



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**LOS MEDIOS DE CONTROL DEL PODER DISCRECIONA**

**TESIS**

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

**LICENCIATURA EN DERECHO**

PRESENTA:

**VELÁZQUEZ GARCÍA, H.**

Ciudad Universitaria, México, Distrito Federal,

1967



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.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE ECONOMÍA Y ESTADÍSTICAS

ESTADÍSTICA ECONÓMICA  
Y SOCIAL

*A mis padres:*

**LIC. ENRIQUE VELASQUEZ H. y  
JOSEFINA G. DE VELASQUEZ,**

*con la veneración de quien todo les  
debe.*

*Con gratitud a la colaboración de  
la Srita. periodista*

**GUADALUPE HERRERA G.**

**AL PUEBLO DEL QUE FORMO PARTE...**

**PERO SIN HABLAR DE LA  
OPINION, ATENIENSES, NO  
ME PARECE JUSTO SUPLICAR  
AL JUEZ NI HACER ABSOL-  
VER A BASE DE SUPPLICAS, ES  
PRECISO PERSUADIRLE Y  
CONVENCERLE, PORQUE EL  
JUEZ NO ESTA SENTADO EN  
SU SILLA PARA COMPLACER  
VIOLANDO LA LEY, SINO PA-  
RA HACER JUSTICIA OBEDE-  
CIENDOLA.**

**PLATON — Diálogos**

## **CAPITULO I**

### **EL ACTO ADMINISTRATIVO Y SUS ELEMENTOS**

**I.—Preliminar. II.—Noción del Acto Administrativo. III.—Clasificación de los Actos Administrativos. IV.—Actos Reglados, Discrecionales y la Teoría Pura del Derecho. V.—Elementos del Acto Administrativo.**

## I.—PRELIMINAR

En virtud de que el Poder Discrecional se da no sólo en la rama administrativa, sino también en la legislativa y en la jurisdiccional, este trabajo estará limitado en forma exclusiva al estudio del Poder Discrecional en la rama administrativa, entendiéndose por tal no la función que realizan los órganos dependientes del poder ejecutivo sino, aquella actividad del Estado que en forma idónea y concreta tiende a satisfacer las necesidades colectivas, realizando actos creadores de situaciones jurídicas individuales, con sujeción al ordenamiento jurídico vigente; así pues, una vez entendido el estadio en que nos movemos es necesario decir, en igual forma, que el control de dicho Poder Discrecional, se concreta a las manifestaciones exteriores de la función administrativa, es decir, los actos administrativos, motivo por el cual será necesario, dar una noción de lo que por tal se entiende así como también de sus partes elementales, que servirán más adelante para ubicar en cuáles de ellas puede o no darse la discrecionalidad administrativa y, consecuentemente cuáles serán los medios idóneos de control, según sea que encontremos discrecionalidad en uno o en otro de tales elementos.

## II.—NOCION DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Sin pretender abarcar parte siquiera de la doctrina escrita sobre la noción de acto administrativo, trataremos de exponer algunas de las principales variantes doctrinarias al respecto y así encontraremos:

Rafael Bielsa en su obra sobre Derecho Administrativo,<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Bielsa Rafael. Derecho Administrativo. 4a. edición. Depalma, B. Aires, 1947. Tomo I, Pág. 202.

afirma que el acto administrativo es una decisión general o especial, de autoridad administrativa en ejercicio de sus funciones y que se refiere a derechos, deberes o intereses de las entidades administrativas o de los particulares respecto de ellas. Piensa Bielsa que el acto administrativo, a diferencia del hecho administrativo, debe ser siempre una decisión, una expresión de voluntad de la autoridad, manifestada expresa o tácitamente y dirigida a un fin o propósito concreto. Si considera uno o más casos pero individualmente determinados y se manifiesta de manera concreta, el acto administrativo es especial. Si considera de manera general y abstracta una pluralidad de casos o una situación general, el acto administrativo es general. El acto deberá emanar de una autoridad administrativa, lo que no obsta a que las autoridades legislativa y judicial, realicen también actos administrativos, aunque en forma secundaria y ocasional. Es necesario que la autoridad obre en ejercicio de sus propias funciones y que esa función sea administrativa. Por último, el acto debe nacer de la actividad jurídica de la administración pública y dirigirse a producir efectos jurídicos.

Aunque de distinta nacionalidad pero dentro de la misma corriente de pensamiento que Bielsa, encontramos la opinión de Recaredo Fernández de Velásco<sup>2</sup> quien señala que con la voz acto administrativo, entiende referirse a toda declaración jurídica unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual la administración tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas. Agrega como característica de todo acto administrativo la declaración jurídica, declaración en cuanto a su exteriorización o publicación, y jurídica por su origen en razón del sujeto que la emite y de la facultad que al dictar se ejecuta; por su contenido ya que afecta a situaciones jurídicas personales; y por su forma de expresión. La declaración tiene dos aspectos: uno subjetivo y otro objetivo; contiene una norma jurídica y otorga o restringe ciertas facultades. La declaración jurídica es la exteriorización de un mandato jurídico en ejercicio de una facultad jurídica. Por lo demás la declaración puede ser

---

2 Fernández de Velasco Recaredo. El Acto Administrativo. Madrid, 1929, Pág. 15.

expresa o tácita, unilateral o múltiple, espontánea o requerida. El requerimiento puede ser rogado o impuesto. Se dice que la declaración es unilateral porque emana en tal forma de la administración. La declaración es ejecutoria porque los actos administrativos tienen la presunción de legitimidad.

Contrariamente a las definiciones anteriores, que han tocado al acto administrativo en su aspecto material, encontramos otras que toman en cuenta el órgano que realiza la función administrativa y que, son por lo mismo, formales e incompletas; la más destacada de ellas es la que sostiene Zanobini<sup>3</sup> diciendo que acto administrativo es toda declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento y de juicio, realizado por un sujeto de la administración pública en ejercicio de una potestad administrativa.

Para los efectos deseados no podemos atenernos a un criterio meramente formal, ni tampoco a otro completamente material, por lo que es preciso la combinación adecuada de ambos. A continuación, habremos de ocuparnos y seguir lo expuesto por Manuel María Diez<sup>4</sup> por creer que se trata de un estudio atinado sobre el tema.

Afirma Diez que para llegar a la noción conceptual del acto administrativo corresponde, en primer lugar, distinguir el punto de vista material y formal.

Materialmente habrá la necesidad de examinar el acto en cuanto a su contenido. Es así que todo acto, sea administrativo, legislativo o judicial, en cuya manifestación de voluntad del órgano denote un contenido o substancia administrativa, vendría a constituir un acto administrativo. En ese sentido, actos como la aprobación del Presupuesto de Egresos de la Federación, o bien la concesión de licencias y el nombramiento de las comisiones permanentes dentro de las Cámaras, vendrían a ser actos administrativos aunque emanasen del Poder Legislativo. Las autoridades judiciales también pueden realizar actos materialmente administrativos y ejemplo de ello lo encontramos en las

---

3 Citado por Diez, op. cit., Pág. 73.

4 Diez Manuel María. El Acto Administrativo. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956.

expresa o tácita, unilateral o múltiple, espontánea o requerida. El requerimiento puede ser rogado o impuesto. Se dice que la declaración es unilateral porque emana en tal forma de la administración. La declaración es ejecutoria porque los actos administrativos tienen la presunción de legitimidad.

Contrariamente a las definiciones anteriores, que han tocado al acto administrativo en su aspecto material, encontramos otras que toman en cuenta el órgano que realiza la función administrativa y que, son por lo mismo, formales e incompletas; la más destacada de ellas es la que sostiene Zanobini<sup>3</sup> diciendo que acto administrativo es toda declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento y de juicio, realizado por un sujeto de la administración pública en ejercicio de una potestad administrativa.

Para los efectos deseados no podemos atenernos a un criterio meramente formal, ni tampoco a otro completamente material, por lo que es preciso la combinación adecuada de ambos. A continuación, habremos de ocuparnos y seguir lo expuesto por Manuel María Diez<sup>4</sup> por creer que se trata de un estudio atinado sobre el tema.

Afirma Diez que para llegar a la noción conceptual del acto administrativo corresponde, en primer lugar, distinguir el punto de vista material y formal.

Materialmente habrá la necesidad de examinar el acto en cuanto a su contenido. Es así que todo acto, sea administrativo, legislativo o judicial, en cuya manifestación de voluntad del órgano denote un contenido o substancia administrativa, vendría a constituir un acto administrativo. En ese sentido, actos como la aprobación del Presupuesto de Egresos de la Federación, o bien la concesión de licencias y el nombramiento de las comisiones permanentes dentro de las Cámaras, vendrían a ser actos administrativos aunque emanasen del Poder Legislativo. Las autoridades judiciales también pueden realizar actos materialmente administrativos y ejemplo de ello lo encontramos en las

---

3 Citado por Diez, op. cit., Pág. 73.

4 Diez Manuel María. El Acto Administrativo. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956.

órganos de la Administración, ni contienen declaración alguna que pudiese afectar derecho subjetivo.

Ciertos actos de la Administración, o más bien hechos materiales, que implican una manifestación tácita de voluntad se considera que tampoco forman parte de los actos administrativos puros.

Excluidos que fueron los actos de la Administración, nos proporciona Díez la noción de acto administrativo puro en los siguientes términos: "Podemos decir que el acto administrativo puro es una declaración concreta, unilateral de voluntad de un órgano de la administración activa en ejercicio de la potestad administrativa".

En el concepto se habla de declaración para evitar el término manifestación de voluntad, que abarcaría no sólo los actos sino también los hechos materiales que implicasen una manifestación tácita de la voluntad, además la declaración se formaliza siempre y precede a la ejecución del acto.

Al declarar se exterioriza el proceso volitivo del sujeto, se traduce a signos que lo hacen perceptible a los sentidos de los demás, para producir determinados efectos en el exterior.

La declaración puede asumir la forma de decisión o disposición, la decisión sólo dice lo que es Derecho sin agregar nada al orden jurídico aplicable al caso concreto; en cambio en las disposiciones la administración goza de cierta amplitud para determinar su voluntad en las condiciones de la relación jurídica y poder así introducir cambios, anular, etc.

La declaración de voluntad debe de ser concreta, especial, produciendo un orden jurídico para el caso individual; quedan pues excluidos los reglamentos, que aun cuando son fuentes de derecho objetivo, no pueden ser considerados, en virtud de su generalidad, como actos jurídicos de la administración capaces de producir el nacimiento, la modificación o la extinción de una relación jurídica.

Como anteriormente se dijo, no se toman en cuenta los actos emanados de un cuerpo consultivo, pero serán también in-

diferentes al concepto actos como los producidos por las Salas del Tribunal Fiscal de la Federación, que por tener un contenido jurisdiccional, no son actos administrativos desde el punto de vista material. En igual forma se apartan los actos que dicta el ejecutivo en ejercicio de su potestad política y los que resulten de la actividad administrativa como entidad privada.

Resumiendo lo expuesto podemos afirmar que la Administración Pública, como ente que mueve al Estado moderno, en ejercicio de sus múltiples tareas, lleva a cabo infinidad de actos y hechos de diversa índole, jurídica, económica, etc.; a toda esta gama de actuaciones se le ha dado en llamar actos de administración, mismos que van desde el aseo de una oficina hasta la expedición de un reglamento; sin embargo, sólo convienen a nuestro estudio los actos de la administración que son concretos, que crean o alteran una situación jurídica individual, aquellos que sin importar que el órgano que los dicte sea un colegio o un burócrata, constituyen actos administrativos puros. Los actos administrativos puros, según Diez, se encuentran a base de excluir los que guardan esa característica de entre la gama de actos de administración y los hemos descrito como: declaraciones de voluntad emanadas de órganos administrativos en ejercicio de una potestad administrativa auténtica.

### III.—CLASIFICACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Tomando en consideración que la función administrativa es sumamente amplia y variada y que los actos que la integran son de muy diversa naturaleza, nos es necesario complementar la noción expuesta introduciendo en ella, un cierto orden que nos ayude a comprender las diferencias entre los distintos actos y a ubicar debidamente cada uno de ellos; para ello nos resulta indispensable recurrir a los criterios de clasificación que nos proporciona la doctrina, pero como no es nuestra pretensión encuadrar todas las exteriorizaciones administrativas hemos tomado de entre los múltiples criterios sólo cuatro, que además de ayudarnos a ordenar tienen importancia en la integración de nuestro estudio.

Por su naturaleza, los actos jurídicos han sido clasificados en:

a).—Actos jurídicos propiamente dichos que producen efectos jurídicos. Ejemplo de ellos son: El contrato Administrativo, el reglamento, las órdenes, etcétera.

b).—Hechos jurídicos, son aquellos acontecimientos o hechos naturales a los que el derecho conecta una consecuencia jurídica. Los hechos jurídicos pueden tener relevancia jurídica si en su realización se causare algún daño, con relación a lo dicho afirma Fraga <sup>5</sup> que los hechos también pueden estar constituidos por “un hecho en el que la voluntad humana interviene y en el que el orden jurídico entra en movimiento, pero con la diferencia respecto al acto jurídico de que ese efecto de derecho no constituye el objeto de la voluntad. Así, por ejemplo, en el delito hay un hecho voluntario, pero la voluntad no persigue la creación de una situación jurídica, a pesar de lo cual ésta se origina al imponerse una pena al delincuente. Los hechos jurídicos constituyen solamente la condición para que se apliquen normas jurídicas generales preexistentes”. Y complementa Serra Rojas <sup>6</sup>, al afirmar: “Con relación al agente del acto o hecho jurídico, su efecto puede serle indiferente, coincidiendo con la voluntad o en desacuerdo con ella”. Así el hecho de ser propietario de un automóvil es el antecedente de un impuesto; el llegar a los dieciocho años lo será de una obligación militar, etc.

c).—Actos materiales: Son realmente las condiciones que por sí no producen efectos jurídicos pero que son necesarias para la ejecución de los actos y la responsabilidad que pudiera resultar de dicha acción está sujeta a la validez del acto que le dió origen. Según Fraga el acto material está constituido “por hechos naturales o voluntarios que no trascienden al orden jurídico. En ellos no sólo falta, como en los hechos jurídicos la intención de engendrar, modificar o extinguir una situación de derecho, sino que tampoco existe una norma jurídica general cuya aplicación se condicione por ellos”.

---

5 Fraga Gabino. Derecho Administrativo. Quinta edición. Pág. 29.

6 Serra Rojas Andrés. Derecho Administrativo. Segunda edición. Pág. 369.

“Así el profesor de una escuela, al dar su lección, el médico de la asistencia pública que cura a un enfermo, no están ejecutando ni un acto, ni un hecho jurídico: están manifestando una realización de inteligencia o una habilidad manual que no trasciende al orden jurídico; están, por eso mismo, realizando un acto material”.

Otra clasificación es la que divide entre:

a).—Actos de autoridad: Aquellos en los que el Estado obra como soberano y por este impulso que le es propio o bien en cumplimiento de leyes de orden público, produce los efectos jurídicos deseados.

b).—Actos de Gestión: Se distinguen por ser actos en los que el Estado prescinde, hasta cierto límite, de sus prerrogativas y se equipara a los particulares para entrar en relaciones con ellos. Esto sucede con frecuencia al realizar contratos para obras públicas con compañías constructoras, o bien en las ventas de lotes municipales a particulares.

Bielsa <sup>7</sup>, sostiene que la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión no deriva de la diferente naturaleza de la actividad del Estado, ni la teoría de la doble personalidad. Quiere decir entonces que ni la actividad pública supone necesariamente actos de imperio y la privada actos de gestión, ni tampoco son siempre actos de imperio aquellos que el Estado realiza como persona de derecho público, ni de gestión aquellos en los que actúa como persona de derecho privado.

Agrega Bielsa que actos de imperio son los que la Administración Pública realiza normalmente en el cumplimiento de sus funciones jurídicas esenciales, funciones que deben cumplirse según su objeto o fin, por lo que los actos tienen un carácter imperativo de autoridad. Se refiere Bielsa a una tercera categoría de actos: los de gestión pública. Estos actos son los realizados por las entidades administrativas en virtud de su actividad pública y con motivo de la prestación de los servicios públicos propios.

---

7 Op. cit. Tomo I, pág. 207.

Es importante la intervención de Bielsa ya que hace referencia al derecho argentino y en nuestro medio, aunque seriamente objetada, se sigue sosteniendo por la Suprema Corte la teoría de la doble personalidad del Estado, como lo prueba la tesis jurisprudencial número 450 —Tomo II Pág. 867— del Semanario Judicial de la Federación<sup>8</sup>.—Cuando es procedente el amparo promovido por el Estado.— “El Estado, cuerpo político de la Nación, puede manifestarse en sus relaciones con los particulares, bajo dos faces distintas: como entidad soberana, encargada de velar por el bien común, por medio de dictados cuya observancia es obligatoria, y como entidad jurídica de Derecho Civil, porque poseedora de bienes propios que le son indispensables para ejercer sus funciones, le es necesario también entrar en relaciones de naturaleza civil, con los poseedores de otros bienes, o con las personas encargadas de la administración de aquellas. Bajo esta segunda face, ésto es, el Estado como persona moral capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, está en aptitud de usar de aquellos medios que la ley concede a las personas civiles, para la defensa de unos y otras, entre ellos el juicio de amparo; pero como entidad soberana no puede utilizar ninguno de ésos medios, sin desconocer su propia soberanía, dando lugar a que se desconozca todo el imperio, toda la autoridad o los atributos propios de un acto soberano; además no es posible conceder a los órganos del Estado: el recurso extraordinario de amparo, por actos del mismo Estado, manifestados a través de otro de sus órganos, porque se establecería una contienda de poderes soberanos, y el juicio de garantías, no es más que una queja de un particular, que se hace valer contra el abuso del poder”.

Para terminar de explicar la clasificación en que nos encontramos y, al mismo tiempo, tratar de conciliar el antagonismo entre la tesis que sostiene nuestro supremo tribunal y la teoría de Bielsa, vamos a transcribir lo afirmado por Diez en la página 121 de su obra:

“La distinción entre actos de imperio y de gestión a los efectos señalados, contribuiría a reproducir, bajo forma moder-

---

8 Citada por Serra Rojas, op. cit., Pág. 140.

na, la omnipotencia, irresponsabilidad e impecabilidad del Estado, no puede admitirse en derecho la distinción entre actos dañosos y culpables que deben ser sufridos por la víctima, y otros actos, de igual naturaleza, que darían lugar a indemnización. Para mantener la clasificación solamente podría decirse que si el Estado actúa en el campo del Derecho Público el acto sería de autoridad y estaría regido por el Derecho Público. Si actuara en el campo del Derecho Privado el acto sería de gestión y se le aplicaría ese Derecho”.

En razón de la eficacia del contenido de los actos se les ha clasificado en: Negocios Jurídicos de Derecho Público y Menores Actos Administrativos.

El negocio jurídico es un acto en el que la declaración de voluntad del órgano de la administración, va encaminada a producir determinados efectos de derecho; es decir, el funcionario valiéndose de que su potestad está reconocida y tutelada por el derecho, quiere no sólo el acto, sino también el efecto que éste va a producir y que estará regulado por el interés público. Según el efecto que producen en la esfera de derechos de los particulares, se han encuadrado los negocios en:

A.—Actos que aumentan las facultades, los poderes, los derechos de los particulares.

B.—Actos destinados a restringir o limitar esas facultades.

C.—Actos que condicionan a un órgano el ejercicio de esos poderes.

A).—Dentro de esta categoría contemplamos:

1.—La Admisión: Este acto tiene por objeto hacer posible que una persona tenga acceso a una institución, como podrían serlo las de beneficencia o enseñanza, para gozar de determinados derechos o ventajas; cada día es más clara la tendencia de proporcionar a los particulares el derecho a los beneficios de los servicios públicos.

2.—La Concesión: Acto por medio del cual el poder público se despoja de algunos de sus derechos y los transfiere a un particular extraño a la administración, mediante determinadas

restricciones de orden público. En él, el particular adquiere una nueva condición jurídica, un nuevo derecho subjetivo.

3.—La Autorización, Licencia o Permiso: Consiste en la eliminación de un impedimento jurídico para que un particular pueda ejercitar un derecho preexistente, sin afectar la seguridad pública. Es clara su diferencia con la concesión ya que no es constitutiva por sí de un nuevo derecho, el particular ya lo posee, sólo que se encuentra obstaculizado en su ejercicio por razones de orden público.

4.—La Aprobación: Es un acto de control interno dentro de la misma administración, por medio del cual una autoridad administrativa permite que un acto válido de otra autoridad inferior, tenga eficacia dentro del mundo jurídico.

5.—La Dispensa: Acto por el cual se exonera a los administrados de cumplir con leyes, requisitos y obligaciones en general.

B).—En la segunda categoría se encuentran:

1.—Penas Disciplinarias o sanciones que tienen por objeto castigar la infracción de las leyes u órdenes administrativas. Si la medida es aplicada a algún funcionario, puede consistir en la privación de un derecho subjetivo, si se trata de un concesionario, puede incluso optarse por la total resolución del vínculo y si es con relación a los particulares, lo más común es la obligación positiva de pagar una multa.

2.—La Expropiación: Por virtud de la cual los particulares son obligados a ceder sus propiedades al poder público mediante ciertos requisitos, de los cuales el principal es la compensación que se recibe por la privación. Dentro de esta categoría cabe también la Requisición, que es una intervención temporal de propiedades por razón de desórdenes públicos, por causas militares, etcétera.

3.—La Revocación: Retiro de un acto válido por otro, apoyado en causas supervenientes.

4.—La Nulidad: Es la desaparición del mundo jurídico de un acto que se encuentra privado de sus efectos por la ley.

5.—Las Ordenes: Son declaraciones de voluntad de la autoridad administrativa que crean obligaciones para los particulares, obligaciones de dar, hacer o no hacer que puedan traducirse en mandatos o prohibiciones. Se ha dicho que las órdenes no privan a los particulares de verdaderos derechos subjetivos, sino que influyen a su ejercicio.

C).—En esta división se enuncian:

1.—La Designación: Es la indicación a un órgano de una o más personas para que dicte una providencia determinada.

2.—El Requerimiento: Lo constituye el pedido necesario que hace un órgano a otro para que realice una actividad.

3.—La Propuesta: Es la presentación de una persona o bien de un proyecto de acto que hace un órgano a otro a fin de que, previa consideración de las circunstancias, se designe a la persona o se dicte el acto.

Para concluir esta clasificación sólo nos falta hacer mención a los meros actos administrativos, cuyo contenido, por ser diverso al de los negocios jurídicos origina que la voluntad del órgano se dirija únicamente al cumplimiento del acto, sin querer ni ocuparse del efecto ya que este se encuentra preestablecido en ellos; se divide para su estudio en:

A.—Los que resultan de manifestaciones de juicio, apreciación y opinión, así tenemos:

1.—La opinión manifestada para resolver una cuestión jurídica, administrativa o técnica, como podría serlo un peritaje o bien la admisión de un recurso jerárquico.

2.—La resolución de un recurso jerárquico, de una prueba, de un examen, de un concurso, etcétera.

3.—La comprobación de hechos, condiciones, requisitos, relaciones jurídicas. Así la inspección de una obra, de un establecimiento, etcétera.

B.—Los que resultan de las manifestaciones de reconocimiento como:

1.—Certificación de un acto o hechos realizados, como la autenticación de una firma o la inscripción en un registro.

2.—Publicación en un Diario Oficial de un reglamento, Comunicación al interesado de una resolución.

3.—Inscripción en un registro de actos y hechos como prueba de los mismos. Así la que se refiere a los actos del estado civil de una persona, los referentes a las inscripciones en los registros profesionales como requisito legal para el ejercicio de una profesión.

Particular importancia reviste para nosotros, la distinción de los actos en la que se toma en cuenta la relación que guarda la manifestación de voluntad creadora del acto con la ley, así se clasifican en:

A.—Actos que resultan de la actividad reglada o vinculada de la administración.

B.—Actos Discrecionales.

a).—Constituyen únicamente el cumplimiento de una obligación legal impuesta a la administración al realizarse determinadas condiciones de hecho, es la mera ejecución de la ley; en ellos la norma jurídica establece si la administración ha de actuar y cómo debe de hacerlo, cuál es la autoridad competente, estableciendo las condiciones de la actividad administrativa de modo de no dejar margen en la elección del procedimiento a seguir, según la apreciación de las circunstancias del caso que pueda hacer el agente.

Según Fraga <sup>9</sup> el acto reglado "es el que en la jurisprudencia y doctrina de los Estados Unidos de América se conoce con el nombre de actos ministeriales y constituye la base para determinar la procedencia del writ of mandamus".

b).—Tiene lugar cuando la ley permite que la Administración determine el contenido de su actuación, es decir elección libre para obrar o abstenerse, en qué momento y en qué forma

---

9 Op. cit., Pág. 150.

se debe obrar. La concesión de un Poder Discrecional se deduce de los mismos términos que la ley emplea, verbigracia cuando no utiliza imperativos sino permisos o facultativos, o bien cuando los funcionarios administrativos tengan libertad al realizar su actuación basándose en consideraciones de orden subjetivo, como lo son: el interés público, la equidad, la necesidad. Lo mismo sucederá cuando la ley ofrezca dos posibles soluciones a un mismo conflicto pero no imponga ninguna de ellas como obligatoria.

No existe una división tajante entre actos vinculados y discrecionales; los caracteres de uno y otro concurren en una gran variedad de actos; la explicación de esto está en el hecho de que la ley no concede discrecionalidad para la realización del acto en su integridad, sino solamente, se hace referencia a uno de los elementos integradores del acto como el objeto, cuya existencia suficiente para provocar una actuación, puede dejarse al arbitrio del funcionario, estando reglada la actuación posterior; o viceversa, indicar la ley que considera como objeto de un acto y dejar el contenido de éste al criterio del administrador.

#### IV.—ACTOS REGLADOS, DISCRECIONALES Y LA TEORÍA PURA DEL DERECHO.

Siendo la distinción de actos reglados y discrecionales de particular importancia para nuestro estudio, resulta indispensable conocer la opinión que guarda la Teoría Pura del Derecho sobre el particular y para ello vamos a remitirnos a lo expresado por Adolfo Merkl en su libro sobre Derecho Administrativo<sup>10</sup>: "Si el Derecho Objetivo preexistente y preformado supuesto por el proceso de producción y aplicación del Derecho representa la determinante heterónoma para el órgano productor aplicador del Derecho, mientras que la libertad discrecional representa su complementaria determinante autónoma: actos que concretan el Derecho son en virtud de su determinante objetivo heterónoma, actos de vinculación jurídica, y en virtud de su determinante subjetivo autónoma, actos de libertad discrecional y, de este

---

10 Merkl Adolfo. Teoría General de Derecho Administrativo. Ed. Rev. de Derecho Privado. Madrid 1935, Traduc., Págs. 188 y 189.

modo, se diferencian "con respecto a la libertad discrecional, no en principio sino en grado, no cualitativa sino cuantitativamente" —Kelsen.

"Por lo tanto, la distinción de actos discrecionales y actos condicionados no es una distinción absoluta, sino que representa, en el fondo, por un lado, un grupo de actos en que la norma jurídica condicionante resalta de tal modo que parece desaparecer el elemento discrecional, y por otro, aquellos actos en que esta discreción sobresale visiblemente. De todos modos la participación de ambos factores complementarios en cada uno de los actos de aplicación del Derecho puede ser tan extremadamente diferente que, aunque no muy lógicamente; sin embargo, prácticamente, se puede hablar de actos condicionados y actos discrecionales."

Aunque es nuestro propósito tratar los actos discrecionales en el segundo capítulo de este trabajo, adelantaremos desde ahora nuestra opinión respecto a ellos: La clasificación de actos reglados y discrecionales fue de utilidad procesal, ya que los discrecionales eran actos que por emanar de la soberanía estatal se excluían del control judicial, sin embargo al revolucionar el concepto, se ha comprobado que no existe "a priori" esta categoría de actos, sino que la persona pública está dotada de un cierto Poder Discrecional, que se manifiesta en los actos llamados reglados en el momento en que el órgano encuadra una ley como aplicable al caso, y en los llamados discrecionales, aunque se manifieste con más amplitud, para dar mayor flexibilidad a los servicios públicos, no por ello deja de ser controlable, porque el ejercicio de este poder está siempre subordinado a la consecución del fin que la ley fija como propio del acto.

#### V.—ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

Mucho se ha discutido en doctrina cuales son efectivamente los elementos que constituyen el acto administrativo, ya que cada uno de los tratadistas hace cita de los que cree esenciales y dentro de los mismos subclasifica a los que le parecen secundarios, mismos que para otro son en cambio imprescindibles, además existe el problema de que se confunden los térmi-

nos y se nombra de distintas formas al mismo elemento. Existe sin embargo una corriente más o menos generalizada a aceptar como esenciales en el acto administrativo a: **El Sujeto Competente, La Manifestación de Voluntad, El Objeto y La Forma**. La confusión aparece cuando se habla de **Motivo, Fin, Mérito y Causa**. Así respecto al **motivo**, autores como Serra Rojas, Fernández de Velasco y Fiorini le reconocen autonomía, Santi Romano lo ve como un aspecto de la causa, Scioloja considera **motivo** igual a **causa** y Diez encuadra el **motivo** dentro de la **forma**, es decir, como una formalidad que puede o no darse al declararse la voluntad del órgano. En nuestro medio jurídico sería imposible desconocer como elemento, no sólo de los actos administrativos, sino de cualquier acto jurídico al **motivo**, ya que por disposición constitucional expresa, todo acto de autoridad deberá motivarse; es obvio entonces que respecto al **motivo** lo estudiemos como elemento esencial y autónomo del acto administrativo.

El **fin** es otro de los elementos discutidos, se habla de que el **fin** es parte precedente de la manifestación de voluntad, que se toma en cuenta antes de emitir el acto; Serra Rojas lo estudia como parte del **mérito**, pero nosotros creemos que constituye elemento distinto y como tal lo vamos a estudiar, ya que no es posible pensar que las razones que dan origen al acto como los motivos antes de manifestar la voluntad, que incluso pueden constituirse por hechos materiales, se confundan con la tendencia a buscar el interés general que constituye el **fin** del acto, ni tampoco se confunde con el **mérito** que es precisamente la adecuación de los actos con los fines públicos.

Por lo que respecta al **mérito**, a pesar de que no es reconocido por la mayoría de los autores, que lo confunden con el **fin**, será quizás el elemento más importante para el estudio que pretendemos, ya que es en él donde con más frecuencia se encuentra el Poder Discrecional y su especial naturaleza, es inadecuada al control por órgano distinto. Con base en ello también lo veremos como elemento de los actos administrativos.

