra general de Derecho Administrativo; por su =puesto, el concepto nos interesa particularmente por su adopción y repercusiones en el sistema jurídico mexicano.

A continuación, hacemos un análisis de las características generales que presenta la desviación de poder, a la luz tanto de la jurisprudencia, como de la doctrina:

103.a) Observaciones sobre el control jurisdiccional del fin.- Aunque la jurisprudencia judicial parece haber precedido a la jurisprudencia administrativa en el control del fin, la primera se ha mostrado mucho más dudosa para reconocer que un acto administrativo está afectado de desviación de poder y para declararlo ilegal por dicho vicio relativo al fin.

(204) Op. cit., p. 506.

En el siglo pasado, LAFERRIÈRE señalaba que la desviación de poder era un medio de anulación no reconocido por la Corte de Casación francesa, y ejemplifica el caso con el fallo Pariset (supra, § 99): el decreto prefectoral anulado por el Consejo de Estado en 1875, había sido declarado legal por la suprema jurisdicción judicial en 1874; sin embargo, indica que es de comprenderse lo difícil que resultaba para la Corte de Casación entrar—como lo hizo el Consejo de Estado— en el examen profundo del verdadero fin que perseguían las instrucciones del ministerio de finanzas y los decretos de clausura que se dictaron. De esta situación, el mismo autor concluye:

"En efecto, los tribunales judiciales sólo pueden declarar la nulidad de un acto administrativo, cuando se ha cometido una infracción formal de la ley, mientras que el Consejo de Estado puede alcanzar infracciones indirectas e, incluso, los actos discretionales que desconozcan el espíritu de la ley (...). La Corte de Casación, (...) no ha querido jamás aceptar la desviación de poder como medio de anulación porque su investigación le ha parecido que va demasiado lejos en el dominio de la administración activa" (205).

La desviación de poder, en la actualidad, puede ser invocada ante los tribunales judiciales mediante la excepción de ilegalidad, pero las decisiones de la jurisprudencia judicial han tomado tan diversas direcciones que resulta extremadamente difícil desprender una tendencia única:

Algunos fallos rehúsan admitir la existencia de la desviación de poder, considerando que el control del fin es en realidad un control de la oportunidad; otros fallos, en cambio, aún sin hablar explícitamente de desviación de poder, han aceptado proceder

(205) Op. cit., II, pp. 559.

al control del fin y han declarado ilegales los actos dictados con un fin irregular, o bien, reconocen que la desviación de poder puede resultar de un conjunto de presunciones y asociaciones lógicas que el juez judicial bien puede analizar (206).

La incertidumbre que nace de las divergentes tendencias parece subsistir en la jurisprudencia más reciente y plantea un grave problema: si se repiten todavía casos como el del asunto Beaugé que, resuelto en 1924 y refiriéndose a la decisión del alcalde de Biarritz de prohibir a los bañistas vestirse y desvestirse en las playas, fue considerado legal por la Corte de Casación; pero el Consejo de Estado declaró más tarde la nulidad de la medida por desviación de poder, entonces estaría sucediendo lo que advertía preocupado VECCHIERINI: "no puede haber más que una legalidad, el pensamiento se rehúsa a admitir que un acto sea legal o ilegal según la jurisdicción que lo examina" (207).

104.b) Alcance de sus primeras aplicaciones. La teoría de la desviación de poder —según LAFERRIÈRE—, es aplicable sobre todo en materia de medidas de policía, reglamentarias e individuales, pues es en esta materia, tan vasta y variada, que la administración puede ejercer sus poderes con más libertad y, por tanto, podría intentar hacerlo para realizar fines indebidos. Además, termina señalándonos dicho autor, si bien la jurisdicción administrativa no puede conocer de la oportunidad de ciertas medidas, es decir, no puede calificar de buena o de mala la totalidad de las actividades de un prefecto o de un alcalde; esto no le impide tener el derecho

(206) Cfr. AUBY et DRAGO, op. cit., I, pp. 125-126 y 407.

(207) VECCHIERINI, "L'exception d'illégalité en France", thèse, Paris, 1935, p. 126; apud, AUBY et DRAGO, op. cit., vol. II, p. 123.

de demandar a las autoridades si han hecho uso en verdad de sus facultades de policía, o si han hecho, bajo esta apariencia, cualquier otra cosa que no tienen derecho a hacer (208).

105.c) La desviación de poder como una verdadera ilegalidad. - En opinión de LAFERRIÈRE, con la que coincide la mayor parte de la doctrina francesa, la desviación de poder constituye una verdadera ilegalidad que puede viciar un acto discrecional, a pesar de la plena libertad que parecería inherente a los actos de esta naturaleza; dicha ilegalidad consiste en que el administrador persigue un fin que no puede perseguir por los medios que emplea, o por ningún otro medio, cuando el fin está completamente prohibido y fuera de las atribuciones de la administración.

Sin embargo, se ha discutido la naturaleza del control ejercido por el juez mediante la desviación de poder, sosteniéndose que no sería un simple control de la legalidad, sino más bien de la moralidad administrativa; el Consejo de Estado francés aparecería, entonces, como "la conciencia de la administración". Pero semejante punto de vista comporta una confusión entre el campo moral y el jurídico y tiende a limitar las hipótesis de desviación de poder a los casos en que el autor del acto actúa con verdadera mala fe o con intención inmoral (209).

Es principalmente el decano HAURIU, quien ha estimado que la desviación de poder somete a la administración a un control de moralidad y VEDEL, comentando dicho criterio, afirma que si bien

(208) Cfr. op. cit., pp. 550-551.

(209) Cfr. LAUBADÈRE, op. cit., I, p. 535, quien cita la importante tesis de WELTER, Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative (Nancy, 1929).

no es absolutamente exacto, no debe rechazarse por completo, porque puede suceder que bajo pretexto del espíritu de la ley o de los principios generales de Derecho, el juez inserte directrices de moralidad en la legalidad (210).

106.d) La característica inicial y más importante.- La desviación de poder se caracteriza por la incorrección del fin y de las intenciones que han guiado al administrador, más que por las prescripciones abiertamente ilegales, de lo que resulta que la labor del Consejo de Estado para apreciarla es particularmente delicada, ya que el juez no puede permitirse fácilmente realizar investigaciones para escudriñar los pensamientos ocultos, ni para verificar los móviles, de quienes han dictado los actos administrativos.

Este criterio es confirmado por LAUBADÈRE, quien también opina que del hecho de que el control ejercido por el juez, tratándose de la desviación de poder, se dirija al fin perseguido por el autor del acto, se desprende la característica que lo distingue sensiblemente de las otras causales y la cual induce, generalmente, a investigar las intenciones subjetivas del agente público y sus móviles psicológicos; reafirma que tal investigación es muy delicada y realmente diferente de la pura confrontación con la regla de derecho de los elementos objetivos, tales como la competencia, la forma y el contenido del acto (211).

107.e) Las otras características según la jurisprudencia y la doctrina.- La desviación de poder presenta ciertos caracteres diferenciales que la distinguen de los otros casos de apertura del re

(210) Op. cit., p. 513.

(211) Op. cit., I, pp. 534-435.

curso por exceso de poder, que se desprenden de las reflexiones doctrinales y de las decisiones jurisprudenciales del Consejo de Estado, las cuales actúan en constante y recíproca influencia, y pueden resumirse como sigue:

- Es una noción pretoriana; en consecuencia, es esencialmente flexible y eminentemente evolutiva, pues ningún texto expreso de ley hace alusión directa a ella, ni podría hacerlo.

- No se presume jamás pues no es un medio de orden público; el juez no puede examinarla de oficio, debe invocarse por la parte recurrente a quien, en principio, le incumbe la carga de la prueba.

- Representa el análisis más delicado que realiza el Consejo de Estado y penetra en la intimidad de la acción administrativa, a través del doble examen de la finalidad: la que la ley impuso al administrador y la que efectivamente se persiguió.

- Tiene un carácter subsidiario, frente a los otros casos de apertura, permanece como el último caso a ser invocado ante el juez administrativo y, aunque en la práctica su número de anulación sea el más reducido, se conserva como uno de los cuatro casos de anulación admitidos por la jurisprudencia administrativa.

— Mantiene una utilidad exclusiva en el contencioso administrativo, que consiste en funcionar como un medio de control eficaz de la discrecionalidad administrativa; esta utilidad que le es especial, proviene de que es la irregularidad en cuanto al fin y —como dice LAUBADÈRE— "en materia de finalidad no existe discrecionalidad alguna" (212).

(212) Op. cit., I, p. 536.

- Su interés teórico es considerable y se le han consagrado numerosos trabajos monográficos y tesis en la doctrina francesa; si bien su papel práctico es mucho menor, ya que las anulaciones pronunciadas sobre la base de una desviación de poder son bastante raras.

- Aunque tradicionalmente se enseña que la condición de existencia de la desviación de poder es la irregularidad del fin de un acto administrativo, un cuidadoso examen jurisprudencial demuestra que ello no es suficiente, sino que es necesario que la persecución de este fin irregular sea susceptible de ejercer influencia sobre el contenido del acto, es decir, que tenga una repercusión real sobre éste; por esta segunda condición de existencia se dice que la desviación de poder es inoperante tratándose de facultades regladas.

- Igualmente, se desprende del examen jurisprudencial, que cuando el juez administrativo descubre con claridad el fin perseguido por el autor del acto, y lo confronta con el fin regular de dicho acto; la discordancia entre ambos fines manifiesta la existencia de una desviación de poder, la cual puede considerarse "primaria", si el acto se ha alejado del fin general de interés público, o bien, "secundaria", si no se tuvo en cuenta el fin especial que corresponde, según la ley, a la competencia ejercida (212 bis).

(212 bis) La presente caracterización de la desviación de poder en la doctrina y jurisprudencia francesas, ha tenido como fuente general las obras, constantemente citadas, de LAUBAERE, así como a AUBY y DRAGO; pero además, se consideró especialmente la aportación comparada en el siguiente libro: AUBY, Jean-Marie y FROMONT, Michel, Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la C.E.E., Paris: Dalloz, 1971, pp. 250-256.

108.D) Ambito esencial y obstáculos de su desarrollo.- La desviación de poder es, sin duda, un vicio que por su propia definición puede alcanzar y afectar a todos los actos administrativos, comprendiendo en ellos tanto los actos individuales, como los actos reglamentarios. Y aunque su campo o ámbito de elección es esencialmente el poder discrecional, AUBY y DRAGO manifiestan que no es imposible encontrarla a propósito de competencias regladas (213).

A partir del momento en que la desviación de poder pudo ser invocada contra los actos de todas las autoridades administrativas, se creyó que este medio de anulación tendría un importante porvenir; pero éste no se ha realizado como se preveía por las siguientes tres principales razones (214).

109.a) Su constante invocación ha provocado mayores exigencias del juez.- Una vez que la desviación de poder fue admitida, los particulares tuvieron la tendencia a invocarlo para numerosas hipótesis, lo que volvió a los jueces muy exigentes, en cuanto a su admisión y modos de prueba.

110.b) Reducción de su aplicación debido al amplio control de los motivos.- No hay que olvidar que la admisión de la desviación de poder es anterior al control de los motivos por el juez administrativo; desde que este control se efectuó con precisión, ésta ha visto disminuido su ámbito y los actos están siendo anulados sobre la base de otros medios. El reconocimiento del error de derecho, del hecho inexacto, o del error en la calificación de los hechos, han re

(213) Op. cit., vol. II, p. 405.

(214) Ibidem, pp. 406 y siguientes.

ducido sus casos de aplicación: un acto anulado en base a la desviación de poder hace más de cincuenta años, hoy sería anulado por error de derecho o por falta de base legal. Entendida así, la desviación de poder no puede admitirse más para los casos de error involuntario, sino que implica siempre una voluntad consciente y deliberada con un fin distinto de aquél querido por el legislador, o sea, cuando ésta da un giro a la ley y la aleja de sus fines; además, la investigación de la desviación de poder sería la última a realizarse dentro del proceso mental del juzgador, y sólo podría existir en caso de inexistencia material o jurídica de motivos.

111.c) Mayor precisión pero menor frecuencia de su uso.-

La admisión de la desviación de poder es actualmente poco frecuente, tanto, que podemos decir que lo que ha ganado en precisión, lo ha perdido en extensión; a esta situación se le conoce en la doctrina francesa como el "ocaso" de la desviación de poder; pero éste sucede por una razón bastante diferente a la de una supuesta decadencia del concepto; nos referimos a la utilización más frecuente de otros medios de anulación que permiten tener el mismo resultado en los casos donde antes se buscaba la desviación de poder y que dan lugar a apreciaciones menos subjetivas, ofreciendo un terreno más favorable y preferido por los jueces y litigantes.

112.E) Sus principales limitaciones.- Las investigaciones que realiza el juez administrativo respecto de un posible vicio de desviación de poder, conocen ciertas limitaciones particulares: la primera se da cuando se trata de facultades regladas; la segunda, en el caso de pluralidad de fines; y la tercera, se refiere a las potestades de que dispone el juez, especialmente tratándose de los me-

dios de prueba (215). A continuación las comentamos.

113.a) Caso de facultades regladas.- La desviación de poder deja de ser motivo de anulación cuando el autor del acto está obligado a tomar la medida que dictó de cualquier manera que se le presente, o sea, cuando actúa ejerciendo una facultad reglada, poco importa el fin perseguido, desde el momento en que el autor carece de alternativas al tomar la decisión debido a este carácter de su competencia.

Como mencionamos anteriormente (supra, § 108), algunos autores afirman que es posible encontrar la desviación de poder tratándose de facultades regladas (215 bis); al respecto opinamos que es una afirmación gratuita, no justificada ni ejemplificada y que sólo es explícable tomando en cuenta que, en esta materia, las cosas no deben entenderse en forma absoluta, es decir, no creemos que exista una discrecionalidad total y una potestad ligada por completo a la ley, ya que las competencias administrativas son de tal flexibilidad que ambos

(215) Cfr. LAUBADÉ, op. cit., I, pp. 537-539.

(215 bis) Sobre la cuestión relativa a si la desviación de poder puede producirse en actos de contenido reglado, Fernando GARRIDO FALLA (Tratado de derecho administrativo, vol. III, Madrid: Inst. de Est. Políticos, 1963, pp. 97-98) afirma que, conforme ciertas declaraciones del Tribunal Supremo español, no habría restricción alguna para que la desviación de poder pueda darse tanto en el ejercicio de potestades discrecionales como regladas; y distingue dos supuestos: 1º) la desviación de poder en actos reglados ilegales y 2º) la desviación de poder en actos reglados legales, comentando las consecuencias de ambas posibilidades. En el 1º caso, opina que no se añade nada al carácter ilegal de un acto si se prueba la desviación de poder, la cual puede presentarse en coexistencia para poner en juego la responsabilidad del funcionario y a los efectos de una indemnización. En el 2º caso, aunque la posibilidad, a primera vista, sea inconcebible, no debe ser descartada en principio, y recuerda supuestos que la doctrina civilista encuadra en la figura del "abuso de derecho".

elementos se combinan de tal manera que sólo resulta predominante una sobre otra en cada caso.

Por otro lado, la doctrina es unánime en reconocer a la desviación de poder como un importante contralor de la discrecionalidad administrativa; por el contrario, en caso de competencia reglada, este control no es necesario, porque existe el extenso medio de apertura de la violación de la ley. En una potestad reglada es el legislador quien define la decisión a dictarse, sin que quepa desviación alguna de quien la aplica; si el fin se cumple o no, podría ser un problema de oportunidad del acto administrativo, pero no podría con = figurar estrictamente una desviación de poder.

Ahora bien, no deseamos cerrar este apartado sin aclarar el concepto y alcances de la potestad discrecional:

Según WALINE, la potestad discrecional no es otra cosa que la posibilidad legal reconocida a una autoridad administrativa, de escoger entre dos o varias decisiones —todas ellas legalmente válidas y posibles—, aquella que le parezca más conforme a la realización de los objetivos de su función y afirma, en segundo lugar, que ésta permite elegir el momento en que ha de emitirse y ejecutarse la decisión administrativa; por lo tanto, la potestad discrecional puede resumirse en esto: elección del momento y modalidades de la acción administrativa.

Este autor francés subraya que negar a las autoridades administrativas esta elección es negar la existencia misma de la función administrativa, es quitar a la administración su razón de ser y vaciarla de su contenido, ya que si las autoridades estuvieran obligadas a tomar como única decisión la preestablecida por la ley, se

impediría toda administración.

WALINE, además, distingue discrecionalidad y arbitrariedad, tanto por sus fines, como por sus condiciones de ejercicio; para él, la potestad discrecional tiene como primordial diferencia con el poder arbitrario, que está siempre orientada a la persecución del interés público, ciertamente la apreciación y exigencias de éste son susceptibles de diversas interpretaciones, pero por amplia que sea la potestad discrecional, las autoridades corren el riesgo de que sus interpretaciones sean reguladas o corregidas por el juez, mediante el control de la desviación de poder, pues hay hipótesis en las que la ley no permite a la administración más que ejercer su poder de decisión en vista de un fin preciso, y no en vista de cualquier interés, incluso público (216).

Por otra parte, HAURIU nos dice que el sometimiento general de la administración a las reglas jurídicas, le permite un margen de libertad denominado potestad discrecional, cuya existencia se justifica por la imposibilidad del legislador para prever la complejidad de situaciones particulares y para indicar, en cada hipótesis, la manera y el momento en que la administración debe actuar. Recuerda, también, que la administración en su conjunto comprende diversas instituciones sometidas a una idea y a una finalidad precisa, aquella del interés público, resultando de esto que las autoridades administrativas sólo deben tomar decisiones y accionar los servicios públicos, para realizar el interés público en sus diversas manifestaciones, vgr. el orden público o la utilidad pública; remarcando que la noción de interés público no es absoluta ni definitiva, sino está afectada

(216) Cfr. WALINE, Marcel, "Por la defensa del poder discrecional", en Estudios de derecho administrativo, Montevideo: Universidad de la República, 1979, tomo I, pp. 519-527.

de cierta relatividad.

Por último, HAURIUO indica que anteriormente los actos discrecionales estaban sustraídos por completo a la apreciación de un juez, lo cual ya no sucede gracias al desarrollo de ciertas nociones, particularmente la de desviación de poder, y anota que frente a la noción de interés público, la potestad discrecional se justifica porque es precisamente la que permite desarrollar en forma progresiva su determinación (216 bis).

114.b) Caso de pluralidad de fines.- Cuando el autor del acto ha perseguido varios fines, basta que uno de ellos sea legal para que la medida se considere correcta. La jurisprudencia francesa ha establecido claramente que en caso de pluralidad de fines, de los cuales algunos sea constitutivo de desviación de poder y los otros estén jurídicamente fundados, el concerniente a la desviación sea considerado "superabundante" y los segundos, como determinantes y suficientes para justificar el acto impugnado.

Así, sólo en el caso de que el acto esté fundado únicamente en móviles que impliquen desviación de poder, el acto podrá ser anulado por esta causal. Esto es explicable por la evidente preponderancia que existe de los fines públicos sobre los fines ajenos a dicho interés, o sea, si en un acto se combina el cumplimiento

(216 bis) Cfr. HAURIUO, André, "Le pouvoir discrétionnaire et sa justification", Mélanges R. CARRÉ DE MALBERG, Vaduz: Topos Verlag AG/ Paris: Librairie Édouard Duchemin, 1977 (reimpresión de la edición de Paris de 1933) pp. 233-240.

Sobre el interesante tema del poder discrecional de la administración, véase además, AUBY et DRAGO, op. cit., vol. II, pp. 361-369; LAUBADÈRE, t. I, op. cit., pp. 261-267; VEDEL, op. cit., pp. 263-267 y muy particularmente, la obra del autor inglés HAMSON, C.J., Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration, Paris: L.G.D.J., 1958.

normal de fines de interés público con la persecución irregular de fines particulares o privados; dicho acto no debe ser anulado, pues importa que se cumpla con el fin público, lo demás es accesorio y en todo caso, casual. Pero aquí radica lo difícil, del control por la desviación de poder, una cosa es la existencia real de dichos fines y otra su apariencia documental: la autoridad que incurre en desviación de poder oculta el fin indebido y hace aparecer el acto como persiguiendo un interés público, el juzgador no debe guiarse por lo que resulta a primera vista, sino debe indagar la existencia material y efectiva de los fines que se hacen aparecer en el acto.

115.c) Potestades de que dispone el juez: los medios de prueba.- Este tercer límite de aplicación de la desviación de poder se refiere a los medios de investigación y de prueba empleados por el juez administrativo. Inicialmente, la desviación de poder debía resultar de los términos mismos de la decisión impugnada, tal severidad fue superada y, posteriormente, ya podía resultar de las piezas del expediente, lo cual permitió el análisis de diversos documentos, como las actas, la correspondencia y las instrucciones administrativas; también puede quedar probada por los argumentos del recurrente que la administración no contradice y por el conjunto de presunciones que se derivan; incluso, puede justificarse una desviación de poder por circunstancias exteriores a la decisión y especialmente por algunos hechos posteriores (217).

Sin embargo, al juez no se le reconoce la potestad de ordenar y pedir informes a la autoridad responsable y tampoco tiene la facultad de citarlos, así que será de la combinación de los medios

(217) Cfr. AUBY et DRAGO, op. cit., vol. II, pp. 412-414.

de prueba anteriores que se puede y debe formar la convicción del juzgador respecto de la existencia de una desviación de poder.

116.F) Modalidades y clasificación de sus categorías.- Las modalidades según las cuales puede manifestarse la desviación de poder son muy diversas; sin embargo, se pueden distinguir fundamentalmente por los dos tipos de fines legales a los que debe conformarse la actividad administrativa, nos referimos al fin de interés legal común a todos los actos administrativos y a los fines particulares, propios de cada uno de ellos.

Todo acto administrativo no debe apuntar más que a un fin de interés general, la persecución de dicho interés general es, en efecto, la regla de conducta obligatoria para toda autoridad pública; incluso, cuando ningún fin preciso ha sido asignado a una competencia determinada, habrá siempre la posibilidad de que esta competencia pueda viciarse de desviación de poder si es ejercida con otro fin que no sea el interés general.

Además, cada competencia administrativa dota a su titular de un interés público particular, el cual puede ser enunciado por la ley o puede ser desprendido por el juzgador, puesto que no siempre el texto que establece una competencia, enuncia el fin particular en vista del cual podrá ejercerse: cuando sí lo hace, no hay problema, el control es claro; pero cuando no sucede así o cuando la enunciación es vaga, se reconoce al juez administrativo un gran poder de interpretación para establecer el fin particular de una competencia. En suma, el juez que conoce del recurso por exceso de poder puede deducir, de la naturaleza misma de la facultad ejercida, sus fines lícitos.

Por otro lado, la jurisprudencia administrativa aplica la desviación de poder a tres grandes categorías (218), que serían las siguientes:

1a. Cuando la autoridad administrativa actúa por un fin totalmente extraño al interés público.

2a. Cuando el acto administrativo se dicta con fin de interés público distinto a aquél en vista del cual debió actuar.

3a. Cuando se incurre en una desviación de procedimiento.

117.a) Fin extraño al interés público.- En esta primera categoría la desviación de poder puede presentarse bajo dos aspectos: que la medida se tome en el interés privado de una o varias personas, o que la medida se dirija contra una o varias personas. En el primer caso, se trata simplemente de un favor ilegal que la administración desea acordar a alguien, por ejemplo, una expropiación que no se pronuncia con un fin de utilidad pública sino para beneficiar a un establecimiento privado. En el segundo caso, podemos decir que el ánimo personal del administrador ha sido impulsado para cumplir fines estrictamente personales —por ejemplo, consumir una venganza— o de naturaleza política, religiosa, o hasta racial, buscando perjudicar a determinadas personas. Pero debemos aclarar que no toda decisión favorable a un particular está automáticamente viciada de desviación de poder, ya que la actividad de un particular sí puede coincidir con un interés general.

118.b) Fin público no autorizado.- El ejemplo típico de un

(218) Cfr. LAUBADÈRE, op. cit., I, pp. 535-537; AUBY et DRAGO, ibidem, 409-412 y 415-416.

caso que cae en esta segunda categoría, es el del problema de los poderes de policía ejercidos para favorecer los intereses financieros o patrimoniales del Estado; puesto que la naturaleza de las potestades de policía exige que éstas se ejerzan en vista de fines como la seguridad, la tranquilidad o el orden público, no en vista de otro fin como lo es el interés financiero, aunque éste sea de interés general.

La reciente doctrina francesa explica que el móvil financiero ya no ocasiona en todos los casos una desviación de poder como sucedía antes y que, además, no constituye el único fin de interés general no autorizado por la ley que puede perseguir la administración.

119.c) Desviación de procedimiento.- Según LAUBADÈRE, la infracción más frecuente que se comete respecto del fin particular de cada atribución, se presenta bajo la forma denominada desviación de procedimiento, la cual se da en el caso de que pudiendo ser alcanzado un mismo resultado por medio de dos procedimientos diferentes, la administración utiliza uno de los procedimientos en lugar del otro, porque le representa o le favorece con mayores ventajas, a pesar de que las condiciones propias de su aplicación no se reúnen; por ejemplo: cuando una autoridad emplea el procedimiento de alineamiento o el de requisa como modos de adquisición forzosa de propiedad, evitándose el oneroso procedimiento de expropiación (219). A continuación, veremos ciertos aspectos principales de este subtema, estrechamente ligado al tema de desviación de poder, conforme el tratamiento que le dan algunos autores que han reflexionado sobre

(219) Op. cit., p. 537.

él (220).

120.aa) Origen y conceptualización.- El término desviación de procedimiento fue usado inicialmente por la doctrina, ya que en sus orígenes se caracterizó por ser una noción más bien doctrinal que jurisprudencial; si bien sus precedentes se establecieron desde principios del presente siglo, la noción se formalizó y desarrolló, realmente, después del fin de la Segunda Guerra Mundial, cuando ciertas irregularidades propias de la posguerra se multiplicaban (221).

Se ha considerado que la desviación de procedimiento es sólo un aspecto o una categoría de la desviación de poder y se le ha concebido como la utilización, por parte de la administración, de un procedimiento administrativo con un fin distinto a aquél por el cual fue instituido, o sea, un fin diverso al que debería servir legalmente (222).

Pero hay quienes han sostenido que constituye un vicio que presenta una originalidad propia y, por tanto, no se reducirá simplemente a una desviación de poder, como RAYNAUD, quien nos aporta la siguiente definición:

"Es el hecho de la Administración de emplear por un motivo determinado, un cierto procedimiento con vistas a alcanzar un

(220) Nos referimos a autores que han escrito especialmente sobre esta cuestión, como los siguientes: RAYNAUD, J. (Le détournement de procédure, thèse, Paris, 1950) y CAMUS, G. ("Reflexiones sur le détournement de procédure", R.D.P., 1966, pp. 65-84); pero en forma muy particular a Raymond GOY, profesor de la facultad de derecho y ciencias económicas de ROUEN, quien hace relativamente poco publicó, precisamente, un artículo sobre "La notion de détournement de procédure" en la obra Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann (Paris: Cujas, 1977, pp. 321-338).

(221) GOY, art. cit., p. 321.

(222) Cfr. AUBY et DRAGO, op. cit., vol. II, p. 415 y en el mismo sentido VEDEL, op. cit., pp. 510-511 y GOY, art. cit., p. 328.

fin que la legislación le permitía obtener sólo por otro procedimiento" (223).

La noción parece implicar dos situaciones igualmente imperfectas pero muy ligadas: la primera, en la que la forma procedimental es seguida, pero no se apunta a su objeto legal, y, la segunda, en la que el objeto perseguido es el correcto, pero valiéndose de una forma procedimental inadecuada (224). Por otro lado, escapa a la noción la utilización de un procedimiento para lograr fines que no corresponden a ningún otro procedimiento, o sea, no hay desviación de procedimiento por fines políticos o privados; en dichos casos habría desviación de poder (225), la cual recordemos que puede perseguir fines que correspondan a otras potestades, pero también fines prohibidos a la administración.

121.bb) Elementos y prueba.— Ahora bien, la desviación de procedimiento puede ser estudiada en función de sus elementos y de su prueba, sobre sus elementos podemos distinguir, a su vez, el contenido, el fin y la intención; algunos agregan el error como su elemento y oponen la desviación de procedimiento como vicio de ignorancia, a la desviación de poder como vicio voluntario, lo cual nos parece, no sólo discutible, sino inaceptable. Como puede notarse, los elementos constitutivos de esta irregularidad son de orden sico=

(223) RAYNAUD, tesis cit., p. 142; apud PRAT, op. cit. 233. Esa posición encontraba su apoyo en lo que unos cuantos años antes sostuvo Maxime LETOURNEUR, quien fungiendo como comisario de gobierno en el fallo Richard (C.E. 30 de abril 1948), explicaba "la aparición de una nueva categoría jurídica: la desviación de procedimiento".

(224) GOY, art. cit., p. 324.

(225) Ibidem, p. 330.

lógico; así, la desviación de procedimiento aparece como un vicio de orden subjetivo, al igual que el vicio de desviación de poder (226).

Respecto de la prueba, parecería más sencillo investigar los fines que se tuvieron al elegir un procedimiento, que los móviles del ejercicio de una competencia, por lo que, se opina que la desviación de procedimiento se caracterizaría por una relativa facilidad de prueba. Esta puede acreditarse también de la comparación de los resultados de los dos procedimientos en cuestión, lo cual constituye una de sus particularidades: el implicar el análisis de dos actividades jurídicas, la que fue realizada por la administración y la que fue eludida, así, el conocimiento de ambos procedimientos permite definir mejor sus respectivos fines, mientras que en los otros vicios sólo basta el análisis del acto impugnado. Pero, en todo caso, podemos concluir que tratándose de la desviación de procedimiento, ésta debe seguir caminos análogos a los de la desviación de poder, considerando que en verdad sólo constituye una modalidad de ésta última, de tal modo que en los dos casos, debe encontrarse su apoyo en ciertas condiciones externas y objetivas, derivadas únicamente del expediente (227).

122.cc) Procedimiento y poder.— Por otro lado, es preciso distinguir los términos de procedimiento (supra, § 50) y de poder o potestad; todo procedimiento tiene un carácter singular, muy específico y concreto; en cambio, la potestad tiene un carácter global y comprende un conjunto de procedimientos; por ejemplo: el

(226) Ibidem, pp. 324-326.

(227) Ibidem, p. 327 y siguientes.

poder disciplinario está particularizado por los diversos procedimientos para imponer sanciones; se puede considerar, pues, que el procedimiento es sólo la forma de ejercicio de un poder.

123.dd) Uso y casos más comunes.- No cabe duda que hay dificultades para delimitar con exactitud la noción; empero, lo único claro consiste en que este vicio supone la elección de un procedimiento en lugar de otro, resultando que uno sea insuficientemente protector, en comparación con el otro que ofrece mayores garantías al administrado; la esencia de la desviación de procedimiento es, pues, la sustitución de un procedimiento por otro, en el que el utilizado sirve para alcanzar el resultado asignado al otro, el cual a pesar de que debió ser seguido, fue eliminado.

Por ejemplo: la utilización de un procedimiento judicial en lugar del procedimiento administrativo para escapar de una competencia jurisdiccional molesta, o sea, para evitar el control del juez administrativo; o la desviación de procedimiento que se comete para ganar el tiempo que habría exigido el procedimiento regular, o para evitar su peso y formalismos, o para no correr el riesgo de ver impedida la medida que se quiere.

124.ee) Relación con los otros medios de anulación.- La noción de desviación de procedimiento parece englobar diversos vicios, o sea, diversos medios de anulación; por ello, se señala que la desviación de procedimiento está, a menudo, acompañada de la utilización de motivos inexactos o de la omisión de ciertas formalidades y que, por tanto no constituye un vicio en sí mismo ni un medio autónomo de anulación.

Además, la desviación de procedimiento puede apreciarse en relación a la legalidad interna y externa de los actos administrativos (228); así, primeramente, se puede aproximar a la violación de la regla de derecho, pues atenta precisamente contra la regla relativa al procedimiento empleado por la administración y contra la regla relativa al procedimiento emitido. También se le puede aproximar al vicio de los motivos y evidentemente al vicio de la desviación de poder, ya que en la mayor parte de los casos coincide con una irregularidad en cuanto al fin ilícito que persiguen; empero hay quienes llegan a oponer la desviación de procedimiento que viola la ley, a la desviación de poder que viola el espíritu de la ley, oposición que no se justifica en la realidad.

Pero también puede presentarse como una irregularidad externa, de tal forma que se le relaciona con la incompetencia y, sobretodo, con el vicio de forma; en efecto, se podría ver en la desviación de procedimiento una incompetencia, suponiendo que los dos procedimientos pertenecen a dos agentes distintos y que uno ha utilizado el procedimiento que sólo el otro podría seguir; sin que lo anterior deje de ser posible, podría tratarse de un vicio en el que los procedimientos correspondientes deben ser ejercidos por la misma autoridad, sólo que ésta resulta incompetente en cuanto al fin. También la desviación de procedimiento puede corresponder al vicio de forma; es el caso en el que una autoridad competente emplea, por ejemplo, un procedimiento sumario en lugar de otro más solemne; hay pues, quienes la asimilan a la violación de la formalidad y la ven como una irregularidad externa del acto.

(228) Cfr. GOY, art. cit. p. 332 y siguientes.

125.G) Reflexiones finales.- Algunas de las reflexiones y comentarios generales que la doctrina francesa ha vertido sobre la causal desviación de poder son presentados, por último, a continuación:

1° Según VEDEL, nos encontramos aquí en el punto límite del control jurisdiccional, pues al examinar el sistema de aperturas se ha visto cómo este control se despliega progresivamente de forma cada vez más fina: el control mediante el fundamento de la desviación de poder hace penetrar en la subjetividad del autor del acto, así pues, son las intenciones lo que el juez va a tener en cuenta.

La dificultad se encuentra en captar cuál es la materia de este control subjetivo y por qué subsiste a pesar del desarrollo del control de los motivos, el cual en gran número de casos permite sustituir al control subjetivo, pues la realidad nos muestra que, aunque reducida la utilidad de la desviación de poder, ésta subsiste como último remedio en ciertas hipótesis, cuando la ilegalidad no puede ser descubierta mediante ningún control de naturaleza objetiva (229).

2° El mismo autor nos explica que la unidad psicológica del acto jurídico establece una estrecha relación entre el motivo y el fin, teóricamente resulta fácil distinguirlos, pero en la práctica presentan una vinculación tan cercana que dificulta su diferenciación; así por ejemplo: el que un funcionario sea víctima de una animosidad personal por parte de su superior que le impone una sanción disciplinaria inmerecida, se puede traducir, objetivamente, cuando ha sido castigado por una falta que no se cometió, que el motivo es inexistente; pero traducido a un lenguaje subjetivo, se puede decir

(229) Op.cit. pp. 506-507.

que el superior ha utilizado sus poderes para satisfacer su rencor, o sea, con un fin distinto a aquél por el que se le confirió la potestad sancionadora (230).

3° DEMICHEL se pregunta si la declinación que la desviación de poder ha mostrado en las últimas décadas es normal e irremediable, y su respuesta es afirmativa por diversas razones. En primer lugar, los fines de un acto sólo podrían establecerse verdaderamente si se sigue una investigación psicológica que no entra ni en la misión ni en las posibilidades del juez; y en cuanto al fondo, descubre que en el sistema socio-económico actual resulta completamente vano sancionar acciones que tienen en cuenta algún interés privado, pues ello es una consecuencia necesaria de dicho sistema y no la consecuencia de una desviación ilegal de poder (231).

4° LONG, WEIL y BRAIBANT nos dicen que la gran eficacia de este medio de anulación le ha hecho ganarse sospechas a la jurisdicción administrativa y, si bien no ha desaparecido completamente de su jurisprudencia, el Consejo de Estado francés se manifiesta últimamente muy tímido y rechaza su admisión y utilización, ampliando sobre todo la aplicación de la noción de error de derecho en los casos que la administración dispone de un poder discrecional de apreciación. Pero hace notar que la desviación de poder ha declinado por la voluntad de los jueces administrativos en el momento mismo en que las circunstancias, como la extensión de las actividades del Estado y de los poderes de los órganos públicos, hubieran podido justificar un ensanchamiento de sus alcances (232).

(230) Ibidem.

(231) Op. cit., pp. 1.5-146.

(232) Op. cit. pp. 22-23.

CAPITULO III

DERECHO COMPARADO

SUMARIO

=====

126.A) Perspectiva europea.

127.a) La desviación de poder en España.

- 128.aa) Evolución jurisdiccional: de su rechazo a su aceptación.
- 129.bb) Su panorama legislativo y doctrinal.
- 130.cc) Los preceptos aplicables.
- 131.dd) Una resolución ejemplificativa.
- 132.ee) La discrecionalidad administrativa y su control en la doctrina española.

133.b) La desviación de poder en otros países.

- 134.aa) Bélgica.
- 135.bb) Italia.
- 136.cc) Alemania.
- 137.dd) Suecia.
- 138.ee) Inglaterra.

139.B) Perspectiva americana.

- 140.a) Estados Unidos de Norteamérica.
- 141.b) Argentina.
- 142.c) Venezuela.
- 143.d) Colombia.
- 144.e) Uruguay.

CAPITULO III
DERECHO COMPARADO

126.A) Perspectiva europea.- En las próximas líneas veremos, aunque en forma muy somera, los principales tratamientos que, en el Derecho de algunas naciones europeas, se le han dado a la desviación de poder. En forma preliminar, podemos notar que nuestro tema aparece estrechísimamente relacionado con los sistemas de impartición de justicia administrativa de cada país, o sea, según se trate de un sistema unitario o exista la dualidad jurisdiccional (supra, § 67). Así pues, los tribunales administrativos y las reglas aplicables y aplicadas por ellos, constituyen, básicamente, el gran marco dentro del cual se han podido dar y desarrollar las estructuras contenciosas y las causales de anulación de los actos administrativos que hoy conocemos.

España, encabeza nuestro análisis de Derecho comparado, fundamentalmente por razones de proximidad lingüística y documental, seguida de unas breves acotaciones correspondientes a otros países del "Viejo Continente".

127.a) La desviación de poder en España.- En materia de impartición de justicia administrativa, la actual monarquía constitucional española, ha conocido los vaivenes de los dos sistemas clásicos y sostiene ahora un sistema mixto, basado en dos principales leyes dictadas hace ya unos veinticinco años: la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa y la Ley de procedimiento administrativo.

Por otra parte, en el régimen español existe una acepta-

ción formal y material de la desviación de poder, conforme la clásica concepción francesa, por lo que indicamos los preceptos y ejemplos concretos en que basamos esta afirmación; y hemos considerado muy importante anotar algunas ideas, que la doctrina española ha desarrollado en torno al tema del control de la discrecionalidad administrativa. Estos puntos y los mencionados en el párrafo anterior, los tratamos enseguida.

128.aa) Evolución jurisdiccional: de su rechazo a su aceptación.— El régimen jurisdiccional español conoció en el siglo XIX un Consejo de Estado al estilo francés con justicia retenida, que desapareció en 1868, cuando triunfa y se establece un sistema judicialista puro. Más tarde, en 1888, se llega a una transacción y se constituye un sistema mixto: la jurisdicción contencioso-administrativa se confía a órganos jurisdiccionales en cuya composición participan miembros del Poder Judicial y del Ejecutivo.

Este sistema es confirmado —ya que sólo sufre algunas variaciones y modificaciones— por diversas disposiciones posteriores y se caracteriza por excluir del recurso contencioso-administrativo lo referente al ejercicio de las potestades discrecionales, exigiendo como requisito esencial de la resolución impugnada que ésta emanara del ejercicio de las facultades regladas de la administración. Dicha exclusión impedía la posibilidad de anular un acto por desviación de poder, pues se consideraba que, el permitir el enjuiciamiento de las facultades discrecionales, entrañaría una intrusión peligrosa en las competencias administrativas, ya que al hacerlo se quebrantaría el principio de división de poderes y, además, se haría posible la existencia de desviación de poderes de los tri-

bunales administrativos que nadie contralorfa (233).

La situación ha cambiado a partir de 1956, porque la nueva Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en su artículo 40, al relacionar los actos excluidos de fiscalización, no menciona los actos discrecionales; lo cual representa la aceptación tácita del control jurisdiccional de la legitimidad del ejercicio de las facultades discrecionales.

129.bb) Su panorama legislativo y doctrinal.— La mencionada Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa constituyó un notable progreso en el ordenamiento jurídico español, en lo tocante a la protección de los derechos e intereses de los particulares frente a posibles abusos de la administración; esta ley representa, pues, un gran avance en la labor —siempre inacabable— de asegurar el respeto a la ley y de someter la administración al Derecho.

Según ROYO VILLANOVA, las principales innovaciones de dicha ley fueron: la reducción del número de tribunales contencioso-administrativos, la acentuación del sistema judicial, la unificación de las materias relativas a la administración central y local y la ampliación del recurso contencioso, tanto del punto de vista objetivo como subjetivo (234); respecto de la inclusión y aceptación de la desviación de poder en esta ley, el mismo autor nos dice:

"Mención especial merece la desviación de poder (...); por amplios que sean los poderes de una autoridad, le han sido concedidos solamente para un fin o fines determinados (...). De esta manera, la jurisdicción contencioso-administrativa, tendrá la facultad =

((233) Cfr. ÁLVAREZ GENDÍN, Sabino, Teoría y práctica de lo contencioso-administrativo, Barcelona: Bosch, 1960, p. 114.

((234) ROYO VILLANOVA, Segismundo, "Principales innovaciones de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa del 22-Dic-1956", en el Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano, 2 vols., Madrid: Pous, 1959, tomo II, pp. 264 y siguientes.

tad de interpretar las leyes que han concedido poderes a los órganos y autoridades administrativas, determinando el fin para el que les han sido otorgados. Así —continúa el catedrático español— los tribunales tratarán de descubrir el espíritu de las normas jurídicas, sancionando las violaciones, no de la letra, sino del espíritu de las leyes (...) Esta indagación será difícil, habrá que determinar en cada caso el fin que ha perseguido realmente el autor del acto; y es fácil comprender que cuando una autoridad usa sus poderes con un fin inconfesable, no va a tener la ingenuidad de expresarlo: disfrazará los motivos verdaderos de su acto y oficialmente dará un pretexto legal".

A pesar de lo anterior, considera que es muy conveniente acoger este vicio de legalidad dentro del sistema contencioso-administrativo español y comenta que, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque la ley no admitía expresamente el desvío de poder, puede citarse el caso en que se anuló un acuerdo municipal por manifiesta incongruencia entre el medio utilizado y el fin (sentencia de 21 de junio de 1944) (235).

GASCÓN y MARÍN comenta que el poder público tiene que ejercerse siempre en razón a un fin determinado de interés general y, que por ello surgió, necesariamente, la bien conocida doctrina de la desviación de poder, pues no puede ser legal el acto que el poder público aplica para un fin distinto del netamente administrativo previsto por el legislador (236).

Por su parte, GARCÍA de ENTERRÍA expresa que la desviación de poder es una técnica de control de la discrecionalidad adm

(235) Cfr. ÁLVAREZ-GENDÍN, op. cit., p. 117 y ROYO-VILLANOVA, art. cit., pp.285-286.

(236) GASCÓN Y MARÍN, José, "La nueva Ley de lo contencioso-administrativo" en el Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano, p. 34.

nistrativa, la cual ha sido recibida muy tardíamente en el Derecho español, pues sólo ha llegado a tener consagración en la vigente Ley reguladora que hemos comentado (237).

130.cc) Los preceptos aplicables.- El primer párrafo del artículo 83 de la Ley reguladora indica que "la sentencia desestimaré el recurso contencioso-administrativo cuando se ajuste a Derecho el acto o la disposición", precepto del cual se derivan los otros dos párrafos que dicen:

"La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o la disposición incurriese en cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder".

"Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico".

(237) Op. cit., p. 393. Por cierto que la prestigiada Revista de Administración Pública, en la que figura como Secretario GARCÍA de ENTERRÍA desde su fundación (1950), ha publicado algunos artículos sobre este tema, que enriquecen su panorama doctrinal. Nos referimos a los siguientes artículos y autores:
 MARTÍN-RETORTILLO B., Sebastián, "La desviación de poder en el Derecho Español", R.A.P., núm. 22, ene-abr. 1957, pp. 129 y ss.
 CLAVERO AREVALO, Manuel Fco., "La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", R.A.P., núm. 30, sep.-dic. 1959, pp. 105 y ss.
 TRUJILLO PEÑA, José, "La desviación de poder en relación con el recurso de apelación y el silencio administrativo", R.A.P., núm. 35, may.-ago. 1961, pp. 153 y ss.
 Así como el del propio GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, denominado "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo" (poderes discrecionales, de gobierno y normativos), R.A.P., núm. 38, may.-ago. 1962, pp. 159 y ss.; el cual ha sido editado sin variantes y bajo el mismo título por Cuadernos Civitas en 1974.
 Además, él mismo indica en la nota bibliográfica de su Curso de Derecho Administrativo (p. 405) otras dos publicaciones: de SÁNCHEZ ISAC, J., La desviación de poder en los Derechos francés, italiano y español, IEAL, Madrid, 1973 y de SANTAMARÍA PASTOR, J.A., "Renovación dogmática en torno a la desviación de poder como instrumento de control", en el número 2 de la Revista Española de Derecho Administrativo, pp. 303 y ss.

Y en el artículo 94.2, inciso a), se establece que "las sentencias de las Salas de lo contencioso-administrativo de las audiencias territoriales que versen sobre desviación de poder siempre serán susceptibles del recurso de apelación", pues la ley considera que tratándose de esta materia delicada y nueva, conviene unificar la jurisprudencia y sentar los mismos criterios; por ello, admite en todos los casos el recurso de apelación, ante el Tribunal Supremo, contra las sentencias de primera instancia dictadas al estimarse el recurso contencioso-administrativo por desviación de poder.

Por otro lado, en la ley de procedimientos administrativos —dictada en 1958 y que es el otro pilar básico de la legislación española en la materia administrativa adjetiva— se encuentran otros fundamentos positivos que corroboran la plena aceptación de la causal desviación de poder, aún tratándose del trámite procedimental de los recursos administrativos; así, el artículo 48.1 de dicha ley procedimental dicta lo siguiente:

"Son anulables, utilizando los medios de fiscalización que se regulan en el título V de esta ley (título que establece la revisión de los actos, en vía administrativa, mediante los recursos de alzada, de reposición y de revisión), los actos de la administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder".

Igualmente el artículo 115.1 de la misma Ley, establece:

"Los recursos de alzada y de reposición previo el contencioso podrían fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder".

Como vemos, la fórmula se repite y es la misma que uti-

liza la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que es anterior por dos años a la Ley de procedimiento administrativo citada, la cual nos da también en su artículo 40.2 otra base para considerar plenamente legítimo el control de los fines del acto: "El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y será adecuado a los fines de aquéllos"; idea que se subraya expresamente en el artículo 106.1 de la Constitución española de 1978, cuando encomienda a los Tribunales el control de la Legalidad de la actuación administrativa, así como el "sometimiento de ésta a los fines que la justifican".

131.dd) Una resolución ejemplificativa.- La sentencia de 7 de octubre de 1971 del Tribunal Supremo español, es una excelente muestra del modo en que puede ser concretamente utilizada la desviación de poder. Dicha sentencia, recordando la doctrina general sobre la cuestión, expresa:

"(...) la teoría de la desviación de poder se basa en que la ley de donde arranca la facultad de decisión de la autoridad administrativa tiene un fin determinado que cumplir, y si el acto en que se concreta su actuación no lo cumple, la decisión administrativa no expresará la voluntad de la ley al desvincularse de su espíritu (...); la desviación de poder supone que el acto administrativo, aún cuando pueda estar revestido de legalidad extrínseca, nació con vicio de nulidad por no responder en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa, orientada a la promoción del interés público y sujeta a ineludibles imperativos, que obligan a la administración a proceder con moralidad y no de un

modo arbitrario, con finalidad distinta de la determinada por el ordenamiento jurídico".

Precisado lo anterior, la sentencia pasa a afirmar que, conforme los antecedentes expuestos, se había puesto de relieve que en la provisión de una plaza, la Corporación había procedido con el preconcebido propósito de nombrar a una persona determinada, designio que quedó patentizado por su nombramiento con carácter interino y por los actos previos a la convocatoria del concurso, consistentes en que, no obstante la existencia de funcionarios con el título exigido para el cargo a proveer, se acordó la no exigencia de título alguno y se omitió el límite de edad; todo ello —dicta el Tribunal Superior en su sentencia— "configura los rasgos esenciales del concepto jurídico de desviación de poder, ya que encubriéndolo bajo el aspecto de legalidad externa de un concurso, se cumplió el designio preconcebido de conferir el nombramiento distinto del que el ordenamiento jurídico reclama, de que la administración proceda en su actuación con objetividad y rectitud en aras del interés público y prescindiendo de todo interés particular, por lo que al estimarse la concurrencia de la desviación de poder es procedente la confirmación de la sentencia recurrida".

132.ee) La discrecionalidad administrativa y su control en la doctrina española.— Existe una distinción capital en el modo como se realiza la atribución de potestades administrativas: pueden determinarse agotadoramente sus condiciones de ejercicio de modo que el supuesto legal quede definido en todos sus términos y consecuencias, o bien, pueden definirse sólo algunas de dichas condiciones y remitir a la estimación subjetiva de la administración el

resto, como por ejemplo, la integración última del supuesto de hecho o el contenido concreto del acto. Esta distinción da lugar a los fundamentales conceptos de potestad reglada y discrecional, respectivamente.

Para VILLAR PALASÍ, "el ejemplo típico de potestad reglada son las potestades en materia tributaria o fiscal, en virtud del principio de legalidad de los impuestos, la administración tiene perfectamente determinado en qué momento puede cobrar un impuesto, por qué cantidad, por qué motivo y sobre qué bases, con qué tarifa y mediante qué procedimiento"; y frente a ella, la potestad discrecional se caracteriza por ser aquella cuyos presupuestos, contenido y procedimientos, no están determinados en forma precisa por la ley y, por consiguiente, la administración completa las disposiciones legales con su propia y libre determinación (238).

En opinión de GARCÍA de ENTERRÍA, el ejercicio de las potestades regladas reduce a la administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido y a aplicar lo que la propia ley ha determinado objetiva y completamente; por el contrario, el ejercicio de las potestades discrecionales comporta un elemento sustancialmente diferente: la inclusión de una estimación subjetiva de la administración. Sin embargo, debe notarse que tal estimación no es una facultad extra-legal, no es un supuesto de libertad de la administración frente a la norma: no hay discrecionalidad al margen de la ley, pues la discrecionalidad no significa ausencia de derecho, sino "surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un momento dado, lo que sea

(238) VILLAR PALASÍ, José Luis, Apuntes de Derecho Administrativo, parte general, tomo I, Madrid: Univ. a Distancia, 1974, pp. 172-173.

de interés público" (239).

Por otro lado, este mismo autor aclara que la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, sino sólo a algunos; los elementos reglados de una potestad discrecional serían, en su opinión: la existencia misma de la potestad, su extensión, el órgano competente y el fin, ya que todo poder es conferido como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública (240).

La existencia de potestades discrecionales es una exigencia indeclinable del gobierno humano —continúa ENTERRÍA— y aun que sea cierto que abunden discrecionalidades injustificadas o abusivas, es ilusorio pretender agotar el ámbito completo de la discrecionalidad administrativa: hay potestades que no pueden dejar de ser discrecionales por su propia naturaleza (vgr. las reglamentarias, las directivas de la economía, etc.); pero, sin duda, su existencia constituye un gran desafío a las exigencias de la justicia, porque resulta tan necesario como difícil su control, con el cual se pretende evitar que en su ejercicio se cometan irregularidades, arbitrariedades, inequidades, etc. Resulta completamente insostenible, concluye, la antigua posición que otorga a los actos discrecionales la inmunidad jurisdiccional pura y simple (241).

Estas últimas ideas nos llevan, como de la mano, a la parte fundamental de este extenso apartado: las técnicas de control jurisdiccional de la discrecionalidad, que la doctrina española (242)

(239) Op. cit., p. 382.

(240) Ibidem, p. 383.

(241) Ibidem, pp. 383 y siguientes.

(242) Cfr. VILLAR, op. cit. pp. 184 y ss.; GARCÍA de E. op. cit., pp. 392 y ss.

ha clasificado de la siguiente manera:

Primero.- El control a través de la desviación de poder: este control se basa en el fin como elemento reglado de toda potestad discrecional, puesto que los poderes administrativos no son utilizables para cualquier finalidad, sino que son poderes funcionales, otorgados en vista de un fin específico —el interés público—, por lo que el apartarse del mismo ciega la fuente de su legitimidad.

Segundo.- El control de los hechos determinantes: la valorización de la realidad podrá ser, acaso, objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal no puede serlo, porque no puede quedar al arbitrio de la administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, de tal modo que el pleno control de la exactitud de los hechos determinantes de la decisión, permitiría un uso correcto de los poderes discrecionales.

Tercero.- El control mediante los conceptos jurídicos indeterminados: esta técnica se refiere a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto; lo peculiar de ella consiste en que su calificación, en una circunstancia dada, no puede ser más que una: se da o no se da el concepto. Considerando que la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas de solución igualmente justas y posibles, se dice que una buena parte de los supuestos tenidos tradicionalmente como atribuciones discrecionales, son el enunciado de simples conceptos jurídicos indeterminados; así, el interés público se convertiría en un concepto indeterminado, cuya aplicación sólo permitiría en cada caso una sola solución justa, si bien la concreción

de esa única solución no siempre es fácil.

Cuarto.- Control a través de los principios generales de Derecho: éstos ofrecen una última posibilidad de control de la discrecionalidad, no consisten en una abstracta e indeterminada invocación de la justicia, sino que son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales, por ejemplo: el principio de igualdad, o el de proporcionalidad de los medios y adecuación del fin, o el de racionalidad y mensurabilidad, etc. Finalmente, y en relación con lo anterior, en sentencia del 24 de octubre de 1959 el Tribunal Supremo ha concluido:

"El acto administrativo discrecional sólo se considera válido cuando cumple el fin que implica la idea del bien del servicio o del interés público".

133.b) La desviación de poder en otros países.- A continuación, veremos sucintamente, cómo ha sido recibida, adaptada o rechazada la noción de desviación de poder en cinco representativos países europeos. Quedan excluidos, evidentemente, los países de la Europa oriental, puesto que el "principio de legalidad socialista" difiere en mucho de los principios jurídicos y políticos del mundo capitalista occidental. Cabe aclarar que nos hemos basado fundamentalmente en la obra de PRAT (243), para este resumido análisis de Derecho comparado.

134.aa) Bélgica.- La existencia de una jurisdicción administrativa en el reino de Bélgica es reciente, data apenas de 1946; antes de dicho año dominaba la idea de que el ejercicio de la función jurisdiccional debía encargarse, exclusivamente, a los órganos

(243) Cfr. PRAT, op.cit., pp. 269 y siguientes.

del Poder Judicial y se rechazaba la creación de un consejo de Estado, el cual aparecía ante los belgas como instrumento de opresión.

En el artículo 9° de la ley del 23 de diciembre de 1946, que instituyó el Consejo de Estado belga, se establece: "la sección administrativa estatuye por vía de fallos en los recursos de anulación por violación de formas (...), exceso o desviación de poder, interpuestos contra los actos y reglamentos de las diversas autoridades administrativas o contra las decisiones contencioso-administrativas". Durante el debate de esta ley, se manifestó la adopción de la noción francesa; en la discusión parlamentaria un ministro se demandaba "¿qué es la desviación de poder? es cumplir un acto de mi competencia, según las formas prescritas, pero alcanzando un resultado distinto del querido por el legislador". Esto, respecto de la legislación belga, y en cuanto a su jurisprudencia y doctrina, también han reproducido, los principales elementos y características de la concepción clásica francesa.

135.bb) Italia.- La doctrina italiana entiende por ... sviamento di potere una modalidad del exceso de poder que consiste en "la desviación del poder discrecional del fin determinado por la ley en cada caso particular", o sea, se le concibe como el uso de una facultad discrecional con un fin diferente para el cual fue conferida; como notamos, este concepto corresponde al elaborado por los franceses, por lo que podemos afirmar que el Derecho italiano, con las peculiaridades propias de su sistema de justicia administrativa, también conoce y aplica la desviación de poder, aunque no ha establecido sus límites precisos con los restantes casos posibles de nulidad por exceso de poder.

136.cc) Alemania.- El Derecho Administrativo tiene profun-

das raíces en Alemania, país en el que han desempeñado un papel muy importante los tribunales administrativos, creados desde 1875 en Prusia. El Derecho alemán conoce, entre los vicios que pueden afectar un acto administrativo y provocar su nulidad, los que alcanzan el ejercicio del poder discrecional, y se denomina al conjunto de estos vicios ermessensfehler. La doctrina alemana explica que, cuando en los límites de una determinada competencia, el agente administrativo es libre de dictar su decisión en la medida que lo estime oportuno, el acto emitido sólo es susceptible de ser sometido al contralor jurisdiccional desde los siguientes dos puntos de vista:

1° Si el acto desborda la esfera de libertad de decisión de la autoridad administrativa;

2° O bien, sin desbordarla, si se inspira en consideraciones que desapruueba el orden jurídico.

En el primer caso, existe el hecho de ultrapasarse los límites legales en su poder de libre apreciación; el segundo caso, en cambio, engloba los vicios internos que pueden alcanzar las apreciaciones administrativas y que son de tres tipos:

- El defecto de apreciación resultante de un error de derecho;
- El ejercicio arbitrario, abusivo o irracional del poder discrecional, por desconocimiento del principio de igualdad o de continuidad; y

- Cuando la administración funda su acción en consideraciones ajenas a la realidad de los hechos y al fin que debió legalmente perseguir, este último caso es concebido como "la ilegalidad consistente en desviar el poder discrecional de la administración de su fin legal" y constituye la noción más próxima a la desviación

de poder, denominándosele ermessensmissbrauch (243 bis).

137.bb) Suecia.- El panorama jurídico administrativo que ofrecen los países escandinavos no es homogéneo: Noruega y Dinamarca aceptan la solución judicialista —aunque ello no obsta para que reciban la desviación de poder— y Suecia rompe esta uniformidad, en atención a ciertas razones históricas. En 1909, entró en funciones la Corte sueca de Gobierno que entiende —en nombre del rey— de todos los recursos contra los actos administrativos; si bien después de serias vacilaciones, esta Corte ha entrado abiertamente a controlar los actos dictados en ejercicio del poder discrecional y, apoyada por la doctrina administrativa sueca, ha realizado una obra verdaderamente pretoriana, fijando directivas a la acción de los órganos administrativos, entre ellas, cabe señalar la aceptación de la teoría francesa de la desviación de poder, la cual, sin embargo, no aparece nitidamente destacada de las otras causales de nulidad admitidas por el Derecho sueco.

138.ee) Inglaterra.- Los cuatro países anteriores, de los que hemos visto sólo superficialmente sus sistemas contencioso-administrativos, admiten y practican la desviación de poder inspirados o influidos por la doctrina francesa; pero nos faltaría mencionar la situación de Inglaterra al respecto, pues es el país que dominado por otros principios básicos, desconoce un sistema de jurisdicción administrativa y un Derecho Administrativo desarrollado e independiente, por lo que sólo aplica nociones autónomas, vecinas a la de desviación de poder.

(243 bis) Debemos advertir que "ermessensmissbrauch, puede traducirse literalmente como: "mal uso de la discrecionalidad; mientras que ermessensfehler, también literalmente, significaría "falta en la discrecionalidad".

Serfa muy amplio detallar los rasgos característicos del régimen británico, baste decir que se aleja en múltiples aspectos de las concepciones continentales, pues es un derecho de continua creación, en que domina la ideología de la regla de derecho (rule of law), cuya fuente esencial es la jurisprudencia, la cual forma un conjunto coherente que integra el sistema de common law y en el que se considera competente sólo al juez judicial para resolver los litigios nacidos de la actividad administrativa.

Las necesidades modernas han traído un enorme desarrollo de las facultades discrecionales de la administración inglesa; ello produjo modificaciones importantes al Derecho inglés, así, se creó un contralor jurisdiccional de la administración, mediante el cual los tribunales comunes podían anular los actos administrativos por tres vías:

- la del ultra vires,
- la de violación de la justicia natural y
- la del criterio de racionalidad

La primera que se menciona es la más aproximada a la noción del exceso de poder, ya que el administrador debe ejercer sus poderes intra vires, y si los desborda, es posible recurrir su acto. Ahora bien, la desviación de poder, aunque no esté explícitamente individualizada en el contralor del ultra vires, si está contenida en dicha noción; pero también cabe apuntar, que la desviación de poder está contenida en la noción más amplia de la violación de la justicia natural.

HAMSON (244) observa, en relación a esto, que en Inglaterra

(244) Cfr. HAMSON, C.J., op. cit., pp. 174-175.

terra, el juez invalida las decisiones administrativas, tomadas bajo las condiciones propias de la desviación de poder, aplicando el caso de ultra vires; sin embargo, hay que aclarar que, en principio, el ultra vires inglés comprende tanto el vicio de forma, como la incompetencia y la desviación de poder. Además, aclara que, aunque la teoría del ultra vires comprende el caso de apertura conocido en Francia bajo el nombre de desviación de poder, está lejos de entrañar en su aplicación los efectos prácticos que la jurisprudencia del Consejo de Estado le otorga a ésta última.

Más adelante, el mismo HAMSON cita el asunto Robert c. Hopwood, el cual confirma la regla por la que una potestad atribuida a una autoridad por un texto legislativo, no puede ser ejercida para perseguir un fin diferente a aquél que le asigna una interpretación normal del texto considerado; y agrega que la teoría francesa de la desviación de poder es más audaz que esta regla, pues permite al juez asignar un fin preciso y limitado a los poderes aparentemente discrecionales conferidos a la administración. En consecuencia: el juez puede anular por desviación de poder los actos dictados por una autoridad competente, pero con desconocimiento del fin que se podría discernir de los textos aplicables. Por último, HAMSON ilustra sus afirmaciones con los siguientes fallos del Consejo de Estado francés: Tabouret et Laroche (9 julio 1943). Dame Constantin (28 julio 1944) y Azoulay et autres (17 de diciembre 1948), y concluye, que en Francia se ejerce sobre el Ejecutivo un control más riguroso que aquél ejercido por los tribunales ingleses aplicando la doctrina del ultra vires (245).

(245) Ibidem, pp. 176-178.

139.B) Perspectiva americana.- Deseamos dar también una ligera perspectiva de la justicia administrativa —y con ello de la desviación de poder— en el continente americano, donde la influencia europea no ha dejado de sentirse, pues en Estados Unidos del N. y Canadá se ha adaptado el principio anglosajón y Latinoamérica ha recibido y tratado de adaptar, tanto el principio anglosajón, como el continental, sin llegar a concebir todavía estructuras propias y originales, salvo raros casos.

Pero además, queremos hacer notar que cuando hablamos de los principios anglosajón y continental de aplicación de la justicia administrativa, no debemos entenderlos como absolutos e inmutables, puesto que tales principios presentan una gran flexibilidad, la cual hace que, en los mismos países anglosajones, proliferen ya órganos administrativos con facultades jurisdiccionales y que, en los países continentales, estén abiertas vías para el conocimiento judicial de ciertas cuestiones administrativas.

140.a) Estados Unidos de Norteamérica.- El Derecho angloamericano ha organizado su régimen jurisdiccional según una fuerte tradición judicialista, en el que juega el papel fundamental la Suprema Corte, sobre todo cuando ésta juzga la constitucionalidad de leyes y reglamentos, de tal forma, que se ha llegado a decir que constituye un sistema de "gobierno de los jueces", en el que "la Constitución es lo que los jueces dicen que es". Sin embargo, una serie de factores sociales, políticos y económicos, propios del presente siglo, han ido señalando la desaparición de ese "prestigio mágico" de que otrora gozaran los tribunales ordinarios; así pues, en las últimas décadas se han desarrollado agencias administrativas

independientes, creadas por el Congreso, dotadas de potestades reglamentarias y jurisdiccionales.

El sistema angloamericano conoce la discrecionalidad administrativa y los autores estadounidenses reconocen la existencia de factores no discrecionales dentro del poder discrecional de la administración. Ahora bien, conforme la ley federal sobre procedimiento administrativo (Administrative Procedure Act): "cualquier persona que sufra un perjuicio por la acción de una agencia, o sea agraviada por dicha acción, puede solicitar la revisión judicial del acto"; evidentemente que esta intervención judicial podrá tener como fin evitar el abuso del poder discrecional, pues como prescribe el mismo estatuto, dicho contralor se realiza cuando la determinación de la agencia ha sido irracional, arbitraria, caprichosa, abusiva de su discreción, o cuando de cualquier otra manera no respeta las prescripciones legales.

Hay quienes señalan que la noción de decisiones no razonables o arbitrarias, corresponde a la aplicación de un concepto muy próximo al de desviación de poder, y que la circunstancia de que los tribunales angloamericanos no hayan desarrollado una teoría análoga a la de la desviación de poder, ello no significa que no se hayan dictado fallos anulando actos administrativos en especies que el jurista francés clasificaría bajo esta rúbrica (246), empero, la noción de irracionalidad resulta menos nítida y, por lo tanto, más imprecisa que la de desviación de poder.

Por otro lado, el prestigiado autor mexicano, CARRILLO-FLORES, nos dice que las dos manifestaciones más importantes del mé-

(246) Cfr. SCHWARTZ, Le droit administratif américain, Paris, 1952, p. 181; apud, PRAT, op. cit., p. 332.

todo de limitación jurídica al poder discrecional son la que, en la doctrina europea, constituye el desvfo de poder y la que, en el Derecho angloamericano, representa el "debido proceso legal", cuando opera como garantía sustancial y no de procedimiento; a través de ambas instituciones de origen jurisprudencial se ejercita, pues, un verdadero control jurídico sobre el poder discrecional (247).

Profundizando un poco, CARRILLO FLORES comenta, según su amplio criterio, algunas opiniones que nos permitimos transcribir por considerarlas de gran utilidad para nuestro tema:

"...es claro que, o bien la norma jurídica ha fijado con toda precisión los presupuestos de determinada acción administrativa y el contenido preciso del acto a emitir, o sobre algunos de esos dos elementos, o sobre ambos, ha concedido un poder discrecional; cuando la primera situación se da, la invocación de un fin determinante resulta inútil (...)" y agrega, citando a WELTER, que en este caso, "la decisión administrativa debe ser anulada por violación de la ley de fondo cuando es viciada y será inatacable cuando, aunque inspirada por consideraciones indignas, el agente se haya limitado a acatar pura y simplemente una prescripción formal e ineludible" (248).

Por otra parte, cuando la administración está dotada de un poder discrecional explica: "no es el fin cuya persecución estaba en las intenciones del autor mismo de la providencia, el que deberá ser tomado en consideración, sino el que aparezca como el fin al cual tendía el acto tomado en sí mismo y que se revelará en la parte considerativa, o en la decisoria, o en el conjunto de circunstancias que

(247) Op. cit., p. 71.

(248) Ibidem, p. 134.

se encuentra en la base del acto; sería muy delicado, si no imposible, penetrar al fondo de la conciencia del agente (...)" ; para concluir después lo siguiente: "pretender un control de las intenciones secretas que hayan podido guiar al administrador sería entorpecer inútilmente la actividad administrativa e incluso comprometer la buena marcha de los servicios públicos" (249).

Como vemos, según esto último, habría la tendencia de no sancionar los propósitos que persiguen subjetivamente los administradores angloamericanos; sin embargo, CARRILLO cita en particular una ejecutoria dictada en 1886 por la Suprema Corte Federal —a través del magistrado MATTHEWS—, que es aquella de las lavanderías en la ciudad de San Francisco: por una ordenanza municipal se había dictado que cuando estuvieran instaladas en edificios sólo podrían operar mediante autorización, la Corte descubrió que una autorización fue negada a los quejosos (los chinos Yick Wo y Wo Lee), mientras que a 200 peticionarios más sí se les facultó para proseguir el negocio, a pesar de que los quejosos habían acreditado el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para garantizar la propiedad y la salud públicas. Se trataba, simplemente, de una medida dictada no por motivos de utilidad general, sino por prejuicios raciales y la Corte pronunció la anulación (250).

Finalmente, el maestro CARRILLO anota que, sin duda, la superioridad conceptual de la tesis francesa sobre la jurisprudencia angloamericana, radica en que el desvío de poder existe no sólo cuando se ha cometido una injusticia notoria (quebrantadora de los principios superiores de la organización social y política que la Suprema Corte tuvo que invocar en el caso de los lavaderos chinos), sino,

(249) Ibidem, p. 135.

(250) Cfr. ibidem, pp. 135-136.

aún cuando el propósito no sea en sí reprochable ni desquiciador, es simplemente ajeno al que debe normar el ejercicio del poder; por ejemplo, cuando la administración hace jugar consideraciones de interés financiero o de "criterio fiscal" en ciertos casos en que el poder no se le ha dado para ese fin (251).

141.b) Argentina.- Tomando en consideración las claras exposiciones del profesor GORDILLO, en su Tratado (252), a continuación resumimos el tratamiento doctrinal y positivo que este autor argentino desarrolla en torno a la desviación de poder:

En primer lugar, la ubica como uno de los vicios de la voluntad, y ya que distingue vicios objetivos y subjetivos, coloca a la desviación de poder como el primer vicio de tipo subjetivo de la voluntad administrativa, seguido de los otros que son la arbitrariedad, el error, el dolo, la violencia y la simulación. Luego, escribe sobre la noción y fundamento conceptual de la desviación de poder, sobre su base legal y sus antecedentes en el Derecho argentino, sobre sus tres casos típicos y sobre sus aspectos probatorios.

Posteriormente, explica que "existe desviación de poder toda vez que el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley" y que, en consecuencia, "cuando el administrador se aparta de la finalidad prevista por la ley, su conducta es por ello sólo antijurídica".

En relación a su fundamento legal, transcribimos el precepto correspondiente en la Ley nacional de procedimientos administrativos (decreto-ley núm. 19.549/72):

(251) Cfr. ibidem, p. 138.

(252) Nos referimos al tomo III de su Tratado de Derecho Administrativo, dedicado al acto administrativo, B.Aires: Macchi, 1979, cap. IX, 54 págs. (esp. pp. 22-26).

Artículo 7° "Son requisitos esenciales del acto administrativo los siguientes: Finalidad.- f) Habrá de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorga las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a dicha finalidad".

Es importante aclarar que en dicha ley se regula una impugnación judicial de los actos administrativos, previo el agotamiento de los recursos administrativos. Lo anterior, sin perjuicio de que algunas leyes provinciales de la materia, regulen también la desviación de poder; por ejemplo: de Corrientes, su artículo 121 dice: "no se admite que se persiga un fin distinto que el querido por la ley"; de Salta, el artículo 34 establece: "los agentes estatales deben actuar para cumplir el fin de la norma que otorga las atribuciones pertinentes, sin poder perseguir con el dictado del acto otros fines públicos o privados; otras provincias, como Tucumán, repiten la fórmula de la ley nacional y otras, como Córdoba, adoptan la fórmula española (supra, § 130).

142.c) Venezuela.- LARES MTZ. indica que, en este país sudamericano, la categoría de los actos discrecionales ha desaparecido, en el sentido de que no constituye una causa para la negativa del control jurisdiccional, pues en el régimen venezolano, aún los actos para los cuales la administración pública dispone de un amplio poder discrecional, no escapan al control de legalidad y pueden ser declarados nulos por incompetencia del órgano, vicio de forma, inexistencia de motivos o desviación de poder (253).

(253) Op. cit., p. 176.

El mismo autor comenta que "el fin perseguido por la autoridad al dictar un acto administrativo debe conformarse a dos fines legales: el fin de interés general, común a todos los actos, y los fines particulares o específicos, propios de cada uno de ellos"; así, —continúa LARES— "la competencia legal para imponer multas debe tener por único móvil el de sancionar determinadas infracciones; la facultad de revocar las autorizaciones bancarias, debe perseguir por único fin evitar los daños que a la economía general puede causar el funcionamiento de un instituto bancario; la competencia de las autoridades sanitarias para ordenar cuarentenas, vacunas masivas y otras medidas semejantes, debe tener por finalidad evitar la propagación de enfermedades contagiosas y resguardar la salud pública" (254).

Y en otra parte, LARES menciona que con fecha 9 de enero de 1970, la Corte Suprema de Justicia, en la Sala Político Administrativa, declaró la nulidad de dos decretos expropiatorios del Ejecutivo nacional, por haberlos hallado viciados de desviación de poder; aunque inspirados en motivaciones de evidente interés público, la nulidad fue declarada porque, a juicio de la Corte, se habían "tratado de obtener beneficios para la Administración, utilizando procedimientos que no encajan exactamente dentro de la finalidad estricta de los poderes que se utilizaron" (255).

Como última acotación, el distinguido profesor venezolano, nos dice que si el acto no se cumple en vista de su finalidad legal, está viciado de ilegalidad, denominándose a dicha especie de

(254) Ibidem, p. 156-157.

(255) Ibidem, pp. 172-173 en nota.

ilegalidad, desviación de poder, la cual aparece mencionada en el artículo 206 de la Constitución venezolana como causa de nulidad de los actos administrativos —véase al respecto nota (41)— (256).

143.d) Colombia.— En cuanto al régimen colombiano, tomaremos en cuenta lo que, sobre el tema de desviación de poder, ha escrito el profesor VIDAL-PERDOMO, quien al hablar del fin de los actos administrativos señala:

"Debe existir una coincidencia entre la finalidad presupuesta en la disposición que autoriza y la que busca el agente al hacer uno de la facultad (...) Precisamente se sanciona con el vicio de desviación de poder la discordancia entre los propósitos de la norma de autorización y la que tuvo en mira el agente al obrar (257)".

Más adelante, el autor colombiano hace una aclaración, que nos parece bastante interesante y que se relaciona directamente con el tema que nos ocupa, sobre la diferencia entre competencia reglada y poder discrecional: "su resultado —dice— es que el juez, al examinar un acto en el cual el administrador goza de este poder, no debe entrar en el terreno de la oportunidad (...); ello no quiere decir que el acto cumplido en ejercicio de un poder discrecional no pueda ser anulado, pues puede ser ilegal por cualquiera de las otras causales, es decir, por incompetencia, por vicios de forma, desvío de poder, por violar la ley. Sólo queda por fuera la ilegalidad por razón de los motivos, porque precisamente la ley dotó al adminis

(256) Ibidem, p. 198.

(257) VIDAL PERDOMO, Jaime, Derecho Administrativo, Bogotá: Bibl. Banco Popular, 7a. ed., 1980, pp. 307-308.

nistrador del poder de decidir soberamente si delante de tal motivo dictaba el acto o no" (258).

Al estudiar directamente el desvío o desviación de poder, el mismo autor anota que lo hay "cuando se emplea una facultad otorgada por la ley con un fin distinto del que la ley quería al otorgarla", y que la dificultad para establecer esta causal de anulación reside en que, por tratarse de un propósito interno y por ello ser eminentemente subjetiva, muchas veces no deja rastros ni alcanza a manifestarse en hechos externos (259).

Independientemente de que hace referencia a la gran variedad de casos con que la jurisprudencia francesa ha ilustrado la desviación de poder, VIDAL-P., termina diciendo, crudamente, algunas cuestiones que él considera de la realidad de su país, pero que, no sin tristeza y coraje, podremos aceptar que parecen tener clara aplicación y referencia a los medios político-administrativos mexicanos:

"Fácil es comprobar que el control severo por parte del juez en los fines de los actos contribuye a la moralización administrativa. En Colombia, los jueces deben ser especialmente rígidos en este control, porque aquí no es extraño que las facultades que la ley concede a los funcionarios se empleen por éstos en su propio interés, en el de sus parientes o amigos: el compadrazgo es un mal que roe la administración. El juego de las intrigas, de las palancas, es normal en este país. ¿Y qué decir del empleo de las facultades legales con fines torvos de politiquería de la administración puesta al servicio de los directorios políticos?" (260).

(258) Ibidem, p. 341.

(259) Cfr. ibidem, p. 348.

(260) Ibidem, pág. 350.

144.e) Uruguay.- Considerando, inicialmente, el brillante desarrollo doctrinal y positivo que hace SAYAGUÉS en su Tratado (261), anotaremos algunos puntos de la problemática del tema en el Derecho uruguayo:

Hasta 1934 no se había planteado en Uruguay la cuestión de la admisibilidad de la desviación de poder, pero creada una sentida necesidad de darle entrada en el régimen jurídico oriental ; se aprovechó la reforma constitucional de dicho año para introducirla; paralelamente a la previsión de un tribunal especial para lo contencioso administrativo, se definieron las resoluciones ilegales de la siguiente forma:

Artículo 274.- "Serán consideradas decisiones ilegales, las que fueren violatorias de la ley, sea en su forma, sea en su fondo. También lo serán aquéllas no ajustadas a su finalidad o designio que en derecho configuran el abuso o la desviación de poder".

Sin embargo, el legislador ordinario demoró el establecimiento del tribunal contencioso-administrativo, hasta que la Constitución de 1952, en lugar de diferir su instalación, dispuso que éste se constituyera inmediatamente después de sus designaciones y que asumiera su jurisdicción en una fecha determinada, además el artículo 309 (vigente en la Constitución de 1967), otorgó un reconocimiento constitucional expreso a la causal desvfo de poder —véase nota (41)—:

Por otra parte, a pesar de que nada se estableció acerca de si los órganos del Poder Judicial uruguayo, podían investigar la existencia de desviación de poder, la solución a esta cuestión que se planteó rápidamente, fue afirmativa.

(261) Op. cit., I, pp. 448-457.

Debemos recordar que el modelo constitucional del Uruguay delineaba dos órdenes jurisdiccionales, el del tribunal contencioso-administrativo —con potestades de anulación— y el de los tribunales judiciales —con potestades de reparación o indemnización—; aunque bajo la actual dictadura todo ello ha sido modificado y lo que queda tendría sólo una vigencia formal (262).

Más adelante, SAYAGUÉS explica que la jurisprudencia nacional uruguaya había tenido oportunidad de pronunciarse sobre la desviación de poder en numerosas ocasiones, y en varios fallos se había definido la noción recogiendo el concepto admitido unánimemente por la doctrina; agregando que, en su opinión, la desviación de poder puede surgir en todo acto, incluso en los que no son propiamente administrativos y que, si bien supone la existencia de un fin espurio, la imposibilidad de precisarlo no es obstáculo para admitir la acción de nulidad, si se demuestra que no existió ningún fin lícito admisible, lo cual permite presumir aquél; pero es necesario que el acto no adolezca de ningún vicio que lo invalide.

Ahora bien, según el tratadista oriental, no pueden establecerse reglas generales sobre cuáles circunstancias o detalles dan base para afirmar que existe desviación de poder, pero indudablemente que se requiere para su comprobación el examen de los motivos; la inexactitud, discordancia, ausencia o falseamiento de los motivos que aparentemente justifican el acto, pueden constituir un claro indicio de la desviación de poder; aunque, por sí mismos, también pueden fundamentar la anulación por vicio de los motivos.

(262) Para la actualización y conocimiento del sistema uruguayo, véase de CORTINAS-PELÁEZ, León, Poder ejecutivo y función jurisdiccional, México: UNAM, 1982, in totum. Dicha obra indica los factores normativos y extranormativos que han producido un "ocaso de la justicia en un país que fue modelo para América Latina".

Deseamos hacer unas anotaciones finales sobre el desvío de poder en Uruguay, basándonos en las opiniones del profesor GIORGI (263); pues para este autor la juridicidad de la actuación administrativa, no sólo se manifiesta en el respeto de las reglas de competencia, de forma y de fondo, sino también en el respeto del principio de finalidad, el cual adquiere excepcional importancia en el campo administrativo, por el amplio margen de discrecionalidad de que goza la administración en la aplicación del Derecho público moderno, que a diferencia del tradicional Derecho individualista, vigoriza el aspecto social de la realidad jurídica y no reconoce legitimidad a la acción estatal que no ha sido guiada por la finalidad de interés público propia del servicio; concluyendo incluso, que "las finalidades de orden político son extrañas a la función administrativa, que debe realizarse con prescindencia de fines que no sean los específicos de la Administración".

(263) GIORGI, Héctor, El Contencioso Administrativo de Anulación, Montevideo; Facultad de Derecho, 1958, pp. 209-213.

TERCERA PARTE

EL DESVIO DE PODER Y SUS ASPECTOS
CONSTITUCIONALES Y POSITIVOS

145. Plan básico a desarrollar.

CAPITULO IV

BASES CONSTITUCIONALES DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

S U M A R I O

=====

146. Una búsqueda indirecta del tema en nuestro sistema constitucional.
- 147.A) La tradición judicialista y su evolución en los textos constitucionales.
- 148.a) En la Constitución federal de 1824.
- 149.aa) División estricta del Poder Público.
- 150.bb) Intervención del Ejecutivo en la administración de justicia.
- 151.cc) Bases de un embrionario contencioso-administrativo judicial.
- 152.b) En las constituciones centralistas.
- 153.aa) Leyes Constitucionales.
- 154.bb) Bases Orgánicas.
- 155.c) El Acta de Reformas: restauración federalista y orígenes del amparo.
- 156.d) El intento frustrado de una jurisdicción administrativa no-judicialista.
- 157.aa) La discrepancia interpretativa del principio de división de poderes.
- 158.bb) Los innovadores y principales preceptos de la Ley Lares.
- 159.e) En la Constitución liberal de 1857.
- 160.aa) Confirmación de una división categórica del Poder Público.
- 161.bb) La competencia de los tribunales federales.

- 162.cc) Observaciones de la doctrina mexicana contemporánea.
- 163.B) En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.
 - 164.a) Textos originales de los artículos pertinentes.
 - 165.b) Justificaciones constitucionales del Tribunal Fiscal en la exposición de motivos de su ley.
 - 166.c) Discusiones y necesidad de una reforma constitucional.
 - 167.d) Evolución del artículo 104 constitucional en su fracción I.
 - 168.aa) Los antecedentes y el texto propuesto por Carranza.
 - 169.bb) La primera reforma de 1934: supresión de la súplica.
 - 170.cc) La iniciativa de reforma de 1937: intento fallido de constitucionalización de la jurisdicción administrativa autónoma.
 - 171.dd) La reforma de 1946: constitucionalización de los tribunales administrativos autónomos.
 - 172.ee) La reforma de 1967: superaciones técnicas de la anterior.
 - 173.ff) La última reforma de 1974: sólo una necesaria aclaración.

TERCERA PARTE

=====

EL DESVIO DE PODER Y SUS ASPECTOS CONSTITUCIONALES Y POSITIVOS

145. Plan básico a desarrollar.- Respecto del desvío de poder en nuestro país, desarrollaremos en los capítulos que siguen sus principales aspectos positivos, separando, inicialmente, las cuestiones constitucionales, pues consideramos que todo trabajo jurídico debe ir encabezado por el análisis de los fundamentos constitucionales adecuados o, por lo menos, deben darse algunas referencias relacionadas con el texto constitucional; sin embargo, estamos concientes que es prácticamente imposible que todas las instituciones y figuras jurídicas tengan forzosamente una base constitucional expresa.

De esta forma veremos, primeramente, las bases constitucionales de la justicia administrativa y, en segundo lugar, haremos algunos comentarios sobre el amparo, las garantías individuales y la desviación de poder.

Posteriormente, en capítulos sucesivos, trataremos el desvío de poder en tres importantes tribunales administrativos autónomos de nuestro sistema jurídico: el Fiscal de la Federación, el Contencioso-Administrativo del Distrito Federal y el Fiscal del Estado de México, lo cual constituye la parte medular de la presente tesis.

Evidentemente, todo lo anterior tiene su culminación final en las últimas páginas, que dedicamos a las conclusiones generales.

CAPITULO IV

BASES CONSTITUCIONALES DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

146. Una búsqueda indirecta del tema en nuestro sistema constitucional.- Según los estudiosos del Derecho Constitucional, éste debería concentrarse en el establecimiento de las reglas estructurales de la organización, funcionamiento, controles y límites del Poder Público, pero actualmente los criterios se han flexibilizado y apreciamos cómo se practican y admiten reglas constitucionales muy ajenas a ese contenido; a ese tipo de reglas correspondería, sin duda, aquella que reconozca o defina la causal de anulación desvío de poder: hemos visto cómo algunas Constituciones (supra, § 25, nota 41) dan una base constitucional expresa a la figura jurídica de la desviación de poder; muchas otras constituciones no lo hacen, sin que ello impida que el sistema jurídico respectivo la conozca y ejercite.

No se trata, pues, de demostrar en este capítulo la constitucionalidad o inconstitucionalidad del desvío de poder, en dado caso lo que se podría demostrar sería su a-constitucionalidad, pues es evidente que en ninguna parte de nuestra Constitución se le menciona; tampoco pretendemos realizar un trabajo de indagación inútil en nuestra historia constitucional, porque dicho tema es completamente desconocido en los textos. No, más bien pretendemos realizar una búsqueda indirecta del tema, a través de las instituciones que impliquen tácitamente su aceptación o reconocimiento; por esto, con motivo de dicha búsqueda, escudriñaremos en nuestros textos constitucionales todo aquello que se refiere a la justicia administrativa, que sería el gran tema sobre el cual descansaría cualquier sistema contencioso-administrativo, cuya existencia presupone la causal de anulación de

los actos administrativos denominada desvío de poder.

Previamente, aclaramos que por justicia administrativa entenderemos la posibilidad de impugnación y resolución jurisdiccional de los actos ilegítimos de la administración pública, lo cual conlleva el manejo y evolución de las relaciones entre el Poder Ejecutivo (que ejecutando la función administrativa es quien puede cometer una desviación de poder) y el Poder Judicial (quien como titular de la función jurisdiccional podría juzgarla o calificarla) o, en su caso, las relaciones entre Poder Ejecutivo y tribunales administrativos autónomos, los cuales en una concepción no-judicialista, serían los que conocerían de la desviación de poder.

147.A) La tradición judicialista y su evolución en los textos constitucionales.- En materia de impartición de justicia administrativa, nuestro país parte de una tradición judicialista en el siglo XIX, a un reconocimiento de la jurisdicción administrativa autónoma en el siglo XX, aunque subordinada todavía ésta última a los tribunales judiciales federales.

Durante esta evolución, se ha creado un sistema generalizado de control de constitucionalidad de los actos ejecutivos, legislativos y hasta judiciales —o sea, todos los actos que tiene en común ser "actos de autoridad"—, realizado por el propio Poder Judicial federal mediante el juicio de amparo, el cual, aunque no exento de ciertos graves defectos, se ha colocado entre nuestras más caras tradiciones jurídicas.

Las diversas reglas constitucionales del siglo XIX que veremos sintéticamente en los siguientes apartados, respondieron en su momento, a los imperativos históricos que dictaba una acalorada

vida política, una inestable situación social y una problemática situación económica, cuyo panorama general es de todos conocido y que se inicia con la Guerra de Independencia de 1810-1821, culminándose con el Porfiriato (1876-1911); así pues, los acontecimientos proyectaron su influencia en el Derecho patrio, y éste, a su vez, procuró —en la indisoluble síntesis de norma y poder que estructurara la normatividad social del ser del derecho— conformar las críticas circunstancias del país a una vida institucional y poder configurar así un Estado de Derecho.

Mientras en la segunda mitad del siglo XIX, el Consejo de Estado francés vislumbraba y estructuraba la noción de desvío de poder y afinaba el recurso por exceso de poder, nuestro México se convulsionaba por la guerra de Reforma y por la intervención francesa, así como por las rebeliones militares; imposible concebir —salvo la precursora y académica visión del jurista Teodosio LARES (infra, § 156-158) — en dicha época, una depurada jurisdicción contencioso administrativa que aplicara la causal desvío de poder, o cualquiera otra, contra los actos administrativos.

148.a) En la Constitución federal de 1824.— Tres años después de la discutida consumación de nuestra Independencia política de España y del efímero Imperio de Iturbide, se dictó la primera Constitución federal de los Estados Unidos Mexicanos, ¿se preocuparía dicho texto constitucional por fijar un régimen de control jurisdiccional de los actos ilegítimos del Ejecutivo? no, de ninguna manera, el constitucionalismo, recién practicado por Estados Unidos de Norteamérica, por Francia y por España, exigía circunscribir el contenido de una Constitución a los derechos del Hombre y a la estructuración general del Poder Público.

Tengamos en cuenta, por otro lado, que la joven república mexicana heredaba del régimen colonial leyes e instituciones antiguas y obsoletas, cuya actualización se retrasó por mucho tiempo porque en el plano principal del escenario nacional se enfrascaron en una larga y cruenta lucha los "conservadores-centralistas-monárquicos" contra los "liberales-federalistas-republicanos"; esta primera Constitución fue, simplemente, un paso adelante por el arduo y difícil camino que conduciría a la organización política y jurídica del país.

149.aa) División estricta del Poder Público.— En cuanto a los textos concretos que pudieran tener alguna relación con el tema de la justicia administrativa, podemos indicar que el artículo 9° del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana (264) establecía:

"El poder supremo de la federación se divide, para su ejercicio, en legislativo, ejecutivo y judicial, y jamás podrán reunirse dos o más de éstos en una corporación o persona ni depositarse el legislativo en un individuo" (subrayado nuestro).

Como vemos, el principio de división del Poder Público queda establecido en forma muy tajante y estricta, al utilizarse el término "jamás" para impedir una posible reunión de dos o tres poderes en una misma corporación o persona. Con este texto se inicia lo que hemos llamado la tradición judicialista mexicana del siglo XIX, para la impartición de la justicia administrativa, porque juzgar los actos del Ejecutivo —en dicha concepción— sería parte de la función jurisdiccional, encomendada exclusivamente al Poder Judicial. Tal principio pasa al artículo 6° de la Constitución de 1824, pero no es exactamente reproducido ni confirmado, ya que

(264) Cuyo texto hemos tomado de la útil y exhaustiva obra de TENA-RAMÍREZ, Felipe, Leyes fundamentales de México (1808-1982) México: Porrúa, 1982, p. 155. Del mismo modo, las siguientes transcripciones de nuestros documentos constitucionales tendrán como fuente básica y principal dicho libro.

dicho artículo omite las últimas importantes frases (265).

150.bb) Intervención del Ejecutivo en la administración de justicia.- Por otra parte, el artículo 110, fracción XIX, mencionaba como una de las atribuciones del presidente: "cuidar de que la justicia se administre pronta y cumplidamente por la corte suprema, tribunales y juzgados de la federación y de que sus sentencias sean ejecutadas según las leyes".

De este párrafo no podemos derivar, evidentemente, la existencia de una justicia administrativa, porque el texto se refiere con precisión a "la administración de justicia", que no es lo mismo; pero que nos invita a la siguiente reflexión: consideramos que si impartir justicia va a ser una potestad exclusiva del Poder Judicial, el texto constitucional era contradictorio al permitir al Ejecutivo "administrarla"; la confusión viene porque la justicia no es parte de la función administrativa, sino de la función jurisdiccional.

El texto constitucional actual es menos problemático, ya que establece simplemente "facilitar al Poder Judicial los auxilios que necesite para el ejercicio expedito de sus funciones" (art. 89, fracción XII), lo cual es más congruente y demuestra lo que indicábamos al principio (supra, § 8); existe un sistema de "coordinación de poderes", más que de separación o división.

151.cc) Bases de un embrionario contencioso-administrativo judicial.- Entre las atribuciones de los órganos del Poder Judicial,

(265) Actualmente, en nuestro Derecho Constitucional se maneja un principio semejante (véase art. 49), pero en forma más flexible, pues en lugar de consagrar categóricamente la división, acepta excepciones. Un precepto similar, en la Constitución de 1857, sirvió a VALLARTA de fundamento para rechazar y considerar contrario a la Constitución, todo intento de establecimiento de una jurisdicción administrativa autónoma (infra, § 160-161).

esta Constitución otorga una competencia para "terminar las disputas que se susciten sobre contratos o negociaciones celebradas por el gobierno supremo o sus agentes" (art. 137, fracc. II), así como otra competencia genérica y poco definida para conocer "de las infracciones de la Constitución y leyes generales, según se prevenga por la ley" (art. 137, frac. V, sexto, in fine).

NAVA NEGRETE, comentando los preceptos mencionados, nos dice que tenemos así implícita la presencia del contencioso-administrativo, solventado por los tribunales del Poder Judicial (266). En nuestra opinión, la inexistencia de una jurisdicción contencioso-administrativa autónoma es clara, únicamente se podría concebir en forma muy embrionaria y por una interpretación bastante extensiva, un contencioso-administrativo judicial que surgiera, cuando las disputas e infracciones a que se refieren las potestades indicadas del artículo 137, fueran cometidas por la administración pública en perjuicio de los administrados; empero puede decirse que, aún así, eran prácticamente inconcebibles cualesquiera de las causales de anulación que hoy conocemos.

Además, el texto constitucional de 1824 comprende otras competencias: así, otorga a los tribunales de circuito y juzgados de distrito la de conocer de las "causas civiles" en que esté interesada la Federación, mayores y menores de quinientos pesos, según los artículos 142 y 143, respectivamente. Considerando la opinión del jurista mexicano Jacinto PALLARES sobre ello, tenemos que en el siglo XIX se tenían como causas civiles cuya decisión corresponde al Poder

(266) Cfr. NAVA NEGRETE, Alfonso, Derecho procesal administrativo, México: Porrúa, 1959, p. 267.

Judicial "aquéllas que nacen, no sólo de obligaciones particulares, sino las que tiene el individuo para con la sociedad, cual es la de pagar impuestos" (267).

Tales potestades podrían considerarse entonces, como fuentes legales para permitir que los individuos a quienes se les exigía un impuesto, pudieran llevar su asunto al terreno judicial, lo cual constituiría un típico contencioso-administrativo fiscal; sin embargo, debemos rechazar tal opinión y esta interpretación, pues el pensamiento de PALLARES corresponde a un estadio de nuestro sistema jurídico en que el Derecho Administrativo y Fiscal todavía no se desarrollaban como en nuestros días, cuando nadie duda de la real independencia y diferencia de las obligaciones derivadas del Derecho Civil y aquéllas que se desprenden de alguna rama del Derecho público.

152.b) En las constituciones centralistas.- El régimen unitario fue una reacción contra el primer intento de Reforma, realizado por Gómez Farfás en 1833, y que afectó a la oligarquía, sobretudo a los privilegiados estamentos eclesiástico y militar; dicho régimen se manifestó en dos documentos constitucionales, como fueron las Siete Leyes Constitucionales de 1836 y las Bases Orgánicas de 1843. Los resultados de este régimen fueron catastróficos y afortunadamente su duración o vigencia fue muy corta; empero, consideramos para los efectos de este trabajo, algunos de sus textos que tendrían cierto vínculo con la justicia administrativa.

(267) PALLARES, Jacinto, El Poder Judicial, 1874, p. 10; apud NAVA NEGRETE, op. cit., p. 268.

153.aa) Leyes Constitucionales.- El artículo 4° de las Bases Constitucionales, previas a las Siete Leyes, que expidió el Congreso Constituyente de 1835, establecía:

"El ejercicio del supremo poder nacional continuará dividido en legislativo, ejecutivo y judicial, que no podrán reunirse en ningún caso ni por ningún pretexto. Se establecerá además un arbitrio suficiente para que ninguno de los tres pueda traspasar los límites de sus atribuciones". (subrayado nuestro).

Como puede notarse, la tendencia era dividir el ejercicio del entonces poder nacional, según la clásica fórmula tripartita, con la aclaración expresa de que los poderes no podrían reunirse nunca. Recordaremos que entre las innovaciones de estas Leyes Constitucionales había dos básicas: en la Primera Ley se estableció un primero y reducido catálogo de derechos del mexicano, y en la Segunda Ley se creó —siguiendo la idea de la segunda parte del artículo anteriormente citado—, un supremo poder conservador, el cual tendría, entre otras facultades, la de "declarar la nulidad de los actos del Poder Ejecutivo cuando sean contrarios a la Constitución o a las leyes", ¿era éste un tribunal administrativo al estilo del Consejo de Estado francés? No, definitivamente, más bien era un aberrante super-poder que podía declarar también la nulidad de las leyes y de los actos de la Suprema Corte, y tenía, además, otras tremendas facultades.

Por otro lado, deseamos hacer las siguientes observaciones sobre las Leyes Constitucionales y la justicia administrativa:

- Resalta que la Ley Cuarta, que se refiere al Poder Ejecutivo, y la Ley Quinta, que se refiere al Judicial, son omisas completamente de cualquier punto relacionado con la justicia administrativa y desconocen, lógicamente, el contencioso administrativo;

sólo recalcan y hacen referencia constante a los "negocios civiles" y "causas criminales".

- Es de notarse que el artículo 17 de la Ley Cuarta es tablecía, como atribución del presidente: "dar, (...) todos los decretos y órdenes que convengan para la mejor administración pública (...)" ; y el artículo 28 de la misma ley decía: "para el despacho de los asuntos de gobierno, habrá cuatro Ministerios: uno de lo Interior, otro de Relaciones Exteriores, otro de Hacienda y otro de Guerra y Marina", porque así se configuraba una organización administrativa basada en el cumplimiento de los cometidos esenciales del Poder Público.