La causa jurídica que también se propone como elemento, es considerada por Diez, que en ello sigue a Zanobini, como un requisito de la manifestación de la voluntad, un modo particular de expresión de la misma, dicho de otro modo la causa al igual

que el motivo son para Diez dos distintos antecedentes de la declaración de voluntad. Nosotros, como ya lo expresamos, entendemos que el motivo es elemento propio y, en vista que la doctrina asemeja a veces la **causa** con el **fin** o con el **mérito** y en otras la hace equivalente a la justificación que origina el acto, creemos que lo más conveniente es estudiarla dentro del **motivo**, por considerar que no reúne las condiciones necesarias para apartarla del mismo y hacerlo, equivaldría a ver desde dos distintos ángulos un mismo objeto; Scioloja<sup>11</sup> enseña que "... No se puede hablar entonces de una causa y motivo como dos elementos distintos o, en otras palabras, no se puede decir que el acto administrativo tenga dos causas".

Así pues los elementos a estudiar en esta parte serán: 1.—**Sujeto Competente**; 2.—**Manifestación de Voluntad**; 3.—**Objeto**; 4.—**Forma**; 5.—**Motivo o Causa**; 6.—**Fin** y 7.—**Mérito**.

Vista la conjunción de elementos afirma Bonnard<sup>12</sup> "Todo acto comporta un motivo, un objeto, una finalidad y una manifestación de voluntad. El motivo es el antecedente (hecho, situación, acto), que precede al acto y lo provoca. El objeto es el efecto producido inmediata y directamente por el acto. El fin es el resultado que produce el efecto del acto. Así, vistos esos tres elementos, una manifestación de voluntad interviene para querer el objeto del acto en consideración del motivo y de la finalidad es decir, para querer que un cierto efecto sea producido en razón de ciertos antecedentes que existen y en vista de lo que resultará finalmente el efecto producido".

#### 1.—SUJETO COMPETENTE:

Nos adherimos a D'Alessio<sup>13</sup> cuando describe el sujeto administrativo como un ente compuesto de dos elementos, el objetivo que corresponde a la suma de funciones que forman su competencia y el subjetivo que es la persona física con aptitud legal para obrar. O sea, un órgano establecido como institución

---

11 Citado por Diez, op. cit., Pág. 165.

12 Citado por Serra Rojas. Op. cit., Pág. 381.

13 Citado por Diez. Op. cit., Pág. 241.

lo es el director de Tránsito del Distrito Federal, en tanto que la persona física que ocupa ese cargo puede ser Juan o Pedro; ambos entes a la vez deben tener capacidad jurídica de obrar.

El elemento subjetivo deberá tener la capacidad legal que no pertenece ya al Derecho Administrativo sino al Derecho en general. La noción de capacidad y la de personalidad son concomitantes, son aquellas cualidades jurídicas que dan capacidad a un sujeto para ser titular y entrar en relaciones jurídicas, cualidades que sólo puede otorgar el ordenamiento jurídico.

A pesar de que la capacidad en Derecho se presupone en todas las personas, no todas tienen, a pesar de ser capaces de derechos, la capacidad mental o física para ejercer los derechos que a ellas pertenecen, la capacidad jurídica que comentamos supone que el funcionario esté capacitado física y jurídicamente para ejercer Derecho.

El órgano público decide a través de sus representantes que son personas físicas, pero esto no quiere decir que el órgano como ente jurídico sea incapaz por carecer de una facultad síquica de querer, jurídicamente la voluntad de los representantes, cuando es expresada, no se refiere a la voluntad propia sino a la personalidad jurídica del órgano. En este sentido, la capacidad de ejercicio de los entes públicos sólo se ve limitada cuando la ley ordena que deben integrarse las voluntades de varios de ellos.

El Estado como ente jurídico está dotado de personalidad jurídica, tiene capacidad plena y al igual que los sujetos de Derecho Privado posee derechos y obligaciones.

Cuando el Estado actúa no lo hace con todo su complejo organismo sino únicamente en un aspecto específico, así actuará frente a los demás Estados, en una relación de Derecho Público, frente a los particulares lo hará, como ente público o particular e incluso, puede relacionarse consigo mismo en su actividad interna.

Todo órgano es el Estado mismo que obra dentro de aquel sector prefijado que limita las facultades del funcionario y del órgano que a través de él se expresa. Ese sector que constitu-

ye la demarcación dada a los órganos públicos para ejercer sus poderes es la competencia o elemento objetivo del sujeto público según D'Alessio.

Competencia es el conjunto de facultades de que es titular un órgano de la administración para realizar sus funciones y para conocer de determinados negocios. En el ejemplo dado con anterioridad, el Director de Tránsito del D. F., ente jurídico, no puede avocarse a investigar el estado higiénico de un camión repartidor de leche para otorgar o negarle la expedición de sus placas, esto es así porque la higiene no entra en la esfera de su competencia.

Los conceptos de capacidad y competencia no se substituyen, por el contrario, la competencia del órgano supone la capacidad del funcionario y se superpone a la misma.

Como hemos visto, el Estado es plenamente capaz pero esta capacidad se ve complementada con la competencia de cada uno de sus órganos, que en representación del Estado todo actuarán en ramas especiales, resultando de ello que el Estado no puede intervenir en aquella actividad sino a través del órgano designado competente para la misma; ningún otro órgano podrá realizar esa actividad ni tampoco ésta podrá ejercerse más allá del límite que fija la ley al órgano competente. La complejidad de funciones del Estado hace indispensable esta aplicación de los principios de división del trabajo.

La competencia estará siempre fijada por una norma de Derecho Objetivo y sus características administrativas son:

1.—Es inderogable en virtud de que el ejercicio del poder público presupone siempre un interés colectivo a satisfacer que priva sobre el interés privado.

2.—También es irrenunciable, y por ello no puede ser objeto de pactos que comprometan su ejercicio. En Derecho Privado los particulares pueden comprometerse, por medio de contratos, a ejercer su capacidad jurídica en un determinado sentido, a restringirla o a no ejercerla y ello es perfectamente lícito. Tratándose de la competencia de Derecho Público no puede hacerse nada semejante, un funcionario no puede comprometerse

jurídicamente a ejercer o no ejercer su competencia cuando ese compromiso pueda entorpecer el normal desenvolvimiento de un servicio público; la competencia no es un bien que esté dentro del comercio, corresponde al órgano y no al titular de la función y éste tiene la obligación de ejercerla en todos los casos que lo requiera el interés público.

3.—Es obligatoria, el funcionario tiene el deber de ejercer su competencia siempre que lo exijan las necesidades colectivas, no se halla en libertad de ejercer o no su competencia. Los particulares, en cambio, voluntariamente deciden el ejercicio de su capacidad sin más guías que su conciencia o su capricho. La capacidad se da en interés de la persona en tanto que la competencia tiende a satisfacer el bien común, por esto es que, aún cuando la competencia se ejerza en forma discrecional, debe tenderse a ese fin.

4.—La competencia se encuentra fragmentada generalmente y esto se relaciona con el principio de Derecho Privado en que la capacidad de los sujetos es la regla y la incapacidad es la excepción, y que aquí, a contrario sensu, mientras no se sepa qué órgano ha sido designado por la ley para el desarrollo de una actividad, todos serán incompetentes. Es raro que en los actos administrativos importantes actúe uno solo de los agentes públicos, generalmente se requiere la colaboración de varios de ellos que recíproca y mutuamente se controlan, evitando que el interés particular de algún titular de los mismos, motiven actuaciones perjudiciales a los derechos particulares, esto garantiza un mejor funcionamiento de la administración.

5.—Es, por último, improrrogable, la competencia es constitutiva del órgano que la ejercita y no un derecho del titular del propio órgano. El titular no puede delegarla ni disponer de ella, sino que debe limitarse a su ejercicio conforme al interés público y en los términos establecidos por la ley. Este principio de improrrogabilidad de la competencia sufre sin embargo dos excepciones que se justifican a sí mismas porque la ley las ordena.

De enorme importancia nos resulta el tratar el elemento sujeto, investido de capacidad y competencia, en virtud de que nuestro estudio tenderá a limitar el Poder Discrecional destru-

yendo los actos en que éste se encuentra empleado en forma indebida; más fácil resulta la labor si el acto no emana de una persona jurídica pública, por medio de un órgano competente, ya que no habrá acto administrativo. Es la generalidad que las personas jurídicas privadas y los particulares no puedan realizar actos administrativos.

Una vez explicada someramente la conjunción de caracteres que le son inherentes a la competencia, abordaremos los principales temas que en derredor de ella se han planteado: sus divisiones, las excepciones a su improrrogabilidad y la incompetencia que da origen a los funcionarios de hecho.

Aunque el concepto de competencia es unívoco se le puede apreciar, más que dividir, desde tres puntos de vista: objetivo o por materia, funcional y territorial.

La competencia en razón de la materia se determina por el conjunto de funciones que el Derecho fija a cada órgano para el cumplimiento de determinados fines. Las funciones específicas dadas a cada órgano forman el contenido de la competencia por materia. En nuestro medio la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado fija en forma enunciativa y general la competencia de las distintas dependencias del Poder Ejecutivo.

Funcionalmente la competencia tiene relación con la jerarquía administrativa, la gradación existente entre los diversos entes públicos va formando una pirámide jurídica, en cuyo vértice, se encuentra el órgano superior de cada una de las ramas de la administración. De aquí resulta que los órganos situados en planos inferiores no pueden ocuparse de funciones encargadas a los superiores y éstos, tampoco deben hacerlo de las encomendadas a los subordinados. El escalonamiento implica que el inferior se encuentre supeditado a la dirección y vigilancia del superior, como puede verse con claridad en los reglamentos interiores de cada una de las secretarías de Estado, que especifican y concretan las labores entre las oficinas de cada uno de ellas.

La competencia territorial se origina en la necesidad de hacer expedita y funcional la administración, dividiendo su actividad entre órganos que estén situados en distintas zonas geo-

gráficas, aunque el criterio territorial de competencia se fija, en forma externa por los límites físicos, varía según la materia a la cual esté avocado el ente público, así por ejemplo, la distribución fiscal del territorio que corresponde a cada una de las oficinas federales de Hacienda y la repartición sanitaria que se haga de las clínicas regionales de Salubridad.

Hemos visto que uno de los caracteres de la competencia es su improrrogabilidad, sin embargo a esta regla le encontramos como excepciones dos instituciones jurídicas que son la avocación y la delegación administrativas, ambas a más de su excepcionalidad se inspiran en el mejor cumplimiento de los fines públicos, pero como todo acto administrativo, no pueden darse si no es por texto legal expreso.

La avocación es el instituto que encontramos con mayor frecuencia, en virtud de él, el superior jerárquico asume funciones que normalmente corresponden al inferior sin que éste pueda recurrir la decisión dada por aquél; es decir, por medio de la institución el superior se avoca la competencia en detrimento de la que tiene el órgano inferior. La avocación no tendrá cabida cuando la competencia del órgano inferior le había sido otorgada en razón de su específica idoneidad para el desarrollo de esas funciones, la dificultad en este caso estriba en saber si esa competencia se dio efectivamente por la idoneidad del órgano, ya que, para ello, se tiene que desentrañar el sentido de la ley e interpretar la voluntad del legislador. Resulta legítima la avocación cuando se pretenda usarla para casos en los cuales el inferior que conozca, lo esté haciendo por una competencia conferida precedentemente por el superior, dicho de otro modo, por una delegación anterior del superior que más tarde retorna al conocimiento del negocio. Igualmente se considera lícita, cuando las omisiones de actuación del órgano inferior pueden ocasionar daños irreparables. Ejemplificando esta institución, resulta ilustrativa la tarea que lleva a cabo la Secretaría de Comunicaciones y Transportes a través de su Dirección de Tránsito y Policía Federal de Caminos; de ésta, dependen la Oficina de Inspección de Tránsito Federal y la Policía Federal de Caminos, la primera, tiene como función cuidar la observancia de las leyes federales de tránsito y cuenta con inspectores autorizados para

sancionar las contravenciones a la ley; sin embargo, actos similares realiza la Policía de Caminos, cuya función de vigilancia vendría a ser auxiliar de la inspección federal; por lo mismo, cuando un inspector federal multa a un transportista por falta de luces, se estará avocando en una función que normalmente corresponde a la policía en su carácter de auxiliar delegado. Así, un inspector puede realizar actos propios de un policía, pero éste no puede llevar a cabo fases de la inspección que sólo corresponden al primero como lo son los peritajes técnico-mecánicos de vehículos.

La delegación es exactamente lo contrario de la avocación, o sea, un aumento de la competencia del órgano inferior en virtud de la transferencia de facultades que le hace un superior. Tiene su fundamento en el principio de hacer más fácil el cumplimiento de la función, pero sin implicar que salga de los cauces que la ley misma le fija. Habrá ocasiones en que el órgano crea conveniente el fin buscado, ya sea por razón de la especialidad técnica o simplemente celeridad, hacer desarrollar a un órgano inferior parte de sus funciones. En estos casos la ley sólo permite que se delegue competencia no esencial, sino de carácter preparatorio que no excluya la posibilidad de un nuevo examen; por lo mismo, la competencia del superior no se agota, como éste es el que en último caso va a resolver, puede suceder que cambie la decisión ofrecida por el órgano delegado inferior. Este tipo de delegación es la que se encomienda a los cuerpos jurídicos consultivos de las dependencias gubernamentales.

El último de los temas que trataremos con respecto al sujeto competente como primero de los elementos que reconocemos a los actos administrativos, es el de la incompetencia del mismo sujeto.

La incompetencia podemos considerarla de tres tipos:

a).—Relativa; b).—Absoluta y c).—De origen.

A).—La relativa la encontramos cuando un órgano invade la esfera jurídica de otro, ya sea que éste último pertenezca a la misma rama administrativa en la que está el invasor, o en otra distinta; o bien que el ente invadido tenga un grado jerárquico

distinto; o puede darse el caso de que la rama administrativa y también la gradación coincidan pero que se irrumpa en una circunscripción territorial diferente. Suele darse el caso de que dos distintas oficinas de recaudación pretendan tener competencia sobre un causante limítrofe entre ellas.

B).—Incompetencia absoluta se da cuando se viola el principio de la división de poderes y un órgano se avoca al conocimiento de un negocio perteneciente a un poder distinto a aquel a que pertenece.

C).—La incompetencia de origen es aquella que desde su nacimiento es anómala, es decir, es una no competencia ejercida unas veces con una investidura plausible y otras sin ésta. Su diferencia con las incompetencias relativa y absoluta se encuentra en que aquéllas contemplan un funcionario legítimo obrando fuera de su esfera jurídica, y ésta, mira actuar a un funcionario espúreo que va, de los llamados "funcionarios de hecho" a quienes se les reconoce en determinadas circunstancias sus actos, a los simples usurpadores.

El problema de los funcionarios de hecho es un problema de seguridad jurídica, ya que sería contrario a la lógica exigir que los particulares, como acto previo a sus relaciones jurídicas con quienes aparentan ser funcionarios, pidan la demostración de que efectivamente se está legítimamente investido para el desempeño del cargo.

La doctrina está acorde en señalar como innatas a los funcionarios de hecho las siguientes condiciones:

1.—El cargo o función que se ocupe debe haber sido creado por el ordenamiento jurídico, o por lo menos reconocido por éste.

2.—Debe estar efectivamente en posesión del cargo o función.

3.—Debe detentarlo bajo apariencia de legitimidad, de título o autoridad.

Para Jeze<sup>14</sup> funcionario de hecho es aquel que, en ciertas

---

14 Citado por Diez, Op. cit., Pág. 144.

condiciones de hecho, ocupa una función, ejerce la competencia, realiza actos con una investidura regular. Para ser considerado funcionario de hecho es necesario que ejerza la función en virtud de una investidura plausible.

Para que puedan causar efectos los actos emanados de una autoridad de hecho, se tomarán en cuenta, si se trata de una época de normalidad, el que el funcionario tenga la apariencia de ser un ente público regular y que la opinión pública así lo juzgue. En épocas anormales se tomará en cuenta para dar validez a tales actos, el desempeño pacífico, normal y dotado de aparente legalidad.

Opina Lancis<sup>15</sup> "Todo acto administrativo, requiere la intervención de un agente público, como persona encargada de su creación, ya que es fundamental que, si no se encuentra una persona investida de poder público, el acto, independientemente de sus demás caracteres no podrá ser considerado como tal, pues los de los particulares no pueden nunca llegar a merecer esta consideración. Su característica, sin embargo, está en la investidura del Poder Público y en el ejercicio de ese poder. Para la eficacia de un acto administrativo, basta, generalmente, con uno de esos dos elementos, aunque no se trate de un funcionario de derecho, ni del legítimo ejercicio de sus facultades, porque el funcionario de hecho puede realizar, también, cuando el interés general de la sociedad política lo requiere, actos de plena eficacia jurídica".

Mientras que el funcionario de hecho ejerce con un nombramiento viciado o careciendo de nombramiento pero con una investidura plausible, el usurpador es aquel que ejerce sin ninguna investidura; los actos que de él emanen, no tendrán validez ya que no tienen apariencia de normalidad para que el público lo considere legítimo, por el contrario, es manifiesta su ilegalidad.

Hemos hablado de investidura plausible como dato para distinguir entre funcionario de hecho y usurpador; para dar clari-

---

15 Citado por Serra Rojas. Op. cit., Pág. 381.

dad al término recurrimos a Jeze<sup>16</sup> quien nos dice: "Hay funcionario de hecho si la investidura es plausible, usurpador de funciones si la investidura no es plausible".

"Para que la investidura sea plausible, es preciso que la función sea ocupada pública y pacíficamente. Si pues, ella está ya ocupada pacíficamente por otro individuo que es o que pasa por ser el funcionario de derecho, el público está necesariamente advertido de que la regularidad de la investidura invocada por el nuevo ocupante, en contra de la situación pacífica existente es dudosa. El que sin título regular asume una función ya ocupada pacíficamente es un usurpador".

En nuestro derecho el problema se enuncia desde el artículo 16 constitucional cuando habla de mandamiento escrito de autoridad "competente" como requisito fundamental para afectar la persona o bienes de un individuo. Sancionando la contravención a ese precepto, el Código Penal para el Distrito y Territorios expresa en su artículo 250: "Se sancionará con prisión de un mes a tres años y multa de diez a mil pesos: I.—Al que, sin ser funcionario público, se atribuya ese carácter y ejerza alguna de las funciones de tal".

La Ley de Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, estima delitos oficiales:

I.—Aceptar un cargo público y tomar posesión de él sin reunir los requisitos establecidos por la Constitución o las leyes respectivas;

II.—Ejercer las funciones de un empleo, cargo o comisión sin haber tomado posesión de él o sin llenar los requisitos legales de ese;

III.—Ejercer las funciones de un empleo, cargo o comisión después de saber que se ha declarado insubsistente su nombramiento por tiempo limitado, después de haber expirado el término de su ejercicio.

Por último haremos mención a aquellos casos en que el fun-

---

16 Citado por Fraga. Op. cit., Pág. 297.

cionario tiene incapacidad en su voluntad natural por fallas propias de su ser biológico. Mientras el funcionario insano ejerza su función de acuerdo al Derecho Administrativo, su estado de salud corresponderá al Derecho Civil, cosa distinta sucede si esa incapacidad le lleva a violar alguna norma administrativa, porque en este caso, la falta de voluntad en el órgano acarreará nulidad del acto.

Ranelletti<sup>17</sup> piensa que “ninguna influencia puede tener sobre la validez del acto administrativo la incapacidad legal del funcionario, porque esa incapacidad no tiene como base la falta efectiva o la disminución de la capacidad de querer. Si la ley permite que una persona en esas condiciones asuma válidamente una función, la ejerza, esa persona puede manifestar de manera válida la voluntad del órgano”.

## 2.—MANIFESTACION DE VOLUNTAD:

El segundo elemento a estudio en el acto administrativo es la voluntad manifestada legalmente, es decir expresada con libertad y sin estar viciada.

Trentin<sup>18</sup> nos dice que el proceso volitivo del órgano administrativo se forma con la determinación, la declaración y la ejecución. En el primer momento queda cerrado el proceso psicológico de la voluntad, ya que el individuo enlaza mentalmente las necesidades a satisfacer con los medios adecuados para realizarlas; sin embargo, es necesario exteriorizar para los demás la determinación interior que se ha tomado y ello es causa del segundo momento o declaración que exterioriza lo ya nacido en la voluntad y hace nacer para el mundo exterior, una determinación hasta entonces oculta e irrelevante. Aún así la necesidad colectiva no se realiza con el hecho de declarar la determinación de satisfacerla, se necesita del tercer momento que es la ejecución misma.

Cuando la voluntad que se va a expresar es la de un órgano colegiado, las leyes o reglamentos expresarán en cada caso

---

17 Citado por Diez. Op. cit., Pág. 142.

18 Citado por Diez. Op. cit., Pág. 147.

en qué condiciones existe el quórum necesario y el número de votos indispensables para formar la voluntad del agente.

La voluntad generadora, como ya dijimos, no debe estar viciada por error, dolo o violencia.

Nos hemos movido en el supuesto de que la Administración exprese su voluntad, pero se dan ocasiones en que no existe ninguna expresión, se presume que la hay, es éste el caso del silencio de la Administración.

El silencio es siempre incierto y ambiguo, pero no se concibe en su literal sentido de inercia ya que éste silencio posee un significado, es una actitud, sólo que con ella se tiende a no declarar la voluntad. No es un acto negativo ya que ésto implicaría una declaración de voluntad en ese sentido, es más bien un no acto.

Para precisar en qué casos puede producir efectos jurídicos el silencio, se observan dos hipótesis: cuando la autoridad está facultada a discreción para actuar o no actuar y cuando el ejercicio de su función está reglado y constituye una obligación. En el primer caso la abstención constituye el ejercicio de la facultad concedida en la ley para no actuar, es un no acto sin relevancia jurídica; en tanto que en la segunda hipótesis, puede interpretarse como un no ejercicio de la función que repercute como falta al cumplimiento de una obligación jurídica.

Para evitar que a consecuencia del silencio administrativo los particulares sufran mengua en sus intereses, se piensa que existen dos formas de atribuir consecuencias jurídicas a la falta de declaración; una será de orden lógico y está formada por consecuencias de hecho que pueden ser anteriores o concomitantes al comportamiento inactivo del agente y en mérito a las cuales adquirirá relevancia el mismo. En segundo término encontramos circunstancias derivadas del Derecho; y por las cuales el silencio indicará la existencia de un acto volitivo. Es frecuente, por su conveniencia, el que la ley establezca expresamente la presunción de que el silencio de la Administración durante un período de tiempo se entiende como que hay una resolución razonable, ya que si se supusiera que después de ese tiempo la re-

solución era favorable, los particulares se substituirían a la Administración subordinando los intereses públicos a los propios y, si por el contrario, se dijese que la resolución se considera negativa, serían los tribunales los que al aceptar ello, se substituirían al administrador violando la división de poderes.

Nuestro sistema legal concede a los particulares la garantía del artículo 8 constitucional, por el cual la autoridad está obligada a acordar toda petición formulada de manera pacífica y respetuosa; en caso de violación a esta garantía el particular puede recurrir al amparo logrando sólo que se acuerde su petición, pero con la probabilidad que ésto se haga sin expresar positividad o negación respecto de la misma.

En forma excepcional pero atinada, el Código Fiscal de la Federación se ha apartado de este sistema y abrazando la corriente moderna, sin perjuicio de poder ejercitar el juicio de amparo, dispone en su artículo 162: "El silencio de las autoridades fiscales se considerará como resolución negativa cuando no den respuesta a la instancia del particular en el término que la ley fija, o a falta de términos estipulados, en noventa días".

En la misma forma que el Código Fiscal, otras leyes como la de Instituciones de Crédito y el Código Agrario poseen disposiciones semejantes.

Estas presunciones legales pueden o no corresponder a la intención del órgano que ha guardado silencio e incluso contrariar tales intenciones, pero aún así, es la interpretación obligatoria que les atribuye una norma objetiva.

### 3.—EL OBJETO:

Es la relación jurídica que crea el contenido del acto, de manera tal que objeto y contenido aparecen identificados. Objeto es la cosa sobre la que se va a disponer o el condicionamiento jurídico que se da a un individuo, es todo aquello que puede ser objeto de relaciones de Derecho Público. En cambio el contenido consiste en aquello que la Administración entiende disponer, es decir la declaración, reconocimiento, modificación o extinción de una situación jurídica. En el acto administrativo que manifieste: "A partir de esta fecha queda prohibido hacer

convenios fiscales", el acto de prohibir resulta el contenido en tanto que el objeto serán los convenios fiscales.

El objeto del acto administrativo debe ser determinado o determinable; posible de estar en el comercio, a ésto se dice que hay imposibilidad de dos tipos: la física es cuando el objeto no puede darse en el reino de la naturaleza y la jurídica cuando la cosa o el acto es prohibido por la ley; el objeto debe ser además lícito y en ésto debe suponerse no sólo que no está prohibido, sino que la ley expresamente lo autoriza. En los casos de competencia reglada no existe problema ya que el objeto lo determinará la norma, pero en casos en que la ley otorgue discrecionalidad a la autoridad para elegir y determinar el objeto del acto, deberá encuadrarse en los siguientes caracteres: a).—que no contrarie ni perturbe el servicio público; b).—que se ajuste a la ley; c).—que no sea incongruente con la función administrativa.

Al contenido de los actos administrativos se le distinguen tres partes: el contenido natural o necesario, contenido implícito y contenido eventual.

Contenido natural es aquel que individualiza a un acto frente a otros, por ser indispensable necesita estar expresamente establecido para producir efectos.

Contenido implícito es el que forma parte del acto aunque no se establezca expresamente, en virtud de la prescripción legal, de que algunos actos deben tener determinadas cláusulas indicadas por élla.

Lo eventual del contenido es la parte que el agente puede introducir en adición del contenido necesario para lograr un efecto específico. Sólo podrá modificarse el contenido implícito.

La sola existencia del contenido natural hace idóneo el acto para producir efectos. Junto con el contenido implícito, el natural forma el contenido normal del acto, que puede sufrir modificaciones con el contenido eventual cuando éste llega a darse. Es en el contenido eventual donde llegamos a encontrar las cláusulas accesorias como el plazo, la condición y el modo.

#### 4.—LA FORMA:

Está integrada por los elementos externos que la ley señala como requisito para que se materialice la expresión de la voluntad.

La declaración de voluntad de los órganos de la Administración debe tener una forma exterior que puede o no ser formal, será formal cuando la ley la impone como elemento esencial del acto y sanciona a éste con inexistencia en caso de faltarle élla.

Sin embargo, el Derecho Público requiere siempre de formalidades ya que su carácter es esencialmente formal, como bien lo expresa Jeze al referirse al problema <sup>10</sup> "En Derecho Público, al contrario de lo que pasa en Derecho Privado, las formas son garantías automáticas imaginadas por las leyes o reglamentos para asegurar el buen funcionamiento de los servicios públicos, impidiendo las decisiones irreflexivas, precipitadas, insuficientemente estudiadas".

Las formas se dividen en: solemnes, que forman esencia del acto y que sirven de protección a los terceros; substanciales, que requieren los caracteres necesarios para hacer válido el acto y, de prueba, para hacer fehaciente la existencia del acto o bien para lograr con élla su autorización.

En México la forma ha sido elevada al rango de garantía individual cuando afecta los intereses particulares; el artículo 16 Constitucional habla de que es necesario mandamiento escrito que funde y motive la causa legal del procedimiento; significa lo anterior que cuando se afecten dichos intereses, no sólo se requiere forma, sino que ésta deberá ser expresa, escrita y solemne y que se deberá mencionar el origen del derecho con que se actúa.

#### 5.—MOTIVO O CAUSA:

Como ya expresamos anteriormente, autores como Diez y Vitta, ven en el motivo o causa aquella parte que precede al ele-

---

19 Citado por Fraga. Op. cit., Pág. 185.

mento manifestación de voluntad e incluso Diez<sup>20</sup> la divide en jurídica y natural, significándola como fin inmediato y fin remoto respectivamente, de hecho, lo que se está enunciando es el objeto y el fin del acto y no existirá entonces causa.

D'Alessio y Presutti<sup>21</sup> consideran este elemento como el fin último al que tiende el acto y caen en el mismo error que Diez, confundir la causa con el fin; consideran el motivo como indispensable por identificarlo con el interés público pero sin que tenga autonomía fuera de la voluntad.

Hacemos nuestro el pensamiento de Recaredo Fernández de Velásco<sup>22</sup> porque a nuestro modo de ver, es él quien expresa con mayor precisión la configuración de nuestro elemento a estudio.

Indica Fernández de Velásco que tres ideas distintas se pueden expresar con la palabra causa: una, la causa psicológica, de libre apreciación que origina el acto; otra, la jurídica gracias a la cual se precisa el acto; y la última referida a la necesidad que se quiere satisfacer con el mismo. La primera es el motivo, la segunda es la causa y la última es el fin.

Motivo es la razón psicológica, explícita o no pero presunta, que induce a adoptar una resolución. Por ser el motivo el resultado de una libre apreciación, lo encontramos cuando el agente obra por sí, sin ley que lo obligue a admitir el acto en tiempo, forma y extensión determinada ni mandato superior a que deba acomodarse, ni requerimiento de tercero. Posee una facultad cuyo ejercicio sólo depende de él. Luego entonces se desprende que el motivo es dado cuando estamos frente al Poder Discrecional.

El motivo ha de estar dentro de la competencia del funcionario y ser congruente con élla.

Causa es la condición jurídica que determina el ejercicio obligatorio de una facultad administrativa o la emisión de un acto. La causa es extraña a la voluntad del agente, es exterior e impuesta. Podrá ser causa del acto la orden del superior, el mandato jurisdiccional, la disposición legal, etc. En el ejercicio de la

---

20 Op. cit., Pág. 165.

21 Citados por Diez. Op. cit., Pág. 164.

22 Op. cit., Pág. 186.

actividad reglada la Administración está siempre dentro de la causa cuando la regulación es absoluta y total, o sea que afecta al tiempo, contenido y forma del acto. Si falta algún elemento, la causa se suple por el motivo. Así habrá actos con motivo y sin causa, con causa y sin motivo y con motivo y con causa.

El fin del acto es la necesidad de cualquier orden, jurídico, económico, intelectual que se pretende. Nosotros estudiamos más adelante al fin como elemento propio.

De esta manera, aquello que provoca y funda la realización de los actos se llamará causa cuando sea extraña a la voluntad del individuo y motivo cuando de él dependa.

En ordenamientos jurídicos como el argentino, por ejemplo, no existe la obligación de los funcionarios de motivar siempre sus actos, pero en Derecho Mexicano existe obligación constitucional de hacerlo y nuevamente es el artículo 16 de la Constitución quien nos habla de fundar y motivar la causa del procedimiento. El antecedente se halla en el Derecho Privado y más exactamente en los considerandos de las sentencias, en donde el juez expresa las razones que, resultando de los hechos, le dieron el convencimiento pleno para juzgar.

De esa manera, no sólo hay una base para la propia convicción sino también para la fiscalización social de esas razones, en protección de los particulares.

Se piensa que en México fue el desarrollo jurisprudencial quien extendió la garantía del artículo 16, de una exigencia a las autoridades ejecutoras, a requisito inalterable por las autoridades ordenadoras. Es esta misma solución la que se trata hoy de darle para que, igualmente, en vez de exigir que el motivo se mencione formalmente, requerir como esencia que ese motivo exista realmente y sea suficiente para provocar el acto.

## 6.—EL FIN:

Es el móvil ulterior, la aplicación o cumplimiento efectivo de lo que se ha querido cuando se creó el objeto inmediato del acto. Es la necesidad remota a satisfacer. Cuando la Dirección de Gobernación del Distrito Federal ordena la clausura de casas

de asignación tiene por objeto inmediato evitar desórdenes, pero tendrá como fin remoto elevar la moralidad y las costumbres de los ciudadanos.

Jeze<sup>23</sup> nos da algunas reglas referentes al fin:

a).—El agente no puede perseguir sino un fin de interés general.

b).—El agente público no debe perseguir una finalidad en oposición con la ley.

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

d).—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 al efecto.

#### 7.—EL MERITO:

Enseña Diez<sup>24</sup> que “Por mérito del acto se entiende la conveniencia y utilidad del mismo, su adaptación a la obtención de los fines genéricos y específicos que con la emanación del acto se pretende obtener”.

La Administración no puede obrar según su gusto, como sucede con los particulares, sino con un criterio de conveniencia de acuerdo a los fines sociales. La inoportunidad de un acto en relación al bien público rompe el principio de la legalidad.

El vicio de mérito es un vicio de oportunidad del acto administrativo, no de sus elementos jurídicos esenciales.

El mérito es difícil de ser controlado, ya que está ligado a circunstancias apreciables solamente por el órgano que subjetivamente las adapta a la función que realiza y, al fiscalizarlas un órgano jurisdiccional se substituiría en la función administrativa.

El mérito exterioriza el principio de la oportunidad, es su

---

23 Citado por Fraga. Op. cit., Pág. 184.

24 Diez, op. cit., Pág. 190.

manifestación; la oportunidad debe entenderse como una regla de proporción entre el contenido del acto y el resultado que se quiere obtener, no sólo debe entenderse la oportunidad como el momento más útil para realizar el acto, sino también como el más eficaz para obtener los fines generales de la administración.

La voluntad humana en su recorrido del mundo de las ideas al de la realidad, conoce dos estadios: la autodeterminación del objeto que se quiere obtener y el de la elección de los medios para obtener lo previsto. El principio de la oportunidad se da en este segundo momento.

El mérito podría decirse está dividido, una parte se deja a la iniciativa, porción que no debe ejercerse arbitrariamente y la parte que deberá guiarse por las normas de la buena administración y la equidad.

Las normas de buena administración son aquellas que deben ser utilizadas para lograr el mayor bien público con el menor sacrificio privado. Ejemplo de ellas las tenemos en las que afirman: a).—El interés público debe ser valorado en relación al interés privado, no debe invadirse la esfera de intereses privados. b).—Debe realizarse un análisis económico financiero del procedimiento para determinar lo que va a costar y lo que va a producirse. c).—El buen administrador deberá tomar en consideración las prácticas administrativas.

Sin embargo, se ha dicho que el vicio de mérito no alude al principio de oportunidad regido por normas de buena administración, sino más bien a un defecto de equidad.

La equidad alude a la justicia del acto y si la equidad es considerada por el legislador como fuente del Derecho en general o para el administrativo en especial, el acto deberá ser necesariamente equitativo.

En México, la equidad la encontramos únicamente en Derecho del Trabajo, específicamente en el artículo 16 de la Ley Federal del Trabajo que expresa:

“Los casos no previstos en la presente Ley o sus reglamentos, se resolverán de acuerdo con la costumbre o el uso y, en su

defecto, por los principios que se derivan de esta Ley, por los del Derecho común en cuanto no la contrarían y por la equidad”.

Lo anterior indica que la equidad se limita a ser fuente directa de Derecho Laboral y desde luego fuente indirecta de todo el Derecho, entendiéndose con ello que sin ser norma jurídica contribuye a la creación e interpretación de ellas.

En este sentido un acto perfecto en cuanto al mérito lo será cuando su contenido sea oportuno y equitativo.

## **CAPITULO II**

### **EL PODER DISCRECIONAL**

**I.—El Poder. II.—Orígenes. III.—Poder y Administración. IV.—Administración y Legalidad. V.—El Poder Discrecional. VI.—Arbitrio Administrativo. VII.—Discrecionalidad Técnica y Administrativa. VIII.—Justificación Discrecional. IX.—El Acto Administrativo, sus Elementos y el Poder Discrecional. X.—Actos Parcialmente Discrecionales y Reglados. XI.—Discreción y Límites. XII.—Discrecionalidad y Política.**

Una vez explicado el acto administrativo y hecho un somero detalle de sus elementos, nos ocuparemos del fenómeno jurídico que al aparecer en aquél, lo transforma y enviste de ciertos privilegios que lo hacen pasar por incontrolable, es decir, estudiaremos el Poder Discrecional; así pues veremos cuáles son sus orígenes, su fundamento legal, su naturaleza, su justificación, los elementos del acto en que suele radicar y sus propias limitaciones; sin embargo, antes de comenzar nuestra labor, es imprescindible dar un esbozo de la voz con la que se le define. En cuanto a la palabra Discrecional no hay controversia doctrinaria, ya que todos aceptan por igual que este adjetivo califica aquello "que se hace libre y prudencialmente"<sup>1</sup> y por lo que toca a la palabra Poder, hay autores que lo llaman potestad, aunque ambas palabras expresan una misma idea, creemos que semánticamente es más conveniente llamar Poder a esta manifestación.

## I.—EL PODER

Se considera que la palabra Poder tiene acepciones diversas, pero principalmente nos interesan dos de ellas:

- 1.—Como la potestad estatal suprema que ordena y ejecuta órdenes, como una entidad con imperio y jurisdicción.
- 2.—Como medio, como tenencia de facultades para realizar los fines públicos estatales.

Es a la primera de éstas a la que se refiere el artículo 49 Constitucional cuando expresa: "El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y

---

1 Diccionario de la Lengua Española, Editorial Sopena, Barcelona.

Judicial...” y, en este sentido, como conjunto de órganos dotados de facultades, nos es por hoy, indiferente la palabra poder.

La segunda acepción es la que guarda interés a nuestro estudio, por ser nuestra pretensión tratar el poder como “facultad de los órganos estatales para hacer legalmente una cosa y disponer de la fuerza para cumplirla”<sup>2</sup>.

Continuando esta idea puede afirmarse que la palabra poder, a solas, no tiene validez propia, sino que forzosamente tiende a relacionarse, no podemos decir “se puede” sino que se puede algo y este “algo” es lo que dará su cauce al poder.

El poder justifica su existencia por el cumplimiento de los fines legales que se le encomiendan, así, siempre que se tenga un fin legítimo que cumplir, habrá un poder para realizarlo.

Será legítimo el poder que ejerce el Estado cuando tenga por fin el bien común, y en la medida en que se aparte de éste, perderá legitimidad. Los órganos públicos investidos de poder deben ejercer éste sin contrariar la justicia, es decir, sus órdenes deben ser justas en cuanto a su substancia, porque de lo contrario carecerían de legitimidad. Antonio Carro Martínez<sup>3</sup> nos dice: “El procedimiento más sólido para organizarse un poder es el Derecho. El poder que no es jurídico en sus actuaciones es embrionario, está desorganizado y dura poco tiempo. Pero la tendencia natural del poder es su perpetuación. Por eso el poder no tiene más remedio que aliarse estrechamente con el Derecho, servirle de inteligencia y crear un orden de cosas que no se desvíe mucho del Derecho Natural. En ello estriba la organización y la misma vida del poder. El poder no puede crear un Derecho positivo muy diferente del Derecho Natural, porque automáticamente surgirían títulos legitimadores para la revolución contra el poder que ha osado desviarse del Derecho Natural”.

Esto hace comprensible el desarrollo que el Consejo de Estado Francés ha dado a la teoría de la desviación del poder.

---

<sup>2</sup> Serra Rojas Andrés. Op. cit., Pág. 202.

<sup>3</sup> Citado por Serra Rojas. Op. cit., Pág. 203.

Se ha dicho que existen dos tipos de poderes, el carente de imperium, o poder simple y el imperium o poder dominante. El poder simple tiene como carácter la posibilidad de dar órdenes a sus subordinados, pero no tiene la fuerza suficiente para hacer que estos últimos los cumplan, y, ejemplo de esto, lo son las asociaciones civiles, cuyos estatutos no pueden tener más sanción que la pérdida de derechos dentro de la propia agrupación y, en un plano diferente, toda la organización de la Iglesia Católica adolece de sanciones que no sean puramente morales en lo que respecta al incumplimiento de su rito y aún por el cambio de sus fieles al estado laico; o sea, que el poder disciplinario que puedan tener estas asociaciones, aún aquellas que en el mismo incluyan castigos, está condicionado al cumplimiento voluntario de tales penas por sus miembros, ya que las mismas no poseen la sanción del Estado.

Por el contrario el poder dominante usa de la fuerza para someter a su mandato, es irresistible; cualquier persona que pertenezca a una agrupación dotada de imperium, se verá coaccionada no sólo a cumplir sus órdenes, sino incluso a seguir perteneciendo a ella y el único camino disponible a tal individuo sería, tratándose de agrupaciones estatales, cambiar su resistencia a otro territorio, donde encontraría también un poder ineludible al cual tendría que someterse.

Cuando se plantea el problema de determinar lo que es el poder del Estado surgen en el mismo la totalidad de los problemas del Estado, lo que es el Estado en sí, veamos brevemente la noción de poder sin intentar profundizar en su estudio.

Las naciones como toda organización humana, necesitan del poder que regule y ordene su desarrollo, lo que nos indica que el poder es algo que se da en una comunidad como producto de ella, que la idea de poder es social; sin embargo, las comunidades primitivas también poseen un poder de hecho, que se distingue del auténtico poder estatal por la circunstancia de ser aquél una pura demostración de fuerza, en tanto que el poder estatal es una manifestación social, deriva de la vida social y es una expresión del derecho y no de la fuerza. Además de ser social el poder tiende a institucionalizarse jurídicamente alrededor

de una idea nacional que es en los Estados modernos la Constitución, con ella se quiere alcanzar igualdad y justicia para los hombres, de manera que actualmente es la organización democrática, en la que la propia sociedad participa, la más adecuada para utilizar el poder estatal.

Es conocida por todos la definición kelseniana de lo que es poder: "El poder del estado a que el pueblo se encuentra sujeto, no es otra cosa que la validez del orden jurídico de cuya unidad se deriva la del territorio y la del pueblo", en la misma se aprecia la importancia enorme que el mismo otorga al Derecho como conservador de la unidad y organización social.

El poder jurídico representa el poder coactivo del Derecho, la organización de la coercitividad, y esta nota, gracias a la cual el derecho tiene efectividad y se hace positivo, favorece también la diferencia entre el Derecho y la moral, la coercitividad del Derecho, la opción de usar su poder lo diferencia de la moral que no posee tal recurso para hacer cumplir sus mandatos.

Pero el orden jurídico al que sirve el poder debe ser un orden justo y sólo así se justifica, de lo contrario, al servicio de un orden positivo pero injusto el poder a su disposición se aparta de la categoría de poder social, jurídico y estatal, para adherirse a lo arbitrario.

En suma, hablar de poder es hablar de organización, el poder del Estado es el que se deriva de la organización de un pueblo, debido a ello el poder es esencial a la existencia misma del Estado, solamente la doctrina anarquista concibe la posible desaparición del poder del Estado, llegando a contradicciones insolubles que no nos corresponde estudiar y que llevarían a la desaparición de la organización social y de la sociedad misma, que en última instancia no es un simple grupo de hombres sino una comunidad dotada de organización que es poder.

El maestro alemán Herman Heller desarrolló la idea de que el poder es engendrado por varios factores, pero que por su parte, actúa unitariamente, y cuyos actos no pueden ser imputados exclusivamente a los órganos ni a la organización entrelazante en sí misma y ni siquiera a todos los partícipes. Ello hace refe-

rencia a una superioridad en el poder y desemboca, al igual que Jellineck, al concepto de soberanía, éste siempre afirmó que los intentos por precisar este último concepto nacían de la confusión entre el Poder del Estado y aquélla; sin embargo, omitió decir en qué estribaba dicha confusión.

Lo anterior nos obliga a hacer una mención sumaria de lo que es soberanía y sus diferencias con el poder del Estado:

La soberanía es la supremacía del poder nacional, pero no del gobernante, o sea que la soberanía no se refiere a la persona que ejercita el poder, sino al poder mismo, la soberanía pertenece a la nación, es supremacía estatal y posee una doble dimensión, ya que significa supremacía en el orden nacional e independencia en el plano internacional.

La soberanía es un concepto independiente del concepto poder, es sin embargo una característica de él.

Por constituir un concepto abstracto es difícil fijarle un contenido; hay que tomarlo en sentido relativo, relacionarlo directamente con el poder al que se le atribuye. Ejemplo: la Iglesia Católica tiene poder soberano para remover de sus puestos a sus prelados, para imponer sanciones, etcétera; pero dentro de los ámbitos de la liturgia únicamente. En ello, podemos observar que el término soberanía no es usado en forma exclusiva para definir al supremo poder del Estado, sino también para distinguir a poderes inferiores, por lo que podemos deducir que el término no es particular carácter del poder del Estado.

Soberanía y poder se desarrollan al mismo tiempo y entre más supremo es aquél más absoluta será ésta.

## II.—ORIGENES

Cuando nos encontramos en la necesidad de localizar el origen del poder debemos hacer la diferencia correspondiente, ya que no nos vamos a referir al poder de hecho que cualquier grupo de hombres puede tener, sino al origen del poder estatal supremo que deviene del orden jurídico; en tal situación, hemos de encontrarnos necesariamente con el concepto de soberanía, ya que ésta se desarrolló en forma contemporánea a aquél; en el

momento en que los estados comenzaron a distinguirse como soberanos es cuando propiamente gozan de un poder jurídico, la soberanía da tónica al poder, podemos afirmar que conforme el concepto soberanía fue adquiriendo sus rasgos esenciales el poder estatal adquiriría su fisonomía jurídica normal. La soberanía se formó en un principio esencialmente político pero con el tiempo adquirió su cauce normal como concepto jurídico.

A pesar de que fue Juan Bodino el primero en utilizar el término soberanía en su sentido actual al hacer mención de él en sus "Seis Libros de la República", se discute si en épocas anteriores se había ya tomado en cuenta tal atribución remontándose aquellos comentarios a la época de los griegos, en la que Marcel de la Bigne<sup>4</sup> afirma que fue elaborada la noción de soberanía, con ello se refería al concepto de autarquía, sobre cuyas bases se construyó la Polis griega con el propósito de hacerla autosuficiente en el aspecto material y humano del concepto; este pensamiento queda avalado por el tratadista mexicano Mario de la Cueva<sup>5</sup> cuando afirma: "parece que los griegos sí se ocuparon de algunos de los problemas fundamentales de la soberanía; por una parte Aristóteles, en diferentes pasajes de la política, sostiene que la polis debe ser independiente; en el capítulo quinto del libro tercero, puede leerse: "La única asociación que forma una ciudad es la que asegura a sus familias y a sus descendientes la felicidad de una vida perfectamente al abrigo de la necesidad e independiente". Según este párrafo, la polis es una organización autárquica pero independiente; o como dice el Estagirita, la polis es una asociación de familias para disfrutar de una vida completamente feliz e independiente. Un escritor francés que he citado frecuentemente, Marcel de la Bigne, asegura que en el concepto de autarquía va implícita cierta idea de la soberanía: si la autarquía significa bastarse a sí mismo, este dato implica la independencia, además, escribe el maestro francés, la polis griega pretende ser un poder absoluto, que invadía todas las esferas de acción de los hombres y que no admitía la concurrencia de otro poder".

---

4 Citado por Benjamín Trillo. Apuntes de la cátedra de Teoría General del Estado. México 1964.

5 Citado por Trillo. Op. cit., Pág. 50.

“Por otra parte, Aristóteles planteó una segunda cuestión, que es la titularidad del poder supremo: los filósofos e historiadores de la antigua Grecia, principiando por Herodoto, hicieron una clasificación de las formas de Estado; Aristóteles insistió en élla y legó las páginas que han servido de modelo desde su época hasta nuestros días; en la política, escribió que las formas de Estado se dividen en justas e injustas y que cada uno de estos dos grupos se subdivide en atención al número de personas en las que radica el poder de la polis; cuando todo el poder está en las manos de una persona, se dice que hay monarquía, cuando pertenece a varios, se habla de aristocracia y cuando se ejerce por toda la comunidad, se está en presencia de la democracia; en consecuencia, la clasificación de las formas de Estado tiene por fundamento la titularidad de la soberanía”.

Sin embargo, el mismo Marcel de la Bigne afirma que la soberanía adquirió fijeza en la edad media, es en élla donde tiene lugar la lucha de los pueblos y de sus reyes por adquirir su unidad e independencia frente a la idea de la cristiandad principalmente, que contemplaba al mundo occidental como una república universal cristiana, en la que se encontraban reunidos todos los hombres y los pueblos y regida por el poder divino, cuyos representantes eran los prelados eclesiásticos encabezados por el Papa.

La lucha con el poder de la iglesia, que relegaba a segundo término al poder imperial, puede decirse que tuvo tres grandes etapas: En el principio el poder eclesiástico es inmensamente superior al poder del monarca; más tarde el Imperio alcanza igual grado de poderío que el de la Iglesia; finalmente es el Estado el que se encuentra en condiciones de supraordinación frente a aquélla. Ya en este estadio la idea había tomado su ruta, pero no estaba completa, se había consumado la independencia del llamado poder temporal de los reyes sobre el poder eterno que constituía la Iglesia, pero resultaba apremiante la labor de unificar aquellos reinados ya independientes, y es aquí donde toma relieve la escisión entre el monarca y los señores feudales, en élla los feudos sufren la pérdida constante de facultades en favor de la unión hasta la unificación interna, que, junto con la independencia lograda con anterioridad, inició el estado moderno.

Como hemos dicho anteriormente, fue el abogado francés Juan Bodino el primero en utilizar el término soberanía, para él, dicho vocablo distinguía a la República. Bodino identifica la soberanía y la persona del Príncipe. Con él se ratifica la no intromisión de otro poder frente al monarca; la independencia y unidad suponían un poder que según Bodino era perpetuo y absoluto. La única limitación a tales facultades las constituían las costumbres y el Derecho Natural cuya procedencia era divina.

Juan Bodino no podía, como iniciador de la sistematización en el estudio de la soberanía, forjarse una idea de la gravedad que implicaba el no tener una limitación jurídica en el ejercicio de la soberanía; el dejar gobernar al príncipe con la sola limitación de interpretar a su arbitrio el Derecho Natural, dejó en completo estado de indefensión a los gobernados.

Las ideas de la soberanía y del poder evolucionan con el tiempo y en el año de 1651 aparece la obra "El Leviathán", cuyo autor, el inglés Tomás Hoobes,<sup>6</sup> tuvo siempre la convicción de que los Estados deberían tener un poder firme y suficientemente fuerte, a manera de que siempre estuviese asegurada su independencia; Hoobes se destacó como partidario del programa absolutista real inglés y es un notable representante de la teoría jurídica natural.

La obra de Hoobes se encuentra dividida en cuatro libros: 1).—Del Hombre; 2).—Del Estado; 3).—De un Estado Cristiano; 4).—Del Reino de las Tinieblas. En ellos extrovierte la idea de que los hombres realizan un pacto entre ellos; mismo en el que el príncipe no tiene ingerencia y por el que se comprometen a entregar todo su poder individual a este último para que disponga de él de la manera más conveniente, sin que por ello quede obligado con ellos para nada, motivo por el que nadie tampoco puede censurarlo ni criticar el uso del poder que se le concedió. La entrega de facultades se hará en forma absoluta y eterna; previendo que existen siempre minorías disidentes con la realización del pacto, o bien con conceder esa atribución a un monarca determinado, opina Hoobes que estos individuos, al mo-

---

6 Citado por Trillo Benjamín. Op. cit., Pág. 58.

mento de asistir a la coronación del monarca, o con el simple hecho de no oponerse a la misma, están conformes tácitamente con dicho nombramiento y con las atribuciones que con el mismo se conceden.

Para Juan Jacobo Rousseau,<sup>7</sup> el hombre era esencialmente bueno cuando moraba en un estado de naturaleza en el que no existía la propiedad privada, ni tampoco el poder del Estado, siempre se lamentó del momento en que el primer hombre delimitó una extensión de territorio y lo señaló como propiedad particular, ya que con ello, a su entender, el hombre pierde su libertad. Con el fin de garantizar nuevamente la libertad de acción que el hombre había perdido; sostiene la idea de que fue llevado a cabo un contrato social por el que se creaba una asociación que defendía con su fuerza común los intereses de todos sus asociados, y en la que cada uno pone todo su poder bajo la suprema voluntad general no siendo considerado como divisible del todo. De esta manera, el Estado resulta superior a los integrantes del contrato que lo crea, pero dicha superioridad sólo radica para Rousseau, en cuanto al poder que le es transmitido, ya que la soberanía radica para él en el pueblo únicamente, éste es el titular y su facultad no es transmisible, por ser, al igual que la libertad, inalienable; podrá restringirse pero no enajenarse, lo que sí es posible delegar en la persona estatal es el poder propio a sus funciones.

Como puede verse, entre las teorías del pacto social de Hoobes y la del contrato social de Rousseau existen ciertas similitudes pero una gran diferencia, que las lleva a conclusiones totalmente diversas: En la primera, el pueblo entrega irremisiblemente su soberanía al monarca sin tener siquiera el derecho de censurar su uso; en tanto que para Rousseau el pueblo no entrega al monarca su voluntad suprema, le otorga poder como elemento indispensable para el desarrollo de sus funciones, pero conserva para sí la atribución de quitárselo en un momento determinado.

Según Herman Heller, la soberanía<sup>8</sup> es una capacidad ju-

---

7 Citado por Trillo. Op. cit., Pág. 63.

8 Citado por Trillo. Op. cit., Pág. 70.

rídica y real de decidir de manera eficaz y definitiva cualquier problema que afecte la unidad interna del Estado, ya sea que provenga de un poder extraño o bien del mismo derecho positivo interno; además, implica la capacidad de imponer esa decisión a todo habitante de su territorio. Según su pensar es soberana aquella entidad que tiene poder sobre sí misma, la que es capaz de determinar sin consulta el uso que habrá de darse al poder de la organización.

Para él, el poder que tiene el estado es soberano; significando con ello que dentro de su territorio es poder exclusivo, supremo e irresistible; el Estado es el creador único de las normas, posee el monopolio del poder.

Para conservar la característica de poder soberano, tiene que ser, desde el punto de vista jurídico, el poder político supremo y desde el punto de vista poder, el poder político normalmente más fuerte.

En Jellinek<sup>9</sup> es interesante hacer mención a las dos directrices que observa en la soberanía del Estado moderno:

1.—Negativa, fue con la que nació y en un principio sólo ésta le fue reconocida, consiste en la imposibilidad jurídica de limitar su voluntad mediante un poder extraño.

2.—En su aspecto positivo, él opina que el Estado no tiene límites internos para determinar en todas direcciones de su territorio su propio orden jurídico.

Al aplicarse al Estado la teoría de la personalidad moral, le fue permitido gozar de una soberanía y hacer uso de ella en desmedida acción, la voluntad estatal en el plano administrativo, por esencia superior a sus súbditos, era intocable y poseía el mismo rango que en lo constitucional; los funcionarios poseían amplios poderes discrecionales y proveían lo que a su buen saber exigía el bien de la comunidad, el particular no gozaba de acciones en contra de la administración y ésta contravenía en todo momento las normas legales; era el temido "Leviathán"

---

9 Citado por Trillo. Op. cit., Pág. 70.

que describe Tomas Hoobes<sup>10</sup>: "Hay que imaginar un cuerpo enorme constituido por células vivientes (que serían los diversos individuos de cada pueblo); y el enorme cuerpo tendría en una mano la espada y en la otra el dominio universal de las conciencias. Leviathán surge a nuestra vista; polariza el desarrollo físico y moral de las gentes. La libertad es una palabra vana; la personalidad ha de doblegarse al impulso constrictor de la comunidad humana privilegiada por antonomasia: El Estado".

Esta concepción de majestad estatal acarrea como consecuencia la irresponsabilidad del Estado y la existencia de actos discrecionales exonerados por completo de revisión jurisdiccional.

En la actualidad, el Estado sigue siendo la fuerza de dominación originaria de que está dotada la sociedad, pero el concepto de poder que le es propio, ya no es el mismo, es un poder jurídico, una fuerza sometida al Derecho, el Estado ya no detenta el poder absoluto sino un poder limitado por la soberanía, poder que será utilizado en los fines que el mismo orden jurídico señale, este paso, del antiguo absolutismo al moderno Estado de Derecho, es lo que en expresión alemana constituye un "Rechts-taat".

Hoy, las normas que rigen a los órganos de la administración permiten ejecutar las normas de una manera creadora, pero no dejan carta blanca para que se pueda establecer libremente el Derecho y, en la administración interna, se transforma la antigua discrecionalidad por una reglamentación jurídico-material.

En el Estado moderno el poder se despersonaliza y aquellos hombres a quienes su función les obliga a usarlo deben someterse a la voluntad de los subordinados que expresa la ley; éstos obedecen a la ley y no a la voluntad caprichosa de quienes detentan el poder.

---

10 Citado por Caso Antonio. Sociología. 5a. Ed. Porrúa. México, 1948.

### III.—PODER Y ADMINISTRACION

El poder del Estado, cuyas características hemos señalado se encuentra estrechamente relacionado con la Administración Pública, que es la forma de organizarse del Poder Ejecutivo; en esto no cabe la redundancia, ya que la noción del Poder como facultad no puede confundirse con la que menciona a un órgano del Estado; la relación de Poder Estatal y Administración es de interdependencia, no podría llevarse a cabo la marcha de la Administración si no contara con la dosis necesaria de Poder que la imponga, de igual manera requiere el Poder de la Administración para llevar a cabo los fines estatales en forma organizada.

De entre las funciones Legislativa, Jurisdiccional y Administrativa, es en esta última en donde el gobernado siente más cerca los efectos del Poder del Estado, la Administración Pública es el instrumento más eficaz para desarrollar el Poder. Cuando ésta actúa hace sentir su imperium en todos los aspectos de la vida cotidiana, así cobra contribuciones prediales como ofrece servicios de pavimento, impone multas de tránsito, al igual que proporciona atención médica de emergencia o reprime desórdenes en la vía pública; el menos preparado de los ciudadanos relaciona al policía preventivo con el Poder Estatal.

La idea más generalizada de Poder es la de coerción, de violencia, pero es ella un concepto muy pobre de lo que es Poder, se reconoce que el Poder recurre a esos elementos pero no quiere decir que estén en su esencia, el Poder es más bien organización, la organización que representa la maquinaria Administrativa.

Si bien es cierto que "ordenar" y "administrar" son los términos que más se acercan a "poder", es igualmente cierto que la Administración necesita de gran cantidad de poder de hecho para dar vigor a sus decisiones, es este poder de coerción del que se valen los Estados para imponer su voluntad en el plano internacional, sojuzgando con su poderío a naciones más débiles y el mismo que utilizan los tiranos para entronizarse en su mandato.

Es pertinente diferenciar entre la Administración como institución jurídica por medio de la cual se encauza y ejerce el po-

der estatal y el gobierno, que se integra por un conjunto de funcionarios, quienes dan vida a la administración y por medio de cuyos actos se hace patente la voluntad administrativa, éstos pueden utilizar el poder de hecho, con ello se incurriría en responsabilidad y el estadio en que nos movemos es el de la ilegalidad.

La organización de la administración es producto de las necesidades a cubrir en un Estado determinado y del poder dominante que a sí mismo se organiza y determina los usos específicos de esa organización.

De ese modo es la Administración un producto social formado históricamente, que necesita del Poder en la realización de metas sociales; el poder debe ser administrado para lograr el servicio público.

Simón y Smithburg<sup>11</sup> dicen:

“Cuando dos hombres se ayudan mutuamente a mover una piedra que ninguno de los dos puede mover por sí solo, han aparecido los rudimentos de la Administración. Este acto tan simple tiene dos características esenciales de la compleja maraña que se llama administración. Existe un propósito: mover la piedra, y hay una acción conjunta: varias personas combinan su fuerza para hacer algo que ninguna de ellas podría hacer por sí sola. En su sentido más amplio, administración puede definirse como las actividades de grupos que cooperan para alcanzar determinados objetivos”.

Por su parte Escoube<sup>12</sup>, nos da los elementos de la Administración:

A.—Estructuras.

B.—Procedimientos.

---

11 Hervert A. Simón, Donald W. Smithburg, Víctor A. Thompson. Administración Pública. Ediciones de la Universidad de Puerto Rico. Pág. 21. Citados por S. Rojas. Op. cit., Pág. 111.

12 Pierre Escoube. Introducción a la Administración Pública. 1954. Escuela Superior de Administración Pública. América Central. Op. cit., S. Rojas, Pág. 112.

C.—Material.

D.—Personas.

A.—Las Estructuras se originan en la división del trabajo y en la especialización que requiere el Estado moderno; la clasificación de funciones hace proliferar las secretarías de Estado, los departamentos autónomos, los organismos descentralizados o bien, de acuerdo al patrón norteamericano, las comisiones nacionales e intersecretariales; todo ello forma un hacinamiento estructural en el que se intercalan competencias.