- Por mera curiosidad, notamos que la intervención del Ejecutivo en la "administración de justicia" es omitida en estas Leyes Constitucionales.

- Finalmente, es interesante mencionar el artículo 16, fracción II, de la Ley Quinta prohibía a la Corte "tomar conocimiento alguno sobre asuntos gubernativos o económicos de la Nación", sin existir precepto paralelo al mencionarse las restricciones del Ejecutivo, al cual bien se le pudo haber prohibido, conforme la mentalidad dominante en esa época, tomar conocimiento de asuntos jurisdiccionales o contenciosos, completamente ajenos a su función.

154.bb) Bases Orgánicas. - Siguiendo la línea de los análisis efectuados en los apartados anteriores, en primer lugar, transcribiremos su artículo 5° que por sí sólo se explica y justifica su mención:

"La suma de todo el poder público reside esencialmente en la Nación y se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No se reunirá dos o más poderes en una sola corporación o persona, ni se depositará el Legislativo en un individuo".

Por otro lado, el presidente, recobra, según el artículo 87, fracción IX la atribución de "cuidar que se administre pronta justicia" y se restablece la obligación —conforme el artículo 86, fracción II— de "hacer que a los tribunales se les den todos los auxilios respectivos para la ejecución de las sentencias y providencias judiciales". Es importante señalar que el artículo 93, que establece los ministerios, agrega el de "Justicia, negocios eclesiásticos, instrucción pública e industria"; comenzando, pues, la expansión de los cometidos del Poder Público.

En cuanto al Poder Judicial, sólo es digno de mencionarse que en el artículo 119, fracción II, se reitera que la Suprema Corte no puede "tomar conocimiento alguno sobre asuntos gubernativos o económicos (...)", y que en su ámbito competencial, se confirma su intervención en la impartición de justicia civil y criminal; todavía no se vislumbraba por ningún lado, algún precepto relacionado con la justicia contencioso-administrativa.

155.c) El Acta de Reformas: restauración federalista y orígenes del amparo.— El Congreso Constituyente de 1846-1847 aprobó en su primera sesión lo siguiente: "que el Acta Constitutiva y la Constitución Federal de 1824 forman la única Constitución política de la República".

Durante plena invasión angloamericana, se sancionó el Acta de Reformas de 1847 que restableció la vigencia de la Constitución de 1824, pero adicionándola y reformándola según sus términos. Entre sus innovaciones, el Acta establecería en su artículo 5° que

"para asegurar los derechos del hombre que la Constitución reconoce, una ley fijará las garantías de libertad, seguridad, propiedad e igualdad (...)", y en su artículo 25 se introduce la fórmula clásica del juicio de amparo:

"Los tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales, a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivare".

La fórmula del amparo que se adoptó permanecerá en nuestro sistema jurídico y será la que vendrá a sustituir la necesidad de un sistema contencioso administrativo propio y especializado, que se encargue de impartir la justicia administrativa, porque la defensa de los derechos ciudadanos, contra los ataques que cometa la incipiente administración pública, se hará por este medio.

156.d) El intento frustrado de una jurisdicción administrativa no-judicialista.- Fue durante la última dictadura de Santa Anna (1853-1855), que su ministro Teodosio LARES, intentó el establecimiento de un sistema contencioso-administrativo al estilo francés; lo cual hubiera permitido desarrollar causales de anulación, como el desvío de poder, atendiendo a las circunstancias propias y particulares de nuestra administración y de nuestro Derecho, pero el momento político no fue propicio para ello.

LARES es un verdadero pionero del Derecho Administrativo

nacional y uno de los pocos cultivadores del tema de la justicia administrativa en nuestro país: su obra constituye un valioso precedente del sistema contencioso-administrativo actual. A continuación, mencionaremos algunos puntos fundamentales sobre este serio, aunque efímero intento, que por su importancia vale la pena tratar.

157.aa) La discrepancia interpretativa del principio de división de poderes.- Respecto de esta discrepancia, CARRILLO FLORES nos explica: "Lares representa en el planteamiento de los problemas de nuestro entonces incipiente derecho administrativo el polo opuesto a don Ignacio L. Vallarta que, desde su sitio de presidente de la Suprema Corte, condenó la obra legislativa acaso más importante de don Teodosio, la ley para el arreglo de lo contencioso-administrativo de 25 de mayo de 1853" (268).

Como recordaremos, LARES tuvo una sólida formación y una fuerte influencia continental-europea, sobretodo francesa; en contraste con VALLARTA, influido enormemente por las instituciones anglo-americanas; sin duda que el punto medular de la discrepancia entre ambos personajes fue la interpretación del principio de la división de poderes:

LARES concibe "imposible que la administración exista sin la facultad o sin el poder de juzgar lo contencioso-administrativo, porque conocer y decidir acerca de los actos de la administración, es administrar"; además, escribe que "los tribunales no pue =

(268) Cita tomada del prólogo que don Antonio CARRILLO FLORES hizo para la reimpresión facsimilar de las Lecciones de derecho administrativo, de Teodosio LARES, México:UNAM., 1978.

den ni explicar, ni modificar, ni anular un acto administrativo, porque entonces ellos administrarían" y que "el poder ejecutivo no puede ejercerse por el poder judicial, como se ejercería si éste poder conociera de los actos administrativos" (269). La posición de VALLARTA en relación a esto, es totalmente opuesta, pues para él la facultad de juzgar los actos de las autoridades administrativas corresponde exclusivamente al Poder Judicial (v. infra, § 160-161).

158.bb) Los innovadores y principales preceptos de la Ley LARES.- En esta ley se establecía un sistema contencioso-administrativo de justicia retenida, que se basaba en la existencia de un Consejo de Estado, creado por la Sección segunda de las Bases para la administración de la República del 22 de abril de 1853; dicho Consejo tenía atribuciones administrativas, por lo que existía una sección por cada ministerio, y el artículo 4° de la Ley Lares creó una sección en su seno que conocería de lo contencioso-administrativo y estaría encomendada a cinco consejeros abogados cuyo nombramiento lo daba el presidente.

La Ley Lares en su artículo 1° trató de adaptar el principio francés de separación entre administración y justicia (supra, § 69), al establecer lo siguiente: "No corresponde a la autoridad judicial el conocimiento de las cuestiones administrativas"; quedando especificadas en el artículo siguiente cuáles eran tales cuestiones de administración.

Por otra parte, su artículo 9° prohibía a los tribunales judiciales dictar mandamientos de ejecución o providencias de embar-

(269) LARES, Teodosio, op. cit., pp. 151-152.

go contra la administración, precepto que es antecedente de uno similar en la legislación positiva (v. supra, § 169).

Ahora bien, cabe preguntarse si algún artículo de esta Ley se adelantó a la doctrina y a la jurisprudencia francesa, estableciendo las causales de anulación propias del recurso contencioso-administrativo, entre ellas la que nos interesa, o sea, la de desviación de poder; pero la respuesta es negativa, considerando que "el propio sistema francés se encontraba en plena formación, pues no fue hasta 1872 cuando el Consejo de Estado alcanzó su total autonomía, y no habían brotado aún conceptos tan importantes como el desvío de poder o la responsabilidad del Estado por culpa de los servicios públicos, etc." (270).

Pero se impuso la Revolución de Ayutla y con ello, el fin del régimen santannista, la Ley Lares constituyó sólo un intento de implantación de un régimen contencioso-administrativo no-judicialista que se frustró, ya que en noviembre de 1855 la Ley Juárez derogó toda la legislación anterior sobre administración de justicia. LARES sirvió posteriormente al Imperio de Maximiliano tratando de restablecer su Consejo de Estado, pero como sabemos, las instituciones imperiales y el propio emperador sucumbieron ante las fuerzas republicanas jefaturadas por el propio Juárez; este triunfo significó la plena vigencia en la Constitución Liberal, con las consecuencias que comentaremos en el siguiente apartado.

159.d) En la Constitución liberal de 1857. - A pesar de los graves problemas a que se enfrentó esta Constitución, desde que fue

(270) Cfr. CARRILLO FLORES, en el prólogo a la obra citada de LARES (p. VI, en nota).

dictada logró regir, al menos formalmente, la vida política y jurídica del país durante sesenta años. En verdad, la Constitución de 1917 es casi la misma de 1857, sólo que está reformada sustancialmente en algunos aspectos.

Para los efectos de nuestro desarrollo, sólo nos interesan fundamentalmente los preceptos que en este texto constitucional se consagran a la división de poderes y a ciertas competencias del Poder Judicial, independientemente de que podemos señalar que en esta Constitución se perfecciona el catálogo de garantías individuales, como proyección de la doctrina dominante de los derechos del Hombre (artículos 1° al 29) y se establece definitivamente el juicio de amparo como medio de defensa contra las leyes o actos de cualquier autoridad que violen las garantías individuales (artículos 101 y 102).

160.aa) Confirmación de una división categórica del Poder Público.- El artículo 50 de la Constitución de 1857 divide el Supremo Poder de la Federación en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, pero aclarando que "nunca podrán reunirse dos o más de estos poderes en una persona o corporación (...)", lo que claramente prohíbe que el Poder Ejecutivo y Judicial se reúnan en una misma persona o corporación; situación que sucedería en el momento que el Ejecutivo juzgara sus propios actos, esto según la posición que VALLARTA defendió arduamente en sus famosos Votos y que daba al Poder Judicial el monopolio para juzgar los actos administrativos.

161.bb) La competencia de los tribunales federales.- VALLARTA sostuvo, pues, que pretender establecer en México un concencioso de tipo europeo quebrantaba la Constitución, apoyado en el

artículo 50 y además en el artículo 97 de la Carta de 1857, donde se establecía que correspondía a los tribunales de la Federación conocer "de todas las controversias suscitadas por el cumplimiento y aplicación de las leyes federales"(fracción I) y "de aquéllas en que la Federación fuese parte"(fracción III) ; ambas hipótesis comprendían, en la realidad, verdaderas materias contencioso-administrativas, cuyo juzgamiento se conservaba en el ámbito de los órganos del Poder Judicial, lo cual, aunado a su competencia en materia de amparo, completaba el cuadro netamente judicialista de la Constitución de 1857.

162.cc) Observaciones de la doctrina mexicana contemporánea.

CARRILLO FLORES al comentar el valor actual de las objeciones de los juristas del siglo XIX para la adopción de un contencioso de tipo continental europeo, nos aclara que cuando los jueces son autónomos y no guardan vinculación alguna con la administración, no se puede decir que estén reunidos en una sola persona o corporación dos poderes públicos y que, tan pronto como el juez es autónomo, es una cuestión sin significación el que los juzgadores correspondan al Poder Ejecutivo o Judicial.

Este distinguido autor mexicano afirma, además, que más de un siglo de experiencia y de afianzamiento de un sistema en que el control y la decisión final de las contiendas derivadas del obrar de la administración pública corresponde a los jueces, es suficiente para eliminar toda posibilidad de pensar en México en un sistema de organización de lo contencioso-administrativo en el que no intervengan los jueces del Poder Judicial (271).

(271) Op. cit., p. 177.

Por nuestra parte, consideramos que durante la vigencia de la Constitución de 1857, se cerró todo camino para la implementación de un sistema contencioso-administrativo autónomo y, por tanto, se obstaculizó el desarrollo de las causales de anulación de los actos administrativos; por ello, el desvío de poder fue un figura desconocida en nuestro Derecho durante tantos años, pues el sistema judicialista basado en el amparo no concibe fácilmente el refinado control de los fines del acto administrativo que implica el desvío de poder. Todavía después de la vigencia de la Constitución de 1917, la tendencia era la misma, pero los cambios que sobrevinieron fueron de tal importancia que alteraron el rígido esquema judicialista.

163.B) En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.- Los movimientos revolucionarios de la segunda década del presente siglo, trajeron importantes cambios en nuestras estructuras y fortalecieron otras: como respuesta a la anarquía, se acentuó el presidencialismo, se dictaron y ejecutaron disposiciones laborales y agrarias, la Nación reivindicó el dominio de sus recursos, el Estado promovió la industrialización, etc. Pero en materia de justicia administrativa no hubo modificaciones sustanciales y se sostuvieron prácticamente los mismos principios de la Constitución anterior; será la administración pública la que comience a sufrir trascendentales transformaciones: se da una gran ampliación de sus facultades, en virtud del intervencionismo estatal en la vida social y económica, y de su sostenido crecimiento orgánico, para hacer frente a los nuevos cometidos del Poder Público que se adoptan.

164.a) Textos originales de los artículos pertinentes.- El

artículo 49 casi reproduce el artículo 50 de la Constitución de 1857, pero no es tan categórico, pues reconoce una excepción a la prohibición de reunir dos o más poderes y por una reforma constitucional de 1951, se reconoce otra excepción más (272).

El artículo 103 resulta ser exactamente el mismo artículo 101 de la Carta de 1857 (273) y el artículo 107 vigente da una reglamentación larga y exhaustiva del juicio de amparo, mientras que el artículo 102 anterior sólo daba su fórmula principal, conocida como "fórmula Otero".

El artículo 97 de 1857 da origen al actual artículo 104 Constitucional, cuya primera fracción ha tenido las reformas más significativas en materia de justicia administrativa (infra, § 167-173) (274).

-
- (272) El texto original de dicho artículo, para que pueda ser comparado con el vigente, era el siguiente:
 "El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.
 No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29".
- (273) El texto de ambos preceptos es el siguiente:
 "Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:
 I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales
 II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados, y
 III. Por leyes o actos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal".
- (274) El artículo 104, fracción I, establecía originalmente:
 "Corresponde a los tribunales de la Federación conocer:
 I. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales, o con motivo de los tratados celebrados con las potencias extranjeras. Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales locales del orden común de los Estados, el Distrito Federal y Territorios. Las sentencias de primera instancia serán apelables para ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado. De las sentencias que se dicten en segunda instancia, podrán suplicarse para ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, preparándose, introduciéndose y substanciándose el recurso, en los términos que determine la ley".

165.b) Las justificaciones constitucionales del Tribunal Fiscal en la exposición de motivos de su ley.- La Ley de justicia fiscal de 1936, según su magistral exposición de motivos fue "el primer paso para crear en México tribunales administrativos dotados de la autoridad indispensable para que puedan desempeñar eficazmente las funciones de control de la administración activa, en defensa y garantía del interés público y de los derechos e intereses legítimos de los particulares".

Por otra parte, es importante señalar que a partir de la creación del Tribunal Fiscal de la Federación, se reconoce por primera vez el desvío de poder en un texto positivo, (artículo 56, inciso d) v. infra, § 204) notando curiosamente que ha tenido que penetrar en nuestro Derecho por vía legal y no jurisprudencial, contrastando en esto con el sistema francés.

Para la redacción de esta Ley —en cuya elaboración participaron activamente Carrillo Flores, Cortina Gutiérrez y Sánchez Cuén—, se atendió a ciertos antecedentes legales, jurisprudenciales y doctrinales, examinándose previamente la constitucionalidad de los principios fundamentales en que se sustentaría la justicia administrativa. Resalta, en forma particular, el problema de la validez constitucional de esta ley que creó nuestro primer tribunal administrativo, sobre lo cual la exposición de motivos maneja los siguientes argumentos:

1° No pueden crearse tribunales administrativos con capacidad para emitir fallos que no estén sujetos al examen de ninguna autoridad, pero nada se opone a la creación de tribunales administrativos que, aunque independientes de la administración, no lo sean del Poder Judicial, porque a éste quedan sujetos forzosamente

por la vía del amparo.

2° A partir de 1929, la jurisprudencia ha consagrado que las leyes pueden conceder recursos o medios de defensa para los particulares perjudicados, regulando un procedimiento previo y diverso al del juicio de amparo, que según las tesis de la Corte, no sólo se refiere a los recursos propiamente administrativos, sino también a otros procedimientos jurisdiccionales.

3° Al interpretarse el artículo 14 constitucional, (sobre esta garantía, véase infra, § 188) la jurisprudencia ha sostenido que no es necesario que ese juicio se tramite ante la autoridad judicial, lo cual es un reconocimiento implícito de la legalidad de procedimientos contenciosos de carácter jurisdiccional tramitados ante autoridades no-judiciales.

4° El Tribunal Fiscal ejerce verdaderas funciones jurisdiccionales y aunque esté colocado en el marco del Poder Ejecutivo no ataca el principio de separación de poderes, porque se erige como un tribunal administrativo de justicia delegada, no de justicia retenida y se consagra su autonomía orgánica, tan necesaria para que pueda hablarse precisamente de una justicia administrativa.

166.c) Discusiones y necesidad de una reforma constitucional.- A pesar de los loables esfuerzos de los creadores de la Ley de justicia fiscal, en opinión de algunos autores faltaba una base constitucional expresa que otorgara seguridad y permanencia a la jurisdicción administrativa instaurada en 1937; la falta de dicha base la obligó a trabajar durante casi diez años al margen de la Constitución, pues no nos atrevemos a afirmar que funcionó en contra de la Constitución, ya que consideramos válidos los argumentos de

su constitucionalidad mencionados anteriormente (supra, § 165).

Tanto la tesis vallartiana como la laresiana, resultaban inoperantes para justificar el rechazo o la instauración del nuevo sistema de justicia administrativa; pensemos que la invocación de respeto al principio de división o separación de poderes, ha servido siempre para fundamentar ambas posiciones, y que el desarrollo de las instituciones políticas y jurídicas en el presente siglo, ha desbordado por completo las concepciones decimonónicas.

El desvío de poder corrió siempre con una suerte paralela a la de la jurisdicción administrativa: si se consideraban constitucionales los tribunales administrativos, sus figuras procesales, fundamentalmente las causales de anulación como el desvío de poder, tendrían que ser también constitucionales; reflexionemos, en verdad ¿cómo se argumentaría la inconstitucionalidad del control jurisdiccional de los fines indebidos que puede perseguir la administración al dictar ciertos actos discrecionales? ¿qué violación de garantías puede invocarse cuando se está ejerciendo voluntariamente un medio de defensa legal que puede darnos la misma reparación que el amparo? o, suponiendo sin conceder, que fuera cierta la inconstitucionalidad del desvío de poder ¿quiénes podrían tener interés para actuar como quejosos, ya que los particulares resultarían evidentemente beneficiados con esta figura jurídica, aún cuando hubiera sido calificada de inconstitucional?

Surge la necesidad de una reforma constitucional, con motivo del establecimiento de un medio de defensa de las autoridades contra las sentencias que dictaba el Tribunal Fiscal. Por ello la reforma no iba a dirigirse a modificar el artículo 49, ya que en sentido estricto los tribunales administrativos no constituyen la

reunión de dos poderes: no desplazan ni sustituyen al Poder Judicial porque éste podrá revisar sus fallos definitivos, sea mediante amparo o revisión, y en realidad solamente juzgan, no administran, pues sus sentencias, que son de simple anulación, no hacen el lugar de la resolución administrativa impugnada. Tampoco se consideró conveniente tocar los capítulos II (del Poder Legislativo) y III (del Poder Ejecutivo) del Título III constitucional; entonces lo que se hizo fue proceder a reformar el artículo 104, fracción I, del capítulo que regula al Poder Judicial, en virtud que en dicho precepto había existido el recurso de súplica, antecedente inmediato del medio de defensa que se deseaba constitucionalizar.

167.d) Evolución del artículo 104 constitucional en su fracción I.- Partiendo de los antecedentes y del texto de este artículo y fracción en el proyecto de Constitución presentado al Congreso Constituyente de Querétaro, que pasó a ser el texto aprobado y vigente a partir de 1917, estudiaremos en forma progresiva las diversas reformas constitucionales que ha tenido el artículo 104 constitucional, sólo en su primera fracción: la de 1934, la de 1946, la de 1967 y la de 1974; de dichas reformas, únicamente la segunda y la tercera fueron las que mencionaron y reconocieron la jurisdicción administrativa autónoma, introduciendo un cambio fundamental en nuestro régimen judicialista de impartición de justicia administrativa. Mencionaremos también un proyecto de reforma del año 1937, que no prosperó, pero que fue un precedente importantísimo para la reforma de 1946.

168.aa) Los antecedentes y el texto propuesto por Carranza.- El Primer Jefe sometió al Constituyente su proyecto de Constitución

el 1º de diciembre de 1916, en el que se contemplaba un texto idéntico al que se aprobó, y que entró en vigor a partir de 1917, sólo que llevaba originalmente el numeral 103. No reproducimos el texto completo del artículo 104, fracción I, tal como fue dictado en 1917 porque ya lo hicimos anteriormente (v. supra § 164, nota 274).

Uno de sus antecedentes era el artículo 97, fracción I, de la Carta liberal (v. supra, § 161), cuya ley reglamentaria no llegó a expedirse, impidiéndose así la intervención de la Suprema Corte en asuntos judiciales del orden federal diversos al amparo: era precisamente en este tipo de asuntos, o sea, los que tratan de "controversias derivadas del cumplimiento y ejecución de leyes federales" de tipo administrativo, que la Corte pudo haber tenido una vital participación, pues habría impartido justicia administrativa por una vía distinta a la del amparo, dejando incluso a la imaginación, que de esa forma se hubieran podido crear jurisprudencialmente diversos controles de legalidad, entre ellos, el de legalidad de los fines de los actos administrativos, tan íntimamente ligado a la desviación de poder.

El otro antecedente era el artículo 100 de la Constitución de 1857, que establecía esencialmente lo siguiente:

"(...) la Suprema Corte de Justicia de la Nación será tribunal de apelación o bien de última instancia, conforme a la graduación que haga la ley (...)"

169.bb) La primera reforma de 1934: supresión de la súplica.- Efectivamente, por reforma publicada el 18 de enero de 1934 fue suprimida la última oración de la fracción I del artículo 104, que establecía la posibilidad de interponer súplica ante la Corte contra

las sentencias dictadas en segunda instancia por los tribunales locales del orden común a que se refiere la misma fracción.

La Suprema Corte se había desentendido del origen de este recurso de súplica, restablecido en 1917, por el Constituyente y arraigó la tesis de que la súplica sólo procedería en los negocios de jurisdicción concurrente, lo que significaba prácticamente que la Corte se convirtiera sólo en un tribunal de tercera instancia para litigios entre particulares. En otras palabras, la Suprema Corte consagraba el criterio de que nada más mediante el juicio de garantías podrían elevarse a la decisión del máximo tribunal de la República, las contiendas derivadas de violaciones a los textos fundamentales del país; lo cual era admitir que la lesión a los intereses públicos cometida por tribunales inferiores, y aún el desconocimiento de las leyes federales que no lesionaran ningún interés privado, no podrían ser objeto de reparación por la Suprema Corte.

De esta forma, notamos nosotros, el régimen judicialista mexicano se endurecía y las contiendas contencioso-administrativas sólo iban a poder ser resueltas mediante el amparo —el cual fue creado, más bien, para resolver litigios en que estuvieran en juego las garantías individuales o el sistema federal—, lo cual implicaba, e implica todavía en algunos casos, tener que elevar a violación de garantías individuales cualquier irregularidad legal de la actuación administrativa.

170.cc) La iniciativa de reforma de 1937: intento fallido de constitucionalización de la jurisdicción administrativa autónoma. Esta iniciativa cardenista para reformar la fracción I del artículo 104 fue presentada en octubre de 1937 al Congreso, mas no prosperó;

sin embargo, contenía elementos importantes que serán considerados en la reforma de 1946 que sí fructifica; por esto, su exposición de motivos se reproduce, en su mayor parte, en la iniciativa de 1946.

El proyecto de reforma se promovió con la mira de procurar una mayor garantía para los intereses públicos, pues su finalidad era la de establecer la competencia de la Suprema Corte para conocer, en última instancia, de las decisiones de los tribunales inferiores que causaren algún agravio a la Federación, lo cual aparece como un simple restablecimiento del principio de igualdad procesal de las partes, porque mientras los particulares podían inconformarse ante la Corte, por la vía del amparo, las autoridades no podían hacerlo y tenían que conformarse con la decisión que se pronunciaba en su contra.

Como la Suprema Corte fue de la opinión de que, suprimida la súplica del texto constitucional, sólo podía ser restablecida con una enmienda a la Ley fundamental, la iniciativa que comentamos proponía su restablecimiento expreso adicionando el siguiente segundo párrafo a la fracción I del artículo 104:

"En los juicios en que la Federación esté interesada contra las sentencias de segunda instancia o del Tribunal Fiscal de la Federación, o contra los fallos definitivos de otros tribunales administrativos autónomos, cuando así lo prevengan las leyes, procederá el recurso de súplica ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y si no estuviere establecido este recurso, los particulares podrán interponer amparo directo" (subrayados nuestros).

Claro que la esencia del precepto era reconocer constitucionalmente el discutido recurso de súplica, pero se quiso aclarar explícitamente que dicho recurso procedería contra las sentencias definitivas del Tribunal Fiscal, entonces recién creado, o de

tribunales administrativos autónomos; es evidente que la Constitución no podía reconocer la constitucionalidad de dicho recurso sin presuponer y aceptar, previamente, que tales tribunales administrativos eran constitucionales.

171.dd) La reforma de 1946: constitucionalización de los tribunales administrativos autónomos.- La iniciativa de esta reforma constitucional que fue presentada al Congreso en octubre de 1945, hacía referencia a la iniciativa de 1937 y señalaba una cuestión fundamental:

Que habiendo dictado la Suprema Corte algunas decisiones favorables a que el legislador pudiera crear en favor del Estado un recurso para llegar a la Corte, a partir de 1941, volvió a sostener el criterio que sólo por una reforma constitucional podría conceder se dicha competencia, por lo que resultaba necesario terminar con la injusta y antijurídica situación existente, que permitía a los intereses privados llegar a la Suprema Corte a través del amparo, aún en el caso de negocios insignificantes y, en cambio, no lo permitía por ningún medio a los intereses públicos, aún tratándose de negocios importantísimos. El texto que se propuso adicionar fue aprobado en todos sus términos y apareció publicado en el D.O. del 30 diciembre 1946; a continuación lo transcribimos:

"En los juicios en que la Federación esté interesada, las leyes podrán establecer recursos ante la Suprema Corte de Justicia contra las sentencias de segunda instancia o contra las de tribunales administrativos creados por ley federal, siempre que dichos tribunales estén dotados de plena autonomía para dictar sus fallos".

Esta reforma reconoció, por fin, la existencia de los tribunales administrativos autónomos, lo que equivalía a reconocer =

les, aunque sea en forma indirecta, su constitucionalidad; por supuesto que la reforma iba dirigida, fundamentalmente, a permitir que las sentencias del Tribunal Fiscal pudieran ser recurridas por las autoridades ante la Corte en una última instancia, que dejó de denominarse súplica y que adaptaría el nombre de recurso de revisión.

Ahora bien, ¿qué relación puede tener esto con el desvío de poder? Pues que tratándose de sentencias definitivas, que hubieran pronunciado la nulidad del acto por la causal desvío de poder, las autoridades podrían pedir su reconsideración para que la Suprema Corte revisara los fundamentos del fallo, pudiendo confirmarlos o desconocerlos; llegando así al caso en que una figura típica de la jurisdicción administrativa, como lo es el desvío de poder, llegaría al conocimiento y análisis de la jurisdicción judicial.

172.ee) La reforma de 1967: superaciones técnicas de la anterior.- Durante la vigencia de la reforma de 1946 se reglamentó el recurso que permitía impugnar los fallos del Tribunal Fiscal en última instancia ante la Corte, pero se abusó de este recurso y al entrar en vigor el Código Fiscal federal de 1967 se limitó considerablemente su procedencia. Algunos meses después, apareció publicada la reforma al segundo párrafo adicionado en 1946, sustituyéndolo por tres nuevos párrafos que son los vigentes y que a la letra dicen:

Artículo 104. (...)

Fracción I.- (...)

"Las leyes federales podrán instituir tribunales de lo contencioso administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública Federal o del Distrito y

Territorios Federales, y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones."

"Procederá el recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia contra las resoluciones definitivas de dichos tribuna = les administrativos, sólo en los casos que señalen las leyes federales, y siempre que esas resoluciones hayan sido dictados como consecuencia de un recurso interpuesto dentro de la jurisdicción conten = cioso-administrativa."

"La revisión se sujetará a los trámites que la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución fije para la revisión en amparo indirecto, y la resolución que en ella dicte la Suprema Corte de Justicia, quedará sujeta a las normas que regulan la ejecutoriedad y cumplimiento de las sentencias de amparo".

Esta reforma es a todas luces superior, técnicamente a la anterior: el párrafo segundo es el que nos interesa en forma particular y los párrafos tercero y cuarto regulan el recurso de revisión fiscal, tema bastante interesante pero en el que no podemos profundizar (275).

En dicho segundo párrafo, la Constitución permite la institucionalización de los tribunales federales autónomos de lo contencioso administrativo, aclarando que tendrán a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración y los particulares. El texto constitucional estima que la organización, funcionamiento y procedimiento; así como los recursos de tales tribunales, deben quedar a cargo de la ley que los instituye. Ahora sí con tal reforma,

(275) Impero, no queremos dejar de mencionar que la revisión prevista en dichos párrafos es un verdadero "derecho de acción constitucional" para inmunar fallos definitivos de los tribunales administrativos autónomos y que es exclusivo de las autoridades. Por su tramitación, esta revisión constituiría una especie de "amparo de autoridad". El Código Fiscal de 1983 le denomina "revisión fiscal" (artículo 250 del C.F.F.), puesto que es común para quienes no son versados en la materia contenciosa fiscal, que se le confunda con el recurso de revisión que se tramita ante la Sala Superior del propio Tribunal Fiscal de la Federación (arts. 248-249 del C.F.F.), o con el recurso de revisión previsto en la Ley de amparo (arts. 83-94).

no queda duda alguna de la plena constitucionalidad de la jurisdicción administrativa en nuestro régimen jurídico, acallándose cualquier discusión al respecto y la cual va a implicar, aunque sea indirectamente, la constitucionalidad de sus causales como el desvío de poder.

173.ff) La última reforma de 1974: sólo una necesaria aclaración.- El 8 de octubre de 1974 fue publicada una reforma a diversos artículos constitucionales. Con motivo de la desaparición de los Territorios Federales, se hizo necesario adaptar diversos preceptos a la nueva situación, nuestro segundo párrafo de la fracción I del artículo 104, quedaba en su parte conducente, como sigue: "(...) controversias que se susciten entre la Administración Pública Federal o del Distrito Federal, y los particulares (...)"; se trataba, pues, sólo de una necesaria aclaración.

CAPITULO V

EL AMPARO, LAS GARANTIAS INDIVIDUALES Y EL DESVIO DE PODER

S U M A R I O

=====

- 174. Importancia y relación del juicio de garantías con el desvío de poder y con nuestro sistema contencioso-administrativo en general.
- 175.A) Breve referencia a los catálogos de derechos humanos.
 - 176.a) En otros países.
 - 177.b) En nuestro país.
- 178.B) Los derechos públicos subjetivos y su protección jurisdiccional.
 - 179.a) Derechos subjetivos típicos del administrado.
 - 180.b) Su limitado campo deja fuera de control la mayor parte de la legalidad administrativa.
 - 181.c) Los tribunales contencioso-administrativos y la construcción de un nuevo derecho subjetivo.
 - 182.d) El principio de legalidad como garantía de protección a la libertad individual.
- 183.C) Clasificación y estudio de las garantías: especial énfasis en las de seguridad jurídica.
 - 184.a) Garantías de igualdad.
 - 185.b) Garantías de libertad.
 - 186.c) Garantías de propiedad.
 - 187.d) Garantías de seguridad jurídica.
 - 188.aa) El artículo 14 constitucional.
 - 189.bb) El desvío de poder y las garantías de audiencia y de legalidad.
 - 190.cc) El artículo 16 constitucional.
 - 191.dd) La motivación tratándose de facultades discrecionales.
 - 192.ee) Motivación y desvío de poder.
 - 193.ff) Propuestas de constitucionalización de la desviación de poder.
 - 194.gg) Posible denegación de justicia y necesidad de otros cambios.
- 195.D) El amparo administrativo y la jurisdicción contencioso-administrativa.
 - 196.a) El desvío de poder ante el amparo administrativo directo e indirecto.
 - 197.b) Control de constitucionalidad y de legalidad: problemática actual.
 - 198.c) Reflexión final: ¿es la ilegalidad desvío de poder también una inconstitucionalidad?

CAPITULO V

EL AMPARO, LAS GARANTIAS INDIVIDUALES Y EL DESVIO DE PODER

174. Importancia y relación del juicio de garantías con el desvío de poder y con nuestro sistema contencioso-administrativo en general.- En el presente capítulo tratamos otros aspectos constitucionales de nuestro tema, vinculamos la noción de desvío de poder con las garantías individuales y con el juicio de amparo; creemos que la relación entre estas tres cuestiones básicas, aunque pudiera parecer forzada para algunos, en realidad no lo es, sobretodo en nuestro régimen jurídico. en el que la violación de garantías opera como requisito indispensable para la procedencia del amparo (por ello se le denomina "juicio de garantías" o "juicio constitucional"), el cual ha funcionado como el recurso jurisdiccional ante autoridad judicial que sustituiría la necesidad del contencioso-administrativo autónomo, cuyo mecanismo de funcionamiento opera en base a las causas clásicas del contencioso francés (entre ellas la desviación de poder), y cuyos fallos son revisados por el propio Poder Judicial federal, precisamente mediante el amparo.

Hemos visto, por otro lado, cómo la causal desvío de poder nace, se desarrolla y declina en el sistema francés (v. supra, § 95-125); ahora se requiere conocer las principales características del contencioso-administrativo mexicano, para determinar con claridad el desarrollo y viabilidad de funcionamiento de esta causal en nuestro sistema. Por esto, debemos tratar los rasgos esenciales de nuestro sistema contencioso, que serían:

Primero.- La posibilidad de impugnación mediante el amparo de todos los actos de autoridad ante jueces judiciales federales, quienes ejercen tanto el control de constitucionalidad, como de legalidad.

Segundo.- La existencia de dos tribunales administrati-
vos federales autónomos, que son el Tribunal Fiscal de la Federación
y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal.
(276), los cuales ejercen un control de legalidad de los actos admi-
nistrativos sujetos a su competencia mediante el juicio de nulidad y
el manejo de las causales que hemos visto (supra, § 51-58).

En base a estas consideraciones, este capítulo compren-
derá, inicialmente, una referencia a los catálogos de derechos huma-
nos (A), seguido de un breve desarrollo sobre la protección jurisdic-
cional de los derechos públicos subjetivos (B); pasando posteriormen-
te al estudio clasificado de nuestras garantías individuales (C), es-
pecialmente las relacionadas con el desvío de poder y, finalmente,
haremos algunos comentarios sobre cuestiones relacionadas con el
amparo administrativo y la jurisdicción contencioso-administrativa
autónoma (D).

175.A) Breve referencia a los catálogos de derechos humanos.-

Consideramos conveniente iniciar este capítulo haciendo unas breves
referencias a los catálogos de derechos humanos, tanto en el Derecho
comparado, como en el Derecho mexicano, porque constituyen precisa-
mente la base sobre la cual nuestro régimen ha reconocido y desarro-
llado el catálogo de "garantías individuales", formalmente consigna-
das en los primeros 29 artículos de la Constitución de 1917.

(276) Existe un tercer tribunal administrativo, cuyo estudio excluimos en la presente
investigación, que es el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje; creado
desde 1938, es el encargado de dirimir las controversias laborales entre el Po-
der Público y sus servidores, tiene una jurisdicción arbitral de atribución y
una integración colegiada y tripartita. Mas surgiría la interrogante ¿podría
operar el desvío de poder ante este tribunal, tratándose de decisiones de las
autoridades que afecten los derechos laborales individuales de sus servidores?
Teóricamente sí pueden plantearse hipótesis de despidos injustificados o movi-
mientos escalafonarios decretados por "consideraciones ajenas al servicio" que
pudieran estar viciados en cuanto a su fin; pero como en la realidad el proceso
laboral burocrático no se ha estructurado según el modelo contencioso de anula-
ción, con sus respectivas causales, el desvío de poder resulta completamente ino-
perante.

La brevedad del comentario nos hace dividirlo únicamente en dos apartados; en el primero, trataremos el tema en otros países, para tratarlo a nivel nacional en el segundo.

176.a) En otros países.- Como consecuencia de los movimientos libertarios que se sucedieron en el último cuarto del siglo XVIII en los Estados Unidos de Norteamérica y en Francia, ambos países reconocieron por primera vez la existencia de un grupo de derechos "inalienables, imprescriptibles, sagrados e inviolables" del Hombre, los cuales fueron consignados en sendos documentos constitucionales, estableciéndose así uno de los pilares del moderno Estado de Derecho (v. supra, § 12, in fine).

Sería muy amplio explicar la evolución y contenido de los derechos humanos en el mundo; sólo bastenos saber que la doctrina de los derechos humanos ha trascendido hasta nuestros días y que su más acabada manifestación escrita se encuentra en la Declaración universal de derechos humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948; como recordamos, anteriormente citamos ya uno de sus preceptos, al hablar de los fundamentos del contencioso-administrativo (v. supra, § 62).

Aunque bajo distintas denominaciones (libertades individuales, libertades públicas, derechos individuales, derechos públicos, derechos públicos subjetivos, garantías individuales, etc.), en todos los regímenes jurídicos se han consagrado ciertos derechos humanos, los cuales operan como límites al poder de los órganos estatales; por esto, se dice que constituyen derechos naturales que el Estado debe reconocer, respetar y proteger, otorgándoles alguna protección jurídica especial.

Ahora bien, no negamos ni ignoramos que el establecimiento formal de los derechos humanos dista mucho de su práctica cotidiana; al contrario, deseamos apuntar con énfasis, que hay factores determinantes de las estructuras sociales, económicas y políticas, que influyen directamente en el nivel de efectivo respeto de los derechos humanos en cada país.

177.b) En nuestro país.- No nos corresponde realizar en estas páginas un profundo análisis de los diversos catálogos de derechos humanos que se han ensayado en nuestro sistema jurídico a lo largo de la historia, incluyendo al actual; sólo consideramos necesario hacer las siguientes puntualizaciones al respecto:

-En nuestro Derecho los derechos humanos son conocidos bajo la denominación específica de "garantías individuales" y constan en el primer capítulo del Título I de la Carta Magna de 1917.

-Se abandonó definitivamente la corriente jusnaturalista que imperaba en la Constitución de 1857, adoptándose la corriente positivista, pues ahora nuestra Constitución "otorga las garantías de que gozará todo individuo", ya no "reconoce que los derechos humanos sean la base y el objeto de las instituciones sociales".

-En el texto constitucional actual se incluyen las llamadas "garantías sociales" (artículos 27 y 123), las cuales como producto histórico de las luchas revolucionarias, han sido otorgadas para beneficio de las dos clases sociales más desvalidas, los campesinos y los obreros; si bien, aún no se ha reconocido su defensa mediante el amparo.

-Para lograr el debido respeto de las garantías individuales existe una protección jurídica especial, consistente en el juicio de amparo, el cual, como medio de impugnación contra las con

ductas ilegítimas de la administración pública, plantea una problemática muy particular en nuestro sistema contencioso-administrativo, por su difícil y discutida co-existencia con los recursos y medios de defensa instituidos ante los tribunales administrativos autónomos.

178.B) Los derechos públicos subjetivos, y su protección jurisdiccional.- La necesidad de hacer algunas acotaciones sobre los derechos públicos subjetivos surge, en virtud de que se trata de un tema íntimamente relacionado con las tres nociones que encabezan nuestro capítulo: las garantías individuales han sido estructuradas en nuestro Derecho como verdaderos derechos públicos subjetivos y el amparo constituye, desde luego, su protección jurisdiccional; nos encontramos, luego, con la interrogante de saber si al desvío de poder corresponde, paralelamente, un derecho público subjetivo de los administrados. Ahora, como no todos los derechos públicos subjetivos son los reconocidos como garantías y el amparo no es su única protección jurisdiccional surge, entonces, la relación de este subtema con el sistema contencioso-administrativo, el cual constituye otro medio de protección y reconoce otro tipo de derechos subjetivos.

No podemos dejar de mencionar que la fuente documental de nuestras reflexiones en torno a estas cuestiones, la encontramos en la obra de GARCÍA de ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (277).

179.a) Derechos subjetivos típicos del administrado.- Debemos admitir, inicialmente, que en el Derecho Administrativo moderno el administrado no sólo tiene una posición pasiva de obediencia y cumpli

(277) Op. cit., tomo II, pp. 34 y siguientes.

miento de deberes, sino que es titular de situaciones jurídicas activas frente a la administración, en tres supuestos típicos:

-Derechos subjetivos de naturaleza patrimonial (en cualquiera de sus tres clases: legal, contractual y extracontractual por daño).

-Derechos creados, declarados o reconocidos por actos administrativos singulares en favor de una persona determinada.

-Situaciones de libertad individual (aquí se ubicarían nuestras "garantías individuales"), articuladas técnicamente como derechos subjetivos.

En estos tres casos tradicionales, se trata de intereses privados en servicio de los cuales el ordenamiento jurídico confiere un poder en favor de su titular, por el cual puede imponer a la administración una conducta determinada.

180.b) Su limitado campo deja fuera de control la mayor parte de la legalidad administrativa.- El problema verdaderamente grave que plantea la cuestión de las figuras subjetivas activas del administrado, no es el de las peculiaridades de sus formas típicas, sino su extraordinaria limitación de ámbito, pues fuera del campo que cubren, queda lo más importante de las posibilidades de actuación de la administración. Si la protección jurisdiccional apuntara únicamente a tales derechos subjetivos típicos, se dejaría realmente sin garantía la observancia del grueso de la legalidad administrativa; por ejemplo, todas las prescripciones legales sobre organización administrativa y atribución de potestades, si tales normas no pueden ser hechas valer por los ciudadanos, quedarían reducidas a simples reglas morales para la administración, que ella sola sería libre de

acatar o violar. Podemos notar que esta cuestión alcanza una muy alta significación en el Derecho público y es válida en nuestro sistema jurídico, puesto que las infracciones a la ley que no alcanzan a afectar derechos públicos subjetivos consagrados como garantías individuales quedan sin control jurisdiccional, ya que el amparo resulta improcedente.

181.c) Los tribunales contencioso-administrativos y la construcción de un nuevo derecho subjetivo.- Ante los tribunales contencioso-administrativos se pueden tutelar algunos de los derechos subjetivos típicos que hemos señalado, pero también parecen proteger situaciones jurídicas subjetivas distintas: aunque se dice que los ciudadanos no tienen un derecho subjetivo a la legalidad y que por tanto no puede hablarse de un derecho a la competencia de los órganos, o de un derecho a las formas o, incluso, de un derecho al fin de interés general; sin embargo, en la práctica, la incompetencia, el desconocimiento de las formas, la violación de la ley y la desviación del poder, constituyen las típicas causales de ilegalidad de los actos administrativos que producen su nulidad. La administración, en realidad, no tiene la obligación jurídica de observar la legalidad "hacia los ciudadanos", puesto que es un deber puramente objetivo; empero, sí puede decirse que la administración está objetivamente obligada a respetar la legalidad.

Lo que mueve al recurrente ante una jurisdicción contencioso-administrativa no es un abstracto interés por la legalidad, sino el concretísimo interés de considerar que la administración le está perjudicando al obrar fuera de la legalidad y que, por tanto, ese perjuicio debe de ser destruido mediante la eliminación del acto

ilegal que lo causa; de este modo se conectan interés subjetivo y legalidad objetiva. Ahora bien, donde radica el nuevo derecho subjetivo no es en la violación abstracta de la norma, sino en la acción que se otorga para eliminar el acto que habiendo violado la norma, causa un perjuicio personal al ciudadano; este derecho subjetivo se revela claramente en la atribución por el ordenamiento de una acción impugnatoria.

Por otro lado, anotamos que no cabe la renuncia previa a impugnar los actos administrativos ilegales (278), ya que

(278) La invalidez de la renuncia expresa del derecho a impugnar los actos administrativos fiscales, ha sido recientemente reconocida en nuestro Derecho positivo por el artículo 202, fracción IV del Código Fiscal de la Federación, que tuvo como antecedente el artículo 190, fracción III del Código anterior. En el precepto vigente se ha eliminado la posibilidad de demostrar un consentimiento expreso, el cual, como causa de improcedencia, implicaba el sobreseimiento del juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal. Los textos correspondientes a ambos preceptos son:

Art. 190.- "Es improcedente el juicio ante el Tribunal Fiscal: III.- Contra resoluciones o actos consentidos, expresa o tácitamente, entendiéndose por estos últimos aquellos contra los que no se promovió el juicio de los plazos señalados en este Código".

Art. 202.- "Es improcedente el juicio ante el Tribunal Fiscal de la Federación; contra actos: IV.- Respecto de los cuales nubiere consentimiento, entendiéndose que hay consentimiento únicamente cuando no se promovió algún medio de defensa en los términos de las leyes respectivas o juicio ante el Tribunal Fiscal en los plazos que señala este Código" (notándose que este texto no corresponde al precepto original, tal como estaba antes de las reformas publicadas el 31 de diciembre de 1982, que mantenía "...consentimiento expreso o tácito, entendiéndose que hay consentimiento tácito...").

Sin embargo, la ley del Tribunal Contencioso Administrativo del Distrito Federal y la Ley de Amparo, en los artículos 71, fracción V y 73, fracción XI, respectivamente; sí reconocen la existencia de un consentimiento expreso implicando, en la práctica, la renuncia a ejercer el derecho de impugnación. Igualmente transcribimos, en la parte conducente, los preceptos relativos:

Art. 73.- El juicio de amparo es improcedente: XI. Contra actos consentidos expresamente o por manifestaciones de voluntad que entrañen ese consentimiento.

Art. 71.- El juicio ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal es improcedente: V. Contra actos (...) que hayan sido consentidos expresa o tácitamente entendiéndose por estos últimos aquellos contra los que no se promovió el juicio dentro de los plazos señalados por esta ley.

antes de la lesión o perjuicio no existe un derecho subjetivo del cual pueda disponer su titular; lo que existe, siempre, es el simple deber impuesto por la ley a la administración de respetar y no interferir, más que legalmente, en el ámbito vital de los ciudadanos; pero una vez violado este deber, surge un verdadero y nuevo derecho subjetivo: el de reparación o retribución.

182.d) El principio de legalidad como garantía de protección a la libertad individual.- Enriqueciendo lo que ya vimos sobre el principio de legalidad (supra, § 14), podemos señalar que constituye una técnica para garantizar la libertad en este sentido: toda acción administrativa que fuerce a un ciudadano a soportar lo que la ley no autoriza o le impida hacer lo que la ley permite, no sólo es una acción ilegal, es una agresión a la libertad de dicho ciudadano (artículo 5° de la Declaración de 1789).

Así pues, la oposición a un acto administrativo ilegal, y el consiguiente derecho de acción ante un órgano jurisdiccional para impugnarlo son, en último extremo, medios de defensa de la libertad de quien ha resultado afectado injustamente por dicho acto.

Nuestro sistema jurídico contempla la "garantía de legalidad", dentro del grupo de garantías de seguridad jurídica, cuya utilidad y proyección en el amparo es de vital importancia y constituye uno de nuestros puntos de mayor interés en los próximos apartados (v. infra, § 187-192).

183.C) Clasificación y estudio de las garantías individuales.- El conjunto de garantías consagradas en la Constitución federal mexicana pueden clasificarse en cuatro grupos principales: ga-

rantías de igualdad, de libertad, de propiedad y de seguridad jurídica (279), señalaremos el contenido de los tres primeros grupos, e interesándonos particularmente en el último grupo, profundizaremos sobre las garantías específicas contenidas en los artículos 14 y 16 constitucionales.

184.a) Garantías de igualdad.- Se consagran garantías individuales específicas de igualdad, en los siguientes preceptos constitucionales:

Artículo 1º, pues considera capaces y posibilitados a todos los hombres sin excepción para gozar de las garantías instituidas en la propia Ley fundamental.

Artículo 2º, ya que al proscribir la esclavitud, impide que un hombre pueda ejercer sobre los demás un poder o dominio ilimitado.

Artículo 4º, que viene a confirmar la igualdad jurídica del varón y de la mujer.

Artículo 12, el cual implica la negación de una artificiosa jerarquía social basada en títulos de nobleza o prerrogativas hereditarias.

Artículo 13, su diverso contenido refuerza la igualdad ante la ley de todos los habitantes del país (elimina fueros, emolumentos fuera de la ley, tribunales especiales y leyes privativas).