B.—Los Procedimientos de la Administración Pública hacen referencia a las normas jurídicas que debe aplicar y aquí tenemos que diferenciar entre los dos grandes sistemas jurídicos: en el anglosajón la Administración hace uso del mismo procedimiento de las empresas particulares, o sea el derecho privado, en tanto que en el sistema francolatino se utilizan procedimientos especiales para la administración, mismos que distan del derecho privado por mediar en ellos el bien general y el poder público.

C.—El Material y equipo que debe usar la administración se reduce en nuestro país, por ejemplo, a muebles y enseres de oficina, siendo que en otros países una máquina realiza el trabajo de treinta hombres en unas cuantas horas; la única dependencia en comenzar el cambio ha sido la Secretaría de Hacienda con la inauguración del control electrónico de causantes.

D.—El factor humano es el que predomina en el desarrollo de las labores administrativas, ya que de nada servirían los otros tres elementos si la capacidad de los funcionarios es insuficiente. En México el problema está más o menos en relación ya que las estructuras de nuestra administración necesitan reorganizarse, los procedimientos legales y los equipos en igual forma, pero sobre todo el personal, es inadecuado, si en países como Francia existen escuelas para burócratas en donde se presenta examen para poder solicitar el empleo, resulta deprimente que en nuestro país sólo se hayan llegado a crear escuelas de capacitación de los empleados aceptados y en las cuales la asistencia es sólo voluntaria.

Con estos elementos ha de moverse la maquinaria administrativa cuyos principios científicos, por ser apenas iniciados, la reducen a la categoría de arte, permiten que la habilidad sustituya a la certeza. Aunada a la ausencia del sistema, la política interviene en el funcionamiento administrativo, detalle que causa enorme perjuicio a naciones de régimen presidencialista, que enfocan el Poder de la Administración al cumplimiento de fines políticos.

En suma, el poder sólo puede ejercerse a través de la competencia, va unido a la organización administrativa pero no es sinónimo de ella y al igual que ésta se fracciona, también lo hace aquél, dando como resultado funcionarios que dentro de su actividad específica representan en ella al Estado dotado de poder.

La basta empresa que es la Administración necesita pues del poder para la realización de sus fines; realmente se puede afirmar que la constituyen básicamente: el servicio público como elemento objetivo y el poder como elemento subjetivo; aquel que utiliza el juez penal para hacer cumplir sus mandatos o del que se vale el particular para solucionar sus conflictos civiles.

El Derecho es; sin embargo, el único que hace surgir un auténtico poder, a ésto alude Kelsen cuando señala:<sup>13</sup>

“A veces se afirma que el Estado es una organización política, en cuanto tiene, o es “poder”. El Estado es descrito como el poder detrás del Derecho, del cual deriva éste su fuerza. En cuanto tal poder existe, no es otra cosa que el hecho de la eficacia del orden jurídico, es decir el hecho de que la representación de las normas jurídicas creadoras de sanciones determina la conducta de los individuos o ejerce sobre ellos una coacción psíquica. . .” “El Poder, en sentido social o político, implica autoridad, es decir, la relación de superior a inferior”.

“Dicha relación únicamente es posible sobre la base de un orden en virtud del cual uno está facultado para mandar y otro

---

13 Kelsen Hans. Teoría del Derecho y del Estado. Trad. García Maynez. Imp. Universitaria. México, 1950. Pág. 201.

obligado a obedecer. El poder social es esencialmente correlativo de la obligación social, y ésta supone al orden social o, lo que equivale a lo mismo, la organización social. El poder social sólo es posible dentro de una organización. Esto es particularmente evidente cuando no pertenece a un solo individuo, sino, como casi siempre ocurre, al grupo de individuos, el poder social es siempre un poder que en una o en otra forma siempre se halla organizado. El poder estatal es el poder organizado por el Derecho positivo, el poder del Derecho, es decir, la eficacia del orden positivo”.

...“El “poder” no está constituido por las prisiones y las sillas eléctricas, las ametralladoras o los cañones, ni es una especie de substancia o de entidad oculta detrás del orden social. El poder político es la eficacia de un orden coactivo que se reconoce como Derecho”.

El poder se ejerce en potestades que facultan particularmente a quienes administran, así pues, nos encontramos frente a las potestades administrativas.

Doctrinariamente se afirma que los particulares tienen también poderes o potestades a los que se llama Derechos Subjetivos, mismos que son válidos contra el Estado: “En materia de Derechos subjetivos públicos, distingue Jellinek, según dijimos antes, tres clases de facultades:

- 1.—Derechos de libertad;
- 2.—Derechos que se traducen en la facultad de pedir la intervención del Estado en provecho de intereses individuales;
- 3.—Derechos políticos.

El conjunto de los Derechos públicos de una persona constituye, según la terminología del citado autor, el status del sujeto. Es la suma de facultades que los particulares tienen frente al poder público, y representa una serie de limitaciones que el Estado se impone a sí mismo”.<sup>14</sup>

---

14 García Maynez Eduardo. Op. cit., Págs. 192 y 193.

Estos Derechos se diferencian de las potestades en que éstas desarrollan la competencia de los órganos en su generalidad y para múltiples actos, en tanto que el Derecho subjetivo, se da sólo en una relación jurídica concreta. La potestad tiene que ser soportada por los individuos quiéranlo o no y esto que parece un deber de soportar, no es más que la presunción de que la potestad ejercida en el individuo es producto de la ley, aquella que el mismo individuo contribuyó a forjar; además, algunas potestades hacen nacer derechos para los particulares. Caracteres distintivos de las potestades son:

A).—Ser intransferibles; aunque aquí encontremos instituciones como la delegación —tratada en el primer capítulo de este trabajo como excepción a la competencia— en la que se alienan ciertas facultades en favor de otro órgano, pero no en forma total.

B).—Ser imprescriptibles.

C).—Ser irrenunciables, y en esto también se permite hacer renuncia sólo a contadas y particulares atribuciones, más no a la generalidad de ellas.

De entre las potestades administrativas nos incumbe el estudio de la potestad de mando, que es para García Oviedo<sup>15</sup> aquella que “estriba en la facultad de dar órdenes y obligar a su cumplimiento. Emanada del imperio de que el Estado goza y halla su localización más natural y su expresión más acabada en el Poder Ejecutivo, ya que a la acción cotidiana del mismo le es indispensable un poder consistente en la facultad de emitir decisiones que se impongan a los administrados”; de ella opina Villegas Basavilbaso<sup>16</sup> “la potestad imperativa o de mando es la que posee la administración para dictar órdenes y obligar a su cumplimiento” ... “el origen de esta potestad está en la Constitución”.

Así como estos autores definen las potestades, existe gene-

15 García Oviedo Carlos. Derecho Administrativo. 8a. ed. Madrid, 1962. Pág. 259.

16 Villegas Basavilbaso Benjamín. Derecho Administrativo. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1950. Págs. 232 y 233.

ral consenso en el sentido de definir a la potestad de mando, pero queremos aclarar que en la afirmación de Villegas, hecha con anterioridad, se dijo que es la Constitución el origen de ella y nosotros estamos con García Oviedo cuando habla del imperio como origen, ya que al estudiar lo que es un poder, observando el proceso para llegar a controlarlo por el Derecho, nos percatamos de que antes de que toda Constitución existiera, las potestades eran un hecho.

Pues bien, la administración puede obrar en uso de su potestad de mando en forma reglada o discrecional, es decir, en aplicación de una norma que le fije todos los elementos de actuación o bien obrar con Poder Discrecional, actuando con más amplitud pero ligada siempre a la legalidad y a la rectitud de los fines.

#### IV.—ADMINISTRACION Y LEGALIDAD

Si actualmente el Derecho se sobrepone al Estado, el soporte de toda actividad administrativa lo constituye la ley, con certeza afirma Fiorini<sup>17</sup> "la actividad de la administración sea discrecional o reglada, estará ligada radical y fundamentalmente con la ley que ejecuta. No puede existir actividad de la administración vinculada o discrecional sin ley previa que autorice la gestión. La actividad discrecional está tan ligada a la norma como lo debe estar la actividad vinculada".

Este principio de legalidad tiene como caracteres doctrinarios:

1.—Las autoridades administrativas deben respetar en sus actuaciones lo que estatuye la Constitución.

2.—La acción de los administradores no puede infringir las leyes reglamentarias de la Constitución.

3.—Las resoluciones administrativas no podrán contrariar lo dispuesto por autoridades de grado superior.

4.—Si una autoridad dispone una actuación por vía gene-

---

17 Fiorini Bartolomé, citado por Villegas Basavilbaso, Op. cit., Pág. 235.

ral, estará imposibilitada para desconocerlo mediante una orden concreta.

5.—Si existiere una disposición general anterior no podrá ser vulnerada por una concreta aún partiendo de una autoridad superior.

Pero la pregunta lógica a las afirmaciones que anteceden es: ¿De qué manera la administración está subordinada a la ley? Con miras a su contestación, la doctrina se divide en dos corrientes de pensamiento:

1.—Se afirma que por ser la ley el apoyo inmediato para el actuar administrativo, no puede existir algún tipo de actuación que no haya sido previamente encomendado a la administración pública por el legislador. Esta concepción está fuera de época, contempla a la administración como un mecánico aplicador de leyes y fue heredera de la doctrina civilista que consideró perfecto al Código Napoleón.

2.—La Administración es un ente dinámico que tiene como misión dirigir los servicios públicos para el logro del bienestar común y el estado moderno sólo le exige que se apegue al orden jurídico cuando actúa.

Nos aunamos a esta última corriente explicativa de la naturaleza de la sumisión de la administración al Derecho, lo hacemos, porque la idea que pretendemos no es controlar el Poder Discrecional para maniar a la administración, sino controlarla para evitar que ella se aparte de la ley en su actuación, es decir, con el ánimo de mejorar su funcionamiento.

Tomando en consideración la importancia que tiene en nuestro sistema jurídico la garantía de legalidad, cuyos orígenes más remotos los encontramos en los documentos que los caballeros ingleses hicieron firmar al monarca Juan sin Tierra a finales de la edad media y viendo como cosa natural, por tener más cercanas las fuentes de información, el que los sistemas jurídicos provenientes del Derecho francés y del Derecho anglosajón, utilicen como base la legalidad, nos parece de importancia pedagógica apuntar la manera como es vista la legalidad en sistemas de Derecho cuya idea primordial, es la desaparición paulatina

pero absoluta del Estado, y por ello, vamos a destacar algunos de los párrafos en que el autor P. Romashkin<sup>18</sup> nos habla de la legalidad soviética:

“En la sociedad socialista no existe la división del sistema del Derecho en las dos esferas de la regulación jurídica: el Derecho público y el Derecho privado, característico, para el sistema jurídico de los estados burgueses. Ello está predeterminado por el hecho de que, en la Unión Soviética, los medios fundamentales de producción pertenecen a toda la sociedad, y no a personas privadas. El sistema económico socialista significa la dirección planificada de la economía por el propio Estado y las cooperativas. La propiedad personal de los ciudadanos se utiliza para satisfacer sus propias necesidades de consumo”. (pág. 31).

“La legalidad socialista es orgánicamente inherente al Poder Soviético. Los enemigos del socialismo intentan representar al Estado soviético como un Poder que, supuestamente, niega la legalidad, pero toda la historia de la URSS y de los demás Estados socialistas muestra que la formación del Estado de los trabajadores es inconcebible sin la creación y el robustecimiento de un orden jurídico esencialmente nuevo, socialista, sin realización de los principios de la legalidad revolucionaria socialista”. (pág. 23)

“La exigencia del exacto y riguroso cumplimiento de las leyes fue siempre y sigue siendo uno de los principios más importantes de la actividad del Estado soviético, la condición indispensable para la solución feliz de las tareas de la edificación comunista, la garantía del ejercicio de los Derechos constitucionales para los ciudadanos de la URSS”. (pág. 23).

“El fortalecimiento y desarrollo de la legalidad socialista están condicionados por el carácter del régimen social y político de la URSS. La legalidad socialista protege los derechos libertades políticas, de trabajo, de vivienda y los demás derechos e intereses personales y patrimoniales de los ciudadanos, su

---

18 P. Romashkin. Fundamentos del Derecho Soviético. Ed. en lengua: tranjeras. Moscú, 1962.

da, salud, dignidad y prestigio. El cumplimiento estricto de las leyes que defienden los intereses vitales, los derechos y libertades inmutables de los ciudadanos constituye uno de los rasgos más importantes de todo el orden jurídico socialista. La combinación de las garantías materiales y jurídicas de los derechos y libertades de los ciudadanos constituye una característica de la sociedad socialista. En tanto que el sistema económico del socialismo crea condiciones materiales para el pleno ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, la legislación del Estado socialista las afianza jurídicamente y garantiza la salvaguardia de los derechos, libertades e intereses legítimos de los ciudadanos, crea un sistema ramificado de garantías jurídicas y de medios que aseguran su ejercicio. En el Estado socialista, la satisfacción de los intereses legítimos de los ciudadanos está en consonancia con las demandas de la sociedad, en la que no existen la explotación de hombre por el hombre. Por eso, el cumplimiento máximo y puntual de las normas del Derecho, su aplicación exacta y la protección de los derechos subjetivos de los ciudadanos constituyen una tarea importante del Estado soviético”.

“La legalidad socialista en la URSS es el principio rector de la actividad de todos los órganos de Poder y administración del Estado, de todos los funcionarios y ciudadanos”. (pág. 24).

“El papel y la importancia de la legalidad socialista crecen a medida que aumentan los éxitos de la edificación del comunismo. La legislación soviética se propone como finalidad fomentar el desarrollo de las garantías jurídicas para el incremento sucesivo del bienestar del pueblo. Al propio tiempo, sin la firme garantía de la legalidad y sin el riguroso cumplimiento y observancia de las leyes soviéticas, no puede haber una próspera edificación económica y cultural”. (pág. 25).

“La observancia estricta de las leyes socialistas afianza la fe de los ciudadanos soviéticos en la fuerza de su Estado, que protege sus derechos y libertades”. (pág. 25).

En México la legalidad tiene su base constitucional en los artículos 14 y 16 constitucionales y se reafirma en la jurisprudencia expresada por la Suprema Corte en su tesis número 166

al afirmar: "las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite". Esto corresponde al principio jurídico de autonomía de la voluntad que afirma: los particulares pueden realizar todo lo no prohibido, las autoridades sólo podrán hacer lo que expresa o tácitamente les está permitido.

Sin embargo, la legalidad implica algo más que este aparatoso formalismo, no se necesita solamente que haya legalidad sino que la legalidad sea justa, oportuna, igualitaria, general, etc.; dicho de otro modo, los actos que son sólo apegados a la legalidad en sentido puramente formal pueden ser injustos o inoportunos.

El jurista argentino Linares<sup>19</sup> nos detalla esta situación:

"El mero fundamento de legalidad a secas, es el que asiste a los actos de los que puede afirmarse que pese a lo axiológicamente desvalioso de la solución que consagran, pese a la injusticia, inseguridad o desorden, etc., de tal solución, son conceptualmente subsumibles en una norma general aceptada, previa valoración jurídica, como aplicable al caso".

Piensa Linares, idea de la que nos hacemos eco, que la legalidad también está integrada con el concepto de valor<sup>20</sup> "La legalidad es la razón suficiente que el acto tiene frente a textos más o menos expresos. Es el apoyo conceptual, en tanto que mención conceptual del acto, que ese acto tiene en la ley. El mérito u oportunidad es la razón suficiente que el acto tiene, desde el ángulo axiológico, no expresado por la ley salvo cuando es mentado por fórmulas elásticas en cuyo caso estas constituyen fundamento de legalidad. Es el arbitrio que la ley deja al órgano controlable o no judicialmente en todo o en parte. En verdad la legalidad del acto es lo que llamamos nosotros fundamento de legalidad y la oportunidad o mérito del acto es lo que denominamos razonabilidad".

"...la regla de "legalidad de la administración" implica

---

19 Linares Juan Francisco. Poder Discrecional Administrativo. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Pág. 118.

20 Op. cit., Págs. 131, 132 y 133.

tanto la exigencia de legalidad, en sentido estricto, como la de razonabilidad”.

Es necesario hacer hincapié, por así convenir a nuestro estudio, que dentro del principio de legalidad que los administradores deben aceptar y acatar, está comprometida no solamente la aplicación de las leyes rígidas, sino también el ejercicio del Poder Discrecional que confieren las leyes elásticas.

Hemos hablado de la subordinación de la Administración al orden jurídico, ahora bien, este orden jurídico, representado por las leyes, deberá señalar los fines que, “hic et nunc”, corresponde desarrollar a la administración en exclusividad respecto a otros organismos estatales. Una vez logrado lo anterior, es tarea legislativa adecuar la formación de la actividad administrativa con los fines que le ha fijado; sin embargo, la ley resulta a veces inadecuada en la búsqueda de esta congruencia, debido principalmente a que los fines y las actividades cambian según el tiempo y el lugar, y por tal, las normas que rigen la actividad administrativa obrando con legalidad se ven en la necesidad de integrarse con criterios políticos y técnicos que, aunque sigan estando dentro del ordenamiento jurídico, modifican al contenido del acto; aquí nos encontramos ya en plena actividad discrecional.

## V.—PODER DISCRECIONAL

Si recordamos que el estudio que hicimos del acto administrativo, fue con el fin de analizar éste y además los elementos en los cuales se da el Poder Discrecional, cuyos medios de control revisaremos, indispensable nos resulta entonces informarnos, primero sobre la consistencia de dicho poder, para después localizarlo dentro de los elementos estudiados.

Al tratar la forma en que la Administración puede ejercer su potestad de mando, vimos que lo hace en forma vinculada o discrecional, lo que da nacimiento a actos con distinto contenido, pero no porque en sí los actos pertenezcan por ejemplo, a la categoría de actos discrecionales; ya en el capítulo I, cuando estudiamos las clasificaciones de actos, aclaramos que a nuestro entender la categoría de actos vinculados y discrecionales

no tienen razón de ser. Sucede que a veces y en virtud de la misma ley que se lo permite, la Administración ejerce su Poder Discrecional; así podemos afirmar con Díez: <sup>21</sup>

“La discrecionalidad concurre a formar parte del acto y por tal en el Estado de Derecho hay actividades discrecionales pero no actos discrecionales”.

No obstante lo dicho, es pedagógico seguir usando esa clasificación obsoleta para hacer más sencillo y comprensible el recorrido.

El Poder Discrecional es definido así por Adolfo Posada: <sup>22</sup>

“La facultad, atribuida a la Administración, concebida y definida como poder y función del Estado, en virtud de la cual aquella procede y actúa según su libre apreciación de las circunstancias y condiciones en que ha de moverse, se opone al concepto de lo reglado que está sometido a normas previamente formuladas”.

García Oviedo <sup>23</sup> piensa:

“Obrar discrecionalmente equivale al obrar libremente, si bien acomodando la conducta a un fin público específico, fin fiscal, fin de policía, etc.”.

El maestro Gabino Fraga <sup>24</sup> nos dice que para definir el Poder Discrecional no interesa la actitud que asuma la Administración frente a los particulares, sino la situación de ésta con el Derecho, y nos ofrece un concepto de Michoud: “La facultad de la Administración de obrar libremente sin que su conducta esté determinada por la regla de Derecho es lo que constituye la Facultad Discrecional”.

A su vez, el maestro Serra Rojas <sup>25</sup> nos define por cita de Bonnard:

---

21 Op. cit., “El Acto... Pág. 48.

22 Posada Adolfo. Tratado de Derecho Administrativo. 2a. ed. Madrid, 1923. Pág. 251.

23 Op. cit., Pág. 261.

24 Op. cit., Pág. 559.

25 Op. cit., Pág. 300.

“Hay poder para la Administración, cuando la ley o el reglamento, previniendo para la Administración cierta competencia en ocasión de una relación de Derecho con un particular, dejan a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, en qué momento debe obrar y qué contenido va a dar a su actuación. El Poder Discrecional consiste, pues, en la apreciación dejada a la Administración para decidir lo que es oportuno hacer”.

Así pues, es factible definir el Poder Discrecional como:

Aquel medio jurídico que el Derecho permite usar al administrador, para que aprecie libremente las circunstancias y gestione el interés social, acomodando los fines comunitarios a las necesidades cambiantes de la época.

Hablamos de medio jurídico porque, como ya dijimos y reafirmaremos al estudiar su contralor, no es una actividad al margen de la ley; la apreciación libre que se confiere presupone la competencia del funcionario, que ya estudiamos, y la capacidad civil de éste, a la que también nos hemos referido, pero también supone esencialmente la libertad del individuo, su facultad de tener arbitrio, y a este importante sector, que es médula de la discrecionalidad, nos referimos más adelante. Hacemos alusión también a los fines y serán éstos la piedra de toque en cuanto a la justificación de la existencia discrecional.

Nuestra Suprema Corte de Justicia tiene el siguiente concepto del Poder Discrecional.

**FACULTAD POTESTATIVA O DISCRECIONAL.**—“El uso de la facultad discrecional supone un juicio subjetivo de la autoridad que la ejerce. Los juicios subjetivos escapan al control de las autoridades judiciales federales, toda vez que no gozan en el juicio de amparo de plena jurisdicción y, por lo mismo, no pueden substituir su criterio al de las autoridades responsables. El anterior principio no es absoluto, pues admite dos excepciones, a saber: cuando el juicio subjetivo no es razonable sino arbitrario y caprichoso, y cuando es notoriamente injusto e inequitativo. En ambos casos no se ejercita la facultad discrecional para los fines para que fue otorgada, pues es evidente que

el legislador no pretendió, dotar a las autoridades de una facultad tan amplia que, a su amparo, se llegaran a dictar mandamientos contrarios a la razón y a la justicia. En estas situaciones excepcionales, es claro que el Poder Judicial de la Federación puede intervenir, toda vez que no puede estar fundado en la Ley un acto que se verifica evadiendo los límites que demarcan el ejercicio legítimo de la facultad discrecional". Visible en la página 5522 del tomo 73 del Semanario Judicial de la Federación.

El Poder Discrecional implica que en cuanto al contenido o la elección del destinatario o el momento de actuación, los administradores tienen un margen de albedrío para juzgar la conveniencia, el legislador sólo señalará las pautas a seguir, ya que por lo cambiante de algunas situaciones, o por el avance de la técnica, la ley se ve en la imposibilidad de comprender el detalle del negocio y se considera que la autoridad administrativa tiene la experiencia necesaria y, obrando como el buen "pater familie" romano, dictará disposiciones favorables al bienestar público.

Nos enseña Díez:<sup>26</sup>

"El fenómeno de la discrecionalidad aparece en todos sus efectos típicos en la actividad administrativa, en primer lugar por ser ella una actividad organizada, luego por el hecho de que ella encuentra en las leyes la indicación del fin a seguir y debe actuar siempre inspirándose en la satisfacción del interés público específico en la materia de su competencia o del interés público entendido en sentido genérico, y en tercer lugar porque existe un sistema de contralor administrativo y jurisdiccional o un sistema de responsabilidad, a través del cual se tiende a obtener la conformidad de la acción administrativa con los resultados que ésta deba alcanzar".

El ejercicio del Poder Discrecional tiene relación con la actividad reglada o vinculada de la Administración, en sentido estricto, ya que en sentido amplio toda actividad administrativa queda vinculada a la observancia de leyes y reglamentos, en la

---

26 Díez Manuel María. Derecho Administrativo. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1963. Tomo I, Pág. 133.

medida que ésta supone la presencia de una norma jurídica que proporciona el contenido, el destinatario, el momento y la forma de actuación y en el momento que alguna de estas limitaciones legales desaparezca, hace acto de presencia el Poder Discrecional.

Respecto al ejercicio de la potestad en forma vinculada escribe García Oviedo:<sup>27</sup>

“El significado de la potestad reglada se liga fundamentalmente con el principio de legalidad, implica, lisa y llanamente, que la Administración ha de aplicar a un caso particular las disposiciones preexistentes, sin ninguna facultad de apreciación”.

“Por ello, puede decirse que potestad reglada quiere decir voluntad vinculada, y expresa sólo una fracción del campo aplicativo del principio de legalidad; toda vez que en los aspectos formales y formulativos —requisitos de forma, capacidad de obrar de los órganos, etc—, las reglas normadoras tienen virtualidad propia con independencia del carácter de la potestad que se ejercita. Así se expresa que la noción de potestad reglada recae sólo sobre el objeto del acto”.

Como habremos de ver más adelante, al estudiar el arbitrio, nos parece que la afirmación de García Oviedo, respecto a que no existe facultad alguna de apreciación al ejercer la potestad reglada, es errónea, y baste decir ahora, que con el simple hecho de concluir en que es ésta y no la otra, la ley que rige a una situación, ya se hace una apreciación que no es simplemente psicológico-subjetiva, sino absolutamente jurídica.

Con el paso del tiempo la vinculación gana terreno a la discrecionalidad, entre más se legisle y codifique en el ramo administrativo, menor será el margen que tengan los funcionarios para desviar su poder, ésto en virtud de que su arbitrio es parcial, es decir, no se compara al arbitrio de un juez para aplicar la adecuada penalidad entre un mínimo y un máximo, pero imparcialmente, sino que en éste caso, el funcionario aplicador

---

27 Op. cit., Pág. 261.

representa una parte de la relación jurídica frente a los administrados; bien nos dice Merkl: <sup>28</sup>

“Y vemos que, así como en la legislación y la Administración el arbitrio va retrocediendo en conjunto a favor de la vinculación jurídica, en la justicia observamos más bien la tendencia contraria, de forma, que en definitiva, en virtud de éstos movimientos contrarios las funciones estatales se van acercando también en este punto. Porque el llamado movimiento del “Derecho Libre” persigue dentro de la justicia el fin contrapuesto al movimiento del “Estado de Derecho” en la Administración, éste es, la libertad del juez, que en definitiva, no consiste en otra cosa que en ampliar ese arbitrio del que venimos hablando a costa del sometimiento a las normas”.

#### VI.—ARBITRIO ADMINISTRATIVO

Ahora bien, hasta aquí nos hemos referido directamente al Poder Discrecional como algo que el Derecho otorga a la Administración, pero no nos hemos referido a la parte medular del mismo, a aquello por lo cual se ejerce y obtiene vida, al arbitrio administrativo, advoquémonos ahora a hacerlo.

Al estudiar en el capítulo I la opinión de Merkl sobre la clasificación de los actos en reglados y discrecionales, observamos como todo acto aplicativo tiene su ingrediente de autonomía y de heteronomía, es decir, al aplicar una norma superior ésta no contiene todos los detalles del caso y, por lo mismo, se crea Derecho. Así todo acto de aplicación lo es de creación y viceversa. Al momento de subsanar la carencia de una norma aplicativa se ejerce arbitrio, libertad; éste arbitrio se ha dado en llamar ordinario y es consubstancial al ser mismo del Derecho.

Pero cuando se habla de Poder Discrecional no se hace referencia al arbitrio ordinario, sino a aquellas atribuciones dadas al aplicador mediante el empleo de fórmulas elásticas que confieren flexibilidad al arbitrio, es claro que si una ley ordena la prohibición de películas que atenten a las “buenas costumbres”, in-

---

28 Op. cit., Pág. 193.

curriría en un error de lógica si señalase todas y cada una de las situaciones que atacan las "buenas costumbres", que por su complejidad y variaciones culturales en el tiempo, necesitan ser reguladas según el lugar y el momento histórico. Este tipo de arbitrio que otorgan fórmulas como "utilidad pública", "bien común", "decoro", "salud pública", "moralidad", etc., es el llamado arbitrio extraordinario, que puede darse o no en relación al llamado ordinario y que, cuando tiene determinada ubicación dentro de una norma jurídica se llama Poder Discrecional.

Se opina en doctrina que también pueden contener arbitrio extraordinario aquellas leyes que son insuficientes, las que sólo en forma parcial mientan la conducta que pueden desplegar los órganos.

El ejecutor del Derecho cuando tiene frente a sí un caso jurídico tendrá que pensar con fuerza de convicción a sí mismo, la norma que le es aplicable y esta convicción deberá ser suficiente al punto de que, si no encuentra norma aplicable, se explicita analógicamente alguna otra, —en caso de que ésto sea permitido—, o bien se absuelva por falta de tipicidad. Pero este momento, en que el aplicador valora y sopesa las posibles normas que rigen al caso, entraña arbitrio, elección de la norma aplicable en uso de un proceso no solamente logístico, sino también de valoración jurídica según la propia personalidad y cultura del ejecutor.

Ahora bien, los elementos que tiene ante sí el funcionario para hacer uso de su arbitrio, son:

A).—Una serie de circunstancias que aporta el propio caso, objetos que pueden ser naturales, ideales y culturales y que constituyen el contenido real. Así por ejemplo lo serán los objetos materiales, los conceptos numéricos o la moral pública, respectivamente.

B).—Un sentido axiológico, que les imprime el propio aplicador con base, como ya dijimos, en su propio modo de ser y partiendo de valores jurídicos, o ajurídicos —según el punto de vista de Kelsen—, como la moral y la economía, valores que para influir en el ánimo de quien ejecuta, tienen que ir acom-

pañados de otros jurídicos como la Seguridad y la Justicia, que por su carácter bilateral, matizan a aquellos.

C).—La estructura lógica de la norma, que liga a los antecedentes con sus consecuentes, que pueden ser prestaciones o sanciones: dado A, debe ser B; no dado A, debe ser C.

En las leyes, en los reglamentos, en los actos administrativos particulares, encontramos el elemento A y el C, o sean las circunstancias mentadas y la estructura normativa y, en ocasiones, el elemento B, o sea la valoración que se enuncia por las “fórmulas elásticas”.

Cuando en la Ley de Expropiación el legislador dice:

“Artículo I.—Se consideran causas de utilidad pública:

I.—“El establecimiento, explotación o conservación de un servicio público;

II.—La apertura, ampliación o alineación de calles, la construcción de calzadas, puentes, caminos y túneles para facilitar el tránsito urbano y suburbano;

III.—El embellecimiento, ampliación y saneamiento de las poblaciones y puertos, la construcción de hospitales, escuelas, parques, jardines, campos deportivos o de aterrizaje, construcciones de oficinas para el Gobierno Federal, y de cualquiera obra destinada a prestar servicios de beneficio colectivo” . . . Etc.

Cada uno de estos casos ya se valoró de acuerdo a las circunstancias históricas, el avance de las ciencias, etc. El agente administrativo que aplique dicha ley tendrá que escoger una especie que quede comprendida en el género, y ésto lo hace cuando declara de utilidad pública el establecimiento de un jardín público en el predio del ciudadano X, dicho de otro modo, sobre una valoración realizada por el legislador, el aplicador valora doblemente, ya que revive en su interior la valoración legislativa y construye la suya propia para encuadrar aquel predio X, dentro de la fórmula “embellecimiento de utilidad pública”, que fue la valoración legislativa.

Pero al otorgar la ley fórmulas elásticas, como lo hace la ley de Imprenta cuando en su artículo 1 nos habla de:

“Constituyen ataques a la vida privada: Toda manifestación o expresión maliciosa hecha verbalmente o por señales en presencia de una o más personas, o por medio de manuscritos, o de la imprenta, del dibujo, litografía, fotografía o cualquiera otra manera que, expuesta o circulando en público, o transmitida por correo, telégrafo, teléfono, radiotelegrafía, o por mensaje, o cualquier otro modo, exponga a una persona al odio, desprecio o ridículo, o pueda causarle demérito en su reputación o sus intereses”.

Se deja a sus aplicadores amplio criterio para la determinación de tales efectos, que según la clasificación apuntada arriba, —en los elementos del arbitrio—, pueden calificarse de cultural-idealistas, y con ello, prácticamente el funcionario crea el antecedente de una sanción o de una prestación, —según vimos también en el elemento estructural del arbitrio—, por el hecho de que, bastará con que un funcionario encargado de la aplicación de esa ley, tenga un riguroso concepto de la moral, para que en aplicación del artículo 1 de esa ley, prohibiese a un periódico hacer publicación de fotografías de jóvenes en minifaldas. De esta manera el órgano, con su valoración, crea el objeto del acto.

Como hemos afirmado, todo acto de aplicación implica una cierta creación y por el contrario, la creación es aplicación también, ya que el Derecho es autonomía y heteronomía; por ello, cuando existe arbitrio del tipo ordinario este es heterónimo. La ley impone ciertas pautas, pero lo que ésta no prohíbe queda permitido al funcionario, puede elegir posibilidades dentro de lo no impuesto iluminado por su sentido axiológico; el órgano puede desplegar su conducta, interpretar el Derecho del caso y para ésto, conoce el caso por comprensión, que es como se conocen los objetos culturales. Con ello, el órgano aplica el género legal, pero crea la especie.

El aplicador que crease dentro de lo que la ley impone como obligatorio, realizaría ilícito, ya que arbitrio ordinario resulta ser imposición y sólo es elección dentro de lo no impuesto.

Por el contrario, el arbitrio que señalamos como extraordi-

nario, con el uso de fórmulas elásticas, consiste esencialmente en dar flexibilidad a lo impuesto.

En la búsqueda que debe hacerse para descubrir si una norma concede arbitrio del tipo ordinario o del tipo extraordinario, debe tomarse en cuenta que cada caso está regido por el Derecho en su totalidad y, si un caso está contenido en un artículo de una ley X, ese artículo será la principal disposición del caso, pero de ninguna manera la única, ya que lo normal es que una norma esté dispersa en varios artículos y aún en varias leyes, lo indicado es buscar las disposiciones complementarias y no errar creyendo que se dispone de arbitrio extraordinario, cuando una reglamentación, inferior o superior, lo hace desaparecer. Esta cualidad del Derecho, de intervenir en todo un caso, hace derivar también el que, cuando una norma no baja hasta el detalle, puede echarse mano de otras disposiciones afines. Ello explica el porque una circunstancia que no se mienta en la ley principal, sirva de eje a una actuación, esto claro, dentro de lo no impuesto, pues de otro modo se cometería entuerto

Las fórmulas elásticas que son de carácter indicador de arbitrio extraordinario y en ciertos casos de Poder Discrecional, podrán ser aplicadas por órdenes concretas y particulares o bien por reglamentos generales; en este trabajo, procuramos estudiar la aplicación concreta de tales fórmulas en perjuicio de particulares, sin inmiscuirnos en el poder autolimitativo de la Administración o Poder Reglamentario.

Respecto a los dos tipos de arbitrio a que hacemos referencia nos enseña Díez:<sup>29</sup>

“El órgano administrativo tiene arbitrio cuando impone a la norma de aplicación modalidades no previstas en la norma superior aplicada, con tal que no choque con alguna valla jurídica expresa o virtual. Este arbitrio de que dispone el órgano administrativo es el arbitrio ordinario. Como el legislador es el único órgano estatal que crea el Derecho es lógico pensar que las atribuciones discrecionales deben resultar de ciertas cláusulas

---

29 Op. cit., “Der. Ad. . . Pág. 135.

las que el legislador incluye en la ley y confieren una libre apreciación a los órganos administrativos. Esas atribuciones las confiere el legislador mediante fórmulas elásticas que otorgan una flexibilidad al arbitrio interpretativo”.

“Si el legislador se propone preveer expresamente un caso dado, pero este caso o situación requiere, por su índole misma, que se deje al órgano estatal que aplica el Derecho una gran amplitud de atribuciones, se incluyen en la ley las fórmulas elásticas. El arbitrio concedido así es contingente y puede llamarse arbitrio extraordinario”.

Diez nos habló de que se tiene arbitrio cuando se imponen al aplicar modalidades no previstas y efectivamente, cuando falta una parte a una norma, ésta se puede completar con preceptos similares e incluso con fórmulas elásticas, pero en virtud de que la Administración se encuentra ligada por la ley y no se puede actuar limitando la voluntad de nadie, cuando las leyes nada previenen al respecto, esta complementación normativa está vedada para establecer sanciones, para todo género de prestaciones odiosas como los impuestos y sobre todo, en cualquier cosa que ataque la libertad individual.

Hasta aquí nuestra exposición sobre el arbitrio, en la que hemos tenido que comparar el extraordinario, que por sus fórmulas elásticas es el que nos interesa, con el ordinario, para facilitar el análisis.

Resultaría inútil todo lo anterior si no pensamos en que el arbitrio extraordinario es en ciertos casos llamado Poder Discrecional y esas excepciones, se las da el hecho de que, cuando se encuentra en el antecedente estructural de la norma, confiere un verdadero poder; esto lo veremos con más detalle adelante, al estudiar el Poder Discrecional con relación a los elementos del acto; adelantamos desde ahora que si encontramos arbitrio extraordinario en los motivos, hay un auténtico Poder Discrecional y en esto también cuentan los fines; recordamos aquí que al tratar en el capítulo I los elementos del acto, había autores que consideraban al fin como antecedente de la actuación, por anticiparse en el pensamiento a éste, y es que no pueden los medios estar lejos de sus respectivos fines.

## VII.—DISCRECIONALIDAD TECNICA Y ADMINISTRATIVA

Adolfo Merkl,<sup>30</sup> representante de la Teoría Pura del Derecho en el plano administrativo, enseña que existen tres clases de arbitrio:

“Libre, en que se autoriza al órgano del poder ejecutivo a decidir según lo que le parezca con arreglo a su conciencia, apreciando en esta forma cuál ha de ser el fin más inmediato de su acción; el condicionado, cuando el juez o el funcionario sin atenerse a lo que él mismo considera como adecuado o equitativo está obligado a ejecutar aquello que, según su leal saber o entender, cree que hubiera ordenado el legislador de haber regulado el caso concreto con una ley particular y no con una norma abstracta; y el técnico, signos jurídicos positivos que denuncian la presencia del arbitrio condicionado, fórmulas en las cuales la consecuencia jurídica se hace depender de la constatación técnica de ciertas particularidades de los hechos, como peligro, utilidad, necesidad local, etc.”

Y efectivamente, en doctrina se distingue la discrecionalidad técnica de la administrativa. En la discrecionalidad administrativa, existe para el ejecutor un margen para apreciar el interés público y escoger el medio idóneo para su satisfacción, ello en razón de que la norma no fija con precisión dicho interés.

La apreciación del interés público, que es comparativa, requerirá a veces el uso de criterios administrativos para realizarse, habrá entonces una discrecionalidad administrativa. Pero habrá ocasiones en que la administración deberá apreciar y actuar con criterios técnicos, utilizando las reglas y la disciplina de la técnica, dícese entonces que existe una discrecionalidad técnica; ésto se percibe cuando se trata de poner en cuarentena una población por un brote de enfermedad contagiosa, o la demolición de un edificio en estado ruinoso.

Villegas Basavilbaso<sup>31</sup> piensa que la discrecionalidad téc-

---

30 Op. cit., Pág. 203.

31 Op. cit., Págs. 237 y 238.

nica no se confunde con la discrecionalidad administrativa, ya que, piensa, aquella es una actividad "libre" de la Administración. Agrega, "la valoración subordinada a preceptos o reglas científicas extraños a toda apreciación legal hace que la potestad discrecional, que está sujeta a los fines de la ley, no funcione", Villegas cita a D'Alessio cuando afirma:

"Los criterios de índole técnica destruyen la libertad que es el fundamento de la discrecionalidad, un profesor al examinar no lo hace con discrecionalidad ya que no lo hace por arbitrio o por oportunidad, sino que debe proceder con criterio técnico que destruye su libertad".

La actividad técnica y la administrativa; sin embargo, se hallan vinculadas, así encontramos casos en los que la actividad administrativa absorbe a la técnica y el examen del acto basta que se haga sólo administrativamente; ésto es, cuando la apreciación técnica debe resolverse en relación al interés colectivo, por ejemplo, si técnicamente es aconsejable que al construir un puente se construya también una carretera y distintos ramales de ésta, así como una línea de ferrocarril, será materia administrativa la decisión sobre las construcciones, su costo, su amortización, la densidad de población etc., en relación con esas obras.

Otro caso fue el subsidio que la antigua Secretaría de Economía proporcionaba a la industria panificadora, a fin de mantener precios tope; al retirar éste, se necesitó de un dictamen técnico-económico para verificar si subsistían las condiciones económicas que dieron origen a tal medida.

En determinadas circunstancias, la cuestión deberá ser resuelta con criterio administrativo y técnico a la vez, ésto es, cuando la actividad de la administración deba desarrollarse a través de una actividad de naturaleza técnica, un ejemplo de ello lo proporcionan las leyes que ordenan, para la construcción de obras públicas, que se abra un concurso entre los constructores, con bases técnicas; pero en vista de que se utiliza la técnica como un modo para satisfacer el interés público, la cuestión tendría que ser técnico administrativa.

También podemos encontrar casos en que lo técnico no está

ligado a lo administrativo y por tal, si se revisa la técnica, no hay por qué valorar el interés público, como por ejemplo la manutención de animales enfermos, no necesita justificarse con criterio administrativo, bastará con que un técnico dictamine la existencia de la enfermedad. O bien cuando se trata de elegir los medios técnicos adecuados, sino que ésto ya está hecho, el uso del medio técnico elegido es puramente técnico; es decir, una vez decidido si un puente va a ser colgante o levadizo no tiene más incumbencia el administrador, será cuestión de técnicos la construcción.

Vitta <sup>32</sup> enseña:

“La discrecionalidad es técnica en los casos en que el acto, producto de la actividad discrecional, es precedido de un juicio técnico. Así, si se trata de cerrar una casa insalubre debe recurrirse previamente al informe técnico. Es necesario señalar que la circunstancia de recurrir a un informe técnico previo, no hace siempre que el acto resulte de una actividad reglada. La discrecionalidad técnica existe cuando un acto deba originarse en base a una actividad técnica, quedando a la Administración pública la posibilidad de emitir o no el acto según el dictamen técnico y según lo exijan las necesidades colectivas. La discrecionalidad no existe en el aspecto técnico, que es previo, sino en el administrativo ya que el agente tiene cierta libertad de apreciación. Como es natural los vicios sobre la operación técnica influyen en la legitimidad del acto administrativo —si el informe técnico indica que una propiedad es insalubre y ésta no lo fuera, el acto de clausura sería ilegítimo— puede ocurrir, en algunos supuestos, que la actividad administrativa sea previa a la realización de los hechos técnicos. Así en caso de construcción de carreteras, previa aprobación de planos y pliegos de condiciones, por las autoridades administrativas”.

#### VIII.—JUSTIFICACION DISCRECIONAL

Cuando tratamos la legalidad y nos adherimos a aquella teoría que explica la sumisión de la Administración a la ley y

---

32 Citado por Diez. “El Acto... Pág. 114.

que pinta a a misma como algo dinámico y constructivo, estábamos ya justificando la existencia del Poder Discrecional apegado al Derecho, pero no de aquel que se quiera ejercer en forma arbitraria o equívoca. Quien dispone de Poder Discrecional tiene la obligación legal de apreciar las circunstancias espacio-temporales del caso que se le presenta, pero esa obligación, que es a la vez una autorización, se limita a la realización de fines e intereses específicamente contenidos en la ley.

El actuar caprichoso del sujeto, aquel que responde sólo a los impulsos de su temperamento sin ninguna conexión con fines objetivos, debe ser, al igual que el arbitrario, que responde a fines ajenos al asunto, desechado de la actividad administrativa; no es tampoco, en ejercicio de la discrecionalidad, atribuirse funciones legislativas ni judiciales. Los funcionarios están sometidos a una moralidad administrativa, deben actuar como un "buen administrador".

La razón de ser de la discrecionalidad consiste en acomodar, en ajustar las normas abstractas a situaciones concretas que cambian según la época y el lugar; esta labor no sólo otorga dinámica a la Administración, sino que actualiza leyes que de otro modo tendrían que cambiar con el tiempo, pero además, al examinar cada caso en particular, aquel ajuste permite llegar a la equidad en la aplicación; ya Aristóteles, en su "Ética a Nicómaco"<sup>33</sup> separaba la justicia respecto a la equidad:

"Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo, siendo justo, no es lo justo legal, sino una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales. Y así, en todas las cuestiones respecto de las que es absolutamente inevitable decidir de una manera absolutamente general, sin que sea posible ha-

---

33 Citado por García Maynez Eduardo. "Introducción al Estudio del Derecho". 4a. edición. Porrúa, México, 1951. Pág. 362.

cerlo bien, la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que disimule los vacíos que deja. La ley no es por esto menos buena; la falta no está en ella, tampoco está en el legislador que dicta la ley; está por entero en la naturaleza misma de las cosas; porque ésta es precisamente la condición de todas las cosas prácticas. Por consiguiente, cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos generales, es imprescindible corregirle y suplir su silencio, y hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviese presente; es decir, haciendo la ley como él la habría hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata. Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado, a causa de la fórmula general de que se ha servido. Tratándose de cosas indeterminadas, la ley debe permanecer indeterminada como ellas, igual a la regla de plomo que sirven en la arquitectura de Lesvos; la cual se amolda y acomoda a la forma de la piedra que mide”.

Pero vayamos de nuevo a la Teoría Pura del Derecho, que pretende actuar a manera de filtro para separar del Derecho todas aquellas manifestaciones que por ser sociológicas, morales etc., no guarden relación con él; esto, porque a primera vista es fácil pensar que la discrecionalidad podría ser algo a-jurídico, para ello, recurramos a Merkl<sup>34</sup> quien dice:

“El arbitrio no es una institución arbitraria del Derecho positivo, como suele interpretarse muy a menudo, ni tampoco una deficiencia inevitable de la técnica legal, más propiamente del lenguaje legal, que, según se cree, dejaría paso al arbitrio a falta de medios de expresión, sino una necesidad fundada jurídicoteóricamente en la esencia de la ejecución como concretización de una norma abstracta, y, a este tenor, queda excluida la consideración del arbitrio como algo exclusivo de la Administración o como algo de categoría superior al arbitrio propio de otras funciones”.

---

34 Op. cit., Pág. 190.

## IX.—EL ACTO ADMINISTRATIVO, SUS ELEMENTOS Y EL PODER DISCRECIONAL

La actividad administrativa, que por su carácter unilateral afecta a los particulares, se manifiesta en actos administrativos que deben llenar los requisitos de ley y los que establece la doctrina, en ello radica la importancia del estudio hecho respecto a a estos actos y el que ahora emprendemos tratando de ubicar la noción de Poder Discrecional, en los elementos doctrinarios de esos actos.

En nuestro capítulo I explicamos las razones por las cuales pensamos que el acto administrativo consta de los siguientes elementos:

- 1.—Sujeto Competente.
- 2.—Manifestación de Voluntad.
- 3.—Objeto.
- 4.—Forma.
- 5.—Motivo o Causa.
- 6.—Fin.
- 7.—Mérito.

Nos remitimos a la noción que de ellos se hizo en el mencionado capítulo, para dedicarnos aquí a confrontarlos con la discrecionalidad:

1.—Sujeto Competente: La competencia es arbitrio o liberar, sí, pero dentro de las leyes; es atribución al sujeto o esfera de acción como conjunto de atribuciones. Las leyes de competencia señalan, a veces en forma oscura, "quién" va a actuar, y en ocasiones también indican "qué" se debe prever o "cómo" se debe hacer, esta vaguedad tienta a calificarlas como dadoras de Poder Discrecional. Nuestra Ley de Secretarías y Departamentos de Estado dice por ejemplo:

"Artículo 2.—A la Secretaría de Gobernación corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

... XXIII.—Vigilar que las publicaciones impresas y las transmisiones de radio y televisión, así como las películas cinematográficas, se mantengan dentro de los límites del respeto a

la vida privada, a la paz y moral públicas y a la dignidad personal, y no ataquen los derechos de tercero, ni provoquen la comisión de algún delito o perturben el orden público”.

...XXVIII.—“En general, los demás asuntos de política interior que competan al Ejecutivo y no se atribuyan expresamente a otra Secretaría o Departamento del Ejecutivo Federal”.

“Artículo 6.—A la Secretaría de Hacienda y Crédito Público corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

...XIII.—“Dirigir la Política Monetaria y Crediticia”.

“Artículo 15.—A la Secretaría del Trabajo y Previsión Social corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

...XIII.—“Intervenir en los asuntos relacionados con el Seguro Social”.

A pesar de esta amplitud concedida, la competencia siempre será reglada, conferida por ley y de acuerdo a ésta el funcionario está obligado a actuar. En el ejemplo que dimos de la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado, la generalidad e insuficiencia de sus fórmulas parece conceder arbitrio, pero no hay que olvidar que cuando tratamos el arbitrio como médula del Poder Discrecional, afirmamos que para su búsqueda hay que recurrir a todo el Derecho, ya que en cada caso está presente todo el orden jurídico; ésto nos lleva de la mano a comprender que una ley así es la disposición principal del caso, pero que quizá sólo sea el fundamento de normas reglamentarias o de otras más individualizadas, o bien tenga relación con otras leyes de igual jerarquía que limiten su alcance. Así pues, en la competencia no existe Poder Discrecional.

2.—Manifestación de Voluntad: Aquí las reglas son ambiguas, ya que a veces la ley señala la forma de exteriorización y en otras no. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dice en su artículo 8 párrafo segundo:

“A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerla conocer en breve término al peticionario”.

Aquí la Constitución nos dice cómo deberá de ser la con-

testación, o sea escrita; y aunque generalmente se utiliza esta forma, la Administración puede tener Poder Discrecional en cuanto a la exteriorización de su voluntad.

3.—Objeto: En cuanto a este elemento, es posible que el legislador lo señale en la norma en atención a especiales circunstancias, pero los avances de la vida moderna, que impiden a la ley estar siempre al día, hacen que en una enorme variedad de casos, el Derecho deje al órgano la posibilidad de elegir entre varias medidas a adoptar, entre varios objetos; es decir, le da oportunidad de obrar según su conveniencia, en orden al bien general. Esto es frecuente cuando se trata de adoptar una medida disciplinaria. En cuanto al objeto del acto, la Administración goza de Poder Discrecional.

4.—Forma: en cuanto a las formalidades o requisitos que deban reunir las actuaciones administrativas, la ley puede imponerlas vinculando a la Administración, también puede permitir que se elijan algunas de ellas o bien puede no expresar nada, en estos dos últimos supuestos, la Administración dispondrá de un Poder Discrecional, que de acuerdo al caso, se conserva en límites más o menos estrechos.

5.—Motivo o Causa: Una gran parte del acervo doctrinario al respecto es de la opinión que, con relación a las condiciones de Derecho y a los hechos mismos que tiene que tomar en cuenta el ejecutor para dictar un acto, que constituyen el motivo, no existe discrecionalidad.

Se piensa que el proceso intelectual de las apreciaciones cuando el agente decide, es el siguiente:

A).—Apreciación de su propio papel.

B).—Apreciación de la situación de hecho.

C).—Apreciación de lo que exigen estos hechos.

a).—En esta primera etapa el agente carece de Poder Discrecional, ya que su papel está predeterminado en una ley de competencia que, como hemos visto, por muy amplia que sea, no otorga discrecionalidad. El agente debe tomar en cuenta que si se aparta de la misión de interés público que le ha sido con-

fiada, desviará su poder. Además, la especialidad de la función que desarrolla le impide perseguir cualquier fin público.

b).—El segundo estadio se ha dividido a su vez en tres operaciones:

1.—Verificación de la existencia de ciertos hechos: Y aquí, se dice, no hay discrecionalidad, incluso Sayagués Laso <sup>35</sup> afirma que el proceso volitivo en la Administración comienza apreciando la existencia de esos hechos y aquí, generalmente, salvo los hechos de difícil prueba, no hay discrecionalidad. Nosotros pensamos; sin embargo, en una ley que estableciese como momento de actuación del órgano el hecho de que exista 'peligro', el órgano puede opinar que el hecho se ha dado y actuar, o bien puede darse esa situación y este no actuar; en este caso se está en un error técnico sobre los hechos. Es decir, un hecho puede darse y la persona pensar que no es así, y esto es muy frecuente. Carro Martínez <sup>36</sup> afirma:

"Efectivamente, no vale la pena engañarse, quien ejerce siempre el poder político en un país es una persona o varias, pero, en todo caso, hombres de carne y hueso, en definitiva, el problema crucial es siempre un problema de personas. La Ciencia Política, las instituciones y el Derecho tienden a la despersonalización más absoluta. Se manifiestan como si los hombres fuésemos seres mecánicos, actuando siempre igual. Pero la realidad es muy otra. La realidad demuestra que ha habido un César, un Carlomagno, un Federico de Prusia, un Napoleón, y que éstos, junto con muchos otros hombres, son los protagonistas de la historia y los artífices de las decisiones políticas más importantes, las guerras, las revoluciones, las leyes, las sentencias, todo, absolutamente todos los actos de la historia, son resultado del mando que ejercen unos pocos hombres".

No obstante la realidad que esto implica, si los órganos o funcionarios no aprecian los hechos debidamente, no se les ha conferido, —salvo raras excepciones—, el poder de apreciarlos,

---

35 Sayagués Laso Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo, 1953. Pág. 409.

36 Carro Martínez Antonio. Ct. por S. Rojas. Op. cit., Pág. 201.

por lo que, si yerran, sólo incurrirán en entuerto, obrarán ilegalmente.

Vayamos nuevamente a las facetas de apreciación de los hechos, vista la primera, la segunda es:

2.—La clasificación jurídica del hecho: Sayagués<sup>37</sup> nos dice:

“Luego de establecidos los hechos de Administración los califica legalmente, aquí tampoco hay discrecionalidad ya que al interpretar normas jurídicas sólo puede haber una verdad legal”.

Se nos enseña que el motivo de actuación debe existir y conformarse al Derecho porque de lo contrario habría ilegalidad, pero que aquí no hay Poder Discrecional. A pesar de ello, nosotros no estamos de acuerdo con esto, porque al encuadrar un caso dentro del orden jurídico se está apreciando ese caso, se está interpretando el Derecho y en el interpretar es donde sienta sus reales el Poder Discrecional; no se trata solamente de escoger una norma y en ella subsumir el caso, pueden presentarse varias situaciones:

1.—Ver si la ley es o no aplicable.

2.—Si ella no lo es, determinar cuál rige al caso o bien cuál debe explicitarse por analogía.

3.—Una vez encontrada la ley aplicable, decidir si se toma en su generalidad, aunque de hacerlo quizá se falte a la equidad. Esto nos hace pensar que mientras un caso no llegue a nuestro máximo Tribunal, para que se establezca la verdad legal en la calificación jurídica, y aunque la ley no lo exprese, hay Poder Discrecional del aplicador.

La última etapa en la apreciación de los hechos es:

3.—La apreciación de las consecuencias que por esos hechos puedan producirse y en esta situación se está acorde en afirmar que hay Poder Discrecional, que por su cercano acceso y mejor conocimiento, sólo el agente puede apreciar los acontecimientos eventuales y futuros.

---

37 Op. cit., Pág. 409.

Recordemos que como última y tercera etapa del proceso intelectual en el motivo está:

c).—La apreciación de las medidas exigidas por la situación: En ello tampoco hay oposición, se piensa unánimemente que el aplicador tiene Poder Discrecional.

Resumiendo, concluimos en que, con referencia al elemento motivo, en virtud de que se tiene arbitrio al apreciar los hechos en su juridicidad y en su eventualidad y que, además, se puede escoger el medio adecuado a esa situación: existe Poder Discrecional en los motivos del Acto.

6.—El Fin: Por lo que se refiere a la causa del acto, al fin que constituye su razón de ser, ha dicho Romanelli:<sup>38</sup>

“El problema de la causa tiene particular relevancia en los actos discrecionales, ya que además de perseguir el interés público, el funcionario puede hacer una apreciación discrecional de los fines del acto. La valoración del contenido volitivo desde el punto de vista del interés general, vale decir del fin perseguido por el órgano en la medida de las exigencias del interés público constituyen el estudio sobre la causa del acto”.

Romanelli menciona claramente que se puede apreciar discrecionalmente los fines, pero veamos lo que realmente sucede:

Si las leyes tienden hacia un fin es porque lo consideran deseable, como ética y jurídicamente valioso; el Derecho puede tender hacia un fin para lograr un determinado estado social, o sea actuar como técnica social; también puede hacerlo erigiendo los valores jurídicos como fines ideales a lograr o bien puede mencionar expresamente fines en sus leyes, esto último lo puede hacer: en forma precisa o en forma imprecisa mediante fórmulas elásticas, o bien puede no mentarlos. En los dos últimos casos, ya sea que la fórmula elástica resulte muy amplia o que el fin no se mencione, de cualquier modo, no habrá Poder Discrecional, ya que el fin se puede limitar y construir tomando en cuenta la regla de especialidad de los órganos, éstos gozan de libertad, pero dentro de su competencia y si nacieron con un fin,

---

38 Citado por Díez. “El Acto..| Pág. 163.

no pueden desviar su destino porque estarían obrando fuera de la ley; ésto sin importar que el fin perseguido y no compatible a la institución, sea bueno en sí, porque la bondad de los fines no tiene incumbencia con el sentido funcional del órgano.

Por lo dicho, podemos afirmar que respecto al fin que debe perseguir, el funcionario no tiene Poder Discrecional.

7.—El Mérito: Que como dijimos es la oportunidad del acto, aquella concordancia debida entre el motivo, el objeto y el fin. Del mérito puede decirse que es por excelencia la zona discrecional, es el campo donde se ejerce dicho poder, constituye la medida del mismo.

#### X.—ACTOS PARCIALMENTE DISCRECIONALES Y REGLADOS

Hecho el análisis que antecede, no es posible continuar hablando de actos totalmente vinculados o totalmente discrecionales. Esto deviene de la circunstancia de que el acto administrativo tiene elementos que son siempre reglados, otros en los que puede no darse la discreción, y el mérito, que es propio de todo acto y en el cual se ejerce discrecionalidad. Habrá entonces actos reglados con la obligación de ser oportunos y actos discrecionales limitados por sus elementos vinculados.

Esto lo habíamos adelantado en el capítulo I, cuando nos referimos a la opinión de Merkl, con relación a la clasificación entre actos reglados y discrecionales. El mismo Hauriou<sup>39</sup> afirmó:

“No hay acto discrecional; hay un cierto poder discrecional que se advierte en todos los actos, y que consiste en apreciar la oportunidad de las medidas administrativas”.

Y también lo señaló León Duguit en su famoso libro sobre las Transformaciones del Derecho Público<sup>40</sup>:

“La función administrativa se nos presenta ahora como la

---

39 Citado por Posada, op. cit., Pág. 257.

40 Cita de Posada, op. cit., Pág. 259.

gestión de los servicios conforme a la ley. El concepto del Poder Público se elimina del dominio administrativo, como del legislativo. Esta gestión de los servicios públicos se realiza bajo la acción de los Tribunales Administrativos que, conociendo las condiciones necesarias del funcionamiento de los servicios públicos, presentan todas las garantías. . . De este modo, toda la Administración se halla sometida al Derecho y bajo una acción jurisdiccional. . . no hay, no puede haber, actos discrecionales o de pura administración”.

Se ha dicho que en Inglaterra el Parlamento puede hacerlo todo, menos de un hombre una mujer y de una mujer un hombre, con ello se expresa que por radicar en ese cuerpo la soberanía, goza de un Poder netamente Discrecional; pero hoy en día el propio Parlamento se ha limitado a sí mismo y ha formulado normas de acción, que según el sistema anglo-sajón, sientan el antecedente al que deberá constreñirse; hasta su ilustre fórmula ha sido, —en su inicio—, parcialmente superada por la ciencia médica.

#### XI.—DISCRECION Y LIMITES

El Poder Discrecional repetimos, es una necesidad del Estado Moderno, que debe deshacerse de sistemas arcaicos e inadecuados, pero en un régimen político como el nuestro, en que la Ley de Responsabilidades se mantiene célibe en su aplicación, la facultad de arbitrio debe ser la excepción, porque de lo contrario, degenera y se convierte en vía libre para realizar fines personales e intereses de partido. El ciudadano que sufre la potestad intuye su necesidad, pero exige su limitación para gozar de la seguridad jurídica que tiene todo estado civilizado. Se piensa así que por mandato constitucional no debe otorgarse discreción en lo relativo a las garantías constitucionales, ya que éstas sólo pueden modificarse por la ley y la Administración, inmiscuyéndose, se substituiría al Legislativo. En cambio, en casos como lo referente a la salud y al servicio de policía, por la gran variedad de circunstancias, es conveniente otorgar discreción al agente a fin de lograr que de “trato desigual a los desiguales” y lograr un ajuste equitativo. En último de los casos la discreción debe tasarse por un fin de servicio. En México la cos-

tumbre jurídica es limitar la discreción por medio del juicio de garantías y el oponer como demarcador de su extensión el criterio de la Suprema Corte, misma que sentencia:

### FACULTADES DISCRECIONALES, SU CONTROL EN EL AMPARO

El ejercicio de la Facultad Discrecional está subordinado a la regla del artículo 16 de la Constitución Federal, en cuanto este precepto impone a las autoridades la obligación de fundar y motivar los actos que puedan traducirse en molestias a la posesión y Derechos de los particulares. Aunque dicho ejercicio implica un juicio subjetivo del autor del acto que no puede ni debe substituirse por el criterio del juez, sí está sujeta al control de este último; por lo menos cuando el juicio subjetivo no es racional, sino arbitrario y caprichoso, y cuando es enteramente injusto o contrario a la equidad; y puede añadirse que dicho control es procedente cuando en el aludido juicio no se hayan tomado en cuenta las circunstancias de hecho, o sean alteradas injustificadamente, así como en los casos en que el razonamiento sea ilógico o contrario a los presupuestos generales del Derecho.