185.b) Garantías de libertad.- Las libertades vigentes po=

(279) Cfr. BURGOA, Ignacio, Las garantías individuales, México: Porrúa, 7a. ed., 1972, pp. 273 y siguientes.

demos decir, sumariamente, que son las siguientes:

La libertad de trabajo (art. 5°), la libre expresión de ideas (art. 6°), la libertad de imprenta (art. 7°), la libertad de reunión y asociación (art. 9°), la libre posesión y portación de armas (art. 10), la libertad de tránsito (art. 11), la libertad de creencias religiosas (art. 24), la libre circulación de correspondencia (art. 16, penúltimo párrafo) y la libre concurrencia económica (art. 28).

186.c) Garantías de propiedad.- A pesar de que el texto de nuestro artículo 27 constitucional se aleja de la concepción absoluta de la propiedad y la sujeta a importantes modalidades de interés público, subsiste la propiedad individual o privada como un derecho público subjetivo, entre cuyas garantías encontramos que su expropiación sólo cabe mediante indemnización y por causa de utilidad pública.

187.d) Garantías de seguridad jurídica.- Hay diversas garantías de este tipo comprendidas en los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 constitucionales. No es el caso hacer un estudio omnicompreensivo, sino sólo nos concentraremos en desarrollar las contenidas en los artículos 14 y 16 constitucionales, por su especial vinculación con el amparo administrativo y con el desvío de poder. Entendamos, por garantías de seguridad jurídica, el conjunto de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse la actividad estatal para generar una afectación válida en la esfera del gobernado.

188.aa) El artículo 14 constitucional.- En este complejo

precepto, los administrados pueden encontrar una amplísima protección, implicada en cuatro garantías concretas: la de irretroactividad legal, la de audiencia, la de legalidad en materia judicial penal y la de legalidad en materia jurisdiccional civil y administrativa (280). La primera y tercera no revisten especial importancia para nuestro tema, las otras sí, procediendo de inmediato a su desglose:

1° Garantía de audiencia: ésta es contemplada en el 2° párrafo y comprende cuatro puntos: que para una privación de derechos, en general, se siga un juicio, que tal juicio se sustancie en tribunales establecidos previamente, que se observen en el mismo las formalidades procedimentales esenciales y que el fallo se dicte conforme a las leyes expedidas anteriormente al hecho o circunstancia que ocasionó el juicio.

Esta disposición constitucional corresponde a la fórmula angloamericana del "debido proceso legal", tal como ha sido interpretado por su jurisprudencia. Por otra parte, la interpretación jurisprudencial mexicana ha entendido que tratándose de actos administrativos privativos de alguno de los bienes jurídicos tutelados por este artículo, el "juicio" a que se refiere el precepto puede traducirse en cualquier procedimiento legal que se sustancie, incluso, ante la misma autoridad administrativa, independientemente que existan recursos o medios de defensa posteriores contra dichos actos. Lo importante es, pues, que tal procedimiento constituya un medio para que el administrado formule su defensa y pueda oponer sus pruebas, antes de que se realice en su perjuicio el acto administrativo de privación.

(280) Cfr. BURCOA, op. cit., p. 503.

Sin embargo, la misma jurisprudencia ha establecido ciertas excepciones; una de ellas son los actos administrativos dictados en materia tributaria, ya que la actividad impositiva no puede quedar paralizada por el requisito previo de la audiencia.

2° Garantía de legalidad en materia jurisdiccional civil y administrativa: aunque el texto parece limitar la garantía exclusivamente al campo civil, estrictamente hablando, la jurisprudencia de la Corte ha extendido su aplicación a toda materia jurisdiccional —exceptuando la penal—, incluyendo entonces junto a la materia civil propiamente dicha, la materia procesal del trabajo y la materia contencioso-administrativa. No obstante, consideramos que la interpretación de las leyes administrativas y laborales no debe seguir los mismos principios de la legislación civil: francamente hace falta que el Poder Revisor de la Constitución (artículo 135) adicione uno o dos párrafos más al artículo 14, estableciendo las reglas o criterios generales de interpretación correspondientes al ámbito laboral y administrativo.

189.bb) El desvío de poder y las garantías de audiencia y de legalidad.— Ahora bien, ¿qué trascendencia tienen para nuestro tema estas dos garantías específicas de seguridad jurídica? En primer lugar, cuando una autoridad viola la garantía de audiencia por la inobservancia de las formalidades esenciales del procedimiento administrativo, nos preguntamos si en este agravio no puede quedar comprendida la desviación de procedimiento (v. supra, § 119-124). En nuestra opinión, no creemos que la violación de las formalidades del procedimiento pueda implicar el cumplimiento, aparentemente correcto, de tales formalidades persiguiendo un fin dis-

tinto del que permite la ley.

Basamos nuestra afirmación en lo siguiente: al ser la desviación del procedimiento una modalidad de la desviación de poder y al formar esta última, parte de la legalidad interna del acto, no hay punto de unión con la violación a la garantía de audiencia por desconocimiento de las formalidades esenciales, ya que esta violación constituye un vicio formal, que atiende esencialmente a la legalidad externa.

Aclaremos que la hipótesis planteada bien puede darse en nuestro Derecho, es decir, que el vicio que la doctrina francesa denomina desviación de procedimiento exista, y que se quiera hacer valer ante el Poder Judicial por el amparo.

En segundo lugar, pensamos que no es suficiente, aunque sí ha salvado por el momento la situación, el que la jurisprudencia haya extendido el principio de "conformidad con la ley" a los juicios contencioso-administrativos, pues en definitiva, no es conforme a la ley, ni conforme a su interpretación jurídica, ni conforme a los principios generales del Derecho, que las autoridades administrativas ejerzan sus facultades con fines distintos a la protección de los intereses públicos establecidos en la ley. Ahora bien, la vinculación del desvío de poder con la garantía de legalidad ampliada a lo administrativo, radica en la siguiente cuestión clave:

El fin específico de interés público que contienen las normas administrativas se desprende, básicamente, interpretando el precepto relativo, pues el legislador pocas veces será explícito tratándose de fines; cabe reiterar entonces, la necesidad de que la Constitución determine, como lo hace en lo civil y en lo penal, los

principios que regirán la interpretación de lo administrativo, de tal manera que se garanticen y limiten los ámbitos jurídicos de la administración y de los administrados y se permita, además, una interpretación acorde con los fines de las normas administrativas (281).

190.cc) El artículo 16 constitucional. - Del amplio protector de éste prolijo artículo, sólo consideramos su primera parte, de cuyo análisis puede desprenderse lo siguiente (282):

(281) En materia de interpretación y fines de las reglas de Derecho público, es interesante destacar su evolución, tratándose de la materia fiscal:

El Código Fiscal de 1967 estableció, en su artículo 11, el principio de aplicación estricta de las normas tributarias que establecen cargas a los particulares y señalan excepciones a las mismas, omitiendo toda referencia a la interpretación de las normas que quedaban excluidas de dicho principio.

El Código Fiscal federal publicado el 31 de diciembre de 1981 y vigente a partir de 1983, reiteró en el primer párrafo de su artículo 5°, el principio de aplicación estricta, mejorándolo técnicamente; y en su segundo párrafo agregó:

"Las otras disposiciones fiscales se interpretarán de acuerdo con los fines para los cuales fueron establecidas, pudiendo aplicarse cualquier método de interpretación jurídica. A falta de norma fiscal expresa, la aplicable podrá integrarse considerando disposiciones de derecho fiscal federal común cuando éstas faciliten la consecución de los fines a que se refiere este artículo". (subrayado nuestro).

Como vemos, se introdujeron dos criterios para la interpretación e integración de las disposiciones fiscales no sujetas a la aplicación estricta; en ambos tenían un papel fundamental los fines de las normas, los cuales son de vital importancia para nuestro tema, pues perseguir y obtener fines distintos de los legales constituye, precisamente, la desviación de poder. Empero, esta interesante innovación no entró en vigor: pues las reformas del 31 de diciembre de 1982 modificaron sustancialmente este segundo párrafo, dejándolo como sigue:

"Las otras disposiciones fiscales se interpretarán aplicando cualquier método de interpretación jurídica. A falta de norma fiscal expresa se aplicará supletoriamente las disposiciones de derecho federal común cuando su aplicación no sea contraria a la naturaleza propia del derecho fiscal".

Realmente lamentamos la reforma que sufrió el texto original de este segundo párrafo, pues facilitaba tomar en consideración los fines de las normas al momento de una interpretación o integración, lo cual permitía inferir más fácilmente el alejamiento de las autoridades a estos fines; el nuevo texto no impide hacerlo expresamente, pero al omitir lo referente a los fines para los cuales fueron establecidas las normas, dificulta a la jurisprudencia su manejo. Empero, el párrafo vigente representa un adelanto en cuanto que se condiciona la aplicación supletoria a que no contraríe la "naturaleza propia del derecho fiscal".

(282) Cfr. BURGOA, op. cit., pp. 584 y siguientes.

- La titularidad de las garantías concretas que consagra, incluye a todo individuo sin excepción alguna, sea persona física o jurídico-colectiva ("nadie", a contrario sensu).

- El acto de autoridad supeditado consiste en un simple acto de molestia, o sea, en una mera perturbación o afectación de cual = quiera de los bienes jurídicos tutelados, lo cual incluye y va más lejos de los actos de privación a que se refiere el artículo 14.

- Los bienes jurídicos que se preservan en virtud de este artículo comprenden la persona, la familia, el domicilio, los papeles y posesiones.

- Las garantías específicas que se derivan son: la de competencia constitucional, la de mandamiento escrito y la más importante, que es la de legalidad, la cual en cierto modo, engloba a las otras dos y es complementaria de la del artículo 14.

La garantía de legalidad contenida en el artículo 16 radica en la expresión que exige fundamentación y motivación de la causa legal del procedimiento.

En nuestra parte introductoria, comentamos los aspectos doctrinales de los motivos y de la causa como elementos del acto administrativo (v. supra, § 40-43); sin embargo, deseamos expresar además lo siguiente:

La fundamentación legal de todo acto de autoridad, y particularmente de los actos administrativos, es una consecuencia directa del principio de legalidad y requiere para satisfacerse que se cite, no sólo la ley, sino los preceptos legales concretos en que se sustenta el acto. Por su parte, la motivación implica que las circunstancias y modalidades del caso particular encuadren

dentro del marco general y abstracto establecido por la ley, o sea, motivar un acto es externar las consideraciones relativas a las circunstancias de hecho, para establecer la adecuación del caso concreto a la hipótesis legal; la motivación es, pues, el razonamiento según el cual quien emite el acto llega a la conclusión de que éste se ajusta a las prevenciones determinadas en los preceptos legales.

La jurisprudencia ha establecido que para cumplir con ambos requisitos constitucionales, deben satisfacerse dos elementos, uno de forma y otro de fondo. El elemento formal queda cumplido cuando la resolución cita las disposiciones legales que se consideraran aplicables al caso y expresa los motivos que precedieron su emisión; pero para integrar el segundo elemento, es necesario que los motivos invocados sean reales y ciertos y que, conforme a los preceptos legales, sean bastantes para provocar y justificar el acto de autoridad. La jurisprudencia juzgó también un papel fundamental para que esta garantía protectora de "mandamientos" se extienda a cualquier acto de autoridad, no sólo ejecutora, sino también ordenadora o decisoria.

191.dd) La motivación tratándose de facultades discrecionales.- La doctrina ha asentado que la desviación de poder es una causal que opera únicamente en el caso de actos dictados en ejercicio de facultades discrecionales (v. supra, § 113), lo cual ha sido confirmado en el Derecho positivo por el artículo 238, fracción V del Código Fiscal de 1983 (v. supra, § 58, nota 145); por ello, hemos considerado importante vincular la motivación de los actos con la discrecionalidad administrativa, porque de esto derivaremos la estrecha relación entre el desvío de poder y la misma motivación (infra, § 192).

Es evidente que la motivación no siempre exige que la adecuación del caso concreto a la ley sea exacta, pues, comúnmente las propias leyes otorgan facultades discrecionales a las autoridades, y tales facultades van a entrañar una potestad decisoria que se mueve dentro de los supuestos generales consagrados en la norma; por tanto, se traducen en un poder de apreciación subjetiva de los hechos.

La discrecionalidad administrativa, en principio, no es susceptible de someterse a una revisión o examen jurisdiccional, pero según la jurisprudencia sí puede llegar a controlarse judicialmente a través del amparo, cuando las facultades discrecionales se ejercitan en forma arbitraria y caprichosa, cuando se parte de hechos irreales o no comprobados, cuando no se invocan las circunstancias de hecho o éstas son alteradas, o bien, cuando el razonamiento en que la resolución se apoya es ilógico; en suma, cuando su motivación es incorrecta, inadecuada o insuficiente.

Ahora bien, tratándose de facultades discrecionales es frecuente la utilización de fórmulas "elásticas" o "de machote" para pretender motivar los actos, lo cual no basta ni justifica la resolución que en base a ellas se dicte; esto ha sido claramente advertido por la jurisprudencia, la cual ha establecido que la motivación debe ser explícita y de fácil comprensión para el gobernado (283), por lo que no se satisface este requisito si se consigna mediante

(283) Como referencia indirecta sobre la preocupación existente tratándose de la "fácil comprensión", tanto de decisiones, como de leyes administrativas; tenemos un precepto en el Código Fiscal vigente que prácticamente presupone las dificultades del ciudadano común y corriente para entender lo fiscal y, por tanto, establece:

Art. 33.- Las autoridades fiscales proporcionarán asistencia gratuita a los contribuyentes y para ello procurarán: I.- Explicar las disposiciones fiscales utilizando un lenguaje llano alejado de tecnicismos (...)

¡Sigue faltando un código administrativo que establezca algo similar para las otras materias administrativas!

expresiones abstractas genéricas o demasiado técnicas; considera = mos por ejemplo, que una invocación vaga como "por así convenir al interés público" incurre en estos supuestos.

192.ee) Motivación y desvío de poder.- Vimos con anterioridad cómo en el sistema francés, el desarrollo del control de los motivos del acto ocasionó una reducción en la aplicación de la desviación de poder, pues esto permitió pasar de un contralor subjetivo a uno objetivo (v. supra, § 110); pero, a pesar de ello, el desvío de poder ha subsistido, pues se considera que sigue siendo el único remedio para resolver ciertas hipótesis en que la ilegalidad no puede ser descubierta mediante los controles de naturaleza objetiva.

Si comparamos esta situación con la del régimen jurídico mexicano, encontramos que nuestro Derecho ha desarrollado, mediante la protección que otorga el amparo contra la fundamentación y motivación indebidas, un contralor definitivamente objetivo; es entonces cuando nos preguntamos si es necesario, posible y conveniente introducir en nuestro sistema jurisdiccional judicial el control subjetivo, representado por la desviación de poder.

Aunque debemos anticipar que algunas opiniones doctrinales mexicanas (v. infra, § 221) han confundido la anulación por desviación de poder con la nulidad por inexistencia de los motivos, lo cual no hace más que confirmar la cercana relación entre ambos vicios del acto, en virtud que el término "motivo" tiene dos acepciones: una objetiva como antecedente y otra subjetiva, como móvil o fin (cfr. supra, § 42).

En primer lugar, tenemos que aceptar la preferencia del uso de contralores objetivos (como lo es la motivación), sobre los subjetivos (como lo es el desvío de poder); pero debemos reconocer

también la existencia de decisiones objetivamente perfectas (dictadas por autoridad competente, siguiendo las formalidades, bien fundadas y motivadas, aparentemente, en circunstancias legítimas y correctamente apreciadas) que, sin embargo, estén viciadas por el fin que persiguió y obtuvo el agente administrativo.

Unicamente la motivación de actos dictados en ejercicio de facultades regladas puede ser concisa, pues hay exactitud de las condiciones previas a su ejercicio; pero tratándose de motivación discrecional, hay una subjetividad que no debe estar exenta de control y que no sólo sea reprobable cuando incurre en grave arbitrariedad o irracionalidad, sino también cuando tal subjetividad oculta móviles ilegítimos, que alejan el acto del fin al cual debe servir.

No es posible que el puro manejo objetivo de los motivos pueda impedir a una autoridad incurrir en desviación de poder y quedar inmune, porque a pesar de que normalmente no puede motivarse en forma debida un acto dictado para obtener beneficios personales o cualquier otro fin ajeno al legal, cabe pensar que sí puede hacerse, dando una motivación insuficiente o aparente; en dicho caso, sólo la existencia de la desviación de poder permitiría al juzgador darse cuenta de los auténticos motivos no expresados y que ocultan el verdadero móvil que ha provocado la expresión de voluntad administrativa.

193.ff) Propuestas de constitucionalización de la desviación de poder.- Así pues, considerando que la jurisprudencia judicial sobre la motivación del acto administrativo, en ningún caso ha penetrado en las intenciones, fines o móviles de las autoridades administrativas, convendría permitir este análisis a los jueces judiciales mediante el

reconocimiento de la desviación de poder en nuestra Constitución, como parte de las garantías individuales de seguridad jurídica. Para que ello sea posible, en nuestra opinión, podría hacerse una pequeña adición al artículo 16 constitucional, que dijera por ejemplo:

"Nadie puede ser molestado (...) sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento, el cual deberá perseguir siempre los fines que establecen las leyes".

Ante nuestra tímida propuesta de constitucionalización indirecta, y en el mismo sentido que nos hemos manifestado, GONZÁLEZ COSÍO expresa interesantes observaciones sobre el desvío de poder en nuestro país y manifiesta que "el Poder Judicial federal no podría servirse de la causal desviación de poder en el juicio de amparo" y propone constitucionalizarla también, adicionando y modificando el artículo 16, "para hacer responsable a la autoridad de los actos viciados por insuficiencia de la fundamentación, de la motivación o dictados con desviación de poder" (284).

(284) GONZÁLEZ COSÍO, Arturo, El Poder Público y la jurisdicción en materia administrativa en México, México: Porrúa, 2a. ed., 1982, pp. 167-168. Este autor propone, en nota, una distinta ubicación de la reforma, para dirigirla al segundo párrafo del artículo 8º constitucional, en los siguientes términos:

"A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en el término de ciento veinte días al peticionario. La decisión de la autoridad, sea expresa, o ficta negativa si faltare a dicha obligación en ese término perentorio, será impugnable por insuficiencia de la fundamentación o de la motivación, o por haber sido dictada u omitida con desviación de poder".

En este contexto general de posibles reformas constitucionales, CARRILLO FLORES (op. cit., p. 20-21) expresa: "(...) convendría que nubiese en los textos vigentes de la constitución, un precepto que regulase el contenido de las garantías procesales y sustanciales en materia administrativa, omisión que contrasta con la manera tan minuciosa como están definidas esas garantías en el proceso civil, así como en el penal"; agregando que según su larga experiencia en el servicio público "no es previsible que en el futuro cercano se modifique el artículo 14 constitucional", pues "es muy difícil que la Constitución se modifique por razones puramente técnicas".

194.gg) Posible denegación de justicia y necesidad de otros cambios.- Ahora bien, habiendo visto la conveniencia de la adopción del desvío de poder en la Constitución, encontramos en el contexto global del tema, la necesidad de efectuar otros importantes cambios en nuestro sistema de justicia administrativa:

Siendo el amparo administrativo un medio de impugnación contencioso-administrativo para los litigios que no pueden ser resueltos ante el Tribunal Fiscal o ante el Tribunal Contencioso del D.F., encontramos que hay un extenso campo de la actividad administrativa no sujeto al control de legalidad de los tribunales autónomos —en los que sí está reconocido formalmente el desvío de poder—; si en estas materias, en las que no hay acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, las autoridades incurren realmente en una desviación de poder, podría llegar a constituirse una denegación de justicia en perjuicio del administrado, pues éste no encontraría en el amparo un medio eficaz para atacar el acto administrativo viciado en cuanto a los fines, además de que se crea una dualidad entre ambos medios de defensa: ciertos actos administrativos se impugnarán así, directamente, ante el Poder Judicial y otros tendrán una instancia previa ante la jurisdicción autónoma.

Queremos señalar que el reconocimiento de la desviación de poder en el ámbito judicial que propugnamos constituye una mera posibilidad, más no aislada ni remota, pues se vislumbran transformaciones fundamentales en el sistema contencioso-administrativo vigente, que según la explicación anterior presenta una molesta dualidad entre el amparo y la jurisdicción administrativa autónoma; ignoramos en verdad si los cambios se dirijan a una ampliación de la competencia del Tribunal Fiscal para convertirlo en un Tribunal fe-

deral de lo contencioso-administrativo, o a una absorción de sus facultades en favor de los jueces de distrito en materia administrativa, para que estos conozcan en una vía distinta a la del amparo de la legalidad de las decisiones administrativas (285).

De cualquier manera que se defina lo anterior, en lo particular, sostenemos que cualquier cambio debe hacerse atendiendo a una mejor y más adecuada defensa de los particulares ante la poderosa administración pública moderna, haciendo a un lado prejuicios, como los que tienen los defensores del judicialismo en contra de la jurisdicción administrativa autónoma, que se oponen a ella simplemente porque consideran que la "mexicanísima" institución del amparo hace innecesaria la adopción de figuras jurídicas extranjeras como el recurso por exceso de poder francés y sus aperturas; o como los perjuicios que tienen quienes critican duramente al amparo, pensando que éste no sirve definitivamente en el campo contencioso administrativo y que debería ser suprimido para sustituirlo por otro control ejercido por una jurisdicción administrativa especializada.

195.D) El amparo administrativo y la jurisdicción administrativa autónoma.- Estos dos subtemas derivados de lo anterior, revisten no sólo la gran importancia que les hemos señalado, sino son

(285) Desde el siglo pasado, en virtud de las reflexiones planteadas por la interpretación del art. 97, fr. I, de la Constitución de 1857, se ha discutido la posibilidad de tramitar las controversias en que se impugnen actos de la administración, contrarios a la legislación federal, mediante un juicio ordinario (véase en CARRILLO FLORES, op. cit., pp. 179 y ss.).

Esta posibilidad de seguir un juicio federal ajeno al amparo, se proyecta legalmente en el artículo 42, fr. I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, el cual establece que los jueces de distrito en materia administrativa conocerá:

"De las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de leyes federales, cuando deba decidirse sobre la legalidad o subsistencia de un acto de autoridad o de un procedimiento seguido por autoridades administrativas" (subrayado nuestro).

de una amplitud y complejidad tal, que nuestros comentarios sólo asomarán la punta de su rico contenido. Por supuesto que la necesidad de este somero análisis se deriva de su relación con la causal desvío de poder; tengamos siempre presente que nos interesa reforzar los argumentos a favor de su instauración definitiva y completa, como medio de control idóneo de la legalidad de los fines de los actos administrativos, sin importar, realmente, que dicho control se efectúe por el amparo ante jueces judiciales o por el juicio de nulidad ante jueces administrativos.

Por otra parte, ambos subtemas han dado origen en nuestro medio a interesantes y acaloradas discusiones entre los seguidores del judicialismo decimonónico y los simpatizantes de la jurisdicción administrativa autónoma. Los primeros se identifican como los más fuertes defensores del amparo y de la competencia judicial para conocer, en todos los casos y en última instancia, de los litigios administrativos; en ese sentido se ha manifestado autores como BURGOA y ACOSTA, así como algunos miembros de la magistratura judicial federal. Los segundos, en cambio, constituyen ya un importante sector de la doctrina administrativa: entre ellos, pueden contarse a CARRILLO FLORES, GONZÁLEZ COSÍO, NAVA NEGRETE, FIX ZAMUDIO y CORTINAS PELÁEZ, quienes se han manifestado en distintas formas a

favor de un sistema de justicia administrativa no-judicialista (286).

(286) Por nuestra parte, anotamos y compartimos los argumentos de este segundo grupo de autores, por ejemplo:

"En cuanto a la justicia administrativa (...), desvinculada del amparo, podría proyectarse con mayor flexibilidad y eficacia, procurando satisfacer las siguientes exigencias: ...J).- Crear un Tribunal Federal de lo Contencioso".

"Hay que seguir luchando ahora porque el proceso culmina con la creación de un Tribunal Federal Administrativo" (CARRILLO FLOPES, op.cit., pp. 261-265 y 359, respectivamente).

"El Poder Constituyente Permanente (art. 135) podría perfectamente ensanchar y consolidar la brecha de 1946 en favor de una Suprema Corte Administrativa Federal". La lista de competencias del Tribunal Fiscal: "podría convertirse fácilmente en una cláusula general de competencia en las materias administrativa y fiscal para el conjunto de las administraciones públicas, no sólo para la centralizada, sino para la paraestatal" (GONZÁLEZ COSÍO, op. cit., pp. 81 y 145, respectivamente).

"En un momento en que la legislación administrativa muestra la voluntad concinoda del Poder Ejecutivo, en que el administrado está expuesto a la violación conciente o inconciente de sus derechos, en que el derecho administrativo nuestro carece de una fuente técnica que le infunde progreso, en que las instituciones administrativas descentralizadas cumplan funciones que desamornizan con la estructura jurídica que les corresponde, la creación de un Tribunal Administrativo Federal no es una posibilidad legal sino un inaplazable satisfactor" (NAVA NEGRETE, op. cit., p. 352).

"Por lo que se refiere a la jurisdicción administrativa en sentido estricto, se observa en nuestro ordenamiento, tanto federal como en las entidades fedrativas, una evolución paulatina pero firme hacia el desarrollo de tribunales especializados (modificando la tradición judicialista de encomendar la resolución de las controversias administrativas a los tribunales ordinarios) (...) Resulta conveniente plantear de nuevo la creación del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, para lo cual debe tomarse en cuenta los anteproyectos de 1964 y 1973" (FIX-ZAMUDIO, Héctor, Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano, Cd. de México: El Colegio Nacional, 1983, pp. 131-133).

"Conforme al tenor de la Constitución oyendo a la doctrina dominante y para evitar algunas de las insuficiencias del juicio de amparo (...), urge proseguir con la institucionalización de los restantes 31 tribunales estatales autónomos; ello permitiría reservar el amparo administrativo para su objetivo originario y primordial, y culminar a nivel federal con la creación del Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo" (CORTINAS-PELÁEZ, León, "Jurisdicción administrativa y tecnocracia judicial", en el Homenaje al profesor venezolano Eloy LARES-MARTÍNEZ, en prensa, Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1983-1984).

196.a) El desvío de poder ante el amparo administrativo directo e indirecto.- Advirtiéndose que el amparo ha desempeñado las funciones de lo contencioso-administrativo, no obstante que no nació para ello ni ha sido el mecanismo más adecuado (287), corresponde ahora tratar algunas generalidades sobre el amparo administrativo y sus dos vías procesales, vinculando cada una de ellas al desvío de poder.

Previamente deseamos hacer la siguiente observación: debe distinguirse el "amparo-juicio", del "amparo-recurso" —conocido también como "amparo-casación"—: la estructura del primero, logra cumplir con los objetivos de un sistema de defensa constitucional a través del respeto de los derechos del Hombre y de la pureza del sistema federal; el segundo, ha transformado el amparo en un sistema de control de legalidad, o sea, en una última instancia revisora de actos sustancialmente jurisdiccionales. El amparo indirecto sería, en este esquema, el que concretiza el "amparo-juicio", mientras que el amparo directo constituiría una materialización del "amparo-recurso".

Hecha esta salvedad, podemos anotar las siguientes consideraciones generales sobre ambas formas procesales del amparo y sobre el desvío de poder:

1a. El amparo administrativo indirecto conoce dos instancias, la primera, ante un juzgado de distrito y la segunda, ante un tribunal colegiado de circuito o ante la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia (con la ventaja de que algunos circuitos tienen juzgados y tribunales colegiados especializados en la materia

(287) Cfr. CARRILLO FLORES, op. cit., p. 18.

administrativa); este amparo se interpone, principalmente, contra leyes, reglamentos y actos administrativos definitivos violatorios de garantías individuales (288).

2a. El amparo administrativo directo, en cambio, es normalmente de una sola instancia y se interpone contra sentencias dictadas por tribunales administrativos o judiciales; conociendo de este tipo de amparo, tanto la Suprema Corte, como los tribunales colegiados (289).

3a. El desvío de poder no puede llegar a ser calificado por el juez de distrito en el amparo administrativo indirecto, porque éste sólo conoce y admite conceptos de violación fundados en violaciones directas o indirectas de la Constitución, y el desvío de poder no está reconocido, formal ni materialmente, como una inconstitucionalidad (v. infra, § 198).

4a. Tampoco podría concebirse un amparo administrativo directo basado en la desviación de poder como agravio constitucional, porque en éste se juzga la conformidad de sentencias, dictadas por cualquier órgano jurisdiccional, con la Constitución; y como fijamos desde un principio, esta causal se circunscribe al ámbito administrativo, no siendo posible que los jueces incurran en ella. (v. supra, § 25).

Finalmente, podríamos apuntar la opinión que FRAGA ha vertido sobre el amparo administrativo (290), la cual compartimos plenamente:

(288) Cfr. artículos 114 a 157 de la Ley de amparo.

(289) Cfr. artículos 158 a 191 de la Ley de amparo.

(290) Cfr. op. cit., pp. 472-473.

"Estimamos que el juicio de amparo, tal como está organizado actualmente en materia administrativa no puede desempeñar una función completamente adecuada a las necesidades de la vida de la Administración, ni consecuentemente servir con toda amplitud a la protección de los derechos de los administrados (...); las garantías individuales que fundamentalmente se reclaman en el amparo administrativo son las que se consagran en los artículos 14 y 16 constitucionales, (pero) el artículo 14 no consagra propiamente una garantía en materia administrativa (y) la garantía del artículo 16 tampoco puede ser base para controlar adecuadamente a la Administración".

197.b) Control de constitucionalidad y de legalidad: problemática actual.- Esta problemática deriva del hecho de que las autoridades judiciales federales tengan una doble atribución: conocen y ejercen, en forma exclusiva, el control de constitucionalidad y realizan, además, un control de legalidad a través de las garantías consagradas en los artículos 14 y 16 constitucionales; mientras que ante los tribunales administrativos sólo pueden impugnarse actos —nunca preceptos generales, sean legales o reglamentarios (v. supra, § 25, nota 42)— por vicios de legalidad, estrictamente hablando.

Lo anterior, según GONZÁLEZ COSÍO, tiene precisamente como consecuencia la siguiente problemática:

"La vía del amparo se abre únicamente si la sentencia, en sí misma, de la jurisdicción administrativa está viciada de inconstitucionalidad; pero esta acción de inconstitucionalidad no puede impugnar otra cosa que la sentencia, y no puede, por consiguiente, buscar en modo alguno el vicio de inconstitucionalidad en el acto administrativo inicialmente impugnado ante la jurisdicción autónoma.

En otros términos, el actor debe elegir entre los vicios de pura ilegalidad y los vicios de radical inconstitucionalidad" (291).

Así pues, tenemos que tratándose de actos administrativos ilegítimos que tengan como medio de defensa el juicio de nulidad ante tribunales autónomos, podrán y deberán alegarse tanto el desvío de poder como las demás causales, en que incurrió la autoridad, ya que la vía de amparo les estaría vedada por la operancia de la fracción XV del artículo 73 de la Ley de amparo (292).

Por otra parte, si se trata de actos que no tienen como medio previo de defensa el juicio de nulidad, sino simples recursos administrativos, éstos deberán agotarse; pero la decisión administrativa que los resuelva será impugnabile, únicamente por la vía del amparo indirecto, convirtiendo las violaciones de legalidad que cometió la autoridad en conceptos de violación constitucional, es decir, traduciendo la ilegitimidad de la actuación administrativa en violación de la garantía de legalidad contenida en los artículos 14 y 16 constitucionales.

En nuestra opinión, no nos parece justo ni racional que existan distintos tratamientos para la impugnación de actos administrativos, sustancialmente iguales; mucho menos nos parece correcta la posibilidad, que la jurisprudencia ha abierto, para que los jueces de amparo conozcan de los actos administrativos aún no definitivos

(291) Op. cit., p. 170.

(292) Art. 73.- "El juicio de amparo es improcedente:

XV.- Contra actos de autoridades distintas de las judiciales, cuando deban ser revisados de oficio, conforme a la ley que los rija, o proceda contra ellos algun recurso, juicio o medio de defensa legal, por virtud del cual puedan ser modificados, revocados o nulificados, siempre que conforme a la misma ley se suspendan los efectos de dichos actos mediante la interposición del recurso o medio de defensa legal que haga valer el agraviado, sin exigir mayores requisitos que los que la presente ley consigna para conceder la suspensión definitiva".

mediante la argucia de la "violación directa de las garantías individuales" (293); consideramos que un acto que viola directamente la ley, no puede violar, a la vez, directamente la Constitución, pues creemos que la violación de la garantía de legalidad siempre es una violación indirecta de la Constitución.

198.c) Reflexión final: ¿es la ilegalidad desvío de poder también una inconstitucionalidad?.- De tal forma se entretujan los conceptos de inconstitucionalidad y de ilegalidad que puede permitirse el siguiente argumento final:

(293) La jurisprudencia que ha abierto dicho camino es la dictada por el Primer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, bajo el siguiente rubro:

RECURSOS ORDINARIOS, NO ES INDISPENSABLE AGOTARLOS CUANDO SE RECLAMAN VIOLACIONES DIRECTAS DE LA CONSTITUCION.- "Cuando en el juicio de amparo se alega substancialmente la violación directa de una garantía constitucional, y no la mera violación de las leyes secundarias que afecta sólo mediatamente la garantía de legalidad contenida en los artículos 14 y 16 constitucionales, el afectado puede optar por acudir directamente al juicio de amparo (...)"

(APENDICE 1917-75, tesis # 28, pág. 54).

Aunque este criterio jurisprudencial se ha matizado por el Tribunal Colegiado del Noveno Circuito como sigue:

VIOLACIONES DIRECTAS A LA CONSTITUCION, CUANDO PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE LAS, SIN NECESIDAD DE AGOTAR RECURSOS.- "Este Tribunal Colegiado estima que puede promoverse en forma inmediata el juicio de garantías, sin agotar los recursos ordinarios o medios de defensa que la ley señale, cuando se reclamen violaciones directas a la Constitución General de la República, pero solamente cuando se plantean exclusivamente ese tipo de violaciones, y no así cuando se hacen valer al mismo tiempo en la demanda de garantías, violaciones directas e indirectas (...)" (INFORME 1977, tesis # 30, pág. 446).

Además, el primer tribunal indicado ha advertido: "no queda al arbitrio del afectado el referirse maliciosamente a violaciones de preceptos constitucionales para evitar los recursos ordinarios, pues para que la impugnación prospere es menester que se demuestre ante el juzgador de amparo la violación directa de un precepto constitucional, y si las autoridades no han incurrido en tal violación el amparo no podrá ser concedido" (APENDICE 1917-75, tesis relacionada, pág. 77, fragmento intermedio del rubro RECURSOS ORDINARIOS Y AMPARO. VIOLACIONES DIRECTAS DE LA CONSTITUCION).

"El desvío de poder es una forma de ilegalidad"

"Toda ilegalidad constituye una inconstitucionalidad"

Por tanto: "El desvío de poder es o constituye una inconstitucionalidad"

La validez de la conclusión depende definitivamente de la solidez con que puedan mantenerse la verdad de sus premisas. En cuanto a la primera premisa, podemos discutir si el desvío de poder configura, o no, una violación de la ley, o bien, sería simplemente una violación al espíritu de la ley. Al respecto respondemos que la autoridad que incurre en desviación de poder, sí viola objetivamente las leyes, pues toda disposición legal se establece para obtener un fin y es en función de ese fin que la ley se ha dictado; por eso, cuando no se respeta dicho fin y las atribuciones concedidas legalmente se dirigen a la consecución de otros fines, hay no sólo una violación legal, sino toda una perversión intolerable de quien ha utilizado su competencia para perseguir resultados completamente ajenos al interés público (supra, § 35), el cual debe guiar toda actividad administrativa.

En cuanto a la segunda premisa, si bien hay quienes sostienen que la garantía constitucional de legalidad protege contra todo tipo o manifestación de ilegalidad, de tal forma que cualquier violación de ordenamientos legales secundarios, estatales o federales, se convierte en una violación indirecta de la Constitución, no es posible quedar conformes con esta tremenda confusión de los órdenes jerárquicos normativos: si transformamos en violación de la Constitución toda violación legal, se altera y degenera el objetivo del medio de defensa constitucional, cayéndose en esta triste realidad: que se hace del amparo un defensor de los individuos cuyas ga=

rantías son desconocidas, pero no un defensor de la Constitución cuando cualquiera de sus preceptos resulten violados (294), y al convertirse en el revisor de la legalidad con que actúa la administración y los jueces ordinarios, se olvida y minimiza su papel fundamental, que es proteger contra las violaciones directas y brutales de los derechos humanos (295).

(294) Cfr. MADRID HUPTADO, *op. cit.*, pp. 478-481.

(295) La crítica del amparo, como medio de impugnación de los actos de la administración es realizada con particular agudeza por CAPRILLO-FLORES. (*op. cit.*, pp. 233-250): Resumiendo su intento de sistematización del desajuste entre el amparo y las exigencias de un contencioso-administrativo que armonice los intereses públicos y privados, tenemos las siguientes cuestiones:

1a. El amparo sólo procede cuando el acto que se reclama causa un agravio directo, pero sin haberse depurado hasta ahora lo que debe entenderse por agravios directos e indirectos.

2a. El amparo tampoco procede cuando el acto reclamado no responde a la idea tradicional de un acto de imperio, e inclusive dentro de los agrupados como actos típicos de autoridad, resulta insuficiente, vgr. tratándose de actos políticos.

3a. Falta el reconocimiento de la necesidad de que se tenga a la vista el expediente administrativo, pues resulta absurdo decidir un negocio contencioso-administrativo sin contar con dicho expediente.

4a. El concepto y la situación del tercero perjudicado en materia administrativa, como coadyuvante de la administración, resultan defectuosos, pues no se liga a éste con el hecho de que el acto impugnado le derive un interés directo y concreto.

5a. Otra deficiencia radica en el régimen a que está sujeta la revisión que se haya llevado a cabo de la fijación de los hechos en el procedimiento administrativo impugnado: en ocasiones se pretende dar al amparo la limitada órbita de la casación, según el principio de que no debe modificarse la estimación de los hechos; pero, en otras, se emprende un examen inicial de los hechos.

6a. Al organizarse el régimen de la suspensión en amparo, no se han tomado en cuenta las necesidades especiales de la materia administrativa; frente a un mismo tipo de actos, la Corte a veces declara que causa perjuicio a la sociedad su suspensión y otras no.

7a. En cuanto a la eficacia y contenido de la sentencia de amparo, la Corte se ha mostrado insegura, considerando con argumentos débiles que no debe reiniciarse en el mismo acto contra el cual se concedió el amparo, pero con distintos fundamentos.

8a. Existe un sistema caprichoso para consagrar la obligatoriedad de la jurisprudencia, al exigir cinco fallos sucesivos, votados por una mayoría especial; con tal sistema la único que se ha logrado es la inseguridad de la jurisprudencia, pues un precedente que para valer tiene que apoyarse en otros más, pierde prestigio y autoridad.

CAPITULO VI

EL DESVIO DE PODER EN EL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACION

S U M A R I O

=====

- 199. El marco general constituido por el Derecho Fiscal.
- 200.A) La Ley de Justicia Fiscal: breve análisis.
 - 201.a) Disposiciones generales.
 - 202.b) De la competencia.
 - 203.c) De las excusas e impedimentos.
 - 204.d) Del procedimiento.
 - 205.e) Una causal desvío de poder doblemente limitada: razones y comentarios.
 - 206.f) Disposiciones transitorias.
- 207.B) El Tribunal Fiscal de la Federación: características generales.
 - 208.a) Aspectos estructurales y de organización.
 - 209.b) División de competencias entre Sala Superior y regionales.
 - 210.c) El procedimiento administrativo contencioso:
 - 211.aa) Las causas de improcedencia.
 - 212.bb) Los alcances de las sentencias: de evidente nulidad con un rasgo de plena jurisdicción.
 - 213.cc) Los recursos y la jurisprudencia.
- 214.C) La codificación fiscal y el desvío de poder.
 - 215.a) En el primer Código Fiscal:
 - 216.aa) Confirmación del desvío de poder con su doble limitación.
 - 217.bb) Algunas opiniones surgidas de esa regulación.
 - 218.cc) La reforma legal que eliminó una de sus limitaciones.
 - 219.b) En el segundo Código Fiscal:
 - 220.aa) Reiteración de una desviación de poder limitada a sanciones.
 - 221.bb) Comentarios relacionados con el desvío de poder según este Código.

222.c) En el tercer Código Fiscal:

- 223.aa) La nueva presentación de las causales en cinco fracciones.
- 224.bb) Las principales innovaciones: examen y reflexiones que suscitan.
- 225.cc) La definición doctrinal del desvío de poder con vertida en precepto legal.

226.D) Aspectos doctrinales y positivos de la potestad sancionadora.

- 227.a) Sobre las sanciones en general.
- 228.b) Las sanciones en el Derecho Administrativo.
- 229.c) Las sanciones en el Derecho Tributario.
- 230.d) El desvío de poder y las sanciones administrativas y fiscales.

231.E) La facultad discrecional y el desvío de poder en materia fiscal y administrativa.

- 232.a) En búsqueda del concepto de lo discrecional.
- 233.b) Fuentes de la facultad discrecional.
- 234.c) Límites de la discrecionalidad.
- 235.d) Recapitulación doctrinal.

236.F) Decisiones jurisprudenciales sobre el desvío de poder.

- 237.a) Interpretación y fin de las normas fiscales.
- 238.b) Facultades discrecionales y regladas:
 - 239.aa) Discrecionalidad y sanciones.
 - 240.bb) Autoridades aduaneras: límites de su discreción.
 - 241.cc) Condonaciones discrecionales.
- 242.c) Modificación del monto de las multas.
- 243.d) Tipificación jurisprudencial del desvío de poder:
 - 244.aa) Según criterios del Pleno y las salas.
 - 245.bb) Según criterios de la Sala Superior.
- 246.e) Consideraciones y reflexiones que surgen del análisis jurisprudencial.

CAPITULO VI

EL DESVIO DE PODER EN EL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACION

199. El marco general constituido por el Derecho Fiscal.-

El Tribunal Fiscal de la Federación ha establecido que "el Derecho Fiscal como rama del Derecho Administrativo, y a su vez del Derecho Público ha venido evolucionando en forma tal que actualmente puede considerarse como una verdadera rama autónoma del Derecho, con características especiales, que si lo distinguen en el campo del Derecho Administrativo y del Derecho Público, con mayor razón lo distinguen del Derecho Civil" (296).

Nos daremos cuenta por lo anterior que, si bien el Derecho Fiscal es una ramificación independiente del Derecho Administrativo, mantiene con éste sustanciales elementos comunes, pues la acción del fisco constituye fundamentalmente una acción administrativa, cuyas resoluciones gozan de la presunción de legitimidad y de la ejecutoriedad típicas de todo acto administrativo; incluso hay autores —como GIANNINI— que insertan el Derecho Fiscal en el Administrativo, aunque para otros resulta más bien una rama del Derecho Financiero, cuya autonomía respecto del Derecho Constitucional y Administrativo también es discutida (297).

El presente capítulo se desenvuelve, pues, en este marco general que ofrece el ámbito de la materia fiscal, la cual, según una vieja jurisprudencia del Tribunal Fiscal, comprende lo re-

(296) Cfr. Resolución del Pleno del 19 de noviembre de 1940.

(297) Véase sobre las ramas y autonomía del Derecho Financiero la magna obra de Sergio Francisco de la GARZA, Derecho Financiero Mexicano, México: Porrúa, 9a. ed. 1979, pp. 15-30. Según este autor, de las tres ramas del Derecho Financiero, sólo al Derecho Tributario le correspondería una verdadera autonomía, pues el Derecho Presupuestario y el Derecho Patrimonial quedarían sujetos a los principios y normas del Derecho Constitucional y Administrativo.

lativo a cualquier ingreso del erario, o sea, a toda prestación pecuniaria en favor del Estado, sin que interese distinguir si el deudor es un particular o algún establecimiento o ente público, pues lo que da el carácter de fiscal a un crédito es la circunstancia de que el sujeto activo sea el Poder Público (298).

El Derecho Fiscal es muy extenso y puede definirse como "el conjunto de normas que regulen la actividad del Estado al señalar sus recursos para sufragar los gastos públicos, ejecutar las leyes que fijan las contribuciones mediante un procedimiento especial adecuado a su finalidad de interés social, así como resolver las controversias que suscite su aplicación, por medio de un tribunal administrativo" (299).

Lo que ha llamado nuestra atención de esta definición, es su última parte, que considera el contencioso-fiscal como una parte básica del Derecho Fiscal, siendo ambas especies concretas de géneros más amplios —como son el contencioso-administrativo y el Derecho Administrativo—; creemos que está plenamente justificado su tratamiento en el presente trabajo, pues la causal desvío de poder fue establecida por primera vez en la Ley de Justicia Fiscal (A), como veremos más adelante, y el Tribunal Fiscal (B), primer tribunal administrativo de nuestro país, ha contribuido notablemente a su desarrollo, pues siempre la codificación fiscal la ha reconocido (C).

Incluiremos además, en este capítulo, los aspectos doctrinales y positivos de la potestad sancionadora (D), con la que se ha vinculado el desvío de poder (E) así como su evolución jurisprudencial (F)

(298) Cfr. Resolución del Pleno del 16 de noviembre de 1937.

(299) MARTÍNEZ LÓPEZ, Luis, Derecho Fiscal Mexicano, México: Ediciones contables y administrativas, 4a. ed., 1968, p. 34.

200.A) La Ley de Justicia Fiscal: breve análisis.- Hemos visto ya la justificación constitucional de esta ley (supra, § 165) y la base constitucional expresa de los tribunales administrativos autónomos (supra, § 171-172) . A continuación veremos, en breve síntesis, el contenido esencial de los capítulos que comprendían esta importante ley, remarcando con especial énfasis, lo relativo al desvío de poder.

201.a) Disposiciones generales.- La Ley de Justicia Fiscal creó, en su primer artículo, el Tribunal Fiscal, el cual desde su fundación trabajó independientemente de la Secretaría de Hacienda y de cualquier otra autoridad administrativa. Originalmente estaba constituido por el Pleno y por cinco salas de tres magistrados cada una. Los magistrados requerían nombramiento presidencial y ratificación senatorial, acordándoseles un tratamiento similar al de los miembros del Poder Judicial Federal. Se fijó desde sus comienzos la regla de la supletoriedad del Código Federal de Procedimientos Civiles, que todavía subsiste en el artículo 197 del Código Fiscal de 1983. (300).

En total, sus primeros doce artículos establecieron pu=ras cuestiones de organización, las cuales pasaron a ser tratadas, posteriormente, por una ley orgánica.

(300) El texto de dicho artículo es el siguiente:

"Los juicios que se promuevan ante el Tribunal Fiscal de la Federación de acuerdo con la competencia que le señala su Ley Orgánica, se sustanciarán y resolverán con arreglo al procedimiento que determine este Código, pudiendo aplicarse el Código Federal de Procedimientos Civiles a falta de disposición expresa y siempre que la disposición que se pretenda aplicar supletoriamente se avenga al procedimiento contencioso que establece este Código".

202.b) De la competencia.- De las facultades que se otorgaban al Pleno se distinguían unas de tipo administrativo: licencias, adscripciones, nombramientos, remociones, formulación del proyecto de presupuesto, etc.; pero sin duda la más importante de las que se le atribuían, era la de fijar la jurisprudencia del tribunal cuando las salas dictaban resoluciones contradictorias.

Las salas conocerían de los juicios contra las resoluciones que determinaban la existencia de créditos fiscales o causaban cualquier otro agravio en materia fiscal, así como contra las que constituían responsabilidades administrativas y las que imponían sanciones de tipo fiscal; se estableció la figura de la "negativa ficta", en caso de silencio de las autoridades fiscales y se le otorgó competencia para conocer de los juicios que iniciara Hacienda para nulificar una decisión favorable a un particular —procedimiento que la doctrina denomina juicio de lesividad—.

203.c) De las excusas e impedimentos.- Se fijó la regla general de que los magistrados no serían recusables —en el código vigente sí lo son—, pero que estarían impedidos para conocer de determinados asuntos si incurrieran en ciertos supuestos que podrían presumir la parcialidad de sus fallos, como el parentesco hasta cierto grado, la amistad o enemistad, algún interés personal, etc.

204.d) Del procedimiento.- Este último capítulo, desarrollado en siete secciones, estableció que eran partes el actor, el demandado, el tercero y la Secretaría de Hacienda; se determinaban algunas reglas sobre notificaciones, acumulación y términos, así como sobre el contenido y plazos de la demanda y de su contestación.