Amparo en Revisión 6489/55. Compañía de las Fábricas de Papel de San Rafael y Anexas, S. A. 16 de octubre de 1957. Unanimidad de cuatro votos ponente: Felipe Tena Ramírez. Vol. IV Tercera parte. Pág. 120.

Ya no se puede hablar de un Poder Discrecional libre, gracias a la elaboración que el Consejo de Estado Francés hizo de la "desviación de fines", se borró la concepción de autonomía de la voluntad en el poder, ya no basta para la validez del acto administrativo con que emane del agente competente, se necesita, además, que corresponda con la técnica teleológica adoptada; la idea de fin alcanzó así su lugar dentro del acto jurídico. El Poder Discrecional es sólo la posibilidad de conformar circunstancias con los fines prescritos, dentro del marco jurídico.

Fiorini <sup>41</sup> llega a las siguientes conclusiones sobre la discrecionalidad:

---

41 Citado por Villegas Basavilbaso. Op. cit., Pág. 235.

**“1.—La discrecionalidad es una libertad necesaria que debe tener la administración pública para dictar actos oportunos.**

**2.—Esta libertad es una libertad restringida, porque tiene como objeto apreciar la eficaz realización del interés público esencial y los intereses secundarios de distinta índole que circunstancialmente lo rodean en el mundo real.**

**3.—Los límites normativos que rigen la administración pública corresponden también a la discrecionalidad, además de los positivos, que orientan el proceso de apreciación oportuna. El fin público esencial que debe satisfacer el acto determina el ámbito y contenido de los límites positivos.**

**4.—El proceso de apreciación presenta dos momentos distintos: el de acierto y conocimiento de los elementos que integran el mundo real en relación con el fin esencial, y el de ponderación jurídica de todos éstos para dictar el acto oportuno.**

**5.—El contralor jurisdiccional se realiza sobre cualquier desviación que presenten los conceptos objetivos, creada en el momento de acierto y conocimiento, mientras que le está excluido el de ponderación por ser exclusivo y privativo de la discrecionalidad”.**

## **XII.—DISCRECIONALIDAD Y POLITICA**

Así como sobre la existencia de una ley natural puede levantarse una norma técnica de conducta, —la ley de gravedad, por ejemplo, se aprovecha en las plumadas de albañilería—, con los hechos socio-culturales ocurre lo mismo y se puede conocer el “ser” de la conducta social por normas sociológicas y jurídicas. El Derecho puede utilizar así a la técnica social para lograr determinados fines y aprovechar las leyes naturales, las normas técnicas, las morales y las jurídicas.

Esa técnica que el Estado utiliza es la política obligatoria, posee este último carácter puesto que la propaganda, por ejemplo es política, pero no obliga. La política que es eficaz, es aquella que consagra ciertos ideales de justicia inmanentes en el seno de la sociedad en que se aplica.

Esto se relaciona con nuestro estudio en virtud de que el Poder Discrecional que deje una norma al aplicador, puede tener un sentido político y por lo mismo, ahí reinará la Ciencia de la Administración, que es una ciencia política, es decir, no es ni jurídica ni social; no es jurídica porque no tiene por objeto el Derecho, no construye ni sistematiza normas o preceptos jurídicos; no es ciencia social ya que no estudia las funciones sociales. No estudia lo que es, sino lo que debe ser, por ello los preceptos de la ciencia de la Administración para que el Estado realice sus fines, deben tener una dirección política, así la política monetaria, la política agraria, etcétera.

La Ciencia de la Administración no puede ser, por lo dicho, una continuidad o una subordinación del Derecho y la elección de medios para realizar fines, aunque regulada jurídicamente, se sujeta a motivos de economía y de eficacia.

La Administración Pública puede ser entonces estudiada y concebida desde el punto de vista jurídico por el Derecho Administrativo o desde el punto de vista político por la ciencia de la Administración.

### **CAPITULO III**

#### **LOS MEDIOS DE CONTROL**

**I.—Los Medios de Control. II.—Recursos Administrativos. III.—Reconsideración y Revisión. IV.—El Contencioso Administrativo. V.—Contencioso Formal. VI.—Contencioso Administrativo Mexicano. VII.—El Juicio de Amparo como Contralor Discrecional. VIII.—Lo Fiscal Contencioso y la Discrecionalidad. IX.—Necesidad de Control Administrativo por Desviación.**

## I.—LOS MEDIOS DE CONTROL

En virtud de que hemos apuntado lo que es el acto administrativo y las divisiones que se han hecho respecto a él, y de que, asimismo, penetramos en el intrincado mundo de la discrecionalidad que puede envolverlo, hemos podido configurar la idea de la controlabilidad del Poder Discrecional a través de los actos en que se manifiesta. Si el acto administrativo posee entre sus elementos integrantes al mérito y al fin, cualquiera de los dos que falte hará del mismo un acto incompleto y por lo mismo, contrario a Derecho, pero el mal no consiste en ello, sino que, el ofendido por un acto de ese jaez, encuéntrase con que la ley que le ofrece los recursos a esgrimir en defensa de su derecho, no toma en cuenta la ausencia real de esos elementos, que se conforma sólo con la apariencia jurídico formal del acto, argumentando en su favor la presunción de legalidad en los actos administrativos, que no es otra cosa que el sacrificio del supremo valor justicia en aras de la seguridad jurídica; ya bien lo apuntaba Ripert:<sup>1</sup> "...lo característico de esta expansión de facultades del Estado moderno consiste en que, para lograr su propósito, el Estado que limita y cercena libertades, va; sin embargo, a ofrecer al particular un panorama en tal forma sugerente, de tal forma consolador, que éste no se dará cuenta de los jirones de su libertad que se va dejando en el camino..."

Pero volvamos al sendero, si las leyes que ofrecen los medios para combatir los actos irregulares, sólo toman en cuenta las formalidades exteriores del acto y por excepción enuncian

---

<sup>1</sup> Citado por Garrido Falla Fernando, "Las Transformaciones del Régimen Administrativo". Segunda edición. Madrid, 1962. Pág. 31.

como exigible una motivación real o una recta finalidad, vayamos serpenteando por entre los recursos, para combatir el acto discrecional o mejor dicho, su discrecionalidad, con recursos que sólo exigen formalidad exterior cuando el acto, a más de desviarse en su fin omita un elemento reglado y, cuando la ley lo permita, controlar los actos que con apariencia de legalidad tienen por objeto un fin avieso.

Los medios de control que vamos a tratar, podemos decir que son aquellas defensas o recursos de carácter procesal que en un momento dado puede utilizar un litigante para impugnar un acto que lo afecte, sin importar que al hacerle justicia, reconsiderando, nulificando o modificando el acto, se vele por el buen funcionamiento administrativo o por el control de un Poder sobre otro. El particular puede obtener respeto a su Derecho mediante una revocación administrativa o en una sentencia de amparo, por tal motivo, es nuestro interés estudiar los principales medios de controlar los actos parcialmente discrecionales en nuestro medio jurídico y auxiliar con ello, al destierro de la arbitrariedad administrativa.

El maestro Briseño Sierra <sup>2</sup> nos enseña lo que es un control: "Controlar, jurídicamente, es ajustar, es aplicar una medida posterior para adecuar un acto al principio fundamental. Cuando se ha alcanzado un resultado en cualquier estadio, no sólo el fenómeno tributario, sino en cualquier otra institución jurídica, la aplicación de un control significa una verificación tendiente a determinar la regularidad de ese producto".

Al solidarizarnos con el pensamiento de Briseño Sierra, estamos descartando del concepto las opiniones que catalogan como controles de la discrecionalidad a la lógica, los principios generales del Derecho, la buena fe, las reglas de buena administración, etc., y esto, porque para controlar efectivamente, se necesita la posterioridad en relación al acto y las enumeraciones citadas son formas de regulación apriorística que debe tener en cuenta el funcionario antes de dictar una resolución, pero no son

---

<sup>2</sup> Briseño Sierra Humberto. "Derecho Procesal Fiscal". Librería Robredo. México, 1964. Pág. 39.

medios que pueda invocar el gobernado si de manera expresa no las contiene la ley.

Sin embargo, al pretender excluir del mundo jurídico un acto que aparentemente llena todos los requisitos que exige su naturaleza, se puede dolosamente entorpecer la marcha de los servicios públicos, es por ello que este campo es tan reducido, porque so pretexto de buscar justicia, se puede utilizar el Derecho para negar al Derecho y de este modo, cometer una arbitrariedad; no, lo que aquí se trata es de que la ley sea más equitativa, que exija en los actos públicos no sólo el resguardo formal, que por ser general es justo, y por ello mismo, es a veces arbitrario, sino también la adecuación debida al fin que les da origen; al respecto comenta Garrido Falla:<sup>3</sup> "... Por su parte, también el Derecho puede ser injusto; porque lo esencial del Derecho es consistir en un punto de vista sobre la justicia, en una traducción de la justicia para regular la conducta entre los hombres. Ahora bien, naturalmente, al traducir se puede traicionar la idea traducida, y de aquí la consecuencia de un Derecho que puede, plasmado ya en leyes positivas, ser tal Derecho y ser sin embargo, injusto. Ahora bien; el Derecho lo que no puede ser es arbitrario, pues que la arbitrariedad es la negación del Derecho en cuanto a su forma. Esto sería —como dice Legás— una contradicción in adjecto, que no puede admitirse; sería tanto como decir que el Derecho es y no es al mismo tiempo. La conclusión es que hay una arbitrariedad justa y otra injusta, que se deduce de la separación de puntos de vista que hemos realizado, y precisamente aquí toma su base, en el Derecho Político, la llamada teoría de la revolución, que justamente se apoya en esta distinción entre lo arbitrario justo y lo formalmente jurídico, pero injusto, para justificar todos aquellos casos en que se intenta de forma violenta atacar los principios vigentes en las leyes fundamentales del país. La mayor parte de la teoría —aunque se ha hecho poco— sobre el movimiento nacional está basada justamente en esta distinción entre la arbitrariedad y la injusticia; es decir, el ataque a la Constitución formal que regía en España

---

3 Op. cit., Pág. 22

en 1936 se justifica precisamente haciendo prevalecer el valor de lo justo frente al valor de lo legal”.

Expuesta la intención de controlabilidad del Poder Discrecional, motivada por el posible abuso que puede encubrir, intención encauzada aprovechando los recursos procedimentales que el gobernado tiene a su disposición. Comenzaremos la tarea enumerando en orden progresivo los medios más simples para concluir estudiando el juicio de garantías y el desvío de poder fiscal como máximos dispositivos de control en México.

Repetimos la circunstancia de que la discrecionalidad rara vez puede controlarse en su forma pura, hecho que nos obliga a limitarla por los recursos que anulen el acto completo en que ella se de, invocando la ausencia conjunta de algún otro elemento y, cuando no existe esta última ocasión, es decir, que lo único irregular en el obrar administrativo sea el uso de la discreción, observaremos hasta qué punto y por medio de cuál recurso es posible su medida.

El maestro Nava Negrete,<sup>4</sup> nos señala los peldaños iniciales al hablar de la autotutela de la administración y de la participación del administrado, como medios en los que “sólo por mero reflejo se beneficia el administrado”; forman parte de la autotutela: “La prontitud en el despacho de los asuntos, la oportunidad en resolver los negocios, la simplicación del trámite, la exactitud y eficacia del empleado en el desempeño de sus labores, etc”; a su vez, la participación del administrado se señala por “permitir que terceros se opongán a que un acto se realice en forma definitiva por afectar sus derechos creados”. Como ejemplo de autotutela nos ofrece el artículo 218 frac. II del Código Fiscal, que habla de proveídos provisionales en multas mayores de \$ 500.00, que deben remitirse a la Secretaría de Hacienda para su confirmación. Dado que al escribir este trabajo la vigencia del Código Fiscal del 30 de diciembre de 1938 tiene marcado un término para ser substituido por el nuevo ordenamiento fiscal, que deberá comenzar a regir a partir del 1o. de abril de

---

4 Nava Negrete Alfonso. Derecho Procesal Administrativo. Porrúa, México, 1959. Págs. 44 a 51.

1967, la ejemplaridad del artículo mencionado resultaría obsoleta en abril de este año, por lo que, atendiendo a la "simplificación del trámite" como parte integrante de una autotutela, que indirectamente nos cobija del abuso discrecional, podemos substituir el ejemplo dado por el que nos ofrece la fracción VI del artículo 37 del nuevo Código Fiscal <sup>5</sup> al prescribir: "Artículo 37. —En cada infracción de las señaladas en este Código se aplicarán las sanciones correspondientes, conforme a las reglas siguientes" . . . "VI.—Cuando las infracciones no se estimen leves y consistan en hechos, omisiones o falta de requisitos semejantes en documentos o libros y siempre que no traigan o puedan traer como consecuencia la evasión del impuesto, se considerará el conjunto, como una infracción y se impondrá solamente una multa que no excederá del límite máximo que fija este Código para sancionar cada hecho, omisión o falta de requisito . . ."

El otorgamiento o negación de una concesión federal a particulares, es la manera gráfica como Nava Negrete nos muestra la participación del gobernado en actos administrativos, en los que no existe la *juris dictio* a pesar del conflicto de intereses.

Respecto a estos dos medios, reflejos podríamos llamar, concluye Nava Negrete, "que se trata de una función administrativa y no jurisdiccional"; esta diferencia esencial, nos nos impidió sin embargo el señalarlos como primitivos medios de defensa utilizables por el particular contra la discrecionalidad, que en casos como el de concesiones, donde el ejercicio discrecional es nada menos que el de la soberanía estatal, los agiganta, al grado tal de ser la única forma como el afectado puede evitar el abuso de los funcionarios encargados de otorgar una explotación.

## II.—RECURSOS ADMINISTRATIVOS

En el ordenamiento de nuestras ideas sobre la exposición de los recursos administrativos, nada nos pareció más atinado que hacernos eco de lo expresado por Fraga, <sup>6</sup> cuando inmediatamente después de tildar de ineficaz la autotutela, se refiere a

---

5 Código Fiscal de la Federación. Diario Oficial del 19 de enero de 1967.

6 Op. Cit. Pág. 592.

los recursos administrativos. "Por el contrario, existen otros medios directos que sí están destinados en forma inmediata, a satisfacer el interés privado, en forma tal, que la autoridad, ante la cual se hacen valer, está legalmente obligada a intervenir y a examinar nuevamente, en cuanto a su legalidad o a su oportunidad, la actuación de que el particular se queja".

"Estos medios directos que la ley establece para la protección de los derechos de los particulares, se pueden clasificar según las autoridades que deben intervenir, en remedio o recursos administrativos, y en recursos o acciones jurisdiccionales".

"Todavía dentro de éste último grupo, se pueden separar los recursos y acciones ante los tribunales administrativos, y los recursos y acciones ante los tribunales comunes".

En forma práctica y concisa nos dá Jesús González Pérez <sup>7</sup> la noción de remedio dentro de la Administración: "El recurso administrativo puede pues, definirse como la impugnación de un acto administrativo ante un órgano de este carácter". Esta definición que es exacta peca no obstante de concreta, nos ubica de inmediato en el estadio deseado pero omite el análisis detenido de los elementos que configuran dicho recurso, por ello es que aun el maestro Nava Negrete recurre a la completa noción que del mismo remedio nos ofrece Fraga <sup>8</sup> "El recurso administrativo constituye un medio legal de que dispone el particular, afectado en sus derechos e intereses por un acto administrativo determinado, para obtener en los términos legales de la autoridad administrativa una revisión del propio acto, a fin de que dicha autoridad lo revoque, lo anule o lo reforme en caso de encontrar comprobada la ilegalidad o la inoportunidad del mismo".

Desintegrando esta definición podemos entresacar los elementos que constituyen un recurso administrativo; la clasificación más generalizada al respecto es la que vamos a exponer:

#### **Elementos del recurso administrativo.**

##### **1.—Existencia de una resolución.**

<sup>7</sup> Citado por Serra Rojas Op. cit. Pág. 1097.

<sup>8</sup> Op. cit. Pág. 592.

- 2.—Afección a un derecho.
- 3.—Autoridad competente.
- 4.—Plazo de interposición.
- 5.—Formalidades.
- 6.—Procedimiento.
- 7.—Obligación de resolver nuevamente.

1).—**Existencia de una resolución.** Es este un elemento de los llamados esenciales para la existencia del recurso, sería ilógico e irrelevante para el Derecho el pretender impugnar una resolución expresada sólo en forma verbal por una autoridad, es más que un elemento, un presupuesto. El maestro Nava Negrete<sup>9</sup> nos enseña que las resoluciones o actos impugnables pueden ser regladas o discrecionales, siempre y cuando estos últimos no sean actos de gobierno o políticos; en el capítulo I, excluimos del seno de los actos administrativos “puros” a los actos de gobierno, los cuales, por acomodaticios y variables, escapan a la regulación. Nava Negrete hace cita de Andreozzi, al aclarar “que si bien todo acto político es discrecional, no todo acto discrecional es un acto político”. “...el acto político está totalmente fuera de la órbita de la administración activa. Aquel no produce consecuencias de carácter jurisdiccional ni ocasiona otras responsabilidades que no sean de carácter político, mientras que este otro tiene consecuencias no precisamente políticas sino jurídicas”.

2).—**Afección a un Derecho.** También de carácter esencial resulta el poseer un derecho, o bien un simple interés legítimo, atropellados, como base subjetiva en el nacimiento del recurso adjetivo. El Estado, que se reconoce perfectible, exige no obstante que para impugnar se tenga por lo menos un interés legal propio y no sólo un ánimo doctrinario de legalidad.

3).—**Autoridad competente.** Al igual que la autoridad productora, también debe estar legitimada la autoridad revisora que puede ser:

A).—La misma autoridad que dictó la resolución.

---

9 Op. cit. Págs. 55 a 57.

B).—Su superior jerárquico, caso en el que ésta tiene ilimitada amplitud al hacer un nuevo examen del caso.

C).—Un órgano independiente creado por la ley, el cual, en vista de que su función es materialmente jurisdiccional, sólo podrá revisar lo actuado. Al respecto hacemos nuestro lo expresado por Nava Negrete<sup>10</sup> “Consideramos que toda exigencia técnica que condicione la procedencia del recurso o limite la acción del órgano revisor del acto, contribuye a negar la justicia más elemental o a hacer nugatoria la garantía o defensa que significa el recurso administrativo para el derecho de los particulares...”.

4).—**Plazo de interposición.** Es propio del recurso, más no está en su esencia. Autores como Serra Rojas<sup>11</sup> ven en este elemento sólo eso, es decir, el transcurso de un período durante el cual es procedente la impugnación, pero Fraga<sup>12</sup> atisba en él la evidencia misma de que existe un auténtico recurso y debido a eso debe concederse un período para su ejercicio. Nava Negrete<sup>13</sup> enseña: “normalmente el término que se establece para la presentación del recurso es de 10 ó 15 días sin que para ello se siga regla alguna, siendo más bien producto de apreciación lógica, discrecional, comprende los días hábiles y su cómputo lo resuelve cada ley”.

Como parte de lo administrativo, el texto del nuevo Código Fiscal prescribe para su materia: “Artículo 159.—La tramitación de los recursos administrativos establecidos en este Código y la de los instituidos en las demás leyes fiscales que no tengan señalado trámite especial, se sujetará a las normas siguientes: . . . “II. El escrito será presentado dentro de los 10 días siguientes en que surta efectos la notificación del acto que se impugna ante la autoridad que dictó o realizó dicho acto; si el recurrente tiene su domicilio en población distinta del lugar en que reside la autoridad citada, podrá enviar su escrito, dentro del mismo

---

10 Op. cit. Pág. 59.

11 Op. cit. Pág. 1098.

12 Op. cit. Pág. 593.

13 Op. cit. Pág. 61.

término, por correo certificado con acuse de recibo, o bien presentarlo ante la autoridad que le haya notificado la resolución. En estos casos se tendrá como fecha de presentación del escrito respectivo, la del día en que se haga la entrega en la oficina de correos o a la autoridad que efectuó la notificación”.

5).—**Formalidades.** También es propio del recurso el deber de revestirlo de formas como el que se haga por escrito, se señalen agravios, garantías, etc.

6).—**Procedimiento.** Tampoco resulta esencial el procedimiento que cada ley señala para el desahogo del recurso y las pruebas que pueden rendirse.

7).—**Obligación de resolver nuevamente.** Sin esta posibilidad resultaría inútil que la autoridad revisora se avocare al conocimiento de un recurso.

Ahora bien, a la clasificación anterior el maestro Nava Negrete agrega un elemento esencial y dos características que son:

A).—Una ley que establezca el recurso y

B).—Garantías para suspensión.

C).—Pruebas.

Y los explica así:

A).—<sup>14</sup> “Congruente con un régimen de Derecho el recurso administrativo debe ser establecido por la ley. Sólo así se justifica por una parte el Derecho del administrado a impugnar e inconformarse de un acto administrativo y por la otra, la obligación de la administración de resolver en cuanto al fondo la inconformidad. La ausencia de un texto legal que lo establezca, permitiría a la autoridad admitir o no la instancia, decidir o no el fondo de la cuestión suscitada por uno de sus actos, la discreción substituiría al mandato de la norma jurídica. La solución de la autoridad y su demanda por el particular no son “por gracia” de la administración, son obligación jurídica de decidir y Derecho legal de exigir, respectivamente”.

---

14 Op. cit. Pág. 52.

B).—Se expresa que es generalidad el no suspender la ejecución del acto administrativo con un recurso.

C).—Se sigue en lo referente a pruebas la pauta del derecho común y no hay reglas comunes en lo tocante a su valoración.

Nosotros pensamos también que debe incluirse en la clasificación dada, el elemento "Ley previa" tal y como lo expresa Nava Negrete, por las razones que ofrece. No opinamos igual respecto a los otros dos elementos, ya que la suspensión es para nosotros un requisito formal que, en caso de permitirse, debe ser llenado por el particular interesado y la cuestión de las pruebas es típicamente procedimental, por lo que no creemos necesario desligarlas de esos aspectos elementales.

Lógico es ahora hacerse la pregunta en lo que toca a la naturaleza de tal recurso, es que acaso la administración lleva a cabo una función jurisdiccional o simplemente es administrativa. En doctrina son ampliamente conocidas las desquisiciones que se han planteado, debido a ello, nos limitamos sólo a exponer lo más generalizado y de este modo, completar los caracteres del recurso administrativo.

Quienes sostienen que al resolver el recurso la administración ejecuta un acto jurisdiccional apuntan:

1.—Con la resolución del recurso se pone fin a una verdadera controversia de intereses entre particular y administración, que tiene como fondo la posible violación de la ley.

2.—El hecho de que se señale plazo de interposición, pruebas y formalidades muestra la semejanza del procedimiento administrativo con el judicial.

3.—Además, la autoridad administrativa que dicta una resolución se ve impedida a revocarla, en comunión con la prohibición que soportan los jueces.

4.—Finalmente, la ley deja al criterio del afectado la vía más adecuada para defender su derecho, pero una vez que se decide por la judicial o la administrativa, no puede cambiarla.

Contrariamente a esos argumentos tenemos:

1.—Si la resolución del recurso es la que va a expresar el criterio firme de la autoridad respecto al caso, es imposible afirmar antes de ese momento que tenga un interés contrario al del particular.

2.—La similitud de formalidades no otorga facultades a la administración para “decir el Derecho”, la función jurisdiccional es esencialmente teleológica y esta es una característica que no se adquiere por el hecho de adoptar su revestimiento formal.

3.—La irrevocabilidad de las resoluciones es insuficiente para despojar al recurso de su carácter administrativo, ya que simples actos de administración son también irrevocables sin ser resoluciones, es tanto como querer tachar de administrativos los actos con que el juez invoque la “economía procesal”.

4.—Del mismo modo, no puede inducirse que en virtud de no permitir el uso de las dos vías al impugnar se conceda con ello a ambas igual naturaleza.

En nuestra opinión, son de más peso estos últimos argumentos.

### III.—RECONSIDERACION Y REVISION

Del concepto, partes integrantes y naturaleza jurídica del recurso hemos hecho breve exposición, pero veamos ahora qué medios han sido reputados como recursos en nuestra legislación. Los autores están de acuerdo en que son dos los que llenan esos requisitos, sólo que la terminología para su adecuada nominación es aún confusa. Por nuestra parte vamos a denominarlos a la manera de Nava Negrete <sup>15</sup> 1.—Reconsideración y 2.—Revisión. Este autor afirma al respecto “comparando las clasificaciones de la doctrina y la regulación de la ley de los recursos administrativos, podemos hablar de dos grandes tipos o grupo de recursos: Los que conoce y resuelve la autoridad autora de los actos impugnados y los que conoce y resuelve una autoridad diversa, que puede ser la jerárquicamente superior a la que dictó el acto reclamado o un órgano administrativo especial. ¿Cómo denominamos a

---

15 Op. cit. Pág. 103.

ner en sus actos el mismo cuidado que el juez a sus sentencias, esta situación, aunada a la organización burocrática que requiere frecuentemente el concurso de varias personas para la producción de un acto, hacen que se cometan errores; por medio de la reconsideración se dá a la autoridad una nueva oportunidad de revisar el acto, tomando en cuenta para ello las objeciones que en defensa de su derecho le presentan los particulares y además evitando que el control y medida de sus actos salga de su dominio.

El recurso administrativo de reconsideración debe tener para serlo, todos los elementos que anotamos como propios de un recurso, destacando, por su importancia, el de encontrarse establecido en una ley que obligue a la autoridad a desahogarlo, por que de otro modo, si contra el acto perjudicial hubiera podido instaurarse el juicio de garantías y el particular echa mano de la reconsideración no establecida por ley para defenderse, puede suceder que transcurra mientras tanto el término de interposición del amparo, quedando el gobernado sin derecho adjetivo a su disposición.

En nuestro medio jurídico es frecuente que los gobernados soliciten de la autoridad el retiro de un acto con base en el tenor del artículo 8 Constitucional que ordena: "Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que éste se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa, pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese Derecho los ciudadanos de la República.

"A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario".

Esto ha producido el dilema de aclarar si se considera o no un recurso el ejercicio del Derecho de petición mencionado y por tal, si interrumpe o no el término de interposición del amparo; la Suprema Corte ha establecido "Cuando la reconsideración no está expresamente establecida por la ley del acto, no puede tener por efecto interrumpir el término para pedir amparo y puede desecharse de plano, pero cuando es interpuesto dentro de los quince días siguientes a la notificación del acuerdo y ad-

mitida y substanciada, debe conceptuarse que el término para interponer el amparo, ha de contarse desde la fecha de la notificación de la resolución que recaiga a tal reconsideración, pues hasta entonces tiene el acto el carácter de definitivo para los efectos de la fracción IX del artículo 107 de la Constitución Federal, toda vez que hubo posibilidad de revocarlo o reformarlo". Tesis 880, Tomo III, Pág. 1628. Reconsideración.

Con esta tesis se deja al arbitrio de la autoridad el admitir o no la reconsideración y faltaría ya uno de los elementos de un recurso, que es precisamente, la obligatoriedad de la aceptación, pero no sólo eso, sino que también se deja oportunidad a que la autoridad guarde silencio respecto a la admisión y con ello perjudicaría al peticionario, que esperando respuesta, no acudiría al juicio de garantías en tiempo y lo único que podría obtener sería una orden federal para que la autoridad le contestara su petición, sin que exista la obligación de hacerlo en forma afirmativa a sus intereses.

En forma más lógica se ha expresado el Pleno del Tribunal Fiscal al afirmar: "Si no existe establecido el recurso en las leyes correspondientes, el interesado no debe intentarlo antes de ocurrir al Tribunal Fiscal, porque quedaría sin defensa, debiendo tener en cuenta que la autoridad ante quien un particular hace una petición, con sólo el fundamento del artículo 8 Constitucional no está obligada a estudiar el fondo del problema de que se trata, y su única obligación es la de contestar por escrito la solicitud del interesado, consiguientemente, si el causante recurriera a alguna gestión en la forma indicada en el último término, se expondría a perder el derecho de objetar la resolución ante el Tribunal Fiscal".<sup>16</sup>

## 2.—La Revisión.

Tiene su fundamento en el régimen de administración centralizada, en la facultad concedida a las autoridades jerárquicamente superiores para mantener el principio de legalidad dentro de la administración y de ello, deriva que el particular puede ha-

---

16 Revista del Tribunal Fiscal 1938. Página 200.

cer uso de este recurso y dirigirse al superior del funcionario actuante en petición de ejercicio de su jerarquía.

Al igual que en tratándose de la reconsideración podemos en la revisión establecer dos supuestos:

a).—La ley no reglamenta la revisión, en este caso el plazo para hacerla valer queda al buen criterio del particular, tampoco las formalidades son regulares, ni probar que se tuvo un auténtico derecho.

b).—La ley establece y regula su procedimiento, en este caso nos encontramos ante un recurso legal.

Es importante hacer notar respecto a estos dos recursos lo que estatuye el nuevo Código Fiscal y que es exclusivo para esta materia:

“Artículo 158.—Contra las resoluciones dictadas en materia fiscal federal, sólo procederán los recursos administrativos que establezcan este Código o los demás ordenamientos fiscales”.

“Cuando no exista recurso administrativo, será improcedente cualquier instancia de reconsideración”.

“Las resoluciones que se dicten como consecuencia de recursos no establecidos legalmente, serán nulas. Dicha nulidad será declarada, aún de oficio por la autoridad superior a la que hubiere dictado la resolución si ésta no modifica, en favor del particular, la primera resolución; si hubiere modificación favorable al particular, la nulidad de la nueva resolución sólo podrá ser declarada por el Tribunal Fiscal”.

“Artículo 160.—Cuando las leyes fiscales no establezcan -recursos, procederán:

I.—La revocación.

II.—La oposición al procedimiento ejecutivo.

III.—La oposición de tercero.

IV.—La reclamación de preferencia.

V.—La nulidad de notificaciones.

“Estas defensas no podrán ser ejercitadas en contra de resoluciones o actos que sean consecuencia de recursos establecidos en otras leyes fiscales”.