También se establecía la suspensión del procedimiento administrativo de ejecución, aunque no operaba en forma automática con la interposición de la demanda, sino previo aseguramiento del interés fiscal —como lo sigue siendo actualmente—. Finalmente, la ley mencionaba algunos lineamientos sobre la audiencia, las pruebas y el fallo. Lo más importante para nuestro tema, se contenía en su antepenúltimo artículo:

Art. 56.- "Serán causas de anulación de una resolución o de un procedimiento administrativo:

- a) Incompetencia del funcionario o empleado que haya dictado el acuerdo o que haya tramitado el procedimiento impugnado.
- b) Omisión o incumplimiento de las formalidades que legalmente deba revestir la resolución o el procedimiento impugnado.
- c) Violación de la ley aplicada o que debió aplicarse al emitir la decisión.
- d) Desvío de poder, tratándose de sanciones impuestas por infracciones a las leyes fiscales".

La doctrina mexicana ha calificado de "magistral" esta recepción mexicana del Derecho Administrativo comparado y ha considerado que la formulación mexicana de las cuatro causales de la acción de nulidad es mucho más adaptada al control de la administración pública moderna, pues tiende a desglosar, la escueta fórmula liberal del siglo XIX que se limitaba a requerir básicamente, la fundamentación y motivación (301).

205.e) Una causal desvío de poder doblemente limitada: razones y comentarios.— Según la propia exposición de motivos de la

(301) Cfr. GONZÁLEZ-COSÍO, op. cit., pp. 159-163.

ley "sólo para las sanciones se autoriza la anulación por desvío de poder, esto es por abandono de las reglas que, aunque no expresamente fijadas en la ley, van implícitas cuando la ley concede una facultad discrecional. Se ha circunscrito la anulación por desvío de poder a las sanciones, porque es ahí en donde la necesidad de acatamiento a las reglas implícitas antes dichas aparece con claridad en el derecho tributario mexicano, puesto que en la materia de impuestos las autoridades normalmente no obran ejercitando facultades discrecionales, sino cumpliendo preceptos expresos de las leyes".

Sobre estos argumentos deseamos expresar dos comentarios: parte de esas "reglas implícitas" a que se refiere se convirtieron al poco tiempo en reglas explícitas, ya que al dictarse los sucesivos códigos fiscales se reguló con mayor detalle la aplicación de sanciones, o sea, las condiciones que deben tomarse en cuenta para su imposición; y la afirmación de que normalmente las autoridades fiscales ejercen facultades regladas, implica que excepcionalmente sí ejercen facultades discrecionales, las cuales no sólo se constriñen a la imposición de sanciones.

La intención original de los creadores del Tribunal Fiscal consistía en que el desvío de poder ejerciera un adecuado control de la facultad discrecional específica para imponer sanciones, siendo ésta su primera gran limitación. La segunda limitación se desprende de la misma restringida competencia del tribunal, ya que no se trataba de un tribunal cuya competencia fuera generalizada a todo lo administrativo, sino exclusivamente dedicado a la materia fiscal; por ello, el desvío de poder sólo podía ser una causal de anulación de sanciones derivadas de infracciones a las leyes fiscales, excluyéndose así otro tipo de infracciones administrativas.

Es criticable esta gran inhibición con que fue implantado por primera vez el desvío de poder en nuestro Derecho, pero es también comprensible, tratándose de un tribunal completamente nuevo, que debía ser débil para adquirir fuerza con el tiempo; no era posible crear en ese momento un tribunal global de lo contencioso-administrativo y no se podía dejar abierta esta causal, pues su amplitud hubiera causado irritación a las autoridades, ya que se presentaría un control severo en el ejercicio de sus facultades discrecionales. El mérito definitivo que tuvo la adopción de la causal desvío de poder en nuestro medio fue, la constitución de un mecanismo de control de la discrecionalidad sancionadora de la autoridad fiscal para que ésta no escapara de la competencia del tribunal.

206.f) Disposiciones transitorias.— La citada Ley de Justicia Fiscal fue promulgada por el Ejecutivo el 27 de agosto de 1936, se publicó el día 31 y entró en vigor el 1° de enero de 1937, suprimiéndose —conforme los artículos transitorios— el jurado de infracciones fiscales y la junta revisora del impuesto sobre la renta y derogándose, expresamente, los preceptos legales que regulaban el juicio sumario de oposición en materia fiscal ante los tribunales federales.

207.B) El Tribunal Fiscal de la Federación: características generales.— La trascendencia que ha tenido en nuestro sistema la creación del Tribunal Fiscal es indudable; cabe evocar aquí estas palabras de un ministro de la Corte : "el particular no gozaba antes de 1936 de medios efectivos de defensa en contra de las arbitrariedades de las autoridades fiscales, no existía propiamente un

sistema; el juicio de oposición ante los tribunales federales, recursos administrativos de alcance limitado tramitados ante Dependencias de la Secretaría y el juicio constitucional de amparo, funcionaban en un ambiente precario, complicado y confuso como medio de impugnación de las resoluciones dictadas en materia tributaria".(302).

Así pues, el Tribunal Fiscal y el procedimiento contencioso implantado por la Ley de 1936, marcaron un importante cambio en la orientación judicialista de nuestro régimen jurídico y vinieron a poner orden en ese confuso ambiente que señalaba el ministro AZUELA. El juicio y las aperturas de nulidad que se establecieron, constituían un primer paso para el desenvolvimiento en nuestro país de un órgano que prestigiara la justicia administrativa, en un ámbito distinto al de los rígidos moldes decimonónicos del Poder Judicial Federal. Al igual que el Consejo de Estado respecto del Derecho Administrativo francés, podemos decir que el Tribunal Fiscal ha sido un creador del Derecho Fiscal mexicano(303); por esto, resulta imprescindible estudiar, así sea en forma muy general, sus principales características.

208.a) Aspectos estructurales y de organización.- El actual Tribunal Fiscal de la Federación es un tribunal administrativo dotado de plena autonomía para dictar sus fallos, y se integra por dieciséis salas regionales de tres magistrados cada una (seis metropolitanas y diez foráneas), así como por una Sala Superior compuesta de nueve miembros. Todos los magistrados siguen siendo nombrados por el Ejecutivo cada seis años con aprobación del senado y para su renovación

(302) AZUELA, Mariano, Discurso con motivo del XX aniversario del T.F.F., publicado en la Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, jul.-sep. 1956, pp. 173-174.

(303) Cfr. MARTÍNEZ-LÓPEZ, op. cit., p. 43.

sólo puede aplicárseles el procedimiento propio de los funcionarios judiciales. Además, su Ley orgánica señala la existencia de un secretario general de acuerdos, de un oficial mayor y de los secretarios, actuarios y peritos necesarios para el despacho de las salas.

209.b) División de competencias entre Sala Superior y regionales.— Continuada en cierto modo de las atribuciones que antes ejercía el Pleno, la Sala Superior fija la jurisprudencia del tribunal, resuelve recursos y conflictos entre salas, conoce de excitativas, señala sedes y adscripciones, designa a su presidente —que lo es del tribunal—, decide suplencias temporales, hace nombramientos, acuerda remociones, concede licencias, expide el reglamento interior, propone el proyecto de presupuesto, etc. (cfr. art. 15 de su Ley orgánica).

Por su parte, las salas regionales —diez en provincia y seis metropolitanas— conocen de juicios iniciados contra las resoluciones que dicten las autoridades fiscales federales o los organismos fiscales autónomos, ya sea que determinen una obligación fiscal, la fijan en cantidad líquida o den las bases para su liquidación; también conocen de las que nieguen una devolución, las que impongan multas y, en general, de las que causen cualquier otro agravio en materia fiscal.

Además, tienen competencia para conocer de las resoluciones dictadas en materia de pensiones civiles y militares, de resoluciones que constituyan responsabilidades (303 bis) y de otras señaladas en las leyes; por ejemplo, en materia de fianzas y tratándose de depuración de créditos (cfr. art. 23 de su Ley orgánica).

(303 bis) Competencia reforzada por el art. 70 de la Ley federal de responsabilidades.

210.c) El procedimiento administrativo contencioso .-

Este procedimiento, en adecuada terminología jurídica, corresponde a un verdadero proceso jurisdiccional regulado por el título VI del Código Fiscal vigente: se trata de un juicio de nulidad en el que actúan como partes un demandante y un demandado —que es normalmente la autoridad, pero puede figurar como tal el particular—, así como el titular de la dependencia o entidad y el tercero. Son regulados los diversos casos de improcedencia, sobreseimiento, impedimentos, excusas, incidentes, recursos; se establecen las condiciones de la demanda y de la contestación, sobresaliendo los nuevos plazos de cuarenta y cinco días en ambos casos (antes el plazo era de quince días); se señala el régimen de las pruebas y cerrada la instrucción el asunto está listo para que se dicte sentencia y, finalmente; se regula el establecimiento de la jurisprudencia del tribunal, obligatoria para las salas y que sólo puede fijar o variar la Sala Superior.

Pero de todas estas cuestiones procesales, sólo haremos especial mención de las causas de improcedencia, de los alcances de las sentencias y de los recursos que se contemplan, relacionados con la jurisprudencia.

211.aa) Las causas de improcedencia.- Cuando aparece o sobreviene cualquier causa de improcedencia, ello ocasiona que el juicio se sobresea (recordemos que la figura procesal del sobreseimiento pone fin al juicio sin haber entrado al fondo del asunto). Interpretadas a contrario sensu, tenemos que las causas de improcedencia señaladas en el artículo 202 del Código Fiscal, se convierten en condiciones necesarias para el ejercicio de la competencia del Tribunal Fiscal; así pues, puede afirmarse que el juicio de nulidad

sólo procede contra actos que afecten los intereses jurídicos del demandante, que no hayan sido materia de sentencia pronunciada por el propio tribunal, ni sean materia de recursos o de otro juicio pendientes de resolución y que tampoco hayan sido impugnados judicialmente; además, debe tratarse de actos definitivos y no consentidos, contra los cuales se hagan valer agravios específicos, cuya existencia aparezca plenamente en autos y cuya impugnación corresponda conocer al tribunal.

212.bb) Los alcances de las sentencias: de evidente nulidad con un rasgo de plena jurisdicción.- Conforme al artículo 239 del Código Fiscal, la sentencia definitiva que dicte el tribunal podrá reconocer validez, declarar la nulidad (lisa y llana), o bien, declarar la nulidad para determinados efectos, debiendo, en éste último caso, precisar con claridad la forma y términos en que la autoridad debe cumplirla, especificándose que cuando la sentencia obligue a la autoridad a realizar determinado acto, deberá cumplirlo en un plazo de cuatro meses.

Este artículo que nos señala los alcances de las sentencias del tribunal tuvo los siguientes antecedentes: el artículo 230 del segundo Código Fiscal que decía "cuando la sentencia declare la nulidad (...) indicará los términos conforme a los cuales debe dictar su nueva resolución la autoridad fiscal"; el artículo 204 del primer Código Fiscal, que casi determinaba lo mismo, pero que decía "indicará las bases"; y el artículo 58 de la Ley de Justicia Fiscal, que señalaba "la sentencia (...) indicará de manera concreta en qué sentido debe dictar su nueva resolución la autoridad".

En la doctrina se discute si este rasgo característico

de las sentencias desborda o no las facultades de anulación del tribunal y lo convierten, más bien, en un tribunal de plena jurisdicción. En verdad no puede decirse que el Tribunal Fiscal sea de plena jurisdicción, porque sus sentencias no tienen fuerza ejecutoria, ni sustituyen la decisión anulada; la razón que impulsó a insertar esta facultad de señalar cómo debe dictar su nueva resolución la autoridad, según la exposición de motivos, era "evitar los inconvenientes que presenta ahora la ejecución de las sentencias de amparo, que también son fallos de nulidad, y que frecuentemente se prolonga a través de una o varias quejas en las que en forma escalonada el tribunal judicial va controlando la ejecución de su sentencia".

213.cc) Los recursos y la jurisprudencia.- El Tribunal Fiscal puede resolver tres tipos de recursos: el de reclamación, ante la misma sala regional contra resoluciones del magistrado instructor; el de queja, ante la Sala Superior contra sentencias violatorias de la jurisprudencia del tribunal y el de revisión, también ante la Sala Superior, pero tratándose de asuntos de importancia y trascendencia y que interpone solamente el titular de la dependencia o entidad contra sentencias y sobreseimientos (cfr. arts. 242-249 del Código Fiscal).

Al respecto, cabe hacer dos aclaraciones muy importantes: en primer lugar, estos recursos no constituyen una última instancia, porque las resoluciones que dicte la Sala Superior son impugnables ante el Poder Judicial Federal, ya sea por la vía del amparo directo, en el caso de los particulares, o por conducto de la revisión fiscal, en el caso de las autoridades. En segundo lugar,

no toda resolución de la Sala Superior constituye jurisprudencia, ya que ésta se forma únicamente al resolver el recurso de queja y al resolver el recurso de revisión, bajo ciertas condiciones, así como al resolver las contradicciones entre las sentencias de las salas regionales que se denuncien.

214.B) La codificación fiscal y el desvío de poder.- Se han dictado tres códigos fiscales federales, los cuales han jugado un papel fundamental en nuestro Derecho Fiscal; a través de ellos podemos vislumbrar la evolución de la materia, tanto en su aspecto sustantivo, como adjetivo. La codificación fiscal comprende múltiples cuestiones, que no nos corresponde tratar en este documento; pero en todos los códigos se ha dedicado una parte especialmente dedicada al procedimiento contencioso ante el Tribunal Fiscal, en la que se ha ratificado, sucesivamente, la causal desvío de poder con las peculiaridades que a continuación mencionaremos.

215.a) En el primer Código Fiscal.- Este código fue publicado en el D.O. el 31 de diciembre de 1938 y comenzó su larga vigencia, de casi treinta años, al día siguiente de su publicación; fue expedido con el fin de uniformar y sistematizar las disposiciones tributarias, sin absorber o sustituir, de ningún modo, las diversas leyes fiscales especiales.

Estaba compuesto por siete títulos: el primero, de disposiciones generales, el segundo, relativo a los créditos fiscales, el tercero, regulaba la fase oficiosa del procedimiento tributario, mientras que el cuarto se refería a la fase contenciosa (este título coincidía con la abrogada Ley de Justicia Fiscal, en cuanto que con

tenía las normas sobre composición y competencia del tribunal, así como sobre la sustanciación de los juicios de nulidad), el quinto, se ocupaba de infracciones y sanciones y, finalmente, los títulos sexto y séptimo, concernían a los delitos fiscales.

216.aa) Confirmación del desvío de poder con su doble limitación.- El artículo 202 del Código Fiscal de 1938 mantuvo prácticamente iguales las cuatro causales de anulación que había fijado la Ley de 1936, así, en su inciso d) se repite que es causal de anulación el desvío de poder, tratándose de sanciones impuestas por infracción a las leyes fiscales.

Sin embargo, no debemos concebir dicho precepto en forma aislada: es preciso relacionar esta doble limitación del desvío de poder con el artículo 160 del mismo código, en el que se establecía la competencia de las Salas del Tribunal Fiscal. Reproduciendo inicialmente las siete fracciones del artículo 14 de la Ley de Justicia Fiscal (aunque posteriormente se fueron modificando y agregando fracciones que ampliaron notablemente su competencia), la fracción III de ambos artículos preceptuaba, precisamente, que las salas conocerían de los juicios contra los acuerdos que impusieran sanciones por infracciones a las leyes fiscales.

Combinando el artículo 160 con el 202, se configuraban las dos restricciones que este código estableció para la aplicación del desvío de poder: sólo tratándose de sanciones y dentro de ellas sólo las que derivaran de infracciones a leyes fiscales, dejando a un lado el extenso campo de las demás sanciones administrativas.

217.bb) Algunas opiniones surgidas de esa regulación.-

Cierto autor, comentando el inciso d) del artículo 202, expresa que le parece inexplicable y revelador de cierta timidez el hecho que se hubiera limitado de esta forma el desvío de poder; califica de lamentable tal situación y añade lo siguiente:

"Tal parece que la única ocasión en que la autoridad administrativa pueda incurrir en desvío de poder es cuando va a imponer una sanción. El Tribunal Fiscal pierde con ello una valiosa oportunidad para reducir los actos arbitrarios de la administración que se escudan en los actos discrecionales" (304). Es evidente, pues, que este autor no está de acuerdo con la forma en que se regula el desvío de poder y censura sus limitaciones.

MARTÍNEZ LÓPEZ, en su capítulo dedicado a las multas, señala simplemente que la facultad discrecional de las autoridades fiscales para fijar el monto de una multa dentro del máximo y mínimo que señala la ley, tiene su límite en el desvío de poder (305).

También nos parecen bastante ilustrativas las siguientes apreciaciones que hace un magistrado fundador y varias veces presidente del Tribunal Fiscal, sobre el desvío de poder (306):

"El motivo que se tuvo en nuestro país para circunscribir y dentro del campo del derecho tributario, el desvío de poder a la imposición de multas, es el de que en la regulación jurídica de las sanciones que pueden imponerse por infracción a las leyes fiscales, en donde con una mayor frecuencia se encuentra la facultad dis-

(304) NAVA NEGRETTE, *op. cit.*, p. 343.

(305) *Op.cit.*, p. 105.

(306) Nos referimos a CORTINA GUTIÉRREZ, Alfonso, citado por Emilio MARGÍN-MANAUJOU, en su obra De lo contencioso-administrativo de anulación o de ilegitimidad, U.A. S.L.P., 1974, p. 83.

crecional de la administración financiera; por eso, porque la administración financiera más que cualquier otra actividad de la administración pública está obligada a sujetarse de manera estricta a los lineamientos marcados en la ley, se estableció el desvío de poder como causal de nulidad de los acuerdos que imponen sanciones penales; pero no quiere decir esto, que sólo dentro de este campo se encuentre la facultad discrecional de la administración financiera, ni que por lo tanto, teóricamente examinada la cuestión desde el punto de vista doctrinal, no pueda pensarse en otras hipótesis diversas del desvío de poder; ellas existen pero la ley por razones, si se quiere de timidez al implantar en México el recurso, lo limitó a la imposición de sanciones".

En nuestra opinión, nos parece realmente paradójico que habiéndose decidido el control de la legalidad de los actos de las autoridades fiscales mediante el establecimiento del Tribunal Fiscal, siguiendo el modelo francés del contencioso de anulación, se haya dado marcha atrás en la regulación y control de las facultades discrecionales, reduciendo el ámbito del desvío de poder a sanciones estrictamente fiscales por una única razón: timidez.

218,cc) La reforma legal que eliminó una de sus limitaciones.- Por el decreto del 29 de diciembre de 1965, se amplió a partir del 1º de enero de 1966 la fracción III del artículo 160, que dando transcendentamente reformada, pues faculta a las salas para conocer de juicios iniciados contra acuerdos que impongan definitivamente multas por infracción a la legislación federal o del Distrito Federal. Podemos darnos cuenta fácilmente que esta reforma quitó su primera limitación, la que hacía aplicable el desvío de poder únicamente a sanciones derivadas de infracciones a leyes fiscales, de

ese momento en adelante sólo se conservaría la otra limitación que lo reduce a ser un medio de control de las sanciones administrativas en general.

219.b) En el segundo Código Fiscal.- Fue publicado y entró en vigor paralelamente con la primera Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación; ambos cuerpos legislativos aparecieron en el D.O. de 19 de enero de 1967 e iniciaron su vigencia el 1° de abril del mismo año. Este código contemplaba cuatro títulos cuyo contenido esencial era el siguiente: el primero, de disposiciones generales, el segundo, con disposiciones sustantivas, el tercero, que incluía el procedimiento administrativo y el cuarto, regulando el procedimiento contencioso; dejándose la integración del tribunal y las facultades del Pleno, de su presidente, de las salas, de los secretarios y actuarios, así como las vacaciones y guardias, a los siete capítulos que comprendían su Ley Orgánica.

220.aa) Reiteración de una desviación de poder limitada a sanciones.- Tanto el código como la Ley Orgánica recogieron la reforma señalada con anterioridad (supra, § 218), así que el artículo 228 repetía las cuatro típicas causales de anulación, quedando el inciso d) con la siguiente redacción:

"Serán causas de anulación: (...) El desvío de poder, tratándose de sanciones".

Precepto que relacionado con el artículo 22, fracción IV de la Ley Orgánica del Tribunal de 1967, nos da como resultado la concordante competencia general del Tribunal Fiscal para regular

el uso de la facultad discrecional sancionadora de las autoridades administrativas federales; el texto de dicho artículo era:

Art. 22.- "Las salas del Tribunal conocerán de los juicios que se inicien en contra de las resoluciones definitivas que se indican a continuación:.....

IV.- Las que impongan multas por infracciones a las normas administrativas federales o del Distrito Federal" (aunque posteriormente la reforma que sufrió esta fracción el 28 de diciembre de 1971, volvió a limitar ligeramente esta competencia al permitir sólo el conocimiento de multas impuestas por infracciones a las disposiciones fiscales del Distrito Federal).

En la doctrina al comentarse el contenido de este artículo 22, se dice que "este nuevo ámbito competencial constituye una abierta incursión en el contencioso-administrativo, pues las salas del Tribunal Fiscal de la Federación ya no se limitan al conocimiento de las sanciones impuestas por reales o pretendidas infracciones a las normas tributarias, sino que su haz de facultades se extiende al amplio sector del ejercicio del poder sancionador de la administración pública" (307).

Durante la vigencia de este Código de casi veinte años, se publicó una segunda Ley Orgánica del Tribunal Fiscal (D.O. de 2 de febrero de 1978), que cristalizó la vieja idea de desconcentrar las actividades del tribunal, creando salas metropolitanas y regionales; sin embargo, el artículo 23 fracción III de la nueva Ley Orgánica reprodujo textualmente el artículo 22, fracción IV, de la ley abrogada, manteniéndose en los mismos términos la competencia

(307) ARMIENTA-CALDERÓN, Gonzalo, El proceso tributario en el derecho mexicano, México: Textos universitarios, la. ed., 1977, p. 161.

de las salas para conocer de las impugnaciones contra multas federales.

221.bb) Comentarios relacionados con el desvío de poder según éste código.- La doctrina nos da interesantes opiniones sobre el desvío de poder, sosteniendo que éste "ha sido objeto de una exploración jurisprudencial más trascendente desde que se atribuyó a la competencia del Tribunal Fiscal de la Federación, la calificación de las resoluciones en la que se imponen multas o infracciones a normas administrativas federales o del Distrito Federal"; y afirmando lo siguiente: "hasta la fecha se ha venido consolidando el criterio de que el desvío de poder consiste en la falta de adecuación de la multa a la importancia de la infracción y a la capacidad económica del infractor" (308).

He aquí, pues, cómo se nos señala una verdadera desvirtuación del desvío de poder, pues la no adecuación de una multa a tales circunstancias significaba el desconocimiento del artículo 37, fracción I del código de 1967, en el cual se obligaba a la autoridad a considerar precisamente la importancia de la infracción y las condiciones del causante, por lo que en dichos casos se constituiría más bien, la causal de anulación indicada en el inciso c) del mismo artículo 228 (en el código de 1983 no se reproduce dicho precepto, aunque sí se especifican diversas reglas sobre las infracciones y sanciones fiscales en los arts. 70 a 91).

Otra opinión, bastante interesante, y sostenida por una magistrada de la Sala Superior es ésta:

(308) HELIÁN VIRJÉS, Dolores, Cuarta Década del Tribunal Fiscal de la Federación, publicaciones de la Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México, 1971, pp. 262-263.

"El desvío de poder consiste generalmente en un vicio del motivo del acto, considerado en sentido objetivo, es decir, como antecedente o supuesto del acto, por cuanto la resolución sancionatoria que se impugna no es la adecuada al motivo existente (la falta cometida y las circunstancias de la misma), o en otros términos, porque dicha resolución carece de motivo legalmente suficiente para provocarla, ya que la apreciación discrecional del motivo hecha por la autoridad administrativa es incorrecta"; concluyendo que "la irregularidad de los actos anulados por el Tribunal Fiscal por desvío de poder no radica generalmente en el fin o propósito que se intenta obtener por la autoridad fiscal, ya que éste es legítimo (la represión y prevención de las infracciones a las disposiciones fiscales) sino en el motivo, como hemos dicho antes, y en esto se distingue del desvío de poder clásico, aunque tiene de común con éste que implica un control de la facultad discrecional" (309).

De lo anterior podemos derivar cómo la timidez con que se implantó el desvío de poder en nuestro medio (cfr. supra § 217), hizo que éste se alterara y que no coincidiera con su noción doctrinal; en este sentido, al convertirse el desvío de poder en un vicio de los motivos de la sanción y existiendo el control de los motivos en el nuevo Código Fiscal (art. 238, fr. IV, la. parte), se hizo claramente necesario acabar de una vez por todas con su limitación y con la confusión creadas, describiendo lo que es el desvío de poder, en lugar de mencionarlo como causal (art. 238, fr. V).

(309) LOMELI CEREZO, Margarita, Derecho Fiscal Represivo, México: Porrúa, la. ed., 1979, p. 82.

OLIVERA TORO, por su parte, reitera la timidez con que se admitía el desvío de poder en el artículo 228, inciso d) del Código Fiscal de la Federación de 1967, y reivindica los profundos aspectos doctrinales que la noción implica, manifestando que "para la doctrina americana habrá desvío de poder cuando la Administración, haciendo uso de facultades discrecionales, emite un acto notoriamente injusto o irracional, quedando al particular opositor la carga de la prueba"; mientras que "para la doctrina francesa, el desvío de poder aparece cuando se persigue un fin que no es aquel que en el caso debía de perseguir obedeciendo a un motivo distinto del que conforme al sentido implícito de la ley debió de tomar en cuenta" (309 bis).

(309 bis) Op. cit., pp. 132-133. Además, OLIVERA TORO nos explica lo siguiente:

"El acto administrativo debe tener el fin propio de la función administrativa (...). De ese modo no puede perseguirse sino un fin de interés público, no una finalidad extraña a la que marca la ley, y profundizando, tampoco otro fin distinto de aquel concreto que la naturaleza y condiciones del acto imponen. Aun cuando el acto sea correcto en apariencia, si la Administración no persigue el fin que es debido, la doctrina señala que el acto adolece del vicio de desvío de poder (...)"

"La desviación de poder constituye la ruptura de la obligación que tiene el órgano de la administración de realizar un fin público y el específico del caso concreto que la ley le ha fijado al otorgar la competencia del órgano (...)"

Y más adelante (p. 175), el mismo autor resume otros matices doctrinales relacionados con la desviación de poder:

"El desvío de poder (...) es causa de nulación del acto, ya que la finalidad ha sido distinta de la querida por la ley, su aparente finalidad oculta un móvil extraño o contrario a la legalidad, no hay error, sino ilegítima intención, bien por un motivo personal del agente de la administración (venganza, convicción política o religiosa, etc.), para favorecer el interés de un tercero o por un interés general eventual y supuestamente ventajoso, pero diverso del señalado en la ley, ocasionando en este último caso un indebido beneficio a la administración".

"En el acto con vicio de desvío de poder, el autor cubre su intención con una aparente legalidad, por ello es difícil la prueba de este defecto, ya que tiene que buscarse en los elementos internos, el móvil determinante que impulsó la intención del autor".

222.c) En el tercer Código Fiscal.- La evolución de nuestro Derecho Fiscal ha culminado con la expedición del debatido código vigente, el cual habiendo sido publicado en el D.O. de 31 de diciembre de 1981, debió haber entrado en vigor el 1º de octubre de 1982; pero durante su período de vacatio legis fue pospuesta su vigencia y se dictaron sus primeras reformas el 31 de diciembre de 1982, entrando finalmente en vigor, en parte, a partir del 1º de enero de 1983, pues su último título inició su vigencia el 1º de abril de 1983.

Este código viene estructurado en seis títulos: el primero, como siempre, de disposiciones generales; el segundo, trata de los derechos y obligaciones de los contribuyentes; el tercero, de las facultades de las autoridades fiscales y el cuarto, de las infracciones y delitos; mientras que el quinto, se dedica a los procedimientos administrativos —fundamentalmente recursos y ejecución— y el sexto, presenta, básicamente, todo el procedimiento contencioso-administrativo.

223.aa) La nueva presentación de las causales en cinco fracciones.- El nuevo código rompe con la tradicional presentación cuatripartita de las causales de anulación y contempla una nueva presentación en las cinco fracciones del artículo 238, de lo que ahora se denominarían "causales de ilegalidad", y que a continuación transcribimos:

"Se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales":

I.- "Incompetencia del funcionario que la haya dictado u ordenado o tramitado el procedimiento del que

deriva dicha resolución".

- II.- "Omisión de los requisitos formales exigidos en las leyes, inclusive por la ausencia de fundamentación o motivación en su caso" (el subrayado corresponde a la adición publicada el 31 dic.82).
- III.- "Vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular y trasciendan el sentido de la resolución impugnada" (el subrayado fue derogado por las reformas del 31 dic. 82).
- IV.- "Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada" (lo cual constituye su innovación más importante).
- (IV bis.-) "...o bien, se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas" (la separación de esta fracción IV que hemos hecho es artificial, pero ilustrativa que en verdad incluye dos causales diversas).
- V.- "Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponde a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades" (esto es, indudablemente, la desviación de poder).

224.bb) Las principales innovaciones: examen y reflexiones que suscitan.- La fracción I conserva la causal de incompetencia casi en los mismos términos que los preceptos anteriores (sólo se refiere a la incompetencia del funcionario, omitiendo la del empleado, y agrega "u ordenado" después de dictado); consideramos, sin embargo, criticable que se haga mención del funcionario, en lugar de la autoridad, pues concebimos la competencia como el conjunto de atribuciones o potestades propias del órgano administrativo, no de la persona-funcionario que actúa como titular. Ahora bien, demost

da la ilegalidad de incompetencia, opinamos que se puede declarar la nulidad "lisa y llana" si se trata de un acto viciado de incompetencia absoluta, o sea, porque ni el funcionario que lo dictó, ni ningún otro, estarían facultados para dictarlo; o bien, la nulidad "para efectos" cuando la violación es cometida por un funcionario incompetente, pero existe otro que sí es competente para emitir una nueva resolución purgando el vicio.

Las fracciones II y III son un desglose del vicio de forma, el cual se puede manifestar como omisión de formalidades o vicio de procedimiento, hipótesis que fueron reformadas en 1982, para que la ausencia de motivación y fundamentación se considere requisito legal formal, y para que no se requiera que el vicio procedimental trascienda el sentido de la resolución impugnada. Según el artículo 239, en su último párrafo, cuando se está en alguno de los supuestos previstos en estas dos fracciones, el tribunal "declarará la nulidad para el efecto de que se emita nueva resolución", lo cual confirma el criterio de que forma y procedimiento son aspectos de la legalidad externa del acto que pueden ser convalidados; empero, hacemos notar que la fracción III del mismo artículo 239 contempla una limitación a los casos de nulidades "para efectos": que tratándose de facultades discrecionales la autoridad no puede precisar la forma y términos en que la autoridad debe cumplir la sentencia.

La fracción IV es muy importante, contiene la más interesante innovación, pues incluye en su primera parte el control de los motivos y corrobora, en su segunda parte, la causal por violación de la ley en sentido material. Aunque el artículo 239 no lo diga expresamente, en caso que se demuestre cualquiera de las dos

causales a que se refiere esta fracción se deberá declarar la nulidad lisa y llana contenida en la fracción II de dicho precepto, ya que constituyen definitivamente aspectos de la legalidad interna del acto (310). Finalmente, la fracción V es, evidentemente, la causal desvío de poder, pero establecida en forma tan particular, que merece un comentario aparte.

225.cc) La definición doctrinal del desvío de poder convertida en precepto legal.- Nos daremos fácilmente cuenta que la quinta fracción del artículo 238 equivale a la causal desvío de poder, pues el contenido de dicha fracción es su definición doctrinal más aceptada y comprende dos elementos:

(310) En relación a los aspectos de legalidad externos e internos tenemos la siguiente tesis aislada de la Sala Superior del Tribunal Fiscal que fijó los distintos efectos de las sentencias, según se trate de vicios formales (externos) o de fondo (internos):

SENTENCIAS. EFECTOS DIVERSOS DE LA NULIDAD POR VICIOS FORMALES Y AQUELLA QUE SE DEPURA DEL ANALISIS DE FONDO DE LA CONTROVERSIA.- "Es diverso el efecto de una sentencia que declara la nulidad de una resolución por vicios formales y de aquella que se funda en el estudio de fondo de la controversia, pues mientras la primera no impide que la autoridad pueda ejercer nuevamente sus facultades, subsanando la irregularidad cometida, siempre y cuando esté en tiempo para hacerlo, la segunda, al definir que la resolución fue ilegal en cuanto al fondo, impide cualquier actuación posterior sobre el punto que ha sido juzgado en definitiva".

Revisión No. 580/78, resuelta del 10-sep-80. Mag. ponente: Marjano Azuela Gutiérrez (T.F.F. 45 años, t. III, p. 348).

Y en otro precedente más reciente, la Sala Superior ha establecido el orden que debe seguir la sentencia en el estudio de los conceptos de nulidad:

"En términos generales el estudio de los conceptos de nulidad deben seguir el orden previsto en el artículo 228 en sus diversos incisos (ahora artículo 238 del Código Fiscal en vigor), y en este orden de ideas si se declara fundado el concepto de nulidad por falta de competencia del funcionario que emitió el acto impugnado, ya no procederá el estudio de los demás conceptos; o bien, si las violaciones de procedimiento están probadas, no se estudiará el fondo del asunto".

Revisión núm. 836/81, resuelta el 18-ago-83. Mag. ponente: Edmundo Plascencia Gutiérrez (R.T.F. núm. 44, agosto de 1983, 2a. época, año VI, p. 30).

1° Que se trate de una resolución dictada en ejercicio de facultades discrecionales.

2° Que la regulación no corresponda a los fines para los cuales la ley confirió tales facultades (310 bis).

Respecto esta nueva regulación, DE LA GARZA comenta que, si bien ha desaparecido la disposición que declaraba como causa de anulación "el desvío de poder, tratándose de sanciones", en esta última materia el artículo 75 del código dispone que las multas que se impongan dentro de los límites fijados deberán fundarse, motivarse y tomar en cuenta las circunstancias atenuantes o agravantes; así que cuando se lleguen a dictar multas sin respetar lo establecido en dicho artículo, podrán ser anuladas por incurrir en la causal de ilegalidad indicada en la fracción IV del artículo 238.

En cambio, agrega DE LA GARZA, "el desvío de poder se reserva en la fracción V del artículo 238", lamentando que por limitaciones de espacio, sólo pueda apuntar que debe recordarse la considerable diferencia entre arbitrio y facultad discrecional (infra, § 239, in fine), la cual, aplicada al concepto y regulación del desvío de poder, lo lleva a concluir: "el antiguo desvío de poder del C.F.F. 1967 corresponde al arbitrio, el nuevo desvío de poder del C.F.F. 1982, corresponde a la facultad discrecional" (311).

(310 bis) Sin embargo, este cambio no ha sido comprendido así por todo el mundo; por ejemplo, el profr. Samuel RAMÍREZ MORENO, en una conferencia dictada en la sede de la Barra Mexicana de Abogados manifestó que el art. 238 del Código vigente "elimina el desvío de poder y adiciona como causal de ilegalidad la fracción V (...)", cuyos conceptos califica de vagos y que dan lugar a imprecisiones en su interpretación (cfr. Rev. del Trib. Fiscal del Edo. de Mex., núm. 15, mayo-septiembre-1982, p. 54).

(311) Cfr. GARZA, Sergio Francisco de la, "Algunos comentarios al Código Fiscal de la Federación 1982", en la Memoria del VII Congreso nacional de profesores e investigadores de derecho fiscal", Toluca, México, 1982, pp. 260-261.

El nuevo código ha terminado sólo con una de las limitaciones que se habían impuesto a la causal desvío de poder en los códigos anteriores (v. supra, § 205, 216 y 220), porque subsiste aún una grave limitación: se circunscribe a los actos administrativos cuya impugnación pueden conocer las salas del Tribunal Fiscal, cuya competencia, aunque ha desbordado un poco lo meramente fiscal (311 bis), únicamente ejerce el control jurisdiccional de un estrecho campo de la actividad administrativa. Confiamos en que esa competencia sea ampliada, en breve tiempo, hacia todo lo contencioso-administrativo federal; así se han manifestado, tanto la doctrina (v. supra, § 195, nota 286), como amplios sectores de la ciudadanía (312), pues sólo así se podría aplicar la noción de desvío de poder en su plenitud.

Por otro lado, la causal desvío de poder, tal como se encuentra regulada actualmente, nos hace presumir un reconocimiento del notable desarrollo de la discrecionalidad de las autoridades fiscales y no se excluye ni contradice su regulación anterior, que lo cons = treña a sanciones, pues las multas son resoluciones administrativas dictadas en ejercicio de facultades discrecionales que pueden alejar

(311 bis) Una de las más importantes competencias ampliadas del Tribunal Fiscal, es la que le otorga la Ley federal de responsabilidades de los servidores públicos, pues según su art. 3º, fr. VII, se le considera como autoridad competente para aplicar dicha ley (v. también el artículo 23, fr. VIII de la Ley Orgánica del T.F.F.). Pero, además, debemos notar que conforme su art. 47, fr. III, es obligación de todo servidor público "utilizar (...) las facultades que les sean atribuidas (...) exclusivamente para los fines a que están afectos (sic)"; cuyo incumplimiento tipifica el desvío de poder y da lugar a las sanciones administrativas correspondientes (art. 53 de la Ley de responsabilidades).

(312) Cfr. las conclusiones de la Comisión de justicia administrativa (coordinador A. CARRILLO-FLORES), publicadas en el periódico El Día, el 12-ago-83, punto núm. 13; en el marco de las audiencias públicas de consulta derivadas del Plan Nacional de Desarrollo 1983-1988, el cual hace referencia a lo siguiente:

"Otro renglón que amerita un cuidadoso examen es el relativo a la defensa de los particulares frente a la Administración Pública, tanto centralizada como paraestatal, en la triple proyección federal, estatal y municipal. Aquí se ha postulado el establecimiento de un Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo, con amplia competencia y debida desconcentración" (S.P.P., p. 62).

de los fines para los cuales la ley confirió la facultad discrecional sancionadora, que son intimidar y castigar a los infractores y no aumentar los recursos económicos del Estado (313).

Por otra parte, el código no es claro respecto de las consecuencias que tendría esta causal de ilegalidad sobre las sentencias que dicte el tribunal, ya que el artículo 239 en su último párrafo establece que el tribunal declarará la nulidad para efectos cuando se esté, "en su caso", en el supuesto previsto por la fracción V del artículo 238. La expresión "en su caso" implica duda y una doble posibilidad; que no forzosamente en todos los casos tendría que declararse la nulidad para efectos, sino que permitiría al tribunal dictar una nulidad lisa y llana en base a esta causal (313 bis).

(313) Cfr. la siguiente resolución del Pleno del Tribunal Fiscal:

MULTAS. SON SANCIONES REPRESIVAS Y NO SUSTITUTIVAS DEL IMPUESTO.- "Las multas cualesquiera que sea su finalidad, son sanciones tanto a la luz de la doctrina, cuanto del Código Fiscal (...). En tal virtud, la multa a que se refiere el art. 68 de la Ley del I.S.I.M. no es sustitutiva del impuesto, toda vez que ante la imposibilidad de determinar el impuesto omitido la ley establece una sanción represiva (...)"

(Resolución del 28-ago-68, R.T.F., tercer trimestre de 1968, pp. 128-129).

(313 bis) La respuesta que la jurisprudencia ha dado a la problemática de saber si el desvío de poder es un vicio de fondo o de forma, se ha resuelto en el segundo sentido, alejándose todavía más de las concepciones doctrinales francesas; esto de conformidad con la siguiente resolución:

SENTENCIA. EFECTOS DE UNA NULIDAD POR DESVÍO DE PODER: "Si se declara la nulidad de una resolución por haberse incurrido en desvío de poder al fijarse el monto de la sanción y en la sentencia no se estudia ninguna cuestión relativa a la comisión de la infracción y a la procedencia de la sanción, por no haberse planteado conceptos de nulidad al respecto, debe inferirse que la legalidad de esas determinaciones fue consentida y por lo mismo el efecto de la nulidad debe limitarse a que la autoridad subsane la irregularidad cometida e imponga una sanción conforme al debido ejercicio de su poder".

Revisión núm. 1352/78, resuelta el 13-jun.-80. Mag. Ponente: Mario Cordera Pastor (T.F.F., 45 años, t. III, p. 352).

Este sentido de las resoluciones anulatorias por la causal desvío de poder, debe modificarse si se considera la redacción del artículo 238, fracción V del Código Fiscal de 1983; pues un acto que sólo ha obedecido a fines indebidos, no puede volver a dictarse, ya que su vicio no es formal, sino de fondo.

Doctrinalmente, la desviación de poder es un vicio interno del acto administrativo que afecta su fin y que no podría ser convalidable (v. supra, § 94); empero, podemos argumentar a favor del desvío de poder como causal de fondo en nuestro sistema, el orden que guarda el artículo 238 del Código Fiscal en vigor, es decir, podemos derivar los siguientes efectos del hecho que el desvío de poder sea la "última causal":

1° Que se analicen por el juzgador las causales de ilegalidad conforme dicho orden, primero, las causales externas, como la incompetencia y el vicio de forma, y después, las causales internas o de fondo, como serían el vicio de los motivos, la violación de la ley y el desvío de poder; así, cuando el acto presente vicios formales y de fondo, sólo se declararía la nulidad por los primeros, sin pasar al estudio de los segundos (cfr. supra, § 224, en nota 310).

2° Por tanto, para que la existencia del desvío de poder pueda ser probada y estudiada, se requiere que el acto cumpla, aparentemente, con todos los requisitos de validez, formales y de fondo, ya que la presencia de cualquier otro vicio que no sea la desviación de poder invalida el acto, sin necesidad de considerar si hubo o no desviación de poder; precisamente en esto encontramos la razón de la escasez de auténticos casos de desvío de poder y de la astucia que debe tener el juzgador para descubrirlo, en un acto válido en apariencia.

226.D) Aspectos doctrinales y positivos de la potestad sancionadora.- Por la estrechísima conexión que durante tantos años mantuvieron el desvío de poder y las sanciones, hemos creído conveniente hacer esta referencia en que vinculando ambas cuestiones, desarrollamos algunos planteamientos doctrinales y ciertas precisiones del derecho positivo relacionadas, directamente, con la potestad sancionadora. Recordando que, como medio de control de los amplios márgenes de discrecionalidad de que gozan las autoridades para la aplicación de sanciones, el desvío de poder ha jugado un papel clave y fundamental.

227.a) Sobre las sanciones en general.- Las sanciones constituyen un elemento natural y propio de lo jurídico, podemos considerarlas como un verdadero concepto jurídico fundamental, o sea, sin sanciones no podría hablarse de la coercibilidad del Derecho que le es consustancial; basta recordar la célebre fórmula kelseniana: "si A es, debe ser B, si B no es, debe ser C" (en la que C es precisamente la sanción); así pues, el poder sancionador del Estado se deriva de la propia naturaleza de la ley, y la sanción aparece como un elemento esencial para la facticidad de la norma, pues sin ella sería una vana ilusión. Las sanciones han sido establecidas para castigar y reprimir el incumplimiento de la ley: recordemos que toda ley administrativa realiza una determinada finalidad y que el desvío de poder se refiere a dar a la ley una finalidad que no le corresponde; por lo tanto, todo desvío de poder debe sancionarse.

La mayor parte de las definiciones de lo que es una sanción, sólo han tomado en consideración su aspecto de consecuencia jurídica por el incumplimiento o intracción de un precepto legal, ya sea por hacer lo que la ley prohíbe o por no hacer lo que la ley manda; según lo cual el fin general que persigue toda sanción es la observancia del Derecho, o sea, la conservación y el respeto del orden jurídico.

Existe una gama muy diversa de sanciones: en unos casos, se establece como sanción la nulidad de los actos realizados en contravención de las normas, otras veces, en ausencia del cumplimiento voluntario, se impone coactivamente su observancia, constituyendo este cumplimiento forzoso un tipo específico de sanción; pero cuando no es posible obtener la realización coactiva de la obligación, se crea la posibilidad de exigir una pres=

tación equivalente a modo de indemnización, o bien, se modifica la obligación incumplida agravándola en perjuicio del infractor. Otras sanciones que el Derecho —sobretudo el Administrativo— utiliza con gran frecuencia serían: la pérdida de un derecho (por ejemplo, la revocación de una concesión), la imposición de multas, la clausura, la suspensión, la amonestación, el cese, e incluso, la privación de la libertad.

228.b) Las sanciones en el Derecho Administrativo.— Po = demos afirmar que para hacer eficaz la legislación administrativa, inspirada siempre en el interés público, es necesario consagrar la potestad sancionadora de la administración pública, conceptuada como "la facultad de castigar las violaciones a una ley administrativa, que no constituyan delitos"(314) . Tengamos en cuenta que las sanciones administrativas están enunciadas en las leyes, en los capítulos correspondientes a las infracciones o faltas y a los delitos; las primeras son aplicadas por la propia administración, en tanto que los delitos por su carácter penal, son siempre aplicados por los tribunales judiciales.

Un sector de la doctrina señala que prácticamente todas las leyes administrativas federales mexicanas tienen un capítulo de sanciones en el que se prevén tanto los delitos como las infracciones administrativas de cada materia, por ejemplo, tratándose de lo forestal o de lo relativo a comunicaciones y transportes, caza y pesca, aguas, minería, etc.; y propugna por una rama especializada del Derecho Administrativo, a la que denomina Derecho de las in-

(314) Cfr. SERRA ROJAS, op. cit., I, p. 412.

fracciones administrativas, pues considerando que no todo ilícito administrativo llega a configurar delito, rechaza la denominación de Derecho Penal Administrativo, y estima, además, que la finalidad perseguida al crearse esas infracciones, es distinta a la que persigue el Derecho Penal. Por último, esta doctrina define, en términos generales, la sanción administrativa como "el castigo que aplica la sociedad a través del Derecho, a las violaciones de los ordenamientos administrativos, pretendiéndose por medio de ésta, asegurar el cumplimiento de los deberes que tienen los ciudadanos respecto a la sociedad" (314 bis).

229.c) Las sanciones en el Derecho Tributario.- La Administración Pública está dotada de una potestad sancionadora para asegurar el acatamiento a las disposiciones fiscales, la cual deriva del carácter ejecutorio de la propia acción administrativa, pero debe ejercerse dentro del marco del orden jurídico.

Según MARGAÍN MANAUTOU "toda obligación impuesta por una ley debe estar provista de una sanción o pena en caso de incumplimiento, pues de no ser así, el cumplimiento de la obligación será potestativo y no obligatorio para el particular"; por ello, el mismo autor agrega que "el Derecho Tributario (...) está provisto de medios adecuados con que exigir al causante el debido y oportuno cumplimiento de sus obligaciones fiscales; entre esos medios encontramos las sanciones", especificando que la finalidad que se persigue con éstas, es que se cumpla puntualmente con dichas obligaciones, "con el objeto de asegurar la eficiencia y regularidad de los servicios públicos o de las necesidades sociales que están a cargo

(314 bis) *Cfr.* ACOSTA-ROMERO, op. cit., pp. 533-544.

del Estado" (315).

Por otro lado, GARCÍA MÁYNEZ presenta como una forma completa o mixta de sanción aquella que trae aparejada "el cumplimiento, más la indemnización, más el castigo" (316) y éste es el carácter que presentan la mayor parte de las sanciones en el régimen fiscal mexicano, pues tratándose de infracciones que tienen como consecuencia la omisión del pago de una contribución, el infractor queda obligado a pagar el crédito fiscal y a cubrir los recargos, multas y gastos de ejecución correspondientes. Por cierto que el artículo 70 del código vigente confirma el principio de independencia de la aplicación de sanciones (317).

Ahora bien, al lado de la sanción principal que serían las multas, pueden existir sanciones accesorias, como el decomiso de las mercancías de tráfico prohibido, la clausura de un establecimiento, o el mismo embargo; pero además pueden establecerse infracciones fiscales que constituyan delitos, en las que su sanción sería la prisión, por ejemplo, la defraudación fiscal y el contrabando.

Nuestra lectura de la actual regulación de las infracciones fiscales y de las sanciones pecuniarias, nos descubre la tenden-

(315) MARGAÍN MANAUTOU, Emilio Introducción al estudio del Derecho Tributario Mexicano, México: U.A.S.L.P., 5a. ed., 1979, pp. 341-343.

(316) GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del Derecho, México: Porrúa, 17a. ed., 1970, pp. 302-303.

(317) El texto de dicho artículo es el siguiente: "La aplicación de las multas, por infracciones a las disposiciones fiscales, se hará independientemente de que se exija el pago de las contribuciones respectivas y sus demás accesorios, así como de las penas que impongan las autoridades judiciales cuando se incurra en responsabilidad penal".

Y tuvo como antecedente el artículo 35 del Código Fiscal de 1967 que decía: "La aplicación de las sanciones que procedan, se hará sin perjuicio de que se exija el pago de las prestaciones fiscales respectivas, de recargos en su caso, y de las penas que impongan las autoridades judiciales cuando se incurra en responsabilidad penal".

cia del código para reducir, por un lado, la discrecionalidad de la potestad sancionadora estableciendo multas regladas, autoliquidables por el propio contribuyente; aunque, por el otro, se mantiene el sistema de imposición discrecional de multas, eligiendo entre un monto mínimo y uno máximo. Y conservamos la impresión general de que, tratándose de otras atribuciones, las facultades discrecionales de las autoridades se han ampliado considerablemente, vgr. estímulos fiscales, condonaciones, procedimiento de ejecución, ejercicio de las facultades de comprobación, visitas domiciliarias, etc.

230.d) El desvfo de poder y las sanciones administrativas y fiscales.— Ambos tipos de sanciones se encuentran íntimamente relacionadas y se traducen, en la mayor parte de los casos, en sanciones pecuniarias, es decir, en multas. Así, tenemos que toda multa fiscal resulta ser, en última instancia, una multa de tipo administrativo, que es impuesta unilateralmente por una parte de la administración pública, como es el ramo de Hacienda y en la que no interviene en lo absoluto la autoridad judicial. A la vez, toda multa administrativa constituye un crédito fiscal, aplicando el criterio extensivo de la materia fiscal señalado con anterioridad (supra, § 199) independientemente de que, además, están catalogadas en el Código Fiscal como aprovechamientos.

La doctrina, cuando trata de la imposición de sanciones administrativas —fundamentalmente multas, e incluyendo en éstas a las fiscales—, en relación con las garantías individuales, ha considerado el desvfo de poder como parte de las garantías incluidas en los artículos 16 y 22 constitucionales:

En el primer párrafo del art. 22 se encuentra una garantía de seguridad jurídica, que llevada al aspecto que nos interesa, o

sea, lo relativo al concepto de "multa excesiva"; conduciría a pensar que "nadie puede ser sancionado con una pena pecuniaria que produzca una finalidad diversa de la que conforme a la ley debió inspirar a la autoridad administrativa que la impuso, porque se producirá lo que se conoce como desvío de poder" (317 bis).

Por otra parte, se dice que el desvío de poder implica la falta de una motivación adecuada de la resolución sancionatoria (v. supra, § 221), derivado de esto, el concepto de desvío de poder que se ha sostenido hasta ahora ofrece marcadas diferencias en comparación con el concepto clásico francés. Además, la íntima relación entre motivo y fin, así como las dificultades para distinguirlos en la práctica, han influido en el concepto de desvío de poder desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Fiscal, según la cual:

"Puede incurrirse en desvío de poder cuando la sanción es desproporcionada a la gravedad de la infracción y a las condiciones económicas del causante, aunque el fin que la autoridad administrativa se haya propuesto realizar al emitir la resolución sancionadora sea precisamente el previsto por la ley, esto es el de reprimir las infracciones fiscales cometidas y prevenir las futuras" (318).

Sin embargo, el contenido del nuevo código ha alterado estas circunstancias, por lo que las respetables opiniones indicadas pierden actualidad: en base al art. 238 ya no debe confundirse el desvío de poder con el vicio de los motivos, ni debe vincularse con lo excesivo de las multas; ahora es posible analizar el auténtico desvío de poder cometido, no sólo al ejercerse la potestad sancionadora, sino también tratándose de cualquier otra facultad dis =

(317 bis) Cfr. MARGÁIN MANAUTOU, op. cit., p. 241.

(318) Cfr. LOMELÍ CERESO, op. cit., pp. 78-80.

crecional, pero exclusivamente de las autoridades cuyos actos estén sujetos a la competencia del Tribunal Fiscal.

La cuestión fundamental radica, definitivamente, en los alcances y aplicación práctica que lleven a cabo los magistrados del Tribunal Fiscal de esta causal, a través de sus sentencias y de su jurisprudencia.

231.E) La facultad discrecional y el desvío de poder en materia fiscal y administrativa.- Bajo este rubro existe un interesante estudio (319), en el que se comprenden importantes aspectos, tanto doctrinales como positivos, y del cual anotaremos, de manera resumida, sus principales puntos, por estar vinculados estrechamente con las cuestiones centrales de las que nos ocupamos en esta parte del presente capítulo.

232.a) En búsqueda del concepto de lo discrecional.- Cuando la doctrina hace referencia a lo discrecional se entiende generalmente que es una libertad jurídica autorizada o permitida por el derecho objetivo, dependiendo cómo se atribuye la potestad discrecional por el legislador, para dar una solución sobre su ámbito o presentación; según lo cual puede darse el siguiente concepto:

"La facultad discrecional es aquella potestad que el derecho objetivo otorga a un órgano del Estado, con el objeto de que éste utilice su libre apreciación sobre la emisión, o bien el contenido, de un acto determinado, con el fin de satisfacer el propósito

(319) CARRILLO-GAMBOA, Francisco Manuel, "La facultad discrecional y el desvío de poder en materia fiscal y más ampliamente en materia administrativa", Tribunal Fiscal de la Federación. Cuarenta y cinco años al servicio de México, tomo V, México, la. ed., 1982, pp. 43-67.

de la ley" (320).

Además, de las diversas posturas de los tratadistas del Derecho Administrativo sobre el concepto de la discrecionalidad, pueden señalarse las siguientes tres:

1a. La que considera la facultad discrecional como una libertad que el orden jurídico da a la administración para la elección oportuna y eficaz de los medios y el momento de su actividad dentro de los fines de la ley (321).

2a. Aquella que la describe como la potestad que tiene la administración de apreciar el interés público, con el fin de decidir la conveniencia o no de su acción (322).

3a. La que sostiene que se presenta cuando la autoridad está capacitada para obrar con fundamento en hechos cuya prueba, o no es posible, o no está obligada a suministrar (323).

Otra postura doctrinal que merece ser mencionada es la de un autor que define el poder discrecional como la posibilidad en

(320) CARRILLO-GAMBOA, *ibidem*, p. 48.

(321) Dentro de esta postura pueden incluirse conceptos como el enunciado por Rafael BIELSA, quien sostiene que lo discrecional es la libertad que la ley da a la autoridad para que elija el camino, los medios y el momento de su acción, precisamente para la mejor satisfacción del propósito de la ley (Derecho Administrativo, tomo II, Buenos Aires, 1950, p. 234; *apud* CARRILLO-GAMBOA, art. cit. p. 47).

(322) Respecto esta postura existen conceptos como el de DIEZ, quien afirma que existe actividad discrecional cuando el contenido o la modalidad del acto no está determinado, o lo está solamente con referencia a elementos y condiciones relacionados con una apreciación subjetiva del interés público (El acto administrativo, Buenos Aires, 2a. ed., 1964, p. 69; *apud* CARRILLO-GAMBOA, *ibidem*).

(323) Postura que denota el pensamiento de FREUND —comentado por CARRILLO-FLORES— según el cual cuando las leyes hablan de "bienestar general", "necesidades colectivas", "conveniencia social", condicionando a ellas determinada acción estatal, atribuyen un poder discrecional en cuanto que la autoridad, o no puede, o no está obligada a probar los elementos o datos de esta generalidad (*op. cit.*, p. 70).

que se encuentra el órgano estatal para hacer valer la voluntad propia, en oposición a lo que ocurre cuando este poder discrecional falta, en que sólo se pone en movimiento la voluntad ajena de la ley; según esta misma postura habría discreción no sólo en lo administrativo, sino también en lo jurisdiccional y aún en lo legislativo (324). Otra corriente, criticando este pensamiento, sostiene que la concepción anterior es incompleta, pues desconoce que cuando el poder discrecional se otorga a la administración pública cumple una misión especial: la de capacitarla para que asuma un papel directivo, activo, para una mayor satisfacción de las necesidades sociales (325).

Por otra parte, para la doctrina, desde principios del presente siglo, ya no hay más actos discrecionales o de pura administración, que se sustraigan del control jurisdiccional:

"En Francia el acto discrecional pertenece al pasado. Hoy no existe en el Derecho. El Consejo de Estado es siempre competente para apreciar el fin que ha determinado el acto y decide la anulación si estima que el administrador, aún manteniéndose en los límites formales de su competencia, ha perseguido un fin distinto del que la ley consideraba al otorgarle dicha competencia. Se produce entonces lo que según la terminología consagrada, se llama una desviación de poder" (326).

Se pueden establecer, finalmente, las principales diferencias entre la facultad discrecional y la reglada, siguiendo en esto el desarrollo precitado:

(324) El autor de referencia es MERKL, citado por CARRILLO-FLORES, op. cit., pp. 69-70.

(325) CARRILLO FLORES, ibidem.

(326) DUGUIT, León, Las transformaciones del derecho (público y privado), Buenos Aires: Ed. Heliasta S.R.L., 1975, p. 125.

"En cuanto a la emisión del acto, cuando la norma jurídica prevé una facultad reglada, concurriendo los requisitos de hecho o de derecho exigidos por ella para su emisión, debe ser emitido. Por el contrario, cuando la facultad es discrecional el acto puede o no ser emitido, pues la valoración de las circunstancias que justifican su emisión depende de la apreciación subjetiva del órgano competente para emitirlo.

"En cuanto a los aspectos del acto en que inciden el carácter reglado y el discrecional, el carácter reglado puede referirse a cualquier aspecto del acto administrativo. Por contra, el carácter discrecional incide ya sea en la emisión o en el contenido del acto, según lo disponga el orden jurídico" (327).

233.b) Fuentes de la facultad discrecional.- La más reciente doctrina reitera, especialmente, que lo discrecional surge del orden jurídico; por ello, estudia sus principales fuentes en el derecho positivo, tanto fiscal como administrativo, y además menciona que, aún actuando discrecionalmente, se mantiene la sumisión de la administración pública a la ley en sentido material, lo cual es un simple efecto del principio de legalidad.

También es de hacerse notar que la aplicación estricta del principio derivado del artículo 31, fracción IV, constitucional, desvanece la figura de la discrecionalidad en la norma tributaria; sin embargo, es posible enunciar algunas facultades discrecionales en materia fiscal, por ejemplo: la imposición de sanciones por vio-

(327) Cfr. MARIENHOFF, Miguel S.; Tratado de Derecho Administrativo, tomo II, Buenos Aires, 1965, p. 424; apud CARRILLO GAMBOA, art. cit., p. 51.

lación a las leyes fiscales, el otorgamiento de subsidios o estímulos, las autorizaciones tratándose de impuesto sobre la renta, las estimaciones presuntivas de utilidades, ingresos y precios de adquisición, etc. (328).

De esto, la misma doctrina deriva que las facultades discrecionales tienen una presencia efímera en materia fiscal, apreciación completamente opuesta a lo que ella misma desarrolla al ejemplificar lo anterior, y que difiere fundamentalmente de la impresión que personalmente hemos obtenido (supra, § 229, in fine). En cambio, indica que es en la materia administrativa donde la presencia de la facultad discrecional se robustece, pues los casos de discrecionalidad en la legislación administrativa son abundantes y se manifiestan cuando la ley usa términos que no son imperativos, sino permisivos o facultativos; poniendo como ejemplos la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera, la Ley sobre atribuciones del Ejecutivo Federal en materia económica, la Ley general de instituciones de crédito y organizaciones auxiliares, y la Ley del mercado de valores (329).

234.c) Límites de la discrecionalidad.- En virtud de que la facultad discrecional se encuentra sujeta al principio de legalidad, éste opera como su límite constitucional, ya que está incorporado en los artículos 14 y 16 constitucionales; aunque a partir de 1937, se ha agregado un nuevo control que ofrece un límite más refinado, aquel del desvío de poder incorporado a las sanciones fis=

(328) Cfr. CARRILLO-GAMEOA, art. cit., pp. 52-56.

(329) Ibidem, pp. 56-59.

cales y que, de 1983 en adelante, es aplicable a la desviación de los fines en uso de cualquier facultad discrecional sujeta al control del Tribunal Fiscal.

Ahora bien, abundando un poco sobre los límites de la potestad discrecional, podemos recordar una doctrina para la cual "el lugar donde deben trazarse los límites de las facultades discretionales, depende de la escala de valores humanos que está consagrada en el sistema jurídico contemporáneo", siendo evidente que en muchos aspectos, dicha escala ha cambiado mucho en el presente siglo, aunque subsiste como base la protección de la vida, la libertad y la propiedad. Según tal doctrina resalta que en los libros europeos continentales de Derecho Administrativo, se subrayan como tales, ciertos principios generales del derecho; el primero de ellos es el de igualdad, el cual significa no discriminación en el tratamiento de personas o grupos que tienen derecho a igual consideración, fundada en venganzas personales, intereses pecuniarios o prejuicios políticos, no sancionados por la ley: acciones que serían aspectos de la desviación de poder (330).

Además, esta doctrina manifiesta que "en los sistemas continentales la situación legal del servidor público es una complicada mezcla de facultades discretionales y de obligaciones legales" (331), y señala que puede considerarse como piedra angular de la revisión jurisdiccional de las decisiones administrativas, la facultad de los tribunales superiores para revisar actos administrativos por "abuso de facultades discretionales" o por "no ser razonables"; si bien esto puede usarse, y lo ha sido en ocasiones, para sustituir las opiniones y prejuicios de los cuerpos administrativos por las opiniones y prejuicios de los tribunales (332).

(330) Cfr. FRIEDMANN, W., El derecho en una sociedad en transformación, México: F.C.E., 1a. ed., 1966, pp. 371-374 (traducción de Florentino H. TURNER).

(331) FRIEDMANN, ibidem, p. 396.

(332) FRIEDMANN, ibidem, p. 418.

Podemos completar este panorama doctrinal de las limitaciones a la discrecionalidad, finalmente, con aquellas opiniones que sostienen: "se habla de poderes discrecionales, cuando el Derecho objetivo permite obrar a un órgano según su propia determinación", pues el legislador se da cuenta de que en numerosas relaciones el resultado que quiere conseguir la administración —protección de los intereses públicos— puede ser alcanzado por distintos caminos, entonces se limita a trazar el marco legal dentro del cual puede actuar libremente, y procede de esta suerte, considerando que sólo la autoridad administrativa tiene la experiencia necesaria para dictar ciertas disposiciones en sentido favorable al interés público. Además, se señala que por su poder discrecional, la autoridad puede determinar como pertinente entre las varias posibilidades de solución, aquella que mejor responde en el caso concreto a la intención de la ley, y se aclara esto:

"Sin embargo, las normas de la ley son también ineludibles para el poder discrecional. Por eso la cuestión de saber dónde empieza el dominio del poder discrecional y dónde termina es, por sí misma, una cuestión jurídica y no una cuestión de apreciación. La extralimitación en el poder discrecional constituye un acto ilícito. No son meramente las limitaciones externas las que la autoridad ha de respetar, sino que existe también ciertas limitaciones internas que son impuestas a su poder discrecional, a la autoridad le está prohibido mandar a capricho dentro de su competencia; al ejercer aquélla su potestad discrecional no puede imponer su arbitrio en cada caso particular, sino atendiendo a los factores que la ley quiere que se tengan en consideración. Jurídicamente hablando, el abuso de la potestad discrecional equivale a una extralimitación" (333).

(333) Cfr. FLEJER, op. cit., p. 116-119, aparte, él mismo apunta que si bien, en la realidad, se han sustraído las cuestiones que pertenecen al poder discrecional del examen de la jurisdicción administrativa: el apreciar si la autoridad administrativa podía obrar discrecionalmente si es cuestión jurídica y no debe estar exenta de revisión.

235.d) Recapitulación doctrinal.- Recapitulando las aportaciones de la doctrina sobre este tema, se nos dice que el desvío de poder es una creación del Consejo de Estado francés, por medio del cual se controla el fin de la actividad administrativa y que consiste en la anulación de un acto cuyo fin es distinto al considerado por la ley (334).

Creemos que en esto último hay una inexactitud: el desvío de poder no consiste en la anulación; ésta será su consecuencia, cuando el orden jurídico así lo reconozca y por ello los autores franceses (cfr. supra, § 101) definen la desviación de poder como un hecho por el cual la autoridad desvía los fines legales (335). Esta misma consideración es quizás, también, la que ha llevado al legislador mexicano a abandonar la denominación "causa de anulación" en el Código Fiscal vigente, y a establecer en su lugar la facultad de declarar la ilegalidad de un acto, demostrada cualquiera de las causales enumeradas en el artículo 238 (v. supra, § 223).

Por lo demás, en la doctrina se señala que de las dos posturas en relación con la naturaleza jurídica del desvío de poder: la que lo considera como una transgresión a la noción de "moralidad" administrativa y la que lo considera, simplemente, un caso de violación de la ley; se adopta la segunda, pues cuando se ejercita la facultad discrecional con un fin ajeno al previsto en la ley, se está infringiendo la esencia de la autorización que dicha facultad implica, es decir, se viola al principio de legalidad. Pero de ello se po =

(334) Cfr. CARRILLO-GAMROA, art. cit., p. 63.

(335) Cfr. la definición de HAURIOU (Précis de droit administratif, 11a. ed., 1927, p. 419; apud FLEINER, op. cit., p. 120): "Le détournement de pouvoir est le fait d'une autorité administrative qui (...) tout en ne comettant aucune violation formelle de la loi, use de son pouvoir pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été conféré (...)".

dría derivar —según ésta— la siguiente idea: que cuando la autoridad ejercita su facultad discrecional con un fin ajeno a la ley, viola ésta y, por tanto, es posible invocar la causal contenida en el inciso c) del artículo 228 del Código Fiscal 1967 —actualmente en el artículo 238, fracción IV—; y al considerarse la desviación de poder como una violación a la ley, se amplía su fulgor a aquellas materias discrecionales que se analicen conforme a dicha causal de fondo (336).

Pensamos que este razonamiento incurre nuevamente en una grave inexactitud, pues confunde la ilegalidad en sentido genérico, con las causales específicas en que se manifiesta tal ilegalidad; así tenemos que la incompetencia es una violación de la regla que otorga una competencia determinada y el vicio de forma es un desconocimiento de las reglas que establecen los requisitos formales del acto; pero ambos casos, al igual que el desvío de poder, constituyen causales independientes a la causal de la violación de la ley en sentido estricto.

23b.F) Decisiones jurisprudenciales sobre el desvío de poder.— En la jurisprudencia administrativa, tanto del Tribunal Fiscal, como de los tribunales judiciales federales, aparecen muy escasamente resoluciones que estén vinculadas en forma directa e inmediata con el desvío de poder; es más común que se dicten decisiones relacionadas a situaciones afines, como las relativas al control de las multas o de las facultades discrecionales. No debe de extrañarnos entonces, que en el siguiente conjunto de jurisprudencias firmes y de precedentes acerca del desvío de poder, hagamos referencia en algu=

(336) Cfr. CARRILLO-GAMBOA, art. cit., pp. 64-65.

nos apartados a cuestiones unidas sólo mediata o indirectamente con el tema central que nos ocupa. Advertimos que a pesar de que no hemos guardado un estricto orden cronológico de las diversas resoluciones y jurisprudencias, éstas han sido agrupadas por sus similitudes temáticas y se ha extractado su contenido esencial, de tal forma que nos parece presentar una visión, más o menos completa, de la evolución jurisprudencial que ha tenido el desvío de poder en nuestro sistema jurídico.

237.a) Interpretación y fin de las normas fiscales.- Si consideramos que la auténtica desviación de poder resulta de un análisis comparativo entre el fin de la norma que concede una facultad, con el fin del acto administrativo sujeto a revisión jurisdiccional y basado en dicha norma, encontrándose entre ambos fines, una contraposición; podemos desprender la importancia que tiene el descubrir los fines de las normas, lo cual se logra, fundamentalmente, interpretándolas (v. supra, § 189, in fine). La siguiente resolución del Pleno del Tribunal Fiscal subrayaba precisamente las facultades de interpretación de las autoridades, refiriéndose también al fin de las normas:

"Siendo principio general, en materia jurídica, que no se refiere únicamente al Derecho Fiscal, sino que abarca todo el campo del derecho, que el funcionario al cual está encomendada la aplicación de la norma, lo primero que debe hacer para cumplir con su función es tratar de captar el fin que persiguió el legislador al expedir la disposición, (...) para ello tiene que recurrir —según lo requiera el caso— a las normas o reglas de interpretación que existen sobre el particular, a pesar de que la disposición por aplicar sea de una aparente claridad (...)" (337).

(337) Contradicción de sentencias, resuelta el 12-nov.1945, Revista del Tribunal Fiscal, 1937-1948, p. 379 (T.F.F., 45 años, t. III, p. 23).

Aunque esta tesis se refería a la interpretación que hacen las autoridades administrativas y no a la interpretación que hacen los órganos jurisdiccionales, es muy importante, porque la facultad para interpretar se reparte entre la autoridad administrativa y los tribunales; si bien, en caso de interpretaciones contradictorias, surge la duda por determinar cuál de ellas será la preponderante. Tomando en cuenta que la decisión de la autoridad puede ser calificada y confrontada jurídicamente, después de su emisión, por un juez; es claro que la última palabra la van a tener los jueces, y dentro del conjunto de ellos, los que pertenezcan al Poder Judicial Federal. La misma resolución que citamos es ilustrativa de esto:

"Si bien los funcionarios encargados de la labor jurisdiccional, desde el punto de vista material, no pueden desconocer la facultad otorgada a la Secretaría de Hacienda para interpretar las leyes fiscales (...) ello no implica que al revisar su labor no puedan controlar y verificar la exactitud de la interpretación dada (...) y declarar la validez o nulidad, según corresponda en cada caso concreto que se someta a su consideración, del punto de vista de la autoridad administrativa" (338).

Aparentemente no ha habido desarrollos posteriores a dicha tesis que profundizaran la labor de descubrimiento de los fines que persigue el legislador al expedir una disposición, mediante métodos de interpretación adecuados; más tesis jurisprudenciales en este sentido habrían podido orientar la causal desvío de poder hacia el control de los fines, evitándose así la desvirtuación sufrida (supra, § 321); si bien, tal desvirtuación no la desnaturalizó completamente, conforme la aclaración que haremos más adelante (infra, § 244).

(338) Ibidem

238.b) Facultades discrecionales y regladas.- La aplicación práctica del criterio de diferenciación de ambos tipos de facultades no es tan sencillo; la siguiente resolución, derivada del problema del reconocimiento o no de la discrecionalidad de la autoridad sanitaria para conmutar sanciones, decía lo siguiente:

"La facultad reglada consiste en que cuando se establecen determinados requisitos para alcanzar un beneficio legal, al reunirse dichos requisitos la autoridad no podrá negarse a concederlos, puesto que se encuentra obligada a otorgar este beneficio. Estos elementos los redne el artículo 287 del Código Sanitario que permite solicitar a los particulares la conmutación de la multa impuesta, para ejecutar obras en sus establecimientos que mejoren las condiciones sanitarias" (330).

Posteriormente, el Pleno modificó este criterio estableciendo:

"Existen facultades discrecionales cuando la ley otorga a las autoridades administrativas prerrogativas para decidir a su arbitrio lo que considere correcto en una situación determinada y (...) facultades regladas, [cuando] la norma señala las consideraciones para su aplicación, las cuales si son satisfechas obligan a la autoridad a cumplir forzosamente con lo que la ley les ordena. De lo anterior se desprende, que la Secretaría de Salubridad tiene la facultad discrecional de conmutar las sanciones (340)".

Una jurisprudencia judicial vino a confirmar esta segunda posición del Tribunal Fiscal:

"(...) en cambio, el artículo 287 del mismo ordenamiento establece que a petición del infractor se podrá conmutar la multa, para que este asuma la obligación de invertir un monto (...) Ahora bien, como el precepto no dice que las autoridades "deberán" conceder, o que "se concederá" la conmutación; sino que dice que "podrán"

(339) Revisión núm. 260/70, resuelta el 7-nov.-72 (T.F.F., 45 años, t. III, pp. 566-567).

(340) Contradicción de sentencias, resuelta el 19-mzo.-74 (R.T.F., año XXXVIII, 1er. trimestre de 1974, p. 165).

concederla, no puede interpretarse dicho precepto como si siempre que se solicite la conmutación de una multa inferior a \$5,000.00 pesos, las autoridades deben necesariamente concederla. Así pues, se trata de una facultad discrecional que las autoridades pueden emplear en un sentido o en otro, razonando su uso es decir, expresando los motivos y fundamentos de su decisión (...)" (341).

Más recientemente, la Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación ha sentado la tesis jurisprudencial núm. 165, en la cual se establece la diferencia entre facultades regladas y discretionales conforme al siguiente texto aprobado en la sesión del 18 mayo 83:

FACULTADES REGLADAS Y FACULTADES DISCRECIONALES.- SU DISTINCION. "Cuando las facultades o poderes de que se encuentra investido el órgano administrativo se hallan establecidas en la ley, no sólo señalando la autoridad competente para obrar, sino también su obligación de obrar y cómo debe hacerlo, en forma que no deja margen alguno para la apreciación subjetiva del funcionario sobre las circunstancias del acto se está en presencia de facultades o poderes totalmente reglados, vinculado su ejercicio por completo a la ley. En cambio, cuando el órgano administrativo se encuentra investido de facultades o poderes para actuar cuando lo crea oportuno, o para obrar según su prudente juicio, buscando la mejor satisfacción de las necesidades colectivas que constituyen el fin de su actuación, por cuanto la ley otorga cualquiera de esas posibilidades en forma expresa o tácita y con mayor o menor margen de libertad, entonces se habla del ejercicio de facultades discretionales (342)".

De esta importante tesis desprendemos las siguientes características: en primer lugar, que tratándose de facultades regladas, la ley señala específicamente, a determinada autoridad, la obligación de obrar y cómo debe hacerlo; en segundo lugar, que la facultad reglada

(341) Informe 1975, Primer Tribunal Colegiado de Circuito 3a. p., p. 36 (T.F.F., 45 años, t. IV, p. 516).

(342) Tribunal Fiscal de la Federación, Informe de labores rendido por su presidente, Lic. Margarita LOMELI CERESO, por el periodo del 1º dic. 82 al 30 nov. 83, p.103.

no permite al funcionario aplicar apreciaciones subjetivas sobre las circunstancias del acto, y, en tercer lugar, que en caso de facultades discrecionales, el órgano administrativo puede actuar cuando lo crea oportuno y según su juicio; pero sin perder de vista que, de cualquier forma que lo haga, debe cumplir siempre con el fin de su actuación, o sea, la mejor satisfacción de las necesidades colectivas.

239.aa) Discrecionalidad y sanciones.- Ciertas circunstancias concretas han urgido al Tribunal Fiscal para determinar, en sus resoluciones, el alcance de la discrecionalidad para imponer sanciones. Resulta curioso que ante un problema específico —validez de una delegación de facultades— la tendencia jurisprudencial se haya inclinado por negar el carácter de discrecional a las facultades sancionatorias, bajo la siguiente argumentación:

"Se debe estimar que las facultades discrecionales son aquellas que por disposición legal debe ejercitar el funcionario por gracia o a su libre arbitrio, pero las prerrogativas de que gozan los funcionarios para imponer sanciones, son atribuciones estrictamente legales con las modalidades y limitaciones que en forma específica determine la ley de la materia. En tal virtud es correcta la delegación de facultades realizada por el Secretario de Industria y Comercio a favor del Oficial Mayor de esta dependencia, con objeto de que imponga sanciones a las personas que infringen el reglamento de distribución de gas (...), puesto que aquellas facultades no son discrecionales" (343).

El Poder Judicial ha intervenido en esta materia, aclarando la distinción entre facultades discrecionales y arbitrio, al momento de imponer sanciones por infracciones legales:

(343) Revisión núm. 4/68, resuelta el 20 de oct. de 1970 (T.F.F., 45 años, t. III, p. 71).

"No se deben confundir las facultades discrecionales con el uso del arbitrio que la ley concede a las autoridades en determinadas condiciones. Cuando la Ley señala ciertas penas para determinadas infracciones, y da un límite inferior y uno superior, la autoridad que llega a aplicarla tendrá que usar su arbitrio, y deberá razonarlo adecuadamente, respetando los hechos pertinentes, los lineamientos legales y las reglas de la lógica. Pero dada la infracción, la autoridad estará legalmente obligada a imponer la pena. En cambio, se trata de facultades discrecionales cuando la norma legal prevé una hipótesis de hecho, a la que la autoridad puede aplicar o no, la consecuencia legal prevista en la propia norma. Es decir, no basta que se satisfaga la hipótesis para que legalmente se deba aplicar la consecuencia, sino que ésta queda a la discreción de la autoridad" (344).

240.bb) Autoridades aduaneras: límites de su discreción.-

Tratándose de materias ajenas a la imposición de sanciones, la jurisprudencia ha reconocido otras facultades discrecionales de la Secretaría de Hacienda, como las establecidas en materia aduanera; en la siguiente tesis, vemos cómo la jurisprudencia ha limitado perfectamente el sentido de la discrecionalidad que se otorgaba en determinados preceptos del Código Aduanero:

"Si los artículos 724 y 727 del Código Aduanero determinan que es facultad de la Secretaría (...) conceder la exención de impuestos a la importación cuando se satisfagan las condiciones establecidas para ello, debe tenerse en cuenta que esos preceptos otorgan facultades discrecionales a la Secretaría (...) para conceder o negar la exención, pero tal facultad habrá de ejercitarse en forma razonable, justa y conforme a argumentos lógicos de parte de la propia Secretaría (...); el Código Aduanero al conceder facultades dis=

(344) Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Primer Tribunal Colegiado, 1917-75, 6a., p. 45 (T.F.F., 45 años, t. IV, p. 75).

crecionales a dicha dependencia del Ejecutivo, no se las da en forma arbitraria, para conceder o negar las exenciones de acuerdo con un criterio subjetivo propio, sino que debe proceder de acuerdo a los requisitos y condiciones señaladas (...), con base en apreciaciones lógicas y razonadas de interés público" (345).

Con un criterio similar, otro tribunal judicial sujetaba al siguiente régimen las facultades discrecionales:

"Los artículos 724, 725 y 727 del Código Aduanero no otorgan a las autoridades facultades omnímodas, sino que éstas deben ejercitarse en forma prudente y razonada, ya que el término "poder" (...), tiene un sentido limitativo y no potestativo en forma absoluta, y debe entenderse que el otorgamiento de tales facultades tiene como propósito realizar el fin expreso que la norma trata de conseguir, llenando todos los requisitos que para el efecto, se estipulan en la ley" (346).

Aunque el Código Aduanero ha sido abrogado por la Ley Aduanera vigente (D.O. 30 dic. 1981) y el régimen de exenciones ha desaparecido para ser sustituido por el de estímulos y subsidios (arts. 25 y 38 fr. III del Código Fiscal vigente), nos parece que tales criterios jurisprudenciales todavía bien pueden aplicarse, genéricamente, al otorgamiento de facultades discrecionales en cualquier otra materia administrativa o fiscal.

241.cc) Condonaciones discrecionales.- Interesante en verdad ha sido el desarrollo de la facultad de condonar las multas fiscales: en el primero y en el segundo Código Fiscal se establecía un régimen de condonación forzosa y de condonaciones discrecionales

(345) Apéndice..... p. 80 (T.F.F., 45 años, t. IV, p. 76).

(346) Apéndice..... p. 111 (ibidem).

(en los artículos 51 y 31, respectivamente) y el Tribunal Fiscal se manifestó inicialmente incompetente para conocer de las resoluciones que negaban la condonación graciosa, según la siguiente tesis:

" (...) el Tribunal Fiscal por ningún concepto puede conocer entonces de las negativas de condonación ya que, tendría que sustituir a la Secretaría de Hacienda en las facultades expresas que la ley le concede, empleando para el efecto las siguientes expresiones: "por gracia", "a juicio", "que estime"; casos todos de carácter estimativo subjetivo, que corresponden tan sólo a la persona a quien la ley de esta facultad" (347).

Esta primera tendencia de la jurisprudencia coincidía claramente con la antigua idea —hoy totalmente superada (v. supra, § 234, in fine)— que caracterizaba la potestad discrecional como aquella que escapaba a cualquier control jurisdiccional; empero, el mismo Pleno se encargó de que este criterio no se hiciera extensivo a otras facultades discrecionales:

"La jurisprudencia de 22 de septiembre de 1948 se refiere a la incompetencia del Tribunal Fiscal de la Federación para conocer de la impugnación de resoluciones negativas de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público respecto de infracciones que cometan los causantes, pero esa jurisprudencia, en que se trata sólo de la condonación por gracia, no puede invocarse por la autoridad cuando el acto impugnado deriva del ejercicio de facultades discrecionales en materia de impuestos de importación, porque esa materia no fue objeto de contradicción al fijar la jurisprudencia mencionada" (348).

La tesis de 1948 provocó confusiones, pues aunque no se refirió a las facultades discrecionales en general, su texto

(347) Contradicción de sentencias, resuelta el 22 sept. 1948 (T.F.F. 45 años, t. III, pp. 210-211).

(348) Queja núm. 1014/54, resuelta el 1º marzo 1957 (T.F.F., 45 años, t. III, p. 173).

se prestó a esa interpretación; fue necesario, entonces, que se dictaran diversas resoluciones que aclararon su contenido y alcances (como la que acabamos de transcribir), hasta que el Pleno se decidió a modificar su propia jurisprudencia con la siguiente y bien argumentada tesis:

"De acuerdo con los principios de juridicidad y debido proceso legal (...), se desprende la posibilidad de que el Tribunal Fiscal de la Federación controle la legalidad con que actuaron las autoridades fiscales en una negativa de condonación (...); si el artículo 51 del Código Fiscal da derecho a los individuos de ocurrir en condonación ante las autoridades, este derecho debe forzosa y necesariamente tener existencia y sufrir todas sus consecuencias legales (...) pues de otra manera se llegaría a la conclusión inadmisibles de que el legislador otorgó un derecho ficticio; de aquí que si la norma utiliza el término "gracia", ésta no puede tomarse en un sentido simple y gramaticalmente estrecho, o sea, como algo que queda sujeto a la voluntad arbitraria de los funcionarios competentes. (...)" (349).

Sin embargo, esta resolución fue hecha nugatoria posteriormente, porque el Código Fiscal de 1967, en su artículo 167, volvió a cerrar el paso al control de legalidad en materia de condonaciones, declarando que las resoluciones que recaigan al respecto "no podrán ser objeto de juicio ante el Tribunal Fiscal" Y en el Código Fiscal vigente la situación es más grave, pues según su artículo 74, todas las condonaciones son discrecionales, la solicitud de condonación no constituye instancia y la resolución que le recaiga no es impugnabile por los medios ordinarios de de=

(349) Queja, núm. 4012/55, resuelta el 8 de mayo de 1957 (R.T.F., 45 años, t. III, p. 209).

fensa (350). El actual Código Fiscal, en este sentido, sigue un criterio completamente opuesto al que manifestara alguna doctrina, la cual opinaba que el legislador debía suprimir cualquier caso de con donación discrecional, manteniendo sólo la condonación forzosa, pues las autoridades disponían de la facultad para fijar el monto de una multa entre un mínimo y un máximo; pero haciendo uso razonable de dicha facultad, difícilmente la multa se vería expuesta a reducción, si no, el multado quedaría en aptitud de poder combatir inmediata y oportunamente el desvío de poder y conseguir la adecuación de la multa (351).

242.c) Modificación del monto de las multas.- La jurisprudencia del Tribunal Fiscal fue poco a poco más atrevida y dictó una serie de resoluciones que permitieron modificar el monto de una multa. En primer lugar, se distinguió que no debía considerarse como una condonación, el hecho que el Tribunal redujera y fijara los límites de la aplicación correcta de una multa:

"(...) Si la sala sentenciadora encontró que efectivamente había desvío de poder, por parte de las autoridades fiscales al imponer la multa combatida; al declarar la nulidad de ésta y fijar las bases para la correcta imposición de la sanción, no existe condonación de ninguna clase (...)" (352).

(350) El texto de dicho artículo 74, en sus dos primeros párrafos, es bastante claro sobre esos puntos:

"La Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá condonar las multas por infracción a las disposiciones fiscales, para lo cual apreciará discrecionalmente las circunstancias del caso y los motivos que tuvo la autoridad que impuso la sanción.

La solicitud de condonación de multas en los términos de este artículo no constituirá instancia y las resoluciones que dicte la Secretaría de Hacienda y Crédito Público al respecto no podrá ser impugnadas por los medios de defensa que establece este Código".

(351) Cfr. HEDUÁN VÍRUES, op. cit., p. 121.

(352) Resolución del Pleno de 15 feb. 1961, exp. núm. 834/57, R.T.F., año XXV, 4º trimestre, p. 81.

En segundo lugar, se reconoció que la sala que declare la nulidad de una multa, sí puede válidamente fijar el monto a que se debe ascender la sanción y que con ello no está ejerciendo las facultades de la autoridad administrativa:

"(...) esta jurisprudencia no resulta violada, si la sentencia en que se declara la nulidad de una multa por la causa señalada en el inciso d) del artículo 202 del Código Fiscal (de 1938), señala la cuantía de lo que deba imponerse en una nueva resolución; en efecto, la sala sentenciadora no está substituyendo a la autoridad demandada en el ejercicio de sus atribuciones, porque dicha autoridad agotó su facultad sancionadora al dictar la resolución impugnada (...)" (353).

En tercer lugar, la Sala Superior, también admitió la facultad del Tribunal Fiscal para fijar el monto de la nueva multa, en caso de desvío de poder:

"Las salas del Tribunal no se exceden en las facultades que les otorga el artículo 230 del Código Fiscal de la Federación (de 1967), cuando determinan el importe de la nueva multa que puede fijar la autoridad, en sustitución de la que se anula, porque de otra manera se haría nugatorio el estudio realizado sobre las circunstancias del caso para determinar el desvío de poder" (354).

Los criterios anteriores fueron confirmados por el Poder Judicial Federal, el cual reiteró que en los casos de desvío de poder, el Tribunal Fiscal está capacitado para fijar la cuantía de la sanción:

"Las salas del Tribunal Fiscal (...) al examinar el desvío de poder que se les plantea en la demanda (...), estudian las

(353) Resolución del Pleno de 1º jul. 1964, queja 9/64, RIF, 1964, p. 44.

(354) Resolución de 12 jun. 1979 (revisión 111/76 del juicio 382/75), Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, 2a. época, año II, núm. 9, nov. dic/1979 p. 227.

circunstancias que rodearon la comisión de la infracción, las consecuencias que la misma puede producir, así como las condiciones personales del causante, situación que, en el caso, no apreció la autoridad fiscal que impuso la multa. Por tanto, el Tribunal Fiscal de la Federación al estudiar el problema y concluir que existe tal desvío de poder, como concededor de las anotadas circunstancias se colocó en situación de poder determinar la cuantía de la multa (...)"
(355).

243.d) Tipificación jurisprudencial del desvío de poder.- Vamos a confirmar con las siguientes tesis y resoluciones que el desvío de poder, tal como se aplicó en base a los anteriores Códigos Fiscales, sufrió una relativa desvirtuación, en relación con la doctrina francesa, y fue adquiriendo rasgos propios, como medio de control para la adecuada imposición de multas.

244.aa) Según criterios del Pleno y las Salas.- Desde 1937, el Tribunal Fiscal precisó determinados alcances y características de la causal prevista en el artículo 56, inciso d) de la Ley de Justicia Fiscal; así pues, veremos inicialmente el siguiente grupo de resoluciones (356):

1a. DESVIO DE PODER.- "Existe en el caso de que la multa impuesta a un infractor de las leyes fiscales sea excesiva" (resolución de 6 abril 1937, exp. 3992/37, RTF p. 803).

2a. DESVIO DE PODER.- "Existe cuando la autoridad no toma en cuenta al imponer la sanción, las condiciones en que se cometió la infracción que se pena, consistentes en la condición económica del infractor y en la proporcionalidad de la multa con la impor =

(355) Informe 1980, Tercer Tribunal Colegiado, 3a., p. 127.

(356) Según la recopilación sintetizada de FERNÁNDEZ Y CUEVAS, op. cit., pp.317-318.

tancia del negocio, respecto del cual se cometió la infracción" (resolución de 10 abril 1937, exps. 609 y 3501/37, RTF, pp. 896 y 962).

3a. DESVIO DE PODER.- "Existe cuando se aplica la sanción máxima a casos en que no peligran los intereses fiscales en forma considerable, como sucede cuando el interés fiscal en cuestión es de escasa cuantía" (resolución del 7 mayo 1937, exp. 2452/37 RTF, p. 1243).

4a. DESVIO DE PODER.- "Existe en el caso de que, estableciendo la ley aplicada un máximo y un mínimo para la sanción, dentro de cuyos límites puede fijarse por la autoridad respectiva el monto de la misma, se le aplique el máximo a la infracción cometida por primera vez (...)" (resolución de 12 may. 1937, exp. 2119/37, RTF, p. 1328).

Estos cuatro casos de cómo se empezaron a resolver litigios sobre sanciones, son bastante ejemplificativos y nos parecen suficientes para ilustrar la forma en que se concibió el desvío de poder desde el primer año que funcionó el Tribunal Fiscal.

Más tarde, cuando ya había entrado en vigor el primer Código Fiscal, el Tribunal reconoció el concepto clásico de la doctrina francesa sobre la desviación de poder, lo que nos permite inferir que la aplicación práctica que se hizo no desvirtuó tanto dicho concepto, pues puede pensarse que se anulaban las multas excesivas e indebidamente motivadas por la causal desvío de poder, ya que perseguían un fin ajeno al de castigar legal y justamente a los infractores: ese diverso fin sería el incremento de los ingresos fiscales en base al cobro de multas, y no puede estimarse, de ningún modo, que la intención del legislador al establecer las multas es la de proporcionar un medio para aumentar la recaudación fiscal (cfr. supra, § 225,

in fine). La resolución que hizo este reconocimiento es la siguiente:

DESVIO DE PODER.- "Según la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia, que sirvió de base para elaborar la doctrina en la materia que se considera, consiste éste en que la autoridad demandada, al emitir un acto administrativo, persiga una finalidad diversa de la que conforme a la ley debió inspirarla" (exp. 848/944, 19 agosto 1944 R.T.F., año VIII, núms. 91 y 92, jul-ag./1944 p. 170).

A continuación, transcribimos otro grupo de resoluciones dictadas por el Tribunal Fiscal que ponen de manifiesto la forma en que se fue refinando y caracterizando el control jurisdiccional sobre las multas gracias al desvío de poder, notándose particularmente lo casuístico de los criterios (357):

1a. "El desvío de poder (...) ha sido interpretado por la Sala en el sentido de que sólo existe cuando asciende al máximo señalado por el Código la multa que se imponga, y las condiciones económicas del causante hagan imposible el pago de la sanción (...)" (resolución de 2 oct. 1950, exp. 2514/50, R.T.F., ene-dic./1950, pp. 89-90).

2a. "El desvío de poder sólo puede producirse (...) cuando la sanción impuesta exceda del máximo señalado en la Ley, cuando dicha sanción resulte confiscatoria, o cuando no guarde proporción con las condiciones económicas del infractor (...)" (resolución de 21 sep. 1960, exp. 3371/60, R.T.F., oct.-dic./1960, p. 23).

3a. "Existe desvío de poder cuando se le aplica a un causante el máximo de la multa que señala la Ley, sin un análisis concienzudo de los antecedentes fiscales de la negociación para aplicar

(357) Sirviéndonos nuevamente la recopilación jurisprudencial de FERNÁNDEZ y CUEVAS, op. cit., pp. 328-336.

car la facultad discrecional al fijar las sanciones dentro de los límites legales, así como cuando no se precisa la naturaleza de las omisiones en que incurrió el actor, es decir, la gravedad o levedad de las mismas" (resolución de abril de 1961, exp. 6881/59, R.T.F., ene-dic/1961, p. 203).

4a. "El desvío de poder debe ser probado por el particular (...), corresponde al actor acreditar, de manera fehaciente, que se encuentra comprendido dentro de alguno de los supuestos señalados. Si en la especie el actor solamente impugna las multas que le fueron impuestas por excesivas, pero no aporta prueba alguna que establezca la desproporcionalidad entre su capital en giro y las multas aludidas, así como tampoco que éstas hayan sido aplicadas por la autoridad fuera de los términos y en cantidad superior a lo establecido por la ley, no se puede concluir que la autoridad incurrió en desvío de poder" (resolución de 24 ene. 1968, exp. 4025/67, R.T.F., ler. trimestre/68, p. 294).

5a. "Las autoridades al cuantificar una multa, deben tener en cuenta las circunstancias que rodearon la comisión de la infracción, las consecuencias que puede producir, o las prácticas viciosas que con ellas se generan y las condiciones económicas del causante. De lo anterior se concluye que si una autoridad al imponer una sanción no justifica con razonamientos congruentes la gravedad de la infracción y las situaciones específicas del infractor, es claro que se incurre en desvío de poder" (resolución del 24 abr. 1970, exp. 294/69, R.T.F., 2º trimestre/70, p. 62).

245.bb) Según criterios de la Sala Superior.- Veremos a continuación algunas resoluciones dictadas por la Sala Superior del

Tribunal Fiscal de la Federación, que han abordado la problemática del control de las multas, valiéndose de la causal desvío de poder. Debido a la incipiente vigencia de la parte adjetiva del Código Fiscal de 1981 (apenas a partir de abril de 1983), todavía no se han resuelto asuntos importantes en que se plantee la aplicación concreta de la fracción V de su artículo 238.

Tenemos, primeramente, esta resolución que enseguida comentamos:

"El desvío de poder en que puede incurrir la autoridad no sólo se presenta cuando la autoridad al imponer una sanción va más allá de lo máximo permitido, sino también cuando sancionando entre el mínimo y el máximo no atiende a las atenuantes y demás condiciones, pues en ese supuesto abusa de su poder al imponer una sanción excesiva para las peculiaridades que se presentan" (358).

La expresión "abuso de poder" que utiliza la Sala en este precedente —y que se repite en algunas otras resoluciones—, nos parece la clave para entender la confusión entre las demás causales y lo que es propiamente el desvío de poder, pues se han empleado como sinónimos "abuso" y "desvío" de poder; siendo que el primer vocablo expresa algo muy genérico que puede implicar cualquiera de las causas, o sea, es siempre un abuso de poder el que comete la autoridad

(358) Revisión núm. 381/76, resuelta el 15-mayo-1979. Mag. ponente: Mariano Azuela Guitrón (R.T.F., nov-dic/79, p. 228). Y en el mismo sentido exactamente, esta otra resolución más reciente:

MULTAS, SE INCURRE EL DESVIO DE PODER SI NO SE TOMAN EN CUENTA SITUACIONES ATENUANTES.- "Si (...) se advierte que no se tomaron en cuenta en su cuantificación situaciones atenuantes como la actitud asumida por el representante de la actora, como presentar una relación de los ingresos omitidos, aceptándolos y explicando que por error los había omitido y pagándolos de inmediato (...) se incurrió en desvío de poder, procediendo la reducción de la multa impuesta".

(Revisión núm. 433/82, resuelta el 17-junio-1982, R.T.F., jun./82 p. 585).

cuando incurre en incompetencia, en vicio de forma, en violación de la ley o en desvío de poder. Cabe al caso evocar las palabras de Montesquieu, quien en El Espíritu de las Leyes y testimoniando una triste realidad humana, sentenció:

"Es una eterna experiencia que todo hombre que tiene poder, tienda a abusar de él".

Por ello el mérito de los sistemas de justicia administrativa, que buscan frenar los abusos del poder otorgado a los agentes administrativos, para que éstos no sobrepasen los límites legales y respeten, especialmente, los fines que la ley les impone como ejecutores de las mismas leyes.

Continuamos con esta otra resolución, en la que la Sala Superior, con bastante acierto, establece que el desvío de poder es una causal de nulidad distinta a la falta de motivación:

"La falta de motivación aludida ocurre cuando la autoridad al fijar el monto de una multa no atiende a los elementos establecidos en la ley respectiva, como aquellos que precisamente deben tenerse en cuenta para cuantificar dicho monto, pues en ese caso la autoridad no está aportando la motivación de esa parte de la resolución sancionadora (...). En cambio el desvío de poder es una causal diversa (...) y se produce cuando, aún expresando los motivos que se tuvieron en cuenta para cuantificar la multa, la autoridad viola el espíritu de la ley, el propósito del legislador al dictar su resolución, mediante el ejercicio abusivo de sus facultades" (359).

(359) Revisión núm. 2534/83, resuelta el 27 abril 1983. Mag. ponente: Mariano Azuela Gutiérrez (R.T.F., abr/83, pp. 739-740).