“Artículo 161.—La revocación sólo procederá contra resoluciones administrativas en las que se determinen créditos fiscales”...

Atendiendo a este texto, el recurso de reconsideración, llamado en el Código revocación, se transforma en legal siempre que se trate de actos determinativos de créditos en materia fiscal y continuará opcional en los demás temas, según estatuya cada ley.

De esta manera, los dos recursos vistos protegen a los particulares en contra de las arbitrariedades de quienes manejan la administración pública, pero esta protección se amplía a todo tipo de acto administrativo, nosotros los hemos tocado tomando en cuenta que la discreción puede ser regulada también mediante estos recursos, aplicables por su generalidad a cualquier manifestación administrativa, y tomando nota de sus limitaciones teóricas y procedimentales; dichos recursos guardan a nuestro estudio un especial interés, características que los hace expresamente adecuados para limitar el arbitrio. Bien afirma Diez<sup>17</sup> “Producido el acto, donde el órgano administrativo ha ejercido su Poder Discrecional, es necesario estudiar si es posible realizar el examen del mismo en sede administrativa o en sede jurisdiccional. En cuanto al examen en sede administrativa, puede ocurrir que éste se efectúe en el seno de la administración activa y corresponde al llamado contralor jerárquico. En este supuesto, el acto efectuado por el inferior jerárquico está sometido a contralor por el superior, contralor que habrá de hacerse efectivo sobre la totalidad del acto, vale decir, no solamente en los casos en que el acto responde a una actividad vinculada sino a los supuestos de oportunidad y consecuencia”.

Dicho de otro modo, la reconsideración y la revisión, aunque muchas veces son verdaderos recursos procedimentales a

---

17 Op. cit. Derecho Administrativo. Pág. 149.

disposición del gobernado, es más frecuente que no se encuentren normados y por ello no distan mucho de los medios preservadores del buen funcionamiento administrativo que nosotros estudiamos, o sea, de la autotutela; a cambio de ello nos reportan el enorme beneficio de examinar no sólo los elementos externos del acto perjudicial, como pueden serlo la competencia o la forma, sino también el elemento mérito, la adecuación del acto al fin propio de la ley, la zona discrecional por antonomasia, aquí radica la importancia de su mención. Si bien poseen la amplitud necesaria para analizar lo subjetivo en la actuación de los funcionarios, es quizá esto lo que trae aparejada su deficiencia, si no tienen límite formal para examinar un criterio, es deducible que para ello se emplee el criterio propio del revisor, funcionario que pertenece también al engrane productor de la resolución, con una serie de ligamentos indistintos en el seno de la dependencia administrativa, que bien por convicción de clase en la mayoría de los casos por inercia, falla el recurso a favor de los intereses a que pertenece. Salvo raros casos, los recursos administrativos son estériles a la justicia por adolecer de parcialidad.

La organización y la especialización de los nuevos funcionarios, seguramente harán menos marcada esta objeción y el recurso administrativo ocupará el lugar vacante como medio rápido y eficaz de prever los entuertos del arbitrio; de ello sentimos el optimismo de Bielsa:<sup>18</sup>

“La principal virtud del recurso jerárquico es que reafirma el régimen de Derecho de la Administración Pública limitando lo discrecional, (que suele ser discrecionalismo) y advirtiendo a los funcionarios de todos los órdenes, que sobre ellos hay un poder de revisión y que si sus actos no conforman a la ley tanto en punto a competencia y forma, como al fin que tienen, por su contenido y dirección, serán revocados. En este sentido el recurso jerárquico es educador, no sólo con respecto a los funcionarios, sino también a los administrados, porque ven en él un medio protector de sus derechos e intereses legítimos, y

---

18 Citado por Serra Rojas. Op. cit. Pág. 1104.

porque les sirve de gimnasia cívica, mediante la cual todos colaboran a la buena Administración que es también política”.

#### IV.— EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Si bien los recursos administrativos pueden proporcionar al afectado por el mal uso del arbitrio una defensa amplia, por el hecho de abarcar la zona discrecional, también es cierto que su ineficacia es manifiesta, ya que anidan en el seno de la Administración; ha sido este dilema el que llevó adelante a los defensores de la justicia administrativa para alcanzar una noción más cercana a la protección de los intereses particulares y surge, de este modo, la idea del Contencioso Administrativo como medio de llevar a cabo el control jurisdiccional de los actos de la Administración.

No incumbe al temario que nos hemos fijado indagar sobre la naturaleza jurídica del Contencioso Administrativo, por lo que sólo vamos a esbozar su noción y al efecto sigamos a Guasp<sup>19</sup>:

“Por su naturaleza, pues, se trata de un auténtico proceso perteneciente al mismo *genus commune* que el civil, el penal o el del trabajo; diferenciándose de éstos en el especial carácter de las normas que sirven de fundamento a la pretensión y significándose respecto a otros tipos de procesos administrativos por su generalidad frente a la índole singular o especializada de los restantes”.

De manera que resulta ser un proceso motivado por un acto de la Administración, en que las partes son la Administración por un lado y el gobernado por el otro y que se encarga para su desarrollo a un tribunal que puede ser administrativo o judicial, pero que estará desempeñando una función jurisdiccional.

Teóricamente se ha dividido el contencioso en:

a).—Formal.

b).—Material.

---

19 Guasp Jaime. Citado por Nava Negrete. Op. cit. Pág. 116.

Formalmente el contencioso toma en cuenta el tribunal que resuelve las controversias entre el gobernado y la Administración.

Materialmente sólo se comprende en el contencioso la situación controvertida en sí misma, sin tomar en consideración el tipo de organismo que la resuelve.

Primeramente nos ocuparemos del contencioso en sentido material o *strictu sensu*, en vista de que el formal, sólo observa los organismos adecuados para dilucidar el primero. En tal virtud, tenemos que materialmente tiene el contencioso varias características:

1.—Son partes en el contencioso la Administración y las instituciones que forman parte de ella, como son los organismos descentralizados, las comisiones autónomas, etc. y, por otra parte, las personas físicas o morales que tengan el carácter de gobernados. Normalmente es el particular quien entabla la controversia con base en un acto de autoridad lesivo a su interés, pero puede ocurrir que sea la autoridad quien demande la nulidad de un acto dictado por algunos de sus órganos y cuyo contenido le repara perjuicio, es este el juicio llamado *juicio de lesividad* que contempla la fracción II del artículo 192 del nuevo Código Fiscal:

“II.—Cuando se pida la nulidad de una resolución favorable a un particular, la demanda deberá presentarse dentro de los cinco años siguientes a la fecha en que sea notificada la resolución, salvo que dicha resolución haya originado efectos de *tracto sucesivo*, caso en el cual la autoridad podrá demandar la nulidad en cualquier época para los efectos de la sentencia, en caso de nulificarse la resolución favorable, sólo se retrotraerán a los cinco años anteriores a la presentación de la demanda”.

Como ya lo expresamos en el primer capítulo de este trabajo, nuestra Corte Suprema aún admite el criterio de la doble personalidad estatal como Poder Público y Entidad Privada; pero como la consecuencia inmediata de esta postura es excluir del Derecho Público los actos que se realizan a igualdad de nivel con los particulares, es obvio que sólo formarán parte del

contencioso administrativo las autoridades que ejerzan Poder Público.

2.—Es también característico del contencioso administrativo el tener como base un conflicto, que es siempre producto de un acto administrativo, ya hemos hecho también un breve resumen de lo que es un acto administrativo, nos interesa ahora observar cuales de los muchos tonos que contiene éste hacen que proceda en su contra el contencioso administrativo.

Al tratar, en párrafos arriba, la intervención de los particulares como un medio reflejo por el cual el gobernado puede lograr justicia, aprovechándose de la autotutela que se da la Administración, ejemplificamos con el procedimiento conflictivo de otorgamiento de concesiones, allí se clarifica el hecho de un conflicto en el que no se da recurso contra la autoridad que; sin embargo, obra como tal, y tampoco se produce el contencioso, ya que no hay un acto administrativo propiamente dicho, es decir, como punto final del conflicto surgirá apenas la "decisión prealable"; no se da el contecioso porque éste necesita como presupuesto procesal la existencia previa de un acto administrativo. Como antecedente en esta circunstancia teórica el nuevo Código Fiscal señala en su sección IV: "De los casos de improcedencia y del sobreseimiento", "Artículo 190.—Es improcedente el juicio ante el Tribunal Fiscal: . . ."

"...VII.—Cuando de las constancias de autos apareciere claramente que no existe la resolución o el acto impugnado" . . .

Además, el acto que motive el conflicto, debe tener el carácter de definitivo en cuanto se refiere al agotamiento de las vías administrativas para destruirlo; ese acto debe ser el producto de la última resolución posible de parte de la jerarquía burocrática. Este requisito teórico fue previsto en el nuevo Código Fiscal en la fracción IV del mismo artículo 190:

"...IV.—Contra las resoluciones o actos respecto de los cuales conceda este código o la ley fiscal especial, algún recurso, medio de defensa ante las autoridades administrativas o deban ser revisadas de oficio, por virtud del cual puedan ser modificadas, revocadas o nulificadas, aún cuando la parte intere-

sada no la hubiese hecho valer oportunamente. No operaría esta causa de improcedencia cuando las disposiciones respectivas declaran expresamente que es optativa la interposición de algún recurso o medio de defensa ante las autoridades administrativas”.

Piénsase también que dicho acto debe ser reglado para originar un conflicto propenso a contencioso, sustrayendo a la órbita de éste, todo aquel acto que haya nacido del ejercicio de la facultad discrecional de la administración, tal como si se tratase de un intocable tabú, como si no fuese este ejercicio algo también jurídico y discrecional sólo en partes, Gallostra<sup>20</sup> sentencia:

“No podrán dar lugar a la materia contencioso administrativa aquellas otras providencias que toma el Poder Administrador, digámosle así, mandando; esto es, usando de las facultades que tiene para disponer, en general, lo que crea conveniente al interés de todos los ciudadanos y procediendo en esto discrecionalmente, y sin más limitaciones que su responsabilidad según las leyes de cada país”.

Contra esta amplia corriente de pensamiento, se levanta la razón de los juristas que incluyen los mal llamados “actos discrecionales” dentro de lo contencioso. Aún en el supuesto de que no pudiese ser controlada la discrecionalidad, no debemos olvidar que los actos administrativos en su estructura, pueden gozar de discreción en alguno o quizá en ninguno de sus elementos (Ut supra, cap. 2), pero que el sujeto competente y sobre todo el fin, siempre serán reglados y bastaría sólo la presencia de este último, para que jurisdiccionalmente se pudiera apreciar la anormalidad de un acto que, aunque libre en cuanto a su evolución, tiene que ajustarse a su fin esencial. El Derecho, celoso cancerbero de esta situación, no puede suponer como principio el que escapen a su control ciertos actos que gozan de menos elementos vinculados que otros.

Así, el conflicto que requiere el contencioso se origina en un acto administrativo, cuya existencia esté probada y que sea

---

20 Citado por Serra Rojas. Op. cit., pág. 1123.

definitivo, sin que sea necesario que se genere en facultades regladas o discrecionales.

3.—Última propiedad del contencioso, lo será el hecho de que el acto administrativo que lo impulsa, debe lesionar los derechos e intereses legítimos del particular. Al referirnos a “interés”, recordamos que el interés general puede hallarse en cualquiera manifestación que haga el Estado; por ejemplo, todos estamos interesados en el buen funcionamiento del autotransporte, pero ello no nos concede el Derecho de instar al Estado a que transforme el sistema vigente. Por el contrario, un interés legítimo es aquel que en convivio con el interés general, agrega el suyo propio, mismo que no está directamente protegido en ley; volvemos, por razón económica, a citar el ejemplo de las concesiones a particulares, en ellas está comprometido el interés general de la colectividad y el del reducido grupo de pollicitantes concesionarios.

El Derecho Subjetivo es ya, al decir de la doctrina “el interés jurídicamente protegido”, es el interés personal elevado al rango más alto de protección.

A excepción del simple interés general, el interés legítimo y el Derecho Subjetivo pueden causar, al ser alterados, la procedencia del contencioso administrativo.

## V.—CONTENCIOSO FORMAL

Decíamos que formalmente el contencioso mira el órgano que se encarga de resolver los conflictos y en ello, cada país, vistas las necesidades de su desarrollo jurídico, ha dado soluciones distintas a la cuestión; se siguen, no obstante que se les modifica, los dos grandes sistemas base de organización en tribunales contenciosos:

1.—El Anglosajón o Judicial y

2.—El Francés o Administrativo.

Que encuadrando desde ángulos opuestos el viejo principio de la división de poderes, tienen su esencia respectiva en los razonamientos:

1.—El Poder Administrativo, está imposibilitado para juzgar los actos que de él emanan, ya que el juzgar corresponde al Poder Judicial, quien de ese modo se vería intervenido.

2.—Si el Poder Judicial incorpora a su férula la justicia administrativa, que por tener este carácter debe ser también conocida por tribunales administrativos, el Poder Administrador que daría sometido al Poder Judicial.

El primer sistema produce la ventilación de los negocios dentro del Poder Judicial común, con los mismos juzgadores que desahogan negocios civiles o mercantiles; en tanto que el segundo sistema implica la creación de tribunales especializados en materia administrativa, organismos que estando dentro de la administración, no forman parte de ella y conservan criterio y función independiente de aquella.

A sendas estructuras, se les han hecho hondas críticas y de ellas también surgieron muchas variantes y organizaciones mixtas, aunque ninguno de los dos es perfecto, sí es susceptible de perfección, y prueba de ello es que los países adoptantes les han introducido modalidades para adaptarlas a su propio sistema.

1.—El sistema judicial conserva una jurisdicción única para el conocimiento de lo común y lo administrativo; las mismas normas adjetivas que rigen al uno sirven para el otro de manera que sólo cambia la materia a conocer, sirviendo a su ejercicio el mismo procedimiento.

Este sistema tuvo su origen y es usado en países anglosajones como Inglaterra y Estados Unidos, pero su influencia ha llegado a todo lo largo del Continente Americano, por lo que es común que se utilice en los países Latinoamericanos. Es precisamente el jurista argentino Rafael Bielsa<sup>21</sup> quien lo califica de ideal: "que la autoridad judicial ha sido creada precisamente para conocer o aplicar la ley; a ella corresponde, impidiendo la violación de la ley, tutelar los derechos de los ciudadanos, de los administrados en suma". Podemos advertir con claridad, en

---

21 Citado por Fraga. Op. cit., pág. 609.

esta afirmación, el primer pensamiento que sobre la división de poderes hemos expuesto arriba y que originó el sistema judicial respecto al contencioso.

Utilizando este sistema judicial en lo contencioso, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha tenido serios problemas para controlar la discrecionalidad administrativa. En virtud de que se encuentra vigente aún la Constitución que se dieron las trece colonias rebeldes de la metrópoli inglesa, con sus contadas reformas, y que ella ha tenido que ser moldeada a las necesidades del país más moderno de la actualidad, la Corte Suprema ha necesitado usar de todo ese gran poder que en Norteamérica la superpone al Poder Ejecutivo inclusive. La institución de la que han tenido que echar mano los jueces norteamericanos es la del "debido proceso legal", que en un principio fue concebida como una garantía procedimental; cuyo equivalente en México sería aquella parte del artículo 14 Constitucional que reza: ... "sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho". Esta garantía ha sido remosada para dotarla de un contenido substancial y argumentar que la obligación "debida" en un proceso legal, no sólo consiste en llevar a cabo éste, sino también en hacerlo justo y equitativo, es decir, que no sólo se apegue a la finalidad legal; en casos en que la facultad o Poder Discrecional se ha usado caprichosamente, los ministros de la Corte han tenido que invocar lo incongruente de una decisión irrazonada pero legal, con los principios inspiradores de la Constitución Norteamericana que, según se ha dicho, deben ser la justicia que impera en todo país civilizado. Dichos casos, entre los que se hicieron famosas varias anulaciones a favor de lavanderías propias de ciudadanos chinos, han servido de precedente inmediato a todos los postulantes que en Norteamérica defienden al gobernado de la discrecionalidad ejercida por la Administración.

2.—Por su distinta configuración y la definitiva influencia que ha tenido entre nosotros, veremos con detenimiento la estructura del sistema francés.

Dos principios cimentan la jurisdicción administrativa en Francia:

A).—Los Tribunales Judiciales no tienen incumbencia en las contiendas administrativas.

B).—La Administración Activa está separada de la Administración Contenciosa.

A.—La no interferencia de Tribunales Judiciales en lo administrativo tuvo sus raíces en la decadencia del antiguo régimen monárquico en Francia; el constante aumento de los impuestos y las reformas administrativas y financieras que los consejeros proponían al rey, se estrellaban sistemáticamente contra la oposición de los Parlamentos Locales, que tenían ante sí a un pueblo hambriento, cargado de gravámenes y harto de solventar el boato de la Corte, esta oposición constante de los Parlamentos, formó la idea de quitar a dichos cuerpos judiciales la competencia en lo relativo a la Administración, esta idea fue aprovechada y desarrollada por los dirigentes revolucionarios para lograr una administración expedita y sobre todo, para frenar la intervención de los jueces en la política gubernativa. La ley de veinte de agosto de 1790 separó a las autoridades judiciales de las administrativas y prohibió a aquellas “turbar de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar ante ellas a los administradores por causa de sus funciones”.

Con la separación de los dos tipos de justicia se buscó la protección de los intereses de la Administración, previniendo la intervención política de los jueces; con el devenir del tiempo, esta separación ha venido a favorecer a los particulares, que como parte débil en sus relaciones con la autoridad, encuentran en el seno mismo de la Administración una justicia que les resulta más expedita y menos formal que la impartida por los Tribunales Judiciales.

El problema insito en esta separación de jurisdicciones, es la clasificación en un momento dado de un conflicto, dentro de la órbita de lo contencioso administrativo o de lo judicial común, ya que ambas señalarán como suya la cuestión, se originan pues los conflictos de atribución que van a parar a un Tri-

bunal de Conflictos, creado exprofeso para dilucidar este nuevo tipo de contencioso; está presidido por el Ministro de Justicia y lo integran por igual; miembros de la Corte de Casación y del Consejo de Estado, su materia de conocimiento puede ser:

a).—Positiva: cuando la Administración, reclama en su justicia un conflicto que se halla en manos del Poder Judicial.

b).—Negativo: cuando ambos, Administración y Tribunales comunes, se declaran incompetentes para conocer de una controversia. Este tribunal a pesar de su indudable necesidad es un tanto injusto, ya que, con su intervención, la administración puede reducir competencia al Poder Judicial, no así este último a aquella, por el hecho de que la intervención de éste es sólo sosteniendo su jurisdicción, sin que tenga derecho de instar para recobrar un conflicto que indebidamente incoe la Administración.

B.—Evidentemente que si se separa la Administración Contenciosa de la Activa hubo de crearse un Tribunal Administrativo y, efectivamente, la Constitución de doce frimario del año VIII creó el Consejo de Estado, que solucionaba el contencioso, pero que carecía de facultades para dictar sentencias, era el jefe del ejecutivo el único autorizado para estos menesteres, lo que provocó un Tribunal Administrativo con justicia retenida en el jefe del ejecutivo, el paso se había dado con flaqueza. No fue sino hasta el año de 1872 cuando la ley desliga ese tutelaje jerárquico y otorga al Consejo de Estado plena libertad para dictar sus fallos, es ya un tribunal de justicia delegada, una institución dentro del Poder Ejecutivo que es, al mismo tiempo, independiente del mismo, ya que no tiene como esencia la administración, sino la jurisdicción.

Complementando la función del Consejo de Estado, encuéntranse tribunales de menor categoría, cuya competencia podrá ser revisada ante aquel en apelación o en casación y que ayudan a desalojar el cúmulo de negocios administrativos. Teniendo como recurso ante el Consejo de Estado a la apelación, encontramos:

1.—Tribunales Regionales de la Francia Metropolitana y de Argelia; aunque nos fue imposible obtener el dato, creemos que

este último, ha dejado de formar parte de la justicia francesa como consecuencia de la independencia política de ese país.

2.—Tribunal Administrativo de Alsacia y Lorena, con residencia en Estrasburgo.

3.—Tribunales Administrativos de Ultramar.

4.—Jurado Nacional de la Plaza de Guerra.

Por medio del recurso de Casación, se encuentran subordinados al Consejo de Estado:

1.—La Corte de Cuentas;

2.—Tribunal de Alsacia y Lorena, tratándose de asuntos que conocieron los antiguos Consejos de Distrito;

3.—Consejos de Revisión;

4.—Consejo Superior de Educación Nacional;

5.—Juntas Contenciosas de Asistencia;

6.—Tribunales Especiales.

El Consejo de Estado no sólo realiza labores jurisdiccionales, sino también importante labor legislativa, interviniendo en la elaboración de las leyes administrativas y funcionando como cuerpo consultivo del Ejecutivo, a este respecto, es generalmente definitiva su intervención ya que de faltar el requisito de su previa consulta, la decisión ejecutiva es anormal.

Los miembros integrantes del Consejo de Estado a excepción de su Presidente, que es nombrado por el Presidente de la República, se nombran en Consejo de Ministros a moción del Ministro de Justicia y se clasifican en:

1.—Presidente;

2.—Vicepresidente;

3.—Cinco Presidentes de Sección;

4.—Cuarenta y dos Consejeros de Estado en servicio ordinario;

5.—Doce Consejeros de Estado en servicio extraordinario;

6.—Cuarenta y cuatro auditores, de los cuales sólo veinte son de primera clase.

#### 7.—Cuarenta y cinco Maitres des Requetes o Instructores.

Este personal está distribuido para su funcionamiento en cuatro secciones administrativas y una del contencioso, con todo el personal del Consejo, se integran la Asamblea General Administrativa, que es la encargada de las funciones legislativo-consultivas del mismo. Cada una de las secciones administrativas tiene un presidente y seis consejeros de servicio ordinario además de consejeros extraordinarios, maitres des requetes y auditores en número conveniente. Con la Sección del Contencioso se encuentran un Presidente y veintidós Consejeros en servicio extraordinario, a más de Maitres des requetes y auditores; la Sección se divide a su vez en nueve subsecciones que conocen en forma única de asuntos determinados como elecciones, o contribuciones directas, pero que en los demás asuntos sólo instruyen el procedimiento, las subsecciones se forman de tres Consejeros, fungiendo como Presidente, uno de ellos y agregando además los funcionarios menores; en casos en que así lo requieran, pueden actuar dos subsecciones unidas.

Existe de igual manera la Asamblea Plenaria del Contencioso, que se nutre de los negocios que le envía el vicepresidente del Consejo de Estado, el Presidente de la Sección Contenciosa o las Subsecciones; esta Asamblea estará presidida por el vicepresidente del Consejo de Estado, por el Presidente de la Sección Contenciosa, por dos Presidentes de las Subsecciones y por cuatro Consejeros de Estado.

Como materias únicas y exclusivas de las que no pueden conocer los demás Tribunales Administrativos subordinados al Consejo de Estado, están:

1.—Los recursos por exceso de poder.

2.—Las cuestiones que suscitan los nombramientos de funcionarios por decreto.

3.—Recursos contra actos que exceden de la competencia de un solo tribunal.

4.—Litigios originados en la Asamblea de Argelia (punto éste que creemos ha dejado también de poseer vigencia).

**5.—Contiendas nacidas fuera de la competencia de otros Tribunales.**

Ante el Consejo de Estado el procedimiento tiene peculiaridades propias, que son principalmente:

a).—El juez instruye él mismo el litigio.

b).—En bien de la seguridad jurídica el procedimiento es básicamente escrito.

c).—Buena parte de él se desarrolla en secreto, aunque esto se limita más al acuerdo que a las audiencias, que en sí gozan de publicidad.

d).—Es necesario que exista la decisión impugnada, ya sea expresa o tácita.

e).—Es irrelevante el hecho de agotar los recursos paralelos antes de acudir al Consejo de Estado.

f).—Por lo general, se exige al actor el asesoramiento de un abogado para la presentación de la demanda, —en papel especial timbrado— dos meses después, a lo sumo, de la notificación perjudicial.

Ante el Consejo se pueden hacer valer derechos sustantivos por medio de cuatro recursos:

1.—Recurso de Plena Jurisdicción.

2.—Recurso por exceso de Poder o de Anulación.

3.—Recurso de Interpretación.

4.—Recurso de Represión.

De ellos, los más importantes y usuales en la práctica y además los únicos que interesan a nuestro estudio, son los dos primeros:

1.—El Recurso de Plena Jurisdicción: se le llama también Recurso Subjetivo, ya que para poder invocarlo se necesita la previa violación por la autoridad de un Derecho Subjetivo del administrado, es ésta la única forma de legitimarse para interposición del recurso; es el recurso ordinario en la justicia administrativa francesa y su conocimiento está encargado a los

jueces del Derecho Común, subordinados por recurso de apelación ante el Consejo de Estado.

Sus efectos no sólo son anulatorios sino que condenan al autor del acto para que, rectificando el mismo respete el Derecho Subjetivo que violó inicialmente, esto en el supuesto de que el sentenciador mismo no substituya o enmiende debidamente la violación; esta amplia facultad al juzgador tiene, en el ámbito jurídico, efectos entre las partes en litigio únicamente sin que pueda alegarse dicha situación ante terceros.

2.—El Recurso por exceso de Poder: también llamado Recurso Objetivo, por la circunstancia de proteger algo objetivo como lo es la ley; efectivamente, para que este recurso proceda no se necesita que la autoridad haya violado un Derecho Subjetivo del gobernado, sino que bastará la trasgresión del simple interés jurídico favorable al particular y contenido en el texto mismo de la ley.

La consecuencia de la interposición con resolución favorable en el exceso de poder tiene sólo efectos anulatorios y declarativos, no condena el juzgador al autor del acto, se conforma con dejarlo sin efectos, pero la declaración afecta aún a los no contendientes, por tratarse de violación a una ley, la violación se considera de interés público y su reparación tendrá efectos erga omnes.

El recurso de exceso de poder es el vástago más fecundo de la jurisprudencia francesa, que lo coloca en ocasiones por encima de la ley misma, cuando algún ordenamiento niegue la procedencia de tal recurso, éste, con base en la jurisprudencia y en la Ordenanza de julio 31 de 1945, podrá interponerse válidamente sin tomar en cuenta opiniones en contra.

El recurso por Exceso de Poder, pasó de ser una vía semi-administrativa en la época en que el Consejo poseía sólo una justicia retenida, a un recurso plenamente jurisdiccional cuando ese Tribunal es dotado de una jurisdicción delegada. Asimismo se liberó de la unión con el recurso de Plena Jurisdicción y ya no fue necesaria la violación a un Derecho estatuido al perjudicado, es decir, se objetivó.

Habida cuenta de su amplitud jurídica de intervención, los motivos para su procedencia no se dejan a la libre interpretación del ofendido y son enumerados en forma taxativa por la ley francesa:

- a).—Incompetencia.
- b).—Violación de formalidades.
- c).—Desvío de Poder.
- d).—Violación de la Ley.

Aún saliéndonos un tanto del tema, nos parece conveniente marcar desde ahora, a reserva de tratarlo con más detalle en adelante, la similitud de estos motivos de procedencia con los estatuidos en el nuevo Código Fiscal, en su artículo 228 que corresponde al antiguo 202, mismos que determinan el resultado del juicio fiscal en México:

“Artículo 228.—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 disposición aplicada, o no haberse aplicado la disposición debida.

d).—Desvío de Poder, tratándose de sanciones”.

Volviendo a las causas que en Francia hacen procedente el Recurso por Exceso de Poder tenemos:

A).—En Francia se han hecho desde siempre las mismas consideraciones que hoy se esgrimen en todas partes sobre la competencia debida de los funcionarios. Al estudiar los elementos del acto administrativo, en el primer capítulo, hicimos un breve estudio sobre la competencia como elemento del acto y, al principio de este tercer capítulo, afirmamos que para el control discrecional, el gobernado podía echar mano de cualquier

defecto en la estructura del acto, he aquí que la competencia de un acto en el que se mal ejerza la discrecionalidad, y no haya manera de probar ese entuerto, puede ser defectuosa y con esto obtenerse la anulación deseada; en el Derecho Francés, se considera un exceso de poder el que la autoridad realice un acto sin la aptitud legal correspondiente y, al igual que en nuestro país, se hace notar la diferencia entre incompetencia que es anormalidad y usurpación en la realización de actos, que es incontrolable pero irrelevante en Derecho.

B).—La violación de formalidades, que aquí tocamos con relación al elemento “forma” del acto administrativo, hace proceder en Francia un juicio por Exceso, pero para ello es necesario que dichas formas sean de carácter substancial y no secundarias; además, estas formalidades deben estar instituidas en ley o reglamento y haberse dictado en interés de los gobernados, el recurso no procederá si se alega violación a formas dictadas en beneficio de la Administración, sólo se evitará la anulación del acto si la autoridad comprueba, fehacientemente, que se encontró en la imposibilidad material de cumplir las formas.

C).—El Desvío de Poder, se origina cuando la autoridad utiliza el poder que le ha sido confiado para la consecución de fines diferentes a aquellos para los cuales se le otorga y, en ocasiones, hasta contrarios al interés general, con ello abarcamos las posibilidades de que el funcionario:

1.—Actúe en interés de la colectividad, pero en uso de una potestad que fue instituida con otros fines.

2.—Actúe dentro del límite que le imponen los fines justificantes de la norma, pero teniendo como meta finalidades propias que pueden ser tan ajenas al interés colectivo como una venganza privada, o bien de interés público, pero ilícitas de cualquier modo, como podría serlo el evitar la aplicación de una ley con una medida aparentemente legal y benéfica.

3.—Actúe, en cuanto se refiere a procedimiento, en ejercicio de una secuela procesal que fue instituida para proteger fines distintos a los debatidos.

Si en estas situaciones es difícil poner de manifiesto un des-

vío oficial, mayor grado de dificultad le representa al Consejo de Estado la clarividencia, tratándose de actos en los que se puede ejercer el Poder Discrecional, cuyas características, ya vistas por nosotros, lo hacen escurridizo; esto obliga al propio Consejo a ser estricto en cuanto a la estimación probatoria de un desvío de poder estatal; la carga de la prueba será siempre para el administrado. Como medios de prueba sólo se reconocen: el expediente formado al acto, el acto mismo, de los motivos en él expresados, de la correspondencia que originó; se acepta también la prueba indiciaria, siempre que las presunciones sean claras, contundentes y precisas, pero el Consejo de Estado no realiza jamás investigaciones que precisaran los móviles de la actuación gubernamental, ni tampoco se asigna el poder de hacer declarar a los funcionarios, ni de recibir pruebas testimoniales; la investigación debe ser objetiva, únicamente sobre los documentos y sus contradicciones, por ser una pesquisa externa se le ha dado en llamar temeraria.