Dicho criterio había sido ya establecido con anterioridad en el siguiente precedente:

DESVÍO DE PODER Y FALTA DE MOTIVACION EN EL MONTO DE LA SANCION, SON CAUSALES DE NULIDAD DIVERSAS; cuyo texto es visible en la p. 633 del núm. 23 de la Revista del Tribunal Fiscal de la Federación (nov./81, segunda época, año IV).

Esta distinción se ha confirmado claramente, con la aprobación de la tesis jurisprudencial n.º 179, que la Sala Superior del Tribunal Fiscal ha dictado con el siguiente rubro y texto:

AGRAVIO INOPERANTE.- LO ES EL QUE PRETENDE COMBATIR LA SENTENCIA RECURRIDA MANIFESTANDO QUE EL DESVIO DE PODER DEBE PROBARLO EL PARTICULAR, SI LA SALA DEL CONOCIMIENTO DECLARO LA NULIDAD DE LA RESOLUCION IMPUGNADA POR FALTA DE MOTIVACION DE LA CUANTIA DE LA SANCION. "Si la sala juzgadora declara la nulidad del proveído impugnado porque no se motivó el monto de la sanción impuesta y la autoridad recurrente pretende combatir dicha sentencia manifestando que el desvío de poder corresponde probarlo al particular, el agravio respectivo debe considerarse inoperante porque no combate el fallo recurrido, ya que el desvío de poder y la falta de motivación son causales de anulación diversas" (360).

(360) Tribunal Fiscal de la Federación, Informe 1983... 30 nov. 83, p. 109.

Esta diferenciación es acentuada, además, por los distintos efectos que produce la sentencia en cada caso: anteriormente mencionamos (v. supra, § 242) que, en caso de desvío de poder, las salas sí pueden determinar, legítimamente, el monto de las multas; en cambio, tratándose de multas carentes de motivación la Sala Superior ha resuelto que no se puede establecer su cuantía. En este sentido la siguiente resolución:

"Si bien es cierto que el artículo 230 del Código Fiscal de la Federación de 1967 establece que las salas del tribunal indicarán los términos conforme a los cuales debe dictar su nueva resolución la autoridad, también lo es que tal atribución de las salas no debe entenderse en el sentido de que pueden fijar el monto de una sanción cuando declaren la nulidad de una resolución en la cual se impone una multa y su cuantía no se encuentra debidamente motivada, toda vez que la autoridad se encuentra en posibilidad de dictar una nueva resolución debidamente motivada, por lo cual las salas de este tribunal sólo deben declarar la nulidad de la resolución impugnada para el efecto de que se dicte una nueva debidamente motivada, y no fijar el monto de la sanción".

Revisión n.º 459/83, resuelta el 11 ago 83, mag. ponente: Fco. Xavier Cárdenas Durán (R.T.F. n.º 44, agosto de 1983, 2a. época año IV, p. 16).

Sobre esta cuestión, no podemos dejar de advertir que el actual código no permite dictar nulidades "para efectos" tratándose de facultades discrecionales (art. 239, fr. III, ler. párrafo), a pesar que siempre se han dictado así los casos de desvío de poder, en los cuales se ha llegado, incluso, a fijar legítimamente el monto correcto de las multas (cfr. supra, § 242), implicándose con ello el uso de tales facultades. ¿Lo anterior significaría acaso que la nulidad dictada en base a la fracción V del artículo 238 —correspondiente a la típica desviación de poder—, debe ser siempre "lisa y llana"? Esto último no reniría con el último párrafo del propio artículo 239, fracción III, que establecen la nulidad "para efectos" cuando se está "en su caso", en el supuesto previsto por la misma fracción V del artículo 238? La respuesta está en manos del legislador o de la jurisprudencia, nosotros sólo hemos planteado aquí el problema.

Encontramos, por otro lado, la siguiente resolución que, en forma prolija, distingue las diversas circunstancias en que se puede dar el desvío de poder como contralor de las multas:

MULTAS FISCALES.- REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIRSE AL IMPONERLAS.- "(...) la autoridad fiscal al imponer multas por in = fracción a las disposiciones legales respectivas, deberá cumplir con dos tipos de requisitos. Por un lado deberá fundar y motivar la imposición de la sanción, (...). Por otro lado, si bien lo anterior es suficiente para acreditar la procedencia legal de la sanción no lo es para justificar su monto, pues para ello la autoridad (...) tomará en cuenta las circunstancias especiales del caso (...); (des= prendiéndose) las siguientes reglas:

- a) Si la autoridad no funda ni motiva su sanción, la misma deberá anularse con base en lo previsto por el artículo 228 inciso b) del Código Fiscal por incumplimiento de las formalidades respectivas;
- b) Si la autoridad funda y motiva indebidamente su sanción, la misma deberá anularse por la causal establecida en el inciso c) del citado artículo 228 por no haber aplicado la Ley en forma exacta;
- c) Si la autoridad funda y motiva su sanción, pero no el monto de la misma (y este es superior al mínimo), al no tomar, ni expresar las circunstancias del caso, se deberá nulificar en ese aspecto con base en el inciso d) del artículo 228;
- d) si la autoridad, aún cuando tome en cuenta y exprese dichas circunstancias especiales, (...) no aporta las razones porque considera que dichas circunstancias se dieron en determinado grado o sentido, resulta que su sanción tiene un monto excesivo, y por tanto deberá anularse con fundamento en el inciso d) del multicitado artículo 228, por desvío de poder;
- e) Finalmente, si aún cuando la autoridad expresa dichas razones que la llevaron a calificar o considerar que se habían dado en determinado grado o sentido las circunstancias del artículo 37,

fracción I (del Código Fiscal de 1967), el juzgador considera que las citadas razones son indebidas, procede nuevamente la nulidad del proveído con fundamento en el inciso d) multicitado. Sin embargo, en estos dos últimos casos, corresponderá al actor acreditar que se incurrió en dicho desvío de poder, mediante el planteamiento de sus circunstancias especiales y debiendo acreditar la veraz existencia de las mismas; para que dándose estos supuestos la sala sentenciadora tenga los elementos suficientes para juzgar si la sanción impuesta fue legalmente adecuada" (361).

Queremos hacer notar, finalmente, que a pesar de lo indicado en el artículo décimo transitorio del Código Fiscal vigente (362), la Sala Superior del Tribunal Fiscal ha dictado recientemente una resolución sobre desvío de poder en la que aplica los criterios tradicionales que hemos señalado con anterioridad, desconociendo que a partir del 1º de abril de 1983, el texto del artículo 238, fracción V, le impone un nuevo giro a la configuración del desvío de poder. El precedente a que nos referimos es el siguiente:

DESVIO DE PODER AL IMPONER UNA MULTA FISCAL.- CASO EN QUE SE CONFIGURA. "El desvío de poder es una causal de nulidad que puede configurarse cuando la autoridad, al imponer una multa dentro de ciertos límites fijados por la ley, desatiende a las circunstancias específicas y atenuantes que se presentaron en el caso del infractor que sanciona, y se inclina por un monto elevado cercano al

(361) Revisión núm. 1090/78, resuelta el 7 mayo 80. Mag. ponente: Mariano Azuela Gijtrón (T.F.F., 45 años, t. III, pp. 524-525).

(362) El texto de dicho precepto es contundente acerca de la aplicación espacial de las leyes de procedimiento, pues determina:

"Los juicios contenciosos administrativos que se hubieran interpuesto antes de la entrada en vigor de este Código, se tramitarán y resolverán de conformidad con sus disposiciones".

Lo cual no deja de presentar serios problemas porque se trata de una aplicación retroactiva que puede implicar, a veces, cuestiones difícilmente compatibles.

máximo permitido. Tal supuesto se produce cuando la autoridad al imponer la multa desconoce elementos tales como que el causante se había conformado con el crédito fiscal y había ofrecido su pronto pago, así como que la omisión de impuestos en la que había incurrido fue involuntaria y sin que se realizaran maniobras fraudulentas para ese fin, por lo que, en tal caso, se configura el desvío de poder si la autoridad desatiende esos elementos, máxime si la misma autoridad había ofrecido al infractor imponerle una multa cercana al mínimo legal, lo que incluso había hecho en diverso proveído que fue declarado nulo" (363).

246.e) Consideraciones y reflexiones que surgen del análisis jurisprudencial.- De la lectura y examen cuidadosos del conjunto de resoluciones que hemos transcrito, resultan las siguientes reflexiones y consideraciones finales:

Primera.- La jurisprudencia del Tribunal Fiscal no ha tipificado el desvío de poder bajo un criterio uniforme, similar al del concepto doctrinal francés; sino que ha sido excesivamente caustista; originalmente identificaba el desvío de poder con una insuficiente o indebida motivación, hasta que las últimas tendencias jurisprudenciales distinguieron perfectamente el vicio de los motivos del vicio de desvío de poder.

Segunda.- En la práctica, el desvío de poder ha funcionado como una causal reguladora de la discrecionalidad de las autoridades al fijar el monto de las multas, para que su determinación atienda fundamentalmente a las circunstancias específicas del infractor, pero ignorando siempre los fines perseguidos por la autoridad sancionadora.

(363) Revisión n.º. 1367/78, reguelta el 28 sept. 83. Mag. ponente: José A. Quintero Becerra (R.T.F. n.º. 45, septiembre de 1983, 2a. época, año V, pp. 170-171).

Tercera.- Resulta paradójico, pero real, que en Francia, donde surgió la noción de desviación de poder, ésta haya sido una creación jurisprudencial que se hizo ley —en el sentido material—; en cambio, en nuestro país, habiéndose introducido por la vía legislativa, el auténtico desvío de poder no ha cobrado vida, hasta ahora, en la jurisprudencia fiscal.

Cuarta.- Es claro que los cuarenta y cinco años de evolución mexicana sobre un desvío de poder que no atiende a los fines del acto de autoridad sancionatorio, sino simplemente a su monto excesivo y desproporcionado, constituyen una fuerte tradición que, únicamente puede vencerse con base en el texto de la fracción V del artículo 238, que permite impugnar los actos discrecionales cuyos fines no correspondan a aquéllos para los cuales la ley ha conferido una facultad discrecional.

Quinta.- Consideramos que están dadas, pues, las circunstancias formales para que el Tribunal Fiscal realice el necesario y útil control jurisdiccional de los fines que persiguen ciertos actos de la administración: sólo faltan las circunstancias materiales, o sea, que en los hechos, una autoridad incurra en un claro desvío de poder y que el afectado interponga juicio de nulidad contra su acto, haciendo valer dicho vicio; si los magistrados reconocen y juzgan el caso con el debido sentido jurídico y declaran la nulidad lisa y llana por incurrir en la causal prevista en el artículo 238, fracción V, del Código Fiscal 1983, podemos considerar ganada la partida, aunque lo mejor sería que el asunto llegara a la Sala Superior y ésta determinara jurisprudencialmente los justos alcances y considerables ventajas que ofrece la causal desvío de poder.

CAPITULO VII

EL DESVIO DE PODER Y LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS LOCALES

S U M A R I O

=====

- 247.- Panorama general de la justicia administrativa en los estados
 248.- Alcance limitado de nuestro análisis: sólo dos tribunales administrativos locales.

Sección I

El desvío de poder en el Tribunal de lo Contencioso
 Administrativo del Distrito Federal.

- 249.A) Creación y principales características de este tribunal.
 250.B) Cuestiones orgánicas y de integración.
 251.C) Aspectos competenciales
 252.D) Del procedimiento contencioso-administrativo.
 253.E) Evolución y análisis de las causales de nulidad.
 254.a) La adopción clásica, pero con una apertura residual notoriamente amplia.
 255.b) Primera reforma: una cuarta causal menos restringida, aunque más difusa.
 256.c) Segunda reforma: sólo un cambio de ubicación.
 257.F) Comentarios sobre la existencia de la causal desvío de poder.
 258.a) Relación entre la violación de la ley y la cuarta causal.
 259.b) Rechazo a las fórmulas rígidas.
 260.c) Consideraciones personales.

Sección II

El desvío de poder en el Tribunal Fiscal del Estado de México.-

- 261.A) Sumario de su evolución.
 262.B) Principales características.
 263.C) Las causas de anulación.
 264.D) Comentario.
 265.E) Perspectivas.

CAPITULO VII

EL DESVIO DE PODER Y LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS LOCALES

247. Panorama general de la justicia administrativa en los estados.- Sería muy amplio e interesante llevar a cabo un análisis completo del desvío de poder y de los problemas de la justicia administrativa en las entidades federativas, pero nos enfrentamos materialmente a grandes dificultades para hacerlo y se desbordan, sin duda, los límites de esta tesis. Es palpable cierto descuido de los autores para abordar el régimen jurídico administrativo estadual y municipal, que también es parte del derecho administrativo mexicano; este descuido es mayor tratándose de los medios de defensa en contra de actos dictados por los gobernadores o sus dependencias, y por los órganos municipales, apareciendo nuevamente el amparo como posible, y a veces única solución de esos múltiples litigios. En suma, lo contencioso administrativo no federal es bastante ignorado y no se le ha dado la importancia debida.

Sin embargo, la doctrina ha hecho notar la necesidad de tribunales contencioso-administrativos estatales, estudiando su fundamentación legal —que sería el respeto y desarrollo de nuestro federalismo— y cuestionando si ha llegado el momento oportuno y conveniente de que se establezcan este tipo de tribunales en las entidades federativas:

Como primer argumento a favor de su establecimiento, se ha hecho notar que los recursos administrativos no cumplen los requisitos constitucionales de "justicia pronta y expedita" del artículo 17, ni constituyen medios adecuados de defensa, ya que la autoridad administrativa no puede actuar como un verdadero juez. Como

segundo argumento, se explica que el juicio de amparo tampoco es el medio indicado para suplir adecuadamente la primera instancia en la materia administrativa local, pues el juez federal debe realizar el objetivo histórico que le compete: salvaguardar la constitucionalidad por la vía del amparo y sólo conocer de las cuestiones de legalidad en última y excepcional instancia.

Como resultante de la exclusión de aquellas vías inadecuadas de defensa, se ha llegado a afirmar que existen los juicios contencioso-administrativos, sea ante una jurisdicción local autónoma, sea ante una judicial; planteándose así la cuestión: en la medida en que hay una mayor población y desarrollo económicos, los cometidos del Poder Público son cada vez más amplios y la participación del Estado en la vida social más intensa, entonces los conflictos entre autoridades y particulares se multiplican, haciendo falta un juez especializado para resolverlos; para evitar recargar la jurisdicción federal, se confirma la necesidad de tribunales a nivel local en el campo de lo contencioso-administrativo, con jueces lo suficientemente imparciales, capacitados y autónomos que, por medio de un procedimiento sencillo y ágil, puedan hacer efectiva y real la justicia administrativa para los gobernados en los estados de la Federación (364).

248. Alcance limitado de nuestro análisis: sólo dos tribunales administrativos locales.- Circunscribimos nuestro estudio a sólo dos tribunales administrativos locales, si bien hubiéramos deseado in=

(364) Cfr. VALDÉS-VILLARREAL, Miguel, "Necesidad de tribunales contencioso-administrativos estatales en los Estados Unidos Mexicanos", en el Homenaje al profesor Eloy LARES-MARTÍNEZ, en prensa, Caracas: Universidad Central de Venezuela.

En el mismo sentido se ha manifestado FTX ZAMUDIO (op. cit., p. 132):

"...Consideramos que todavía debe perfeccionarse [esta evolución de la jurisdicción administrativa] en varias direcciones, y la más importante consiste en la introducción de tribunales administrativos en las Entidades Federativas que todavía carecen de ellos".

vestigar con detalle la existencia o no, de este tipo de jurisdicciones en las otras treinta entidades federativas (365); así pues, veremos enseguida el desvío de poder en el Tribunal Contencioso Administrativo del Distrito Federal y en el Tribunal Fiscal del Estado de México. Tengamos presente que el desvío de poder, según la experiencia francesa, es un vicio que tiende a cometerse con mayor frecuencia por las autoridades locales y/o municipales (366); por ello resulta de gran trascendencia vincular este análisis con el de estos dos tribunales locales tan cercanos a la protección de los legítimos intereses de quienes habitamos el conurbado Valle de México.

Sección I.

El desvío de poder en el Tribunal Contencioso Administrativo del Distrito Federal.

249.A) Creación y principales características de este tribunal.- El Ejecutivo federal propuso la creación de un tribunal administrativo en el Distrito Federal, con el fin de establecer un eficaz sistema de justicia administrativa en favor de los millones de habitantes que radican en la sede de los poderes federales. Discutida inicialmente la propuesta de ley ante los senadores, fue

(365) Respecto de las jurisdicciones administrativas estatales, nos parece interesante transcribir las observaciones que hace FIX ZAMUDIO (op.cit., p.87):

"...tomando en consideración que se hicieron algunos intentos infructuosos para crear tribunales fiscales de jurisdicción delegada en Tamaulipas (1951); Colima (1955); y Guanajuato (1962-1963), más recientemente han tenido éxito estos intentos, y en orden cronológico podemos mencionar la introducción de los siguientes organismos: Tribunal Fiscal del Estado de México (1958); Tribunal Fiscal del Estado de Veracruz (1975); Tribunal Fiscal del Estado de Sinaloa (1976); Tribunal de lo Contencioso-Administrativo del Estado de Sonora (1977); y Tribunal de lo Contencioso-Administrativo del Estado de Hidalgo (1979)".

(366) Cfr. AUBY et DRAGO, op. cit., II, p. 405.

aprobada por el Congreso de la Unión y publicada en el D.O. de 17 marzo 1971; el tribunal quedó instalado cuatro meses después de esta fecha.

Se abrió así el camino a este medio de impugnación, completamente nuevo, que permite discutir la validez de los actos administrativos dictados por las autoridades del Departamento del Distrito Federal, mediante un procedimiento sencillo y antiformalista, cuyas características más sobresalientes son:

- Establecer asesoría y defensoría gratuitas (art. 12).
- Autorizar imposición de medios de apremio (art. 29).
- Exigir un simple interés para actuar (art. 33).
- Reconocer la suspensión de los actos impugnados (arts. 57 al 61).
- Permitir la suplencia de las deficiencias de la demanda (art. 79, fracción III).

El Tribunal Contencioso del Distrito Federal se inscribe, además como un típico tribunal administrativo autónomo, según lo establece el artículo 1º de su ley (367) y conforme las bases señaladas en el segundo párrafo del artículo 104 constitucional, fracción I y, a semejanza del Tribunal Fiscal de la Federación, ha sido estruc-

(367) "El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo del Distrito Federal, está dotado de plena autonomía para dictar sus fallos y es independiente de cualquier autoridad administrativa. Tiene a su cargo dirimir las controversias de carácter administrativo que se susciten entre el Departamento del Distrito Federal como autoridad local y los particulares. Tendrá la organización y atribuciones que esta ley determine."

Sobre este precepto podemos comentar que la naturaleza local de este tribunal deriva de que juzga actos de una autoridad local, conforme se desprende de los términos en que se ha redactado el artículo 1º; sin embargo, se debate como es posible que se sostenga el carácter local de las autoridades del Distrito Federal si desde que se suprimió el régimen municipal por las reformas constitucionales de 20 agosto 1928, es administrado por una dependencia del Poder Ejecutivo Federal (art. 26 y 44 de la Ley orgánica de la administración pública federal).

turado como un tribunal de anulación (368).

250.B) Cuestiones orgánicas y de integración.- El Tribunal de lo Contencioso Administrativo funciona en pleno o en salas colegiadas de tres miembros, está compuesto de diez magistrados numerarios (nueve de los cuales conforman tres salas y uno es el presidente), pudiéndose nombrar los supernumerarios necesarios hasta integrar dos salas más (v. art. 2 de la ley del tribunal). El nombramiento de los magistrados debe recaer en licenciados en derecho, corriendo así el camino a especialistas de otras ramas administrativas, y es hecho por el Ejecutivo cada seis años, a propuesta del jefe del Departamento del Distrito Federal y con aprobación de la Cámara de Diputados. Para la remoción y emolumentos de los magistrados nombrados, se aplican los principios y reglas a que está sometida la magistratura judicial local (v. arts. 3º, 4º y 7º).

(368) Aunque tuvo como característica inicial una facultad que lo aproximaba mucho a la plena jurisdicción, pues originalmente en su artículo 77, fracción III se estableció:

"Las sentencias que dicten las salas (...) deberán contener:

III.- Los puntos resolutiveos en que se expresen con claridad las decisiones o actos administrativos cuya nulidad o validez se declare, la reposición del procedimiento que se ordene, los términos de la modificación del acto impugnado, y en su caso, la condena que se decrete".

Este precepto fue modificado sustancialmente con motivo de las reformas publicadas en el D.O. de 3 ene. 1973, quedando ubicado ahora en el artículo 79 y expresando en su misma fracción III lo siguiente:

"Los puntos resolutiveos en los que se expresarán los actos cuya validez se reconozca o cuya nulidad se declare, el plazo que se dé a la autoridad para contestar una petición (...), o bien, la orden de reponer el procedimiento".

Como vemos, se suprimió la posibilidad de dictar una condena y los términos en que deba modificarse el acto impugnado, lo cual evidentemente es una mutación grave, que se justificó con la idea de que el tribunal invadía así las competencias administrativas. Sin embargo, como contrapartida de ello, el actual artículo 81 reafirma la facultad anulatoria del tribunal (adoptando una fórmula similar a la del art. 80 de la Ley de Amparo):

"De ser fundada la demanda, las sentencias dejarán sin efecto el acto impugnado y las autoridades responsables quedarán obligadas a otorgar o restituir al acto en el goce de los derechos que le hubiesen sido indebidamente afectados o desconocidos, en los términos que establezca la sentencia".

251.C) Aspectos competenciales.- Resaltando únicamente lo básico, podemos mencionar que la competencia del tribunal se delimita mediante el sistema de cláusula general, lo cual le permite actuar respecto de todas las controversias jurídico-administrativas, incluyendo la materia fiscal local del Distrito Federal, que inicialmente se otorgó al Tribunal Fiscal de la Federación (369).

252.D) Del procedimiento contencioso-administrativo.- Tenemos presente que en la ley del tribunal existen preceptos propios de una ley orgánica (título I, arts. 1º al 23) y de un código procesal (títulos II al IV, arts. 24 al 94); a propósito de las cuestiones estrictamente procesales no deseamos, ni podemos abundar ya en mayores detalles, mucho menos repetir lo que en el texto legal está completamente regulado sobre las partes (v. arts. 32-35), las notificaciones y los términos (v. arts. 36-45), los impedimentos (v. arts. 46-49), la demanda y su contestación (v. arts. 50-56), la suspensión (v. arts. 57-61), las pruebas (v. arts. 62-70), los casos de improcedencia y sobreseimiento (v. arts. 71-72), la audiencia (v. arts. 73-77), la sentencia (v. arts. 78-82), los recursos (v. arts. 83-87) y la jurisprudencia (v. arts. 88-94).

(369) Es el texto de las siguientes dos fracciones del artículo 21 vigente de la ley del tribunal, lo que le otorga, en términos generales, su competencia más importante:

ART. 21.- "Son atribuciones de las salas conocer de los juicios que se promuevan contra:

I.- Los actos administrativos que las autoridades del Departamento del Distrito Federal, dicten, ordenen, ejecuten o traten de ejecutar en agravio de los particulares;

II.- Las resoluciones definitivas dictadas por el Departamento del Distrito Federal en las que se determine la existencia de una obligación fiscal, se fije ésta en cantidad líquida o se den las bases para su liquidación; nieguen la devolucíon de un ingreso indebidamente percibido o cualquiera otra que cause agravio en materia fiscal.

253.E) Evolución y análisis de las causales de nulidad.-

Vamos a estudiar algo que nos interesa muy especialmente para los efectos de nuestro tema: la presentación de las causales de nulidad en la ley del tribunal, tratando su ubicación y redacción inicial, pasando por sus dos reformas fundamentales y analizando su peculiaridad básica, correspondiente a la cuarta causal de nulidad, la cual parece, a la vez, negar, identificarse y desbordar el concepto de desviación de poder.

254.a) La adopción clásica, pero con una apertura residual notoriamente amplia.- Las causales que operan ante el Tribunal Administrativo del Distrito Federal casi corresponden a las cuatro aperturas clásicas del recurso francés por exceso de poder (supra, §§ 81-94) y a la formulación que había adoptado el Código Fiscal de la Federación hasta marzo de 1983; no hay una identidad completa, porque la cuarta causal ofrece una originalidad, subrayada en su propio texto, que transcribimos a continuación y que corresponde a la presentación inicial de tales causales:

Art. 21.- "Son atribuciones de las salas del tribunal:

I.- Conocer (...) de los juicios que se promuevan contra cualquier resolución o acto administrativo de las autoridades dependientes del Departamento del Distrito Federal (...), en las que el presunto agraviado alegue como causa la ilegalidad;

- a) Incompetencia de la autoridad;
- b) Incumplimiento u omisión de las formalidades del procedimiento;
- c) Violación de la ley o no haberse aplicado la debida;
- d) Arbitrariedad, desproporción, desigualdad, injusticia manifiesta o cualquier otra causa similar, tratándose de actos discrecionales; y
- e) (Omissis)".

En el primer inciso de este precepto puede notarse, confirmando nuestro criterio anterior (v. supra, § 224), que se hace referencia a la incompetencia de la autoridad y no a la del funcionario; el segundo inciso especifica las dos modalidades del vicio formal o de procedimiento: incumplimiento por acción y por omisión; el tercer inciso establece la causal de violación de la ley también en su doble aspecto, es decir, por un acto positivo o por la ausencia del acto debido, y el cuarto inciso constituye una apertura residual que —en opinión de nuestra doctrina— tiene una amplitud única en derecho comparado, pues rebasa el alcance de la desviación de poder y de la desviación de procedimiento, para apuntar, descriptivamente, a nociones mucho más amplias y abiertas con la expresión "y cualquier otra causa similar" (370).

255.b) Primera reforma: una cuarta causal menos restringida, aunque más difusa.— En el D.O. de 4 enero 73, aparecieron publicadas las primeras reformas a la Ley del Tribunal del Distrito Federal, las cuales modificaron sustancialmente numerosos artículos; las causales de nulidad pasaron a ser reconocidas y reguladas por el artículo 77 bis, en los siguientes términos:

"Son causas de nulidad de los actos impugnados de las autoridades demandadas:

- I.- Incompetencia (...);
- II.- Incumplimiento u omisión de las formalidades legales,
- III.- Violación de la ley (...);
- IV.- Arbitrariedad, desproporción, desigualdad, injusticia manifiesta o cualquiera otra causa similar".

(370) Cfr. GONZÁLEZ-COSÍO, op. cit., p. 165.

Así pues, la primera y tercera causales permanecieron idénticas, en la segunda se estableció "legales", en lugar "del procedimiento" y en la cuarta, se suprimió la frase restrictiva "tra = tándose de actos discrecionales", lo cual permitiría aplicar esta peculiar causal a cualquier tipo de actos administrativos sujetos a la competencia de este tribunal, pudiéndose concebir que aún en casos de actos reglados se cometan "arbitrariedades", "desproporciones", "desigualdades", o "injusticias manifiestas".

El planteamiento que surge de esto último es bastante interesante, queda sujeto a debate y discusiones la posibilidad de que actos dictados por autoridad competente, respetando las formalidades legales y cumpliendo objetiva y estrictamente con la ley, puedan constituir una ilegalidad en atención a la cuarta causal.

256.c) Segunda reforma: solo un cambio de ubicación.- El precepto que inicialmente reconoció y estableció las causales de nulidad en la Ley del tribunal, se ubica en el capítulo V (de las salas del tribunal) del título I (de la organización y competencia); conforme a la primera reforma ya señalada, pasó a ubicarse en el capítulo IX (de la sentencia), pero del título II (del procedimiento). Según esta segunda y última reforma, del 3 enero 1979, el precepto que regula las causales de nulidad es reubicado nuevamente en el capítulo V del título I, sólo que ahora bajo el numeral 22, respetándose íntegramente el texto de las cuatro fracciones, si bien se redujo la frase inicial que expresa ahora simplemente:

"Serán causas de nulidad de los actos impugnados:..."

(v. supra, § 254).

257.F) Comentarios sobre la existencia de la causal desvío de poder.- En opinión de los autores que comentan esta causal los supuestos contemplados en el artículo 22, fracción IV, de la Ley del tribunal "atienden a la intención ilegítima de la autoridad que produjo el acto" y "constituyen lo que la doctrina denomina vicio de desviación de poder, el cual se presenta cuando la autoridad que emitió el acto administrativo persigue una finalidad distinta de aquélla que deriva expresamente de la ley, excediéndose, así, en el ejercicio de las potestades que le han sido conferidas" (371).

En lo particular, creemos que los autores citados exageran un poco en su interpretación del contenido de la cuarta causal, pues la verdad que su redacción da para todo; pero ¿quién puede asegurar que el legislador se quiso referir al concepto francés de desviación de poder, utilizando conceptos más bien anglosajones como los mencionados? ¿quién puede establecer con exactitud cuándo hay una arbitrariedad, o una desproporción, o una desigualdad, o una injusticia?

Depende mucho del criterio que se adopte, para derivar de esta cuarta causal la figura de la desviación de poder y, por lo tanto, el control de los fines del acto administrativo, siendo evidente que tales autores se han manejado con el criterio francés del Consejo de Estado. Sin embargo, puede sostenerse lo siguiente: si bien es evidente que en forma expresa no se menciona la desviación de poder entre las causales, sí estaría reconocida implícitamente en la amplísima cuarta causal, es decir, sustancialmente, si cabe y hasta se desborda la noción de desvío de poder en el artículo 22,

(371) VÁZQUEZ GALVÁN, Armando y GARCÍA SILVA, Agustín, El Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el Distrito Federal, México: Orto, 1977, pp. 216-217.

fracción IV; pero formalmente no existe, y si a esto agregamos que en la práctica no se aplican las hipótesis de la cuarta causal, ni el desvío de poder, hacemos una proposición concreta para superar esta situación: que se incluya en la enumeración del artículo 22, fracción IV la desviación de poder, o bien se agregue una quinta fracción mencionándola o describiéndola (vgr. art. 238, V. C.F.F.) y que se suprima la frase residual, la cual ayuda poco para precisar las nociones y más bien propicia confusiones (372).

(372) Esta proposición se fundamenta, además, en los siguientes antecedentes:

La Ley del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo del D.F. fue inspirada grandemente por el anteproyecto de "ley federal de justicia administrativa" de 1964 (cuya comisión redactora estuvo formada por los magistrados del Tribunal Fiscal Rubén Aguirre Elguézabal, Margarita Lomelí Cerezo y Dolores Heduán Virués); en dicho anteproyecto se establecían como "causas de ilegalidad": a) "Incompetencia de la autoridad responsable del acto"; b) "Violación esencial del procedimiento administrativo"; c) "Violación de la ley por aplicación inexacta o por no haberse aplicado"; y d) "Arbitrariedad, desproporción, violación del principio de igualdad frente a la ley u otros principios generales de derecho, injusticia manifiesta o cualquier otra causa que haga el acto inadecuado al fin que la autoridad administrativa debe perseguir" (Cfr. el artículo de HEDUÁN-VIRUÉS, "Hacia un Tribunal Federal de Justicia Administrativa", en los Estudios de derecho público contemporáneo. Homenaje a Gabino Fraja, México: FCE-UNAM. 1.ª ed., 1972, p. 135).

Así pues, el texto del actual art. 22, fr. IV, de la Ley del Tribunal del D.F. tuvo como antecedente esta última causal del anteproyecto mencionado, la cual sí se refería directamente al desvío de poder, pues establecía en forma explícita "cualquier otra causa que haga el acto inadecuado al fin"; pero el legislador de 1970 quiso resumir este extenso precepto y dejó su frase final así: "cualquier otra causa similar".

Otro anteproyecto más reciente (1981) de "ley de justicia administrativa" distingue como causales las siguientes seis:

art. 83.- (...) I "Incompetencia"; II. "Vicio de forma"; III. "Violación del orden jurídico"; IV. "Motivación errónea"; V. "Desvío de poder" y VI "Desproporción, arbitrariedad, injusticia manifiesta, desigualdad, o cualquier otra causa similar, tratándose de la imposición de sanciones".

El artículo 84, fracción V, establece que existe desvío de poder cuando el acto administrativo dictado en ejercicio de facultades discrecionales no corresponde a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades, incluso cuando el fin perseguido sea también de interés público".

Este último anteproyecto combina las experiencias vividas, establece clara e independientemente la causal del desvío de poder, y orienta las hipótesis de la sexta causal al control de sanciones.

258.a) Relaciones entre la violación de la ley y la cuarta causal.- Además, las opiniones doctrinales piensan que se puede relacionar, en cierta forma, la cuarta causal con aquella prevista en la fracción III del mismo artículo 22 de la Ley del tribunal, que es la de violación de la ley: dichos autores sostienen que "en aquellos casos en que las hipótesis normativas prevén, de manera precisa, la finalidad que, con la emisión del acto, se debe alcanzar, puede decirse que al actuar con finalidad distinta, la autoridad incurre en violación de la ley, puesto que su actuación contradice la disposición sustantiva que regula el contenido del acto" (373).

Por nuestra parte, consideramos de gran importancia detenernos en profundizar un poco sobre las relaciones entre las hipótesis de la cuarta causal y la violación de la ley: con anterioridad (v. supra, § 254) dejamos asentada la posibilidad, discutible por cierto, de que opere la cuarta causal, en forma independiente de las demás, o sea, de que un acto dictado por la autoridad competente, vá lido formalmente y sin violar la ley, pueda ser anulado atendiendo a cualquiera de los indeterminados conceptos jurídicos que contempla la cuarta causal.

En un momento dado, se pensaría que sólo puede haber arbitrariedad, desproporción, desigualdad o injusticia, incumpliendo la ley, ya que lo contrario da cabida a que los jueces y litigantes impongan criterios subjetivos que permitan concebir tales hipótesis en cumplimiento de las leyes; luego, éstas serían arbitrarias, desproporcionadas, inequitativas e injustas, propiciándose entonces el incumplimiento de las leyes calificadas como tales, situación que

(373) Cfr. VÁZQUEZ GALVÁN y GARCÍA SILVA, op. cit., p.217.

se antoja aberrante e imposible en un Estado de derecho.

Ahora bien, si siempre van a existir las hipótesis señaladas en la multicitada cuarta causal acompañadas de una violación legal, pierden completamente su razón de ser y bastaría sólo el reconocimiento de la violación de la ley como causal de nulidad; mas la solución no es tan sencilla: nos resistimos a pensar en la inutilidad total de la cuarta causal, como la práctica del Tribunal parece evidenciarlo (374), pues siempre que se han acreditado las causales I, II y III, simplemente se cita "a mayor abundamiento" la IV (es injusto el acto que no cumple con la ley, es arbitrario el acto dictado por autoridad incompetente, es inequitativo que no se cumpla

(374) Hasta la fecha, la única tesis jurisprudencial que el Tribunal del Distrito Federal ha publicado en relación a la cuarta causal, es la siguiente:

Jurisprudencia núm. 9 (Salas)

ARBITRARIOS, LOS ACTOS EMITIDOS POR LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS QUE CAREZCAN DE FUNDAMENTACION.- "Si las autoridades administrativas del Departamento del Distrito Federal dictan un orden o resolución que cause molestias a los administrados, sin citar las disposiciones de carácter general que le sirven de fundamento, el acto de autoridad es arbitrario y debe anularse".

Juicios 465/71, 437/72, 527/72, 559/72.

(Gaceta Oficial de 1° de noviembre de 1976).

De esta jurisprudencia podemos comentar, en lo particular, lo siguiente: como la falta de fundamentación podía considerarse una violación directa de la Constitución y esto abría las puertas a las impugnaciones por la vía del amparo administrativo indirecto, el Tribunal, gracias a esta jurisprudencia que definió la arbitrariedad, transforma una violación constitucional directa en causa legal de anulación; pero, como anotamos, no hay más jurisprudencias que aborden y traten de definir los alcances de las hipótesis correspondientes a la multicitada cuarta causal.

Es más, increíblemente, el Tribunal del D.F. en la práctica, ha dejado de publicar y crear nuevas jurisprudencias; nos sorprende y entristece este panorama real: los asuntos de trascendencia llegan directamente a conocimiento del Poder Judicial Federal y de la Revista del Tribunal sólo aparecieron los primeros dos números, en 1972 y en 1973; la situación es lamentable y nos recuerda y pone de manifiesto el valor de las críticas que NAVA-NEGRETTE lanzó en su artículo "Grandeza y decadencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal", en Estudios sobre medios de defensa y otros temas fiscales, ler. Núm. extraordinario de la Revista del Tribunal Fiscal del Estado de México, Toluca, México, 1978, pp. 261-282.

con los requisitos legales); pero, en la práctica, es definitivo que la cuarta causal no ha podido operar en forma autónoma.

Nuestra resistencia se debe a que, por conducto de esta discutidísima cuarta causal, se podría introducir y concebir la desviación de poder en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Distrito Federal, sea mediante su reconocimiento formal (para lo cual se hace necesario una reforma legislativa, v. supra, § 256, in fine), sea mediante su práctica jurisprudencial.

259.b) Rechazo a las fórmulas rígidas.- Es evidente que la cuarta causal que comentamos en estas líneas, constituye un modo bastante flexible de regulación de las causales de nulidad que, en el fondo, podría permitir a la jurisprudencia descubrir nuevos aspectos de las nulidades administrativas. Es precisamente por esto que algunos autores hacen notar que dicha causal permite al juzgador actuar con sensibilidad y sentido crítico para calificar un determinado acto como arbitrario, desproporcionado, desigual o injusto; aunque esa apreciación sólo puede resultar de los elementos de juicio que proporcionan las constancias del expediente, conjuntadas con presunciones precisas y concordantes que produzcan en el Tribunal la convicción de que se produjo el vicio (375).

Así pues, la cuarta causal combinada con las otras características específicas del Tribunal (supra, § 249), evita el rigor de las fórmulas que consideran a la sentencia como un acto mediante el cual se manifiesta la voluntad del juzgador como un mecanismo insensible y rígido, que atiende más al tecnicismo jurídico que a los fines de la justicia.

(375) Cfr. VÁZQUEZ-GALVÁN y GARCÍA SILVA, op. cit., p. 217.

260.c) Consideraciones personales.- En nuestra opinión, a pesar de la vigencia formal de las múltiples posibilidades de anulación en base a la fracción IV del artículo 22 de la Ley del Tribunal del D.F., consideramos que no se ha propiciado su desarrollo en vista al control de los fines que debe perseguir todo acto administrativo, particularmente los discrecionales.

Ahora bien, no se trata de discutir la existencia o reconocimiento teóricos de la desviación de poder en el contencioso del D.F.; sino que se trata de determinar su aplicación sustancial y, en este sentido, hemos de insistir que únicamente las decisiones jurisprudenciales podrían dar sentido y efectividad a los discutibles conceptos de "arbitrariedad", "desproporción", "desigualdad" o "injusticia", así como un contenido concreto a las "otras causas similares", entre las cuales se entendería —por qué no—, el desvío de poder; pero definitivamente no se han elaborado tales criterios jurisprudenciales que lleven a la práctica las abiertas opciones de la cuarta causal.

Sin embargo, debemos comprender las dificultades a que se enfrentan los magistrados para dictar una sentencia teniendo como base, exclusivamente, la cuarta causal, sobretodo por lo paradójico que resulta la existencia de actos "legales" por no incurrir en ninguna de las tres primeras causales, pero "ilegales" por tipificar una "arbitrariedad", una "desproporción", una "inequidad", o una "injusticia". En verdad, es inimaginable la sentencia favorable a un particular que recaiga a una demanda cuyo agravio central se funde en cualquiera de estos indeterminados conceptos jurídicos.

Creemos que la falta de reflexiones, tanto doctrinales, como jurisprudenciales sobre estas cuestiones, que pudieran enriquecer

cer y dar un sentido positivo a las hipótesis mencionadas, es una muestra más de que la cuarta apertura que presenta la Ley del Tribunal del D.F., es un precepto "muerto", al que hace falta darle vitalidad con litigantes brillantes y honestos y con jueces agudos y valientes, pues no dudamos que las autoridades del Departamento del Distrito Federal den, ocasionalmente, ejemplos de situaciones concretas que propicien o permitan la aplicación de los supuestos contemplados en el multicitado artículo 22, fracción IV.

Por otro lado, hay que considerar ciertos factores extra-jurídicos que influyen, rotundamente, para que este precepto no pase de ser —por ahora— una mera declaración abstracta, sin posibilidad alguna de concretarse; tales factores son los de tipo histórico, político, económico, educativo, etc., e impiden que el artículo 22 en su fracción IV se convierta en un remedio jurisdiccional eficaz para garantizar los derechos de los administrados contra los abusos de las autoridades. Es aquí cuando resalta la utilidad de la causal desvío de poder, la cual sí puede operar eficazmente contra una manifestación específica de abuso de poder: la que altera los fines de la ley para servir a fines ajenos.

No podemos dejar de mencionar que un aspecto trascendente de la existencia de esta causal, tal como está regulada actualmente en la fracción IV del artículo 22, consiste en poner de relieve la importancia de ciertos principios generales de Derecho, los cuales deben ser reconocidos y respetados, aún en contra de un texto legal que los contraríe o desconozca.

Para finalizar y profundizando un poco más sobre esto, notamos que el derecho a una aplicación no arbitraria, proporcionada,

equitativa y justa de las leyes, o bien, el derecho a que se dicten leyes justas y equitativas que no permitan arbitrariedades ni desproporciones; constituyen, más bien, ideales de difícil o imposible aseguramiento, pero por los que deben pugnar y luchar sin cansancio, tanto gobernantes como gobernados. Es evidente la inutilidad de los derechos que no tienen medios eficaces para ponerse en ejercicio y parece que estamos en presencia de este tipo de derechos cuando nos referimos a los establecidos en la discutida cuarta causal.

Sección II

El desvío de poder en el Tribunal Fiscal del Estado de México

261.A) Sumario de su evolución.— El 30 de diciembre de 1958, bajo la gubernatura del Dr. Gustavo Baz, se promulgó la Ley que estableció el Tribunal Fiscal del Estado de México; siguiendo el modelo trazado por la creación del Tribunal Fiscal de la Federación, su artículo 1º estableció lo siguiente:

"El Tribunal Fiscal del Estado de México tendrá las facultades que esta ley le otorga y dictará sus fallos en representación del Ejecutivo del Estado, pero será independiente de la Dirección General de Hacienda del Estado y de cualquiera otra autoridad administrativa" (actualmente, por las reformas que impuso la nueva Ley orgánica de la administración pública de la entidad, se transformó la antigua Dirección General de Hacienda en la Secretaría de Finanzas).

Esta Ley fue breve, constaba sólo de 16 artículos, abrogó la Ley del servicio de justicia fiscal del Estado que databa de 1943, y facultó al Ejecutivo estadual para reglamentarla. Más adelante, la Ley fue reformada en sus dos últimos artículos y adicionada, con diez artículos más, por un decreto publicado el 31 dic. 1966;

pero posteriormente las disposiciones de esta Ley fueron derogadas para integrarse en el primer Código Fiscal del Estado (publicado el 2 enero 1971, y puesto en vigor al día siguiente), ordenamiento que fue modificado en 1977 para desconcentrar las funciones del Tribunal Fiscal del Estado (376).

Finalmente, el 29 diciembre 1979, se publicó el segundo Código Fiscal del Estado, cuya vigencia se inició a partir del 1° enero 1980, y el cual regula en su título sexto la fase contenciosa del procedimiento tributario (arts. 170-221).

262.B) Principales características.- Es un tribunal administrativo estadual dotado de plena autonomía (art. 170), tiene dos salas unitarias, una en la capital del Estado y otra en el municipio de Naucalpan de Juárez, eje de su desarrollo industrial (art. 171); el nombramiento y remoción de sus magistrados siguen los procedimientos establecidos por la Constitución del Estado para los magistrados del Tribunal Superior de Justicia (art. 172).

El juicio de nulidad ante este Tribunal Fiscal es improcedente por causas muy similares a las establecidas en el procedimiento contencioso-fiscal federal (art. 178), su competencia (art. 181) abarca, estrictamente, las resoluciones en materia fiscal dictadas por cualquier órgano fiscal del Estado o por cualquier autoridad fiscal municipal.

Para el procedimiento son aplicables las disposiciones establecidas en el propio Código Fiscal del Estado o, supletoriamente, las del Código de procedimientos civiles local.

(376) Cfr. RUIZ PÉREZ, Tomás, "Introducción" al ler. núm. extraord. de la Revista del Tribunal Fiscal del Estado de México en ocasión de su 20° aniversario, denominado Estudios sobre medios de defensa y otros temas fiscales, 1978, pp. 11-22.

En este código quedan definidos quiénes son partes en el procedimiento (art. 183), se establecen las reglas sobre notificaciones y términos (arts. 188-194), se regula el régimen de la demanda (arts. 195-199), de la contestación (arts. 200-204), de la suspensión del procedimiento de ejecución (arts. 205-208), de la acumulación (arts. 209-212), de la audiencia y el fallo (arts. 213-221).

263.C) Las causas de anulación.- Se encuentran reguladas por el artículo 219 del Código Fiscal del Estado que a la letra dice:

"Serán causas de anulación de una resolución o de un procedimiento administrativo:

I. Incompetencia del funcionario o empleado que haya dictado el acuerdo o que haya tramitado el procedimiento impugnado.

II. Omisión o incumplimiento de las formalidades que legalmente debe revestir la resolución o el procedimiento impugnado.

III. Violación de la disposición aplicada o no haberse aplicado la disposición debida.

IV. Desvío de poder, tratándose de sanciones impuestas por infracción a las leyes fiscales".

Como vemos, la redacción de este artículo es prácticamente igual a la del artículo 56 de la Ley de justicia fiscal (supra, § 204) y debe combinarse también con el artículo 181, fracción III del mismo código, en el que se otorga competencia a este tribunal para conocer de los acuerdos que impongan sanciones por infracciones a las leyes fiscales del Estado o de los municipios (377).

(377) Los preceptos del primer Código Fiscal del Estado que sirvieron de antecedentes a estos artículos del código en vigor, fueron: el artículo 207 (que es idéntico al 219 en cada una de sus cuatro fracciones), así como el artículo 179, fr. III, el cual era más limitado que el actual art. 181, fr. III, pues establecía la competencia del tribunal, únicamente contra los acuerdos que imponían sanciones por infracciones a las leyes fiscales del Estado.

264.D) Comentario.- Sobre esta regulación del desvío de poder, podemos repetir las inconveniencias de su doble limitación a sanciones, y de éstas, exclusivamente las fiscales; cuestión que ya señalamos anteriormente (v. supra, §§205 y 216).

Es lamentable semejante limitación a que se encuentra sujeta la causal desvío de poder en el Tribunal Fiscal del Estado de México, con las mismas modalidades a las que se le sometió ante el Tribunal Fiscal de la Federación hace casi veinte años. Si a esto agregamos que en el régimen jurídico del Tribunal Fiscal del Estado no se prevé el establecimiento de una jurisprudencia definitiva de los criterios que el juzgador debe aplicar en los casos que la ley no ha sido suficientemente clara; es evidente, entonces, que la causal desvío de poder establecida en el artículo 219, fracción IV, no ha podido tener desarrollo jurisprudencial alguno, y sólo en algunas sentencias aisladas del tribunal se ha llegado a hacer mención de dicha causal, siguiendo exactamente los mismos criterios que el Tribunal Fiscal de la Federación determinó hace algún tiempo (v. supra, § 243).

265.E) Perspectivas.- Esperamos que la evolución del sistema contencioso del Estado de México se desenvuelva más rápidamente, permitiendo a la causal desvío de poder superar sus limitaciones e, incluso, culminando con el establecimiento de un tribunal estadual que conozca no sólo de la materia fiscal sino de toda la materia contenciosa-administrativa local. Únicamente los cambios, por necesidad legislativos, en ambos sentidos, permitirán la aplicación correcta de la causal desvío de poder, alejada de las alteraciones que sufre cuando se le restringe a sanciones y a la competencia de un Tribunal Fiscal.

Precisamente, en relación con esta perspectiva, cabe anotar que —tomando en cuenta que el Tribunal Fiscal del Estado de México no tenía fundamento expreso en la Constitución local y en concordancia con las modificaciones a la fracción I del artículo 104 de la Constitución federal (supra, §§ 167-173)— por el decreto núm. 75 de la XLIV Legislatura del Estado publicado en la Gaceta de Gobierno de 30 dic. 1970, se adicionó el artículo 100 de la Carta fundamental es tadual con un segundo párrafo, para estipular:

"Las leyes del Estado podrán establecer, tribunales de lo contencioso-administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus resoluciones y que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública estadual o municipal y los particulares" (378).