A ello hace alusión Linares<sup>22</sup> cuando escribe:

“Cuando el Consejo de Estado Francés anula un acto por desviación de poder afirmando que en verdad se ejerció la competencia con otra finalidad que la del “buen servicio”, o con otra finalidad de “la que tiene en vista la ley” al otorgar esa competencia, construye una finalidad para la norma general, que se impondrá al acto, aunque distinta de la tenida en cuenta o construida, más o menos deliberadamente, por el funcionario administrativo. Es decir, hace expresa una finalidad supuesta como tácita en la ley. Complementa, con un contenido dogmático construido, la ley. A la inversa, cuando confirma un acto impugnado por razones del vicio de desviación de poder, es decir, cuando el Consejo afirma que tal vicio no existe, construye en la norma general el segmento relativo a la finalidad y considera como alcanzado por esa mención, y por tanto autorizado, el fin del acto administrativo. Huelga señalar que todo el peso de la cuestión estriba en construir con fuerza convincente esa parte de la norma. Los métodos interpretativos tienen aquí un

---

22 Linares Juan Francisco. Op. cit., pág. 227.

importante papel. Sobre su base se establece el fin que mienta la norma, que en última instancia y a falta de otro será el "buen servicio". O también se lo construye en modo indefinido: se afirma que el acto persigue el que la ley tiene, o, por el contrario, no persigue esa finalidad".

D).—La Violación de la Ley que se acepta como provocadora del recurso de exceso, es simple, no es necesaria la violación de un Derecho subjetivo; no es necesaria más transgresión que la de un Derecho en sentido tan amplio que llega a ser sólo un interés. El concepto de ley también se ha alargado para llegar a abarcar reglamentos y hasta circulares de aplicación generalizada.

Para poder ejercer el Derecho de instar ante el Consejo de Estado un recurso por exceso se requiere:

1.—Que el promovente del mismo esté dotado de capacidad procesal, misma que incluye la capacidad civil y la de ejercicio.

2.—Que el promovente posea interés legítimo en el recurso; no se necesita poseer un Derecho subjetivo pero tampoco basta con un interés generalizado.

3.—Sólo las decisiones con carácter de definitivas son recurribles, sobre entendiéndose que deben causar perjuicio al recurrente, ya que de otro modo no procede esta vía.

4.—La satisfacción de los presupuestos procesales de la acción.

5.—La ausencia del llamado "recurso paralelo", o sea aquél por medio del cual se obtendría igual resultado en su ejercicio.

Siendo el Consejo de Estado la máxima autoridad jurídico-administrativa en Francia, contra su autoridad sólo es dable la interposición de los siguientes recursos:

a).—Recurso de Oposición, procedente contra mandamientos que el Consejo de Estado dicte por defecto.

b).—Recurso de Revisión, se usa para evitar la violación de formalidades, en casos en que se resuelve con base en documentos falsos o bien cuando el ocultamiento de documentos por una parte, perjudique a la otra.

c).—Recurso de Rectificación de error material.

d).—Recurso de Tercero Opositor, cuando no se llamó a juicio a una persona determinada.

Teniendo como base este breve resumen de lo que es en Francia el Consejo de Estado, se puede observar que su funcionamiento es aparatoso, rebuscado, exento de sencillez; la cantidad de órganos que anida en sí le impide su propia celeridad, las competencias entre ellos se confunden, la dependencia entre sí de esos cuerpos es oscura; su composición es poco práctica, ya que abundan los órganos instructores y escasean los que tienen potestad ejecutoria para desarrollar lo que ante ellos se expuso. A pesar de todo, el Consejo es en Francia la manera ideal de resolver lo contencioso administrativo y al mundo en general ha legado esa suspicacia legal, la difícil sutileza que le permite usar su poder para escudriñar los excesos legales, la discrecionalidad mal intencionada y en ello, el desprecio por el Derecho. La otra cara de la institución, aquello sin lo cual no hubiese tenido el éxito logrado, lo ha sido y es la solvencia moral y rectitud sin igual de los juzgadores que lo integran, forjadores de la auténtica independencia del Consejo frente a la administración; es a la confianza de esta última actitud y a la circunstancia de que en Francia el Ejecutivo tiene su fuerza limitada por el Parlamento, el que este instituto haya servido hasta hoy de modelo inigualable a todo país que intente desarrollar una recta justicia administrativa.

## VI.—CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO MEXICANO

Nuestro sistema contencioso ha sido esencialmente judicial desde el punto de vista formal, y no sólo ha sido, si no que aún hoy lo es, con excepciones como en las materias de que conoce el Tribunal Fiscal de la Federación; este contencioso que se encamina hacia los tribunales administrativos, hace expresas alusiones al Poder Discrecional y nos proporciona, como particulares, el sendero procedimental que cada caso amerita para impedir el abuso de ese poder con recursos hechos ad hoc, como por ejemplo el desvío de Poder Fiscal o bien los comunes, como el del Código Federal de Procedimientos Civiles o el Juicio de Amparo. En nuestro país coexisten formalmente los tipos de

tribunales que resuelven el contencioso, y las materias de que conocen se dilucidan por exclusión, de la siguiente manera:

Todo conflicto administrativo que no tenga un procedimiento especial de solución en ley expresa, será resuelto por los tribunales federales con base en el procedimiento establecido por el Código Federal de Procedimientos Civiles. Sólo en las materias de su competencia resolverá el contencioso administrativo el Tribunal Fiscal de la Federación.

En otras palabras, la exclusión consiste en que todo lo no correspondiente a la competencia del Tribunal Fiscal o a los órganos especiales creados por leyes administrativas, será de la incumbencia de los Tribunales Federales Comunes.

Ahora bien, aunque la orientación de nuestro estudio nos remita al estudio del procedimiento estatuido por el Código Federal de Procedimientos Civiles, como medio ordinario de entablar demanda en materias no especializadas, y en contra de autoridades que en uso indebido de su Poder Discrecional nos reparan perjuicios, es obvio que esta rúa legal está abrogada en la práctica jurídica debido a que, nadie, en su calidad de agraviado, va a tomar la ruta más larga y tediosa para la restauración de su Derecho. Teniendo a la mano esa rica gama de matices que nos ofrece el juicio de amparo, sería imprudente esperar hasta la resolución de un juicio ordinario cuando en un acto autoritario, dictado en ejercicio indebido del Poder Discrecional se ha violado la legalidad a que está sujeto ese poder, y por lo mismo, se ha alterado una garantía constitucional; de hecho, en ese caso, se tienen las dos vías: el juicio ordinario del Código Federal de Procedimientos Civiles y el Juicio de Amparo, ambos ante la misma autoridad, pero teniendo éste último la ventaja de ser más expedito y enfocar los problemas desde su fondo.

Cosa distinta sucede en materia fiscal y en Seguro Social, por ejemplo, en las que la misma Ley de Amparo por el principio de "definitividad del juicio de amparo", nos obliga a intentar primero el recurso previo ante el Tribunal Fiscal antes de llegar al Amparo.

Antes de emprender el estudio de lo esbozado, aclararemos lo dicho, lo contencioso formal en México es de tipo judicial co-

mún ante Tribunales Federales, con la sola excepción de las materias reservadas al Tribunal Fiscal; sin embargo, nuestro Tribunal Fiscal, inspirado en el Consejo de Estado como es sabido, tuvo un antecedente que aunque rústico, semejaba más al patrón francés y cuya importancia residió en ser el iniciador de una reforma tendiente a destruir el predominio de los tribunales comunes en el conocimiento de la contención administrativa.

Efectivamente, al abrigo de la dictadura Santanista, don Teodosio Lares llevó a cabo la creación de un Consejo de Estado en México, nacido en la Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo de mayo 25 de 1853, que separó a las autoridades administrativas de las judiciales. Comenzó diciendo en su artículo 1:

**"No corresponde a la autoridad judicial el conocimiento de las cuestiones administrativas"**

**Y estatuyó como las de ese carácter:**

**"I.— Las obras públicas.**

**II.—Los ajustes públicos y contratos celebrados por la Administración.**

**III.—Las rentas nacionales.**

**IV.—Los actos administrativos en las materias de policía, agricultura, comercio e industria que tengan por objeto el interés general de la sociedad.**

**V.—La inteligencia, explicación y aplicación de los actos administrativos cuando no sea necesaria la aplicación del Derecho Civil".**

Antes de demandar al gobierno, a los Estados o a sus dependencias, se les hacía llegar una memoria, en la que se expusiera la causal de agravios y objeto de la demanda; deberían entonces dejarse pasar cuarenta días en espera de solución del ministerio emplazado y sólo después de transcurridos éstos podía demandársele, so pena de nulidad.

Los Tribunales carecían de competencia para ejecutar sus fallos en contra de los caudales o erarios estatales o federales,

de manera que la forma de ejecución quedó en manos de la administración.

Según su artículo 3, los ministros de Estado, el Consejo y gobernadores de los Estados y Distritos, y los jefes políticos de los territorios, conocerán de las cuestiones administrativas, en la forma y de la manera que se prevenga en el reglamento que se expedirá, de la ley. Claramente nos expresa la naturaleza política o administrativa que conocía la cuestión, es decir, la justicia que se practicaba era retenida y no delegada.

De acuerdo al artículo 4, habrá en el Consejo de Estado una sección que conocerá de lo Contencioso Administrativo. Esta sección fórmasse de cinco consejeros abogados, que nombra el Presidente de la República.

Presentábase también en esa época el problema de los conflictos de atribución, que ya estudiamos en Francia, sólo que aquí eran resueltos por la primera sala de la Suprema Corte, compuesta ad hoc por dos magistrados propietarios y dos consejeros que nombraba el Presidente de la República y fungiendo como presidente de este pequeño Tribunal el de la sala misma.

Tanto particulares como autoridad, tenían manera de inconformarse en un término de diez días ante la autoridad de gobierno en Consejo de Ministros, cuya resolución era inapelable; en caso de no interponer recurso alguno contra el fallo dado por la sección de Contencioso, este quedaría firme.

La "Ley Lares", como se llamó a esta reglamentación del contencioso administrativo, tuvo corta vigencia, ya que la revolución encabezada por don Juan Alvarez, desconoció en el Plan de Ayutla los actos de la dictadura y por ley de noviembre 26 de 1855 fueron abolidas las leyes de justicia administrativa implantadas tres años antes.

Una vez restituído el sistema, y hasta la expedición de la ley de Justicia Fiscal, el sistema había sido judicialista por tradición para todo tipo de contiendas administrativas, pero el quid ya no estaba ahí, sino que, estando de acuerdo los juristas en la no utilización de tribunales administrativos sino tribunales Federales Judiciales, el procedimiento que ante ellos debería se-

guirse era para unos el común para toda controversia federal, o sea el que estatuye el Código Federal de Procedimientos Civiles y para otros lo era únicamente el Juicio de Amparo.

La base constitucional para el sostenimiento de la primera idea lo ha sido el artículo 104 Constitucional que dicta:

“Artículo 104.—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”.

“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”.

“III.—De aquellos en que la federación fuese parte”.

Esta fracción se refiere a “controversias” de carácter civil o criminal solamente; ahora bien, la idea de llevar la secuela procedimental ante tribunales federales por medio de la ley de amparo, refuta la fundamentación legal en que se apoya la idea expuesta antes y dice:

“...la cuestión no puede ser civil ni mercantil porque interviniendo la Federación como autoridad y no habiendo Derechos civiles entre los particulares y la autoridad, la cuestión nunca será ni civil ni mercantil. La controversia que en estos casos se suscita es una de las que en otros países se conocen con el nombre de contencioso-administrativa”.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Rafael Ortega, citado por Fraga. Op. cit., pág. 618.

O sea que al hablar de "controversias del orden civil o criminal", se toma esta expresión en su sentido natural estricto y no se entiende en ellas las controversias administrativas, por lo que resulta que los tribunales federales conocen comunmente sólo de "...controversias entre particulares o en las que el Estado actúa en su carácter de persona de Derecho Privado: en materia civil o mercantil. Se excluyen las controversias entre los particulares y el poder público".<sup>24</sup>

El maestro Fraga<sup>25</sup> piensa que:

"Los casos a que se refiere la fracción primera del artículo 104 que venimos comentando son aquellos en que no es parte la Federación y en que no se objeta la legalidad de un acto administrativo. Por ejemplo, los casos de ejercicio de las acciones que a la Nación corresponden por virtud de las disposiciones del artículo 27 Constitucional y que, según el mismo, deben hacerse efectivas por el procedimiento judicial".

De acuerdo con estas opiniones, sólo sería viable ante los Tribunales Federales el procedimiento de la Ley de Amparo, pero desde la época de don Jacinto Pallares, notable defensor de esta tesis, se admitía una excepción a este principio tratándose de materia impositiva, ya que, se dijo, el afán de allegarse fondos hará parcial la actitud de la Administración y por tal motivo, en esta materia debía intervenir no como autoridad sino como jurisdicción ordinaria y por tal, rigiéndose por las normas comunes y no por la Ley de Amparo.

Nosotros estamos con Carrillo Flores,<sup>26</sup> como defensor de la tesis a favor del Derecho Común, cuando enseña:

"...numerosas leyes que demuestran que en México se ha aceptado, con apoyo precisamente en la fracción primera del artículo 104 de la Constitución de 17, una intervención judicial por vía diversa del amparo encaminada a conocer de las reclamaciones que los particulares formulan en contra de la validez de

---

24 Serra Rojas Andrés. Op. cit., pág. 1139.

25 Op. cit., pág. 619.

26 Citado por Serra Rojas. Op. cit., pág. 1136.

los actos del poder público. Desde luego, tanto la Ley Orgánica de los Tribunales Federales en vigor, como la anterior de agosto de 1934 que le sirvió de modelo así lo declaran y reconocen. En la exposición de motivos de la segunda de las leyes citadas se dice: "La primera de sus fracciones —del artículo 38—, se refiere a las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de las leyes federales, cuando deba decidirse acerca de la legalidad o subsistencia de un acto de autoridad o de un procedimiento seguido ante las autoridades administrativas".

La única duda en la mente del maestro Carrillo Flores es el problema de aplicación de dicha fracción constitucional, es decir, si necesita para ello su correspondiente reglamentación o si fue presupuesta la aplicación por el Derecho Común.

El mismo Fraga reconoce que la interpretación judicial y legislativa es contraria a establecer como único camino el Juicio de amparo y así lo hace constar:

"Contra las conclusiones que hemos asentado se pueden; sin embargo, citar algunos antecedentes legislativos, como son, los diversos procedimientos organizados en leyes especiales para decidir ante los tribunales controversias que tienen su base en la actividad administrativa, tales como los que se consignan en la Ley Minera, para los casos en que se objete o se exija su aplicación o el respeto de los Derechos o el cumplimiento de las obligaciones que ella impone (artículos 82, 96 y 97); en la Ley de Aguas (artículos 98 y 99) para los casos de oposición y otras resoluciones; en la Ley de Vías Generales de Comunicación (artículo 37) para los de rescisión de concesiones; en la Ley General de Bienes Nacionales para diversos casos en que obtativamente se sigue por la autoridad el procedimiento administrativo o el judicial. (artículo 10)".

Como hemos visto, los argumentos en contra de la aplicación del procedimiento civil para conflictos entre particular y autoridad se sostienen en la crítica a la fracción I del artículo 104 Constitucional; pero es el caso de que el mismo artículo, en su fracción III, otorga competencia a los Tribunales Federales con su correspondiente Código rector en aquellas controversias en que "la federación fuese parte", y en ello no se hace distin-

go sobre la materia de las mismas, que bien puede ser administrativa. A mayor abundamiento y con el propósito de apoyar nuestra convicción, transcribimos la fracción I del artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación:

“Artículo 42.—Los jueces de Distrito del Distrito Federal, en materia administrativa, conocerán:

I.—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”.

En esta fracción en nada se habla de que dichos jueces conocerán por vía de amparo esas controversias y si, por el contrario, el artículo 18 del Código Federal de Procedimientos Civiles prescribe:

...“Los restantes negocios de competencia federal, cuando no exista ley especial, se verán por los Juzgados de Distrito, en primer grado y, en apelación, ante los Tribunales de Circuito, en los términos en que sea procedente el recurso, de conformidad con las disposiciones de este ordenamiento”...

Entonces expresamos la idea de que ante un conflicto administrativo en que se demande a una autoridad federal, (si es local no habrá procedencia), se debe acudir ante un Juez de Distrito siguiendo el procedimiento estatuido por el Código Federal de Procedimientos Civiles. Hasta aquí, todo es más o menos claro, porque nos hemos reducido a buscar un tribunal y un procedimiento para dilucidar conflictos administrativos, pero resulta que nuestro trabajo tiene encomendado un tipo determinado de esos conflictos, que son aquellos originados por el uso immoderado del Poder Discrecional y en nuestro medio jurídico, sólo es posible un control con sede judicial si se incumplen los supuestos de fundamentación y motivación de que habla el artículo 16 Constitucional, dicho de otro modo, si en ejercicio de la discrecionalidad se viola aquella garantía, el Poder Discrecional será controlable, pero consecuentemente a esa violación Constitucional, el Juicio de Amparo es el único procedimiento para repararla.

Como más adelante veremos, el amparo se ha desvirtuado al convertirse en protector de la legalidad so pretexto de viola-

ción constitucional, en demérito de su propia naturaleza y de la celeridad en la justicia, pero por si esto fuese poco, el artículo 16 Constitucional sólo exige una motivación formal y no real en el acto discrecional, por lo que, si como hemos visto, —segundo capítulo, Naturaleza del Poder Discrecional—, la autoridad ejercitante da a sus actos un viso de legalidad e interés público, para esconder aviesos fines personales, la vía de amparo será improcedente y la discrecionalidad aviesa, incontrolable. Por lo expresado, pensamos que mientras no se llega a un Tribunal Contencioso Federal en todas las ramas administrativas, debería por lo menos darse una competencia íntegra al Poder Judicial para juzgar lo contencioso no sólo en uso de facultades reguladas, como pensamos que hoy lo posee, sino también en ejercicio de facultades discrecionales.

A pesar de estas disquisiciones, siempre es posible encontrar dentro de la segura cripta que protege a la discrecionalidad contra el examen judicial, un pequeño resquicio desde donde se le puede regular en forma indirecta.

En efecto, sucede que en ocasiones, la ley misma incluye como una de sus partes la oportunidad del acto. Cuando se le otorgan poderes a la autoridad sanitaria para intervenir propiedades particulares, a fin de preservar la “salud pública”, esa adaptación de la norma al caso forma entonces parte de la ley y al proteger la legalidad, la integridad de la norma, el juez necesariamente tendrá que revisar esa adaptación que es precisamente la zona discrecional.

Otro caso es cuando el Poder Discrecional concedido a la autoridad, atente contra un principio general superior, caso en el que el juzgador se verá en la necesidad de introducir en esa aparente discrecionalidad un elemento de legalidad, para restringir su amplitud y proteger el principio superior amenazado. Aunque jamás se ha dado ese caso, podría suceder que, en uso de la facultad que le concede la fracción IX del artículo 89 Constitucional, el Ejecutivo concediese una patente de Corso, con ello se violarían normas de Derecho Internacional, que por texto expreso del artículo 133 Constitucional forma, junto con ésta, la Ley Suprema de toda la Unión.

En el mismo plano nos situamos cuando la ley es oscura o simplemente cuando hay una laguna en ella, caso que en Derecho Administrativo no es muy teórico, ya que no existe un Código Administrativo; es más, posiblemente sea esta la más destacada forma de intervención judicial en la formalidad; el problema tiene este planteamiento: por una parte el juez tiene la obligación de resolver el negocio que se le plantea, por la otra, no existe ley expresa en la reglamentación del mismo, razón por la cual la autoridad ha hecho uso de un Poder Discrecional legítimo pero perjudicial al interés de un particular; en estas circunstancias, el juez ubicará la discrecionalidad dentro de un margen legal confirmando el acto o bien la considerará injustificada ordenando la nulidad, pero en ambos casos, revisará la discrecionalidad.

#### VII.—EL JUICIO DE AMPARO COMO COTRALOR DISCRECIONAL

Nuestro juicio de amparo, legítimo orgullo de la estructura jurídica que nos rige, ha sido y es el procedimiento más usual entre los postulantes y la panacea milagrosa que el pueblo busca para remediar su impreparación cívica. Su amplitud ha dado pábulo a un uso inmoderado en asuntos carentes de fundamento o bien en maniobras turbias de litigantes sin ética.

Esta situación, de todos conocida, mantiene a nuestra Corte Suprema en un constante recargo de negocios que perjudica no sólo la impartición necesaria de justicia, sino también la economía del país; piénsese en los millones de pesos que duermen entre los altos de expedientes rezagados; pero ello no incumbe a nuestra tarea, si lo mencionamos es con propósito de mostrar nuestra renuencia a considerar dicho juicio como máximo y único remedio, a pesar de reconocer sus inmensas virtudes.

A nuestra labor le fijamos un trayecto, es decir, respecto al juicio de amparo, no vamos a hablar de aquel Poder Discrecional ejercitado en forma anormal que viola abiertamente una garantía individual, verbigracia la libertad de imprenta, ya que en este caso es obvia la procedencia única y máxima del juicio de garantías, no, reducimos el trayecto sólo a aquellas violaciones a

la legalidad que estatuyó ese poder, aunque, según veremos la legalidad sea también una garantía Constitucional.

El maestro Burgoa<sup>27</sup> define dicho juicio de la siguiente manera:

“El juicio de amparo es un medio de constitucionalidad (género próximo), ejercitado por órganos jurisdiccionales (diferencia específica, primer carácter), en vía de acción (idem, segundo carácter), que tiende a proteger al quejoso o agraviado en particular (idem, tercer carácter) en los casos a que se refiere el artículo 103 Constitucional”.

Tomando como punto de partida la definición anterior, que a nuestro juicio reúne los elementos indispensables del citado juicio, busquemos, en el Derecho objetivo, el articulado base que ha servido a los postulantes para interponer el juicio de amparo contra actos, administrativos lato sensu y discrecionales en sentido estricto, que afectan sus intereses.

La violación a una garantía Constitucional, por parte de una autoridad administrativa hace procedente el amparo en forma obvia y encuentra su inicio en la fracción I del artículo 103 Constitucional:

“Artículo 103.—Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I.—Por leyes o actos de autoridad que violen garantías individuales”.

Pero a partir de ese inicio tenemos en seguida las bases para iniciar un juicio de garantías por afección sólo a la legalidad.

El artículo 107 Constitucional ordena:

“Artículo 107.—Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes:

---

27 Burgoa Ignacio. El Juicio de Amparo. Tercera edición Porrúa. México 1950. Pág. 172.

“...IV.—En materia administrativa, el amparo procede contra resoluciones que causen agravio no reperable mediante algún recurso, juicio o medio de defensa legal. No será necesario agotar estos cuando la ley que los establezca, exiga, para otorgar la suspensión del acto reclamado, mayores requisitos que los que la Ley Reglamentaria del Juicio de Amparo requiera como condición para decretar esa suspensión”...

Para la mejor comprensión de esta fracción acudimos a Burgoa<sup>28</sup> cuando comenta:

“Desde luego, el concepto de “resoluciones” que emplea la prevención que se acaba de transcribir, puede referirse tanto a los actos decisorios u órdenes aisladas provenientes de autoridades administrativas, esto es, que no sean culminatorios de ningún procedimiento, como a las decisiones con que se termine cualquier secuela procesal que se desarrolle ante tales autoridades”.

“Ahora bien, para que una resolución en materia administrativa (que con mejor terminología jurídica debiera substituirse por el vocablo de “acto”, por razones obvias)...”

...“VII.—El amparo contra actos en juicio, fuera de juicio o después de concluido, o que afecten a personas extrañas al juicio, contra leyes y contra ACTOS DE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA, se interpondrá ante el Juez de Distrito bajo cuya jurisdicción se encuentra el lugar en que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse, y su tramitación se limitará al informe de la autoridad, a una audiencia para la que se citará en el mismo auto en el que se mande pedir el informe, y se recibirán las pruebas que las partes interesadas ofrezcan y oirán los alegatos, pronunciándose en la misma audiencia la sentencia;”...

Corroborado esto último por la Ley de Amparo, reglamentaria de dichos artículos:

“Artículo 114.—El amparo se pedirá ante el Juez de Distrito:

---

28 Burgoa Ignacio. Suplemento al Juicio de Amparo. Tercera Edición. Porrúa, México 1951.

...“II.—Contra actos de autoridades distintas de las judiciales o de las Juntas de Conciliación y Arbitraje”.

En cuanto a la parte adjetiva los mencionados artículos sustentarán un amparo administrativo, pero es necesario asomarnos al Derecho de fondo que deberá argüirse en la demanda. La esencia del Juicio de Amparo lo será siempre la violación de esos Derechos que consagrados en la Carta Magna, reciben el nombre de Garantías Individuales; Burgoa <sup>29</sup> nos hace la conceptualización de ellas:

“Reuniendo en una proposición lógica los diversos elementos que concurren en la caracterización de la garantía individual, diremos que, ésta se traduce en una relación jurídica que existe entre el gobernado por un lado y el Estado y sus autoridades, por el otro (sujetos activos y pasivos), en virtud de la cual surge para el primero el Derecho de exigir de los segundos una obligación positiva o negativa, consistente en respetar las prerrogativas fundamentales de que el hombre debe gozar para el desenvolvimiento de su personalidad (objeto), relación cuya fuente formal es la Constitución”.

Entre estas prerrogativas fundamentales, nuestra Constitución señala en el párrafo cuarto del artículo 14 la de legalidad que a la letra dice:

“En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta, se fundará en los principios generales del Derecho”.

Esta garantía, en apariencia no tiene incumbencia en nuestro estudio ya que se refiere a “juicios del orden civil”, pero el criterio jurisprudencial nos la ha incluido, oigamos a Burgoa: <sup>30</sup>

“Por lo que toca a las resoluciones administrativas materialmente jurisdiccionales (pues las que no tienen este carácter están condicionadas por la garantía de legalidad consagrada en la primera parte del artículo 16 Constitucional), o sea, a las que

29 Burgoa Ignacio. Las Garantías Individuales. Porrúa. México 1961.

30 Op. cit. “El Juicio...” pág. 900.

recaen a procedimientos contencioso-administrativos, la Suprema Corte a través, del conocimiento constante de los juicios de amparo que contra ellos se promueve, a hecho extensiva a las mismas la garantía consignada en el último párrafo del artículo 14 Constitucional”.

“En conclusión, podemos afirmar que dicha garantía de seguridad jurídica rige a toda materia jurisdiccional con excepción de la penal, traducida aquella en los diversos procedimientos contenciosos que se ventilan ante autoridades judiciales propiamente dichas o ante órganos formalmente administrativos;...”

De tal modo que por extensión jurisprudencial, todo órgano administrativo con funciones jurisdiccionales deberá acatar tal mandato, teniendo como consecuencia, a nuestro trabajo, el que, si una disposición que otorgue Poder Discrecional es aplicada por un órgano materialmente jurisdiccional, pero formalmente administrativo y ese otorgamiento de poder no es por ello muy claro, se violará la garantía antes dicha si se interpreta con un criterio exegético en lugar de hacerlo con criterio auténtico, que es aconsejable por la técnica de la interpretación jurídica, que es a la que se refiere el artículo 14 Constitucional.

En ello, además, viene incluido otro tema, al suponer dicho párrafo que “a falta de ley” la sentencia se funde en los principios generales del Derecho, se da oportunidad al juzgador de crear el Derecho del caso, dicho de otro modo, la autoridad administrativa, obrando jurisdiccionalmente tiene la facultad de crear Derecho.

No obstante, en tratándose de defender a toda costa la legalidad, no existe en todo nuestro Derecho una garantía más amplia que la otorgada por el artículo 16 Constitucional al estatuir:

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

La garantía establecida en el artículo 16 Constitucional no se confunde con la mencionada en el 14 Constitucional, aunque ambas protejan la legalidad; la mención hecha en el 14 Consti-

tucional se refiere sólo a actos de tipo jurisdiccional, en tanto que la del 16, procederá contra la simple molestia de tipo administrativo; es obvio que un acto judicial puede también causar molestias por lo que en él podrán invocarse las violaciones a ambas garantías y, en caso de ser sólo un acto que no derive de un procedimiento, se afectará únicamente el 16 Constitucional.

Las llaves que descubren la garantía que se nos otorga son:

- 1.—La Causa Legal del Procedimiento.
- 2.—La Fundamentación.
- 3.—La Motivación.

Recurrimos a Burgoa <sup>31</sup> para esclarecerlas:

1.—“¿Qué se entiende por “causa legal del procedimiento?” Desde luego éste, o sea, el acto o la serie de actos que provocan la molestia en la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones de un gobernado, realizados por la autoridad competente, . . .”

2.—“La fundamentación legal de la causa del procedimiento autoritario, de acuerdo con el espíritu del legislador de 1857, que permanece ínsito en la Constitución, actual, consiste en que los actos que originen la molestia de que habla el artículo 16 Constitucional, deben basarse en una disposición normativa general, es decir, que ésta prevea la situación concreta para la cual sea procedente realizar el acto de autoridad, que exista una ley que lo autorice”.

3.—“La motivación de la causa legal de procedimiento implica, que existiendo una norma jurídica relativa, el caso o situación concretos respecto de los que se pretende cometer el acto autoritario de molestia, sean aquellos a que alude la disposición legal fundatoria, esto es, el concepto de motivación empleado en el artículo 16 Constitucional indica que las circunstancias y modalidades del caso particular encuadren dentro del marco general correspondiente establecido por la ley”.

Esta sencillez de conceptos se torna confusa cuando llegamos al terreno discrecional si pensamos que precisamente el en-

---

31 Op. cit. “Las Garantías... pág. 439.

cuadre de un caso especial en la norma general, que es la exigencia de motivación a que alude la garantía, o mejor dicho, si la garantía Constitucional exige que el caso especial esté comprendido en la regla general necesariamente, y es precisamente esa adecuación la que se deja al criterio discrecional, siendo un funcionario y no la ley quien diga si un caso ocupa o no un sitio en la regla genérica. Una autoridad al encontrar que una norma general le otorga el Poder Discrecional de incluir o no un caso especial dentro de su amplitud, bien puede, en su ejercicio, incluir dentro