Así pues, considerando que en el Estado de México no existen, básicamente, medios de defensa —exceptuando el juicio de amparo— que permitan impugnar los actos ilegales de la administración pública estadual no-fiscal, y habiendo visto que la Constitución local autoriza a las leyes del Estado para instituir tribunales generales de lo contencioso-administrativo, sin estorbar ni contravenir con ello la autonomía de los municipios; es procedente concluir que deben extenderse las facultades del Tribunal Fiscal del Estado, para que este órgano jurisdiccional conozca de todos los conflictos de carácter administrativo que se presenten entre las autoridades del Estado y los gobernados, así como aquellos que se susciten entre la administración pública municipal y los particulares (379).

(378) Cfr. RUIZ-PÉREZ, Tomás, "El Tribunal Fiscal del Estado de México", Revista del Tribunal Fiscal del Estado de México, mayo-ago./1977, año I, núm. 1, pp. 63-64.

(379) Cfr. RUIZ-PÉREZ, art. cit., p. 73.

CONCLUSIONES GENERALES
=====

Primera.- El abordar un tema, aparentemente tan específico, como lo es "la causal desvío de poder en derecho administrativo mexicano", ha encerrado, sin embargo, la obligación de considerar una serie de cuestiones globales que no pueden dejar de tomarse en cuenta, sin correr el riesgo de realizar una investigación parcial y aislada del contexto general en que se desenvuelve; ello nos ha conducido a pensar, primeramente, que éste no hubiera podido comprenderse en forma completa sin los breves desarrollos preliminares de nociones fundamentales como el Poder Público, el Estado de Derecho, la función y el acto administrativos; las cuales —como quedó asentado— se vinculan, sea directa o indirectamente, con el tema central de la presente investigación.

Segunda.- La eficacia de una institución jurídica cualquiera en un determinado país, no depende de la eficacia que dicha institución ha mostrado en otros países, así como tampoco las instituciones jurídicas autóctonas u originales tienen asegurado, por esa sola circunstancia, su pleno desenvolvimiento y éxito; de esto desprendemos que sería injusta la calificación de "imitación absurda", o bien, de "modelo único", para referirse al sistema contencioso-administrativo francés, el cual ha influido determinadamente en el desarrollo del contencioso-administrativo mexicano.

Convencidos, pues, que muchas de las innovaciones jurídicas nacionales han recibido, en distinto grado, ciertas influencias del derecho comparado, lo cual se pone de manifiesto con la

adopción que ha hecho nuestro país del recurso francés por "exceso de poder"; concluimos que éste ha sufrido las modificaciones y adaptaciones necesarias para su adecuado funcionamiento en nuestro sistema jurídico; pero además, de forma muy particular, notamos que las aportaciones visualizadas por el estudio del horizonte doctrinal y comparativo de la causal desvío de poder, nos permiten inferir que ésta es operable en distintos regímenes jurídicos, atendiendo más al fondo de lo que significa y comprende, que a su pura denominación formal.

Tercera.- Es evidente que la causal desvío de poder no tiene un reconocimiento expreso en el texto constitucional, pero esta práctica viciosa de querer encontrar el fundamento constitucional explícito de toda figura jurídica, ha quedado desvirtuada, porque del análisis sistemático de nuestra Constitución, podemos afirmar que la base constitucional del desvío de poder se deriva del texto en que se sustentan constitucionalmente los tribunales administrativos autónomos de lo contencioso-administrativo, específicamente nos referimos a la fracción I del artículo 104 constitucional.

Debe considerarse, entonces, que la constitucionalización de los tribunales contencioso-administrativos autónomos, cubre la de las figuras procesales que el funcionamiento de ellos supone, como lo es la anulación por desvío de poder. Esta conclusión, empero, no excluye el posible reforzamiento que requeriría la causal desvío de poder, para evitar desvirtuaciones y asegurar su debida conceptualización, mediante su reconocimiento constitucional formal; el dinámico Poder Revisor de la Constitución mexicana podría encontrar aquí un interesante aspecto a definir o, simplemente, a señalar.

Cuarta.- De las relaciones entre el amparo y las garantías individuales con el desvío de poder, podemos concluir que el modelo mexicano de la garantía de legalidad consagrada en los artículos 14 y 16 constitucionales, es ampliamente desbordado por las depuradas causales del sistema contencioso-administrativo; si bien coincide con algunas de ellas (vgr. incompetencia, vicio de forma, o vicio en la motivación); en la práctica dicho modelo resulta insuficiente para descubrir y aplicar el vicio de desviación de poder, considerando fundamentalmente como un alejamiento de los fines legales.

Por lo anterior, la protección de la legalidad por la vía de amparo ante el Poder Judicial Federal, es puesta nuevamente en "tela de juicio", como lo fue durante los últimos años del siglo XIX y principios del presente (380). Esto nos lleva a concluir que debe reconocerse la impugnación de todo acto administrativo —federal, estadual o municipal— por la vía contenciosa-administrativa ante tribunales especializados autónomos, lo cual permitiría la aplicación generalizada del desvío de poder y de las demás causales de ilegalidad y descargaría, además, la excesiva carga de juicios de amparo por violación de la garantía de legalidad en los tribunales judiciales federales.

Quinta.- Respecto del desvío de poder en el Tribunal Fiscal de la Federación, hemos acreditado su lenta evolución hacia la plenitud de su noción: inicialmente sólo se le concibió tratán-

(380) Cfr. las graves críticas que realiza Emilio RABASA del artículo 14, en el estudio constitucional del mismo nombre, v. El artículo 14 y el juicio constitucional, México: Porrúa, 4a. ed., 1978, in totum.

dose de sanciones fiscales; con posterioridad, se amplió a cualquier tipo de sanciones y, últimamente, se reconoció por la vía legislativa su definición formal (artículo 238, fracción V del Código Fiscal de la Federación vigente a partir de 1983), lo que ha puesto a salvo la causal desvío de poder de alteraciones como las sufridas mientras se le mantuvo limitado a sanciones. Ello nos permite vislumbrar con optimismo su aplicación efectiva en el ámbito de los actos que se encuentran dentro de la competencia del tribunal y que son dictados en ejercicio de una facultad discrecional; aunque debemos aceptar que, hasta la fecha, los criterios tradicionales de la jurisprudencia se siguen imponiendo a las nuevas tendencias que ya lo han distinguido perfectamente del vicio de los motivos.

Sexta.- El análisis de la causal desvío de poder en los dos tribunales administrativos locales estudiados, nos llevó a concluir lo siguiente:

a) El desvío de poder en el Tribunal Contencioso Administrativo del Distrito Federal tiene una existencia prácticamente nula, tanto a nivel textual como jurisprudencial, lo que hace necesario una reforma legislativa para establecerlo claramente; aunque el indefinido alcance de las hipótesis contenidas en la fracción IV del artículo 22 de su ley, puede hacer suponer la posibilidad de su reconocimiento mediante alguna formulación jurisprudencial que atienda y regule el control de los fines que persigue el acto administrativo.

Desgraciadamente el papel innovador de las reglas jurisprudenciales —de por sí minimizado en un régimen de derecho escrito

y rígido como el nuestro— es muy precario en este tribunal, debido, quizás, al debilitamiento de sus propias facultades después de las reformas de 1973, o a la fuerza e intervención del Poder Judicial Federal en esta materia, en que concurren sus atribuciones jurisdiccionales.

b) El desvío de poder en el Tribunal Fiscal del Estado de México existe, pero con las limitaciones y criterios con que se desenvolvía la causal durante los primeros treinta años del Tribunal Fiscal de la Federación; lamentamos este retraso en su evolución y esperamos cambios importantes que lo modernicen y amplíen su competencia, concluyendo que la causal desvío de poder en este tribunal tiene una presencia formal, en verdad, bastante deformada.

Séptima.- Esta investigación espera haber aportado los elementos doctrinales y positivos necesarios para dar a conocer la naturaleza, noción, características, modalidades, alcances y problemas derivados de la causal desvío de poder en el derecho administrativo mexicano; tenemos la impresión de que esta causal es frecuentemente ignorada y/o distorsionada en numerosos medios jurídicos del foro y la cátedra, y conservamos la convicción de que este tipo de estudios, si bien pueden no revolucionar ni inventar nada en la materia jurídica, sí contribuyen, segura y efectivamente, a forjar las nuevas instituciones jurídicas necesarias para hacer frente a los complejos y agudos problemas sociales.

Octava.- La desviación de poder puede ser concebida de dos puntos de vista: materialmente, es el hecho por el cual una autoridad administrativa utiliza sus facultades jurídicas para dictar un acto con fines ajenos al interés público, o con fines públicos ajenos al regulado por la ley;

formalmente, es el vicio de legalidad o causa de anulación que el régimen jurídico reconoce como tal, cuando un acto dictado en ejercicio de facultades discrecionales, no corresponde a los fines que la ley señala. Así pues, debe distinguirse la existencia real de tal hecho en la práctica administrativa y la aceptación o reconocimiento que el derecho hace de él, como un vicio del acto administrativo que entrañaría su nulidad. La opción lógica es entonces la siguiente: que la desviación de poder exista sin sanción alguna, ignorada por el régimen jurídico, o que exista con la posibilidad de ser impugnada y anulada por las vías legales.

Novena.— En cuanto a la discrecionalidad administrativa —como cuestión íntimamente ligada con la causal desvío de poder—, podemos decir que ha sido objeto de múltiples preocupaciones por la problemática que presenta su control: concebida como la posibilidad que tienen las autoridades para apreciar libremente si deben o no deben actuar en determinados casos y para decidir, en caso afirmativo, qué medidas adoptarán, respetando siempre los límites señalados por la ley; se ha logrado ejercer un control de tipo jurisdiccional sobre ella.

Sin embargo, hay que aclarar que el control jurisdiccional de la potestad discrecional no significa que los jueces sujeten necesariamente a su control el ejercicio mismo de tal facultad, que el derecho reconoce al administrador para elegir la decisión más oportuna y adecuada al interés público; solamente en el caso que los jueces tuvieran el derecho de controlar este elemento preciso del acto (que es la elección de la decisión) habría un verdadero control del ejercicio del poder discrecional, y sería posible sustituir las

apreciaciones del administrador, pero esto no sucede así, pues lo que se constituye es un control de los actos que comportan el ejercicio del poder discrecional, mas no el control del poder discrecional mismo(381).

Décima.- El Estado actual del desarrollo del control jurisdiccional de los actos discrecionales nos muestra, pues, cómo su principal limitación consiste en que el juez no puede sustituir sus apreciaciones a las del administrador, conservando éste siempre el derecho de tomar la decisión que considere más adecuada; si bien el poder discrecional es esencial para el funcionamiento de la administración y deben conservarse a favor de la autoridad sus márgenes de apreciación frente a la ley y frente al juez, no podemos negar que la continua extensión del control jurisdiccional de la discrecionalidad aporta garantías sustanciales a los administrados. Ello, no porque la subjetividad del juez ofrezca por sí misma, mayores seguridades que la del administrador, puesto que no se trata, básicamente, de ejercer en lugar de la administración las facultades discrecionales que le pertenecen; sino que lo importante es lograr que el mencionado control jurisdiccional permita sancionar toda decisión arbitraria, irrazonable, mal estudiada, y sobretodo, aquella dictada con desvío de poder.

Undécima.- Vinculado, en cierto modo, con los párrafos precedentes, concluimos que el fin se presenta en todo acto administrativo en general como un límite que, virtual o implícitamente, se agudiza y especifica respecto del acto administrativo discrecional,

(381) Cfr. LAUBADERE, A. de, "Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat français", Pages de doctrine, Paris: L.G.D.J., 1980, vol. II, pp. 360-361.

resultando entonces que la adecuación al fin se vuelve una regla ineludible de la juridicidad del llamado acto discrecional. Es posible afirmar, incluso, que el Estado y su actividad de servicio que es la administración, constituyen ordenamientos del poder para cumplir un determinado fin de interés público; así, en el orden jurídico administrativo funciona una regla de adecuación, idoneidad o razonable proporción entre el acto y el fin y, como no es posible refugiarse en la noción de discrecionalidad para escapar del control, el administrador no puede pretender que el fruto de su elección para el fin público permanezca al margen del control jurisdiccionales.

Décimosegunda.- Otro aspecto que quedó de manifiesto con la presente investigación en el siguiente: para que la causal de desvío de poder opere cabalmente en el derecho administrativo mexicano, se requiere de tribunales especializados que conozcan de lo contencioso-administrativo, tanto a nivel federal como estadual, procurando superar el problema de su ubicación (autónomos, dentro del Poder Ejecutivo o subordinados, dentro del Poder Judicial), con la idea fundamental de que lo más importante es crearlos de tal modo que se ofrezca al particular una vía más de defensa de sus derechos frente a la administración: nunca serán estas vías de defensa suficientes ni excesivas; y aunque subsista el juicio de amparo como medio de impugnación de los actos de autoridad, es preciso —como sostiene el Maestro Antonio CARRILLO FLORES(382)— que se restrinja su papel como defensor de la legalidad administrativa, para dignificar su papel como defensor de los derechos humanos y de la constitucionalidad en su sentido más amplio.

(382) Cfr. La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos, México: Porrúa, 1a. ed., 1981, in totum.

El momento actual es de grandes cambios: éste sería un cambio bastante difícil, pero posible y necesario, para que nuestro régimen jurídico sea más acorde con las necesidades actuales, en las que el individualismo se sostiene siempre y cuando no entre en pugna con el interés público.

Décimotercera.- Nuestra administración pública y nuestro derecho administrativo contemporáneos, configuran un panorama en el que definitivamente se otorgan un sinnúmero de facultades discrecionales a los servidores públicos en todos los niveles; volviéndose entonces ineludible la necesidad de que los actos que dictan en ejercicio de tales facultades puedan ser revisados por un órgano jurisdiccional, cuando afectan derechos e intereses legítimos de los administrados. La eventualidad de que se abuse de la discrecionalidad es real y quizás, menos rara de lo que pueda imaginarse; así pues, la posibilidad de que se emitan actos que incurran en desviación de poder no sería realmente extraña ni ajena en un ambiente como el nuestro, en el que los mismos gobernantes reconocen los ancestrales mecanismos de corrupción, y se hacen esfuerzos por erradicarlos. Por ello resulta conveniente sancionar, por lo menos con su nulidad, los actos que se dicten con un fin ajeno al de interés público que fije la ley, lo cual no pone en entredicho la moralidad del servidor público, el cual está sujeto por otras vías a las responsabilidades correspondientes. Está visto que la causal desvío de poder sanciona el acto, y no al agente administrativo; de ahí su utilidad y el mínimo riesgo político de su aplicación, permitiendo en cambio ampliamente, lograr el equilibrio entre la actuación administrativa y los derechos de los administrados.

BIBLIOGRAFIA

=====

OBRAS CONSULTADAS:

- ACOSTA ROMERO, Miguel, Teoría general de derecho administrativo, ciudad de México: Porrúa S.A., 5a. ed. 1983.
- ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino, Teoría y práctica de lo contencioso-administrativo, Barcelona: Bosch, 1960.
- ARMIENTA CALDERÓN, Gonzálo, El proceso tributario en el derecho mexicano, ciudad de México: Textos Universitarios S.A., 1a. ed., 1977.
- AUBY, Jean Marie et DRAGO, Roland, Traité de contentieux administratif, París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2a. ed., 2 tomos, 1975.
- AUBY, Jean Marie et FROMONT, Michel, Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la C.E.E., Paris: Dalloz, 1971.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Las garantías individuales, ciudad de México: Porrúa S.A., 17a. ed., 1983.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, El juicio de amparo, ciudad de México: Porrúa S.A., 20a. ed., 1983.
- CARRÉ DE MALBERG, R., Teoría general del Estado, ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1a. ed. en español, (traducción de José Lión DEPETRE), 1948.

- CARRILLO FLORES, Antonio, La justicia federal y la administración pública, ciudad de México: Porrúa S.A., 2a. ed., 1973.
- CARRILLO FLORES, Antonio, La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos, ciudad de México: Porrúa S.A., 1a. ed., 1981.
- CORTÍNAS-PELÁEZ, León, Poder ejecutivo y función jurisdiccional, ciudad de México: U.N.A.M., 1a. ed., 1982.
- CUEVA, Mario de la, La idea del Estado, ciudad de México: U.N.A.M., 1975.
- DEMICHEL, André, Le droit administratif, essai de réflexion théorique, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1978.
- DUGUIT, León, Las transformaciones del derecho (público y privado), traducción por Ramón JAÉN, Adolfo y Carlos G. POSADA, Buenos Aires: Ed. Heliasta S.R.L., 1975.
- DUVERGER, Mauricio, Instituciones políticas y derecho constitucional, Barcelona: Ariel, 5a. ed. española (traducción de Emilio MOLAS et al. de la 1a. ed. francesa de 1970).
- FAVOREU, Louis, Du déni de justice en droit public français, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano, ciudad de México: El Colegio Nacional, 1a. ed., 1983.

- FLEINER, Fritz, Instituciones de derecho administrativo, Barcelona: Labor, 1933 (traducción de la 8a. ed. alemana por Sabino ÁLVAREZ GENDÍN).
- FRAGA, Gabino, Derecho administrativo, ciudad de México: Porrúa S.A., 26a. ed., 1982.
- FRIEDMANN, W., El derecho en una sociedad en transformación, ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1a. ed., 1966 (traducción de Florentino H. TORNER).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, Curso de Derecho administrativo, Madrid: Civitas, 2 tomos, 1977.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del derecho, ciudad de México: Porrúa S.A., 34a. ed., 1982.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, Derecho constitucional comparado, Madrid: Revista de Occidente, 3a. ed. 1953.
- GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Madrid: Instituto de estudios políticos, vol. III (La justicia administrativa, 1a. parte) 1963.
- GARZA, Sergio Francisco de la, Derecho financiero mexicano, ciudad de México: Porrúa S.A., 12a. ed. 1983.

GIORGI, Héctor, El contencioso administrativo de anulación, Montevideo: Facultad de Derecho, 1958.

GONZÁLEZ COSÍO, Arturo, El poder público y la jurisdicción en materia administrativa en México, ciudad de México: Porrúa S.A., 2a. ed., 1982.

GORDILLO, Agustín A., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires: Macchi, tomo II (parte general), 1980.

GORDILLO, Agustín A., El acto administrativo, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2a. ed., 1969.

HAMSON, Charles John, Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l' administration, París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1958.

HEDUÁN VIRUÉS, Dolores, Cuarta década del Tribunal Fiscal de la Federación, Cd. de México: publicaciones de la Academia Mexicana de Derecho Fiscal, 1971.

LAFERRIÈRE, Edouard, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, París-Nancy: Berger-Lévrault, 1896, 2 vols.

LARES MARTÍNEZ, Eloy, Manual de derecho administrativo, Caracas: Universidad Central de Venezuela, 4a. ed. 1978.

LARES Teodosio, Lecciones de derecho administrativo, ciudad de México: U.N.A.M., 1978.

LAUBADÈRE, André de, Traité de droit administratif, vol. I, París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 6a. ed., 1973.

LOMELÍ CERESO, Margarita, Derecho fiscal represivo, ciudad de México: Porrúa S.A., 1a. ed., 1974.

LONG, M., WEIL, p. et BRAIBANT, G., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, París: Sirey, 3a. ed., 1962.

MADRID-HURTADO, Miguel de la, Elementos de derecho constitucional, ciudad de México: ICAP, 1982.

MARGÁIN MANAUTOU, Emilio, De lo contencioso administrativo de anulación o de ilegitimidad, U.A.S.L.P., 1974.

MARGÁIN MANAUTOU, Emilio, Introducción al estudio del Derecho Tributario Mexicano, U.A.S.J.P., 4a. ed., 1976.

MARTÍNEZ LÓPEZ, Luis, Derecho fiscal mexicano, México: Ediciones Contables y Administrativas S.A., 4a. ed., 1968.

MORENO, Julio Luis, Los supuestos filosóficos de la ciencia jurídica, Montevideo: Facultad de Derecho, 1963.

NAVA NEGRETE, Alfonso, Derecho procesal administrativo, ciudad de México: Porrúa S.A., 1959.

NORIEGA CANTÚ, Alfonso, Lecciones de amparo, ciudad de México:

Porrúa S.A., 2a. ed., 1980.

OLIVERA TORO, Jorge, Manual de derecho administrativo, ciudad de

México: Porrúa S.A., 4a. ed., 1976.

PRAT, Julio A., De la desviación de poder, Montevideo: Facultad

de Derecho, 1957.

SAYAGUÉS LASO, Enrique, Tratado de derecho administrativo, Montevideo

Barreiro y Ramos, S.A., 4a. ed., actualización de Daniel H. MARTINS, 2 vols., 1974.

SERRA ROJAS, Andrés, Derecho Administrativo, ciudad de México: Porrúa

S.A., 12 ed., 2 tomos 1983.

SERRANO MIGALLÓN, El particular frente a la administración, ciudad

de México: INAP, 1977.

TENA RAMÍREZ, Felipe, Leyes fundamentales de México, 1808-1982,

ciudad de México: Porrúa S.A., 12a. ed. 1983.

TRUCHET, Didier, Les fonctions de la notion d'intérêt général dans

la jurisprudence du Conseil d'Etat, Librairie Générale de Droit

et de Jurisprudence, 1977.

VÁZQUEZ GALVÁN, Armando y GARCÍA SILVA, Agustín, El Tribunal de lo

Contencioso administrativo en el Distrito Federal, ciudad de

México: Ediciones Orto S.A., 1977.

VEDEL, Georges, Derecho Administrativo, Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980 (trad. de Juan RINCÓN JURADO).

VIDAL PERDOMO, Jaime, Derecho Administrativo, Bogotá: Biblioteca Banco Popular, 7a. ed., 1980.

VILLAR PALASÍ, José Luis, Apuntes de derecho administrativo, vol. I, Madrid: Universidad a Distancia, 1974.

WEIL, Prosper, El derecho administrativo, Madrid: Taurus, 1966.
(trad. de Luis RODRÍGUEZ ZUÑIGA).

OBRAS DIVERSAS Y OTRAS PUBLICACIONES (volúmenes colectivos, recopilaciones, revistas, tesis, así como obras de referencia indirecta):

ACOSTA ROMERO, Miguel y MARTÍNEZ MORALES, Rafael, Catálogo de ordenamientos jurídicos de la administración pública federal, ciudad de México: Porrúa S.A., 1a. ed., 1982.

AUBRY, Etude sur la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de détournement de pouvoir, thèse, Nancy, 1920.

AUCOC, León Conférences sur l'administration et le droit administratif, Paris: Dunod, 3 vols., 1a.ed., 1869-1876.

BERDEULEY, Le détournement de pouvoir dans l'interêt financier ou patrimonial de l'Administration, thèse, Paris, 1928.

BIELSA, Rafael, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1950 (vol. II)

BONNARD, Roger, Précis de droit administratif, Paris, 4a. ed., 1943.

DÍEZ, Manuel Ma., El acto administrativo, Buenos Aires: Bibl. Omeba, 6 tomos, 2a. ed., 1974.

DUGUIT, León, Traité de droit constitutionnel, 3a. ed., Paris: Fontemoing/Boccard, 5 vols., 1927-1928.

EISENMANN, Charles, Cours de droit administratif. Cours de doctorat des années 1949-1950 a 1966-1967 réunis en 2 vols. cartonnés, 1982.

ESCOUBE, Pierre, Introducción a la administración pública, 1954.

Estudios de derecho administrativo, Montevideo: Universidad de la República, 1979, 2 vols.

Estudios de derecho público contemporáneo. Homenaje a Gabino FRAGA, ciudad de México: FCE-UNAM, 1a. ed., 1972.

Estudios sobre medios de defensa y otros temas fiscales, 1er. núm. extraordinario de la Revista del Tribunal Fiscal del Estado de México en ocasión de su vigésimo aniversario, 1978.

FERNÁNDEZ Y CUEVAS, J. Mauricio, Jurisprudencia en materia fiscal 1937-1970, ciudad de México: Jus, 1976.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, Leyes constitucionales y administrativas de España, Pamplona: Universidad de Navarra, 1976.

GIANNINI, Máximo, Lezioni di diritto amministrativo, Milán, 1970.

HAURIOU, Maurice, Precis de droit administratif, París: Sirey, 12a. ed., 1933.

HERRERA GÓMEZ, J. Javier, La plena jurisdicción y el poder de anulación en el Poder Judicial Federal y en el Tribunal Fiscal de la Federación, U.N.A.M., E.N.E.P. "Acatlán", tesis, 1981.

Homenaje a D. Nicolás PÉREZ SERRANO, Madrid: Reus, 2 vols.

Homenaje al profesor Eloy LARES MARTÍNEZ, en prensa, Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1983-1984.

JÈZE, Gastón, Les principes généraux du droit administratif, París: Sirey, 3a. ed., 4 vols., 1926-1936; hay trad. castellana, Buenos Aires: Depalma, 6 vols., 1948.

KELSEN, Hans, Teoría general del Estado, traducción castellana de Eduardo GARCÍA MAYNEZ, ciudad de México: U.N.A.M., 1949.

Le Conseil d'Etat (1799-1974), París: C.N.R.S., 1974, (préface de M. Alexandre PARODI).

MARIENHOFF, Miguel, Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 4 tomos, 2a. ed., 1977.

MEDINA CONTRERAS, Federico, La naturaleza jurídica del tribunal administrativo de plena jurisdicción, U.N.A.M. Facultad de Derecho, tesis, 1975.

MÉLANGES R. CARRÉ DE MALBERG, París: Librairie Edouard Duchemin, 1977. (reimpresión de la 1a. ed., de 1933).

Memoria del VII Congreso nacional de profesores e investigadores de derecho fiscal, Toluca, México, 1982.

Pages de doctrine, A. de LAUBADÈRE, A. MATHIOT, J. RIVERO, G. VEDEL, París: L.G.D.J., 1980, vol. II.

PALLARES, Jacinto, El poder Judicial, 1874.

Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX.

Homenaje a Enrique SAYAGUÉS-LASO, dirección, introducción general y anotaciones: León CORTINAS-PELÁEZ, Madrid: I.E.A.L., 1969, 5 vols.

RABASA, Emilio, El artículo 14 y el juicio constitucional, ciudad de México: Porrúa S.A., 4a. ed., 1978.

RAYNAUD, J., Le détournement de procédure, these, Paris, 1950.

Recueil d'études en hommage a Charles EISENMANN, Paris: Cujas, 1977.

Revista de Administración Pública.

Revista del Tribunal Contencioso Administrativo del Distrito Federal.

Revista del Tribunal Fiscal de la Federación.

Revista del Tribunal Fiscal del Estado de México.

Revista Vivienda (vol. 6, núm. 6, nov.-dic./1981).

Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger.

SCHWARTZ, Le droit administratif américain, Paris, 1952.

Service public et libertés, Mélanges offerts au Professeur Robert-Edouard CHARLIER, Paris: ed. de l'Université et de l'Enseignement Moderne, 1981.

Tribunal Fiscal de la Federación. Cuarenta y cinco años al servicio de México, ciudad de México, 1a. ed., 1982, 5 vols.

VECHIERINI, L'exception d'illégalité en France, thèse, Paris, 1935.

VEDEL, G., Essai sur la notion de cause en droit administratif français, thèse, Toulouse, 1934.

WALINE, M., Droit administratif, Paris: Sirey , 9a. ed., 1963.

WELTER, Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative,
Paris: Sirey, 1929.

LEGISLACION

=====

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917, con sus adiciones y reformas, así como nuestros demás documentos constitucionales anteriores a ella.

Código federal de procedimientos civiles (D.O. 24 febrero 1942)

Código Fiscal de la Federación (D.O. 31 diciembre 1938)

Código Fiscal de la Federación (D.O. 19 enero 1967)

Código Fiscal de la Federación (D.O. 31 diciembre 1981)

Código Fiscal del Estado de México (Gaceta de 2 enero 1971)

Código Fiscal del Estado de México (Gaceta de 29 diciembre 1979)

Ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (D.O. 10 enero 1936)

Ley de justicia fiscal (D.O. 31 agosto 1936)

Ley del Tribunal Contencioso-Administrativo del Distrito Federal
(D.O. 17 marzo 1971)

Ley federal de responsabilidades de los servidores públicos
(D.O. 31 diciembre 1982)

Ley orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación (D.O. 19 enero 1967)

Ley orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación (D.O. 2 febrero 1978)

Ley orgánica del Poder Judicial de la Federación (D.O. 30 diciembre 1935).

Ley orgánica de la Administración Pública Federal (D.O. 29 diciembre 1976).

INDICE ANALITICO

=====

Los números reenvían exclusivamente a los epígrafes

" A "

=====

- Acta de Reformas: 155
- Acto administrativo, características: 30-35
- _____, cómo se dicta: 48-50
- _____, conceptualización: 29
- _____, elementos: 36-50
- _____, por qué se dicta: 44-47
- _____, quién lo dicta: 37-39
- _____, vicios: 51-58
- Actos administrativos irregulares: 52
- Administración de justicia: 150
- _____, prerrogativas de la: 81
- _____, pública y función administrativa: 27
- Administrativa, función: 18-27
- Amparo administrativo: 195-198
- _____, garantías individuales y desvío de poder: 174-198
- _____, orígenes del: 155
- Artículo 14 constitucional: 188
- _____, 16 constitucional: 190
- _____, 104 constitucional, fracción I: 167-173
- Autoridades aduaneras: 240

" B "

=====

- Bases constitucionales de la justicia administrativa: 146-173
- Bases Orgánicas: 154

" C "

=====

- Causa, teoría de la: 43
- Causales de ilegalidad: 51-58

_____, nueva presentación en cinco fracciones: 223
 _____ de nulidad en el Trib. Contencioso-Administrativo del D.F.: 253-256
 _____ en el Trib. Fiscal del Edo. de México: 263
 _____ en el Trib. Fiscal de la Federación (1937-1982): 204, 216 y 220.

Causas de improcedencia: 211

Codificación fiscal y desvío de poder: 216-225

Código Fiscal de la Federación de 1938: 215

Código Fiscal de la Federación de 1967: 219

Código Fiscal de la Federación de 1981: 222

Cometidos del Poder Público: 10

Competencia (como elemento del acto administrativo): 38

_____ del Tribunal Fiscal de la Federación: 209

_____ jurisdiccional en materia administrativa (caso francés): 74-79

Condonaciones discrecionales: 241

Consejo de Estado francés: 72

Constitución federal de 1824: 148-151

Constitución liberal de 1857: 159-162

Constitución política de 1917: 163-173.

Constitucionalización de los tribunales administrativos: 170-171

Constituciones centralistas: 152-154

Contencioso administrativo, definición: 61

_____ francés, régimen del: 60-79

_____, fundamentos: 62

_____, fuentes: 63

_____, límites: 64

Control de constitucionalidad y de legalidad: 197

_____ jurisdiccional del fin: 103

" D "
 =====

Denegación de justicia: 194

Derecho administrativo y función administrativa: 26

_____ y sanciones: 228

_____ comparado: 126-143

_____ Fiscal, marco general: 199

_____ y sanciones: 229

Derechos humanos: 175-177

_____ públicos subjetivos: 178-182

Desviación de poder: 58

_____ , análisis y características generales: 102-107

_____ , concepción clásica y definiciones doctrinales: 101

_____ en Alemania: 136

_____ en Argentina: 141

_____ en Bélgica: 134

_____ en Colombia: 143

_____ en España: 127-132

_____ en Estados Unidos del Norte: 140

_____ en Francia: 95-125

_____ en Inglaterra: 138

_____ en Italia: 135

_____ en Suecia: 137

_____ en Uruguay: 144

_____ en Venezuela: 142

_____ limitada a sanciones: 220

_____ , modalidades y clasificación: 116-119

_____ , obstáculos de su desarrollo: 108-111

_____ , orígenes y evolución: 96-100

_____ , perspectiva americana: 139-143

_____ , perspectiva europea: 126-138

_____ , principales limitaciones: 112-115

_____ , proyecto de estudio: 95

_____ , reflexiones finales (de la doctrina francesa): 125

Desviación de procedimiento: 119-124

Desvío de poder ante el amparo administrativo: 196

_____ , análisis jurisprudencial: 236-246

_____	, comentarios doctrinales:	221
_____	, como causal doblemente limitada:	205 y 216
_____	, como ilegalidad e inconstitucionalidad:	198
_____	en el Trib. Cont.- Admvo. del D.F.:	249-260
_____	en el Trib. Fiscal del Edo. de México:	261-265
_____	en el Trib. Fiscal de la Federación:	199-245
_____	, opiniones de su regulación:	243-245
_____	, propuestas de constitucionalización:	193
_____	, según criterios del Pleno y las salas:	244
_____	, según criterios de la Sala Superior:	245
_____	, su definición doctrinal convertida en precepto legal:	225
_____	y codificación fiscal:	214-225
_____	y Estado de Derecho:	11
_____	y funciones estatales:	25
_____	y garantías de audiencia y legalidad:	189
_____	y motivación:	192
_____	y sanciones:	230
_____	y tribunales administrativos locales:	247-265
Discrecionalidad administrativa: 132 (v. también facultad discrecional)		
_____	y sanciones:	239
División de competencias entre Sala Superior y regionales: 209		
_____	o separación del Poder Público:	8
_____	de poderes, confirmación categórica:	160
_____	, discrepancia interpretativa:	157
_____	, estricta:	149
_____	y función administrativa:	18-25
Dualidad de jurisdicciones: 66-70		

" E "

Ejecutoriedad:	31
Elementos del acto administrativo:	36-50
Estabilidad del acto administrativo:	33
Estado absolutista:	12

____ de Derecho: 11-16
 ____ liberal: 16
 ____ mexicano: 15
 ____ social de Derecho: 16

Exceso de poder, aspectos históricos: 91
 ____ ____, características: 92
 ____ ____, casos de apertura: 94
 ____ ____, condiciones de admisibilidad: 93

" F "

=====

Facultad discrecional, conceptualización: 232
 ____ ____, fuentes: 233
 ____ ____, límites: 234
 ____ ____ y desvfo de poder: 231-235

Facultades discrecionales y regladas: 113, 238
 ____ ____, motivación tratándose de: 191

Fin extraño al interés público: 117
 ____ público no autorizado: 118

Forma (como elemento del acto administrativo): 49

Función administrativa, definición: 20
 ____ ____, ejecutiva y gubernamental: 24
 ____ ____ y administración pública: 27
 ____ ____ y división de poderes: 18
 ____ ____ y jurisdiccional: 23
 ____ ____ y legislativa: 22
 ____ ____ y Poder Ejecutivo: 21

Funciones del Poder Público: 9
 ____ estatales, criterios de distinción: 19
 ____ ____ y desvfo de poder: 25

" G "

=====

Garantías, clasificación y estudio: 183-192
 ____ de audiencia y de legalidad: 189

_____ de igualdad: 184
 _____ de libertad: 185
 _____ de propiedad: 186
 _____ de seguridad jurídica: 187-194
 _____ individuales y desvío de poder 188-192

" I "

=====

Impugnabilidad (del acto administrativo): 34
 Incompetencia: 55
 Interés general: 35
 Interpretación y fin de las normas fiscales: 237

" J "

=====

Juridicidad, principio de: (v. principio de legalidad)
 Jurisdicción administrativa, intento frustrado de una: 156-158
 _____ autónoma, intento fallido de constitucionalización: 170
 _____, plena constitucionalización: 171-173
 Jurisdicción contenciosa administrativa y amparo: 195-198
 Jurisprudencia en el Tribunal Fiscal de la Federación: 213
 _____ y precedentes sobre desvío de poder y temas afines: 195-198
 Justicia administrativa, bases constitucionales: 146-173
 _____ en los Estados, panorama: 246
 _____, mecanismo de la (en Francia): 80

" L "

=====

Legalidad: (v. principio de legalidad)
 Legitimidad, presunción de: 32
 Ley de justicia fiscal, exposición de motivos: 165
 _____, breve análisis: 200-206
 Ley LARES: 158
 Leyes Constitucionales (las Siete): 153

" M "
=====

Mérito (del acto administrativo): 47
 Motivación tratándose de facultades discrecionales: 191
 _____ y desvío de poder: 192
 Motivo, como presupuesto de hecho y de derecho: 41 ,
 Motivos y la doctrina extranjera, los: 42
 Multas, modificación de su monto: 242

" N "
=====

Nociones previas fundamentales (Poder, Estado y Derecho): 1-58
 Nulidades administrativas, teoría de las: 53
 Nulidad y plena jurisdicción: 76 y 212

" O "
=====

Objeto (como elemento del acto administrativo): 44-46
 Oportunidad (del acto administrativo): 47
 Organización jurisdiccional en materia administrativa (en Francia): 65-73

" P "
=====

Plena jurisdicción y nulidad: 76 y 212
 Poder, Estado y Derecho: 1-6
 _____ Ejecutivo y función administrativa: 21
 _____ Público, cometidos del: 10
 _____, doble concepción del: 7
 _____, división o separación del: 8
 _____, funciones del: 9
 Poderes del juez: 76
 Potestad sancionadora: 226-230
 Presunción de legitimidad: 32

Principio de división de poderes: (v. división de poderes)
 _____ de dualidad de jurisdicciones: 66-70
 _____ de legalidad: 14
 _____, como garantía de protección a la libertad individual: 182
 _____ de separación de la administración activa y contenciosa: 71
 Procedimiento (como elemento del acto administrativo): 50
 _____ contencioso administrativo en materia fiscal: 210-213
 _____ francés: 86-89

" R "
 =====

Recurso por exceso de poder: 90-94
 Recursos ante el Tribunal Fiscal de la Federación: 213
 _____ contenciosos: 80
 _____, distinción y clasificación de los: 82-85
 _____ jurisdiccionales: (v. recursos contenciosos)
 Régimen del contencioso-administrativo francés: 60-79
 Reglas de competencia, aplicación de las: 77
 Repartición de competencias: 78-79
 Restauración federalista: 155

" S "
 =====

Sala Superior del Tribunal Fiscal, criterios jurisprudenciales: 245
 Sanciones administrativas y fiscales, desvío de poder y las: 230
 _____ en el Derecho Administrativo: 228
 _____ en el Derecho Fiscal: 229
 _____ en general: 227
 Sentencias del Tribunal Fiscal de la Federación, sus alcances: 212
 Separación de la administración activa y contenciosa: 71
 _____ de poderes, interpretación francesa: 68
 Súplica, supresión de la: 169

" T "
=====

Teoría francesa de la desviación de poder: 60-125

Tradicción judicialista, evolución constitucional: 147-162

Tribunal de lo Contencioso Administrativo del D.F.: 249-260

____ Fiscal de la Federación, características generales: 207-213

_____, desvío de poder en el: 199-245

_____, división de competencias: 209

_____, estructura y organización: 208

_____, jurisprudencia: 213, 236-246

____ del Estado de México: 261-265

Tribunales administrativos autónomos, constitucionalización: 171-172

____ en Francia: 73

____ locales: 248

____ federales, competencia de los: 161

" U "
=====

Unidad de jurisdicción: 67

" V "
=====

Vicio de forma: 56

Vicios del acto administrativo: 51-58

Violación de la ley: 57 y 258

Voluntad (como elemento del acto administrativo): 39

=====

En este índice se recogen los nombres de los personajes y autores citados.

Las cifras indicadas reenvían a los números de epígrafes (§§) o de notas (n.), no a las páginas.

" A "

=====

- ACOSTA ROMERO : n.10 bis, 26, 29, 31, 36, 39, 44, 47, n.48, 50,
n.52, n.58; n.127, 195, n. 314 bis.
- AGUIRRE, E. : n.372.
- ALESSI : 43.
- ÁLVAREZ GENDÍN : n.233, n.235.
- ARMIENTA CALDERÓN : 220, n.307.
- AUBY et DRAGO : 82, 85, 101, 108, n.147, n.149, n.151, n.158,
n.159, n.160, n.161, n.165, n.166, n.167, n.175,
n.181, n.182, n.184, n.188, n.189, n.206, n.207,
n.212 bis, n.216 bis, n.217, n.218, n.222, n.366.
- AUBY et FROMONT : n.212 bis.
- AUBRY : 101, n. 201.
- AUCOC, L. : 42, 101, n.197.
- AZUELA, M. : 207, n.302.
- AZUELA GUITRÓN : n.310, n.358, n.359, n.361.

" B "

=====

- BAZ, G. : 261.
- BERDEULEY : n.190.
- BERTHÉLEMY : 20.
- BIELSA, R. : n.321.
- BONNARD, R. : 23, 36, n.37, 43, 46, n.86, 101, n.110, n.200.
- BRAIBANT, G. : 125, n.193.
- BURGOA ORIHUELA : n.150, 195, n.279, n.280, n.282.

" C "

=====

- CAMUS, G. : n.220.

- CÁRDENAS DURÁN : n.360.
- CARRANZA, V. : 168.
- CARRÉ DE MALBERG : 23, n.36, n.37, n.216 bis.
- CARRILLO FLORES : 33, 53, n.74, 140, 157, 162, 165, 195, n.268,
n.270, n.284, n.285, n.286, n.287, n.295, n.312,
n.323, n.324, n. 325, n. 382.
- CARRILLO GAMBOA : n. 319, n.320, n.321, n.322, n.327, n.328, n.334,
n. 336.
- CASTILLO VELASCO : n.64.
- CLAVERO ARÉVALO : n.237.
- CORDERA PASTOR : n.313 bis.
- CORTINA GUTIÉRREZ : 165, 217.
- CORTIÑAS PELÁEZ : n.10 bis, 195, n.262, n.286.
- CUEVA, M. de la : n.4, 8.

" CH "

=====

- CHARLIER, R.E. : 43, n.77, n.105, n.106, n.166.

" D "

=====

- DEMICHEL, A. : 35, n.66, n.77, 125, n.166.
- DÍEZ, P. : 29, 45, 47, n.58, n.70, n.116, n.322.
- DUGUIT, L. : 20, 23, 37, 42, 43, 46, 78, n.107, n.326.
- DUVERGER, M. : 1, n.1, 12.

" E "

=====

- EISENMANN, C. : n. 121, n.220.
- ENTRENA CUESTA : 15, n.24.
- ESCOUBE, P. : 27, n.50.

" F "

=====

- FAVOREU, L. : n.43.
- FERNÁNDEZ, T.R. : (v. GARCÍA DE ENTERRÍA)
- FERNÁNDEZ y CUEVAS: n.150, 244.
- FIX ZAMUDIO : 195, n.286, n.364, n.365.
- FLEINER, F. : n. 31, n. 333, n.335.
- FRAGA, G. : 20, n.30, 24, 26, 29, 33, 36, 41, 46, 49, 53,
n.118, n.127, n.131, 196, n.372.
- FRANCO, F. : n.149 bis.
- FREUND : n.323.
- FRIEDMANN, W. : n. 330, n.331, n.332.
- FROMONT, M. : n.212 bis.

" G "

=====

- GALLEGO ANABITARTE: n.129.
- GARCÍA DE ENTERRÍA: n.15, 29, 32, 36, 38, 42, 45, 46, 50, 129, 132,
178, n.237, n.242.
- GARCÍA MÁYNEZ : 229, n.316.
- GARCÍA PELAYO : 12, n.12, n.16, n.19.
- GARCÍA SILVA (v. VÁZQUEZ GALVÁN).
- GARRIDO FALLA : n. 215 bis.
- GARZA, S. de la : 225, 297, n.311.
- GASCÓN Y MARÍN : 129, n.236.
- GIERKE : 13.
- GIORGI, H. : 144, n.263.
- GIANNINI, M. : 43, 53, n.134, 199.
- GONZÁLEZ-COSÍO : 193, 195, 197, 254, n.284, n.286, n.301.

GORDILLO, A. : n.3, 29, 30, 32, 33, 34, 36, 54, n. 59, 141.

GOY, R. : n.220, n.221, n. 222, n.224, n.228.

" H "

=====

HAMSON, C.J. : 138, n.216 bis, n.244.

HAURIOU, M. : n.17, 20, 43, 101, n.101, n.102, 105, 113,
n. 199, n.216 bis, n. 335.

HEDUÁN VIRUÉS : 221, n. 308, n.351, n.372.

HERRERA GÓMEZ : n. 162.

" I "

=====

ITURBIDE : 148.

" J "

=====

JELLINEK, G. : 13, n.25.

JÈZE, G. : 20, 43, 49, n.109, n.118, n.149.

JUÁREZ, B. : 158.

" K "

=====

KELSEN, H. : 13, n.14.

" L "

=====

LABAND : 13, 14, 20.

LAFERRIÈRE, E. : 83, 94, 98, 100, 101, 103, 105, n.171, n.191,
n. 197, n.198.

LARES, T. : 147, 156, 157, 158, n. 268, n.269, n.270, n.286.

LARES MARTÍNEZ : n. 18, 29, 36, 142, n. 364.

LAUBADÈRE, A.: 29, n.37, n.54, 101, 106, 107, 119, n.153,
n.156, n.159, n.160, n.165, n.166, n.170, n.173,
n.176, n.182, n.184, n.186, n.209, n.212bis,
n.215, n.216 bis, n.218, n.381.

LETOURNEUR, M.: n.223.

LOCKE: 18.

LOMELÍ CEREZO: 221, n.309, n.318, n.342, n.372.

LONG, M.: 125, n.193

" M "

=====

MADRID HURTADO: n.27, n.29, n.294.

MARGÉIN MANAUTOU: 229, n.306, n.315, n.317 bis.

MARIENHOFF, M. 26, n.44, n.327:

MARTÍN GONZÁLEZ: 46, n.122.

MARTÍN RETORTILLO: 47, n.237.

MARTÍNEZ LÓPEZ: 217, n.299, n.303.

MARTÍNEZ MORALES: n. 130.

MATHEWS: 140.

MAXIMILIANO: 158.

MAYER: 20.

MEDINA CONTRERAS: n. 162.

MERKL: n. 324.

MOHL, VON: 13.

MONTESQUIEU: 8, 22, 245.

MORENO, J.L.: n. 2.

" N "

=====

NAPOLEÓN: n. 149 bis.

NAVA NEGRETE: 151, 195, 217, n.266, n.267, n.286, n.374.

NORIEGA, A.: n. 150.

" O "
=====

- OLIVERA TORO : 14, 15, n.21, n.24, 26, 29, 36, 45, 47, n.93,
n.127, n.134, 144, n.190, 221, n.309 bis.
- OTERO, M. : 164.

" P "
=====

- PALLARES, J. : 151, n.267.
- PARODI, A. : n.159.
- PÉREZ SERRANO : n.234, n.236.
- PLASCENCIA GUTIÉRREZ : n.310.
- PRAT, J. : 9, n.9, n.25, 36, 39, 42, 43, 46, n.98, 100,
n.101, n.104, n.105, n.108, n.109, n.110, n.111,
133, n.190, n.191, n.196, n.199, n.200, n.201,
n.223, n.243, n.246.

" Q "
=====

- QUINTERO BECERRA : n.363.

" R "
=====

- RABASA, E. : n. 380.
- RAMÍREZ MORENO : n.310 bis.
- RAYNAUD, J. : 120, n.220, n.223.
- ROYO VILLANOVA : 129, n.234, n.235.
- RUIZ PÉREZ : n.376, n.378, n.379.

" S "
=====

- SÁNCHEZ CUÉN : 165.
- SÁNCHEZ ISAC : 237.
- SANTA ANNA : 149 bis.

- SANTAMARÍA PASTOR: n. 237.
- SAYAGUÉS LASO: n.7, 9, 10, 20, n. 20, 29, 36, 43, 45, 46, 48, 52, n.70, n.122, 144.
- SCHWARTZ: n. 246.
- SERRA ROJAS: 14, n.22, 20, 23, 26, 27, 29, 30, 33, 36, 39, 43, n.44, n.50, 53, n.72, n.73, n.73 bis, n.76 bis, n.86, n.88, n.94, n.114, n.127, n.131, n.314.
- SERRANO MIGALLÓN: n.131.
- STAHL: 13.
- " T "
- ====
- TENA RAMÍREZ: n.264.
- TRUCHET, D. : n.77.
- TRUJILLO PEÑA: n. 237.
- " V "
- ====
- VALDÉS VILLARREAL: n.364.
- VALLARTA, I.: n.64, 157, 160, 161, n.265.
- VÁZQUEZ GALVÁN: n.371, n.373, n.375.
- VECHIERINI: 103, n.207.
- VEDEL, G.: 43, 101, n.103, 105, 125, n.164, n.165, n.166, n.180, n.187, n.216 bis, n.222.
- VIDAL PERDOMO: 143, n.257.
- VILLAR PALASÍ: 132, n.238, n.242.
- " W "
- ====
- WALINE, M.: 33, n.43, 43, n.72, 113, n.216.
- WEIL, P.: n. 17, 125, n.193.
- WELTER: n. 209.
- WIENER, C.: n. 77, n.166.
- WOLFF, H.J.: 14, n.20, n.28.
- " Z "
- ====
- ZANOBINI: 36, 45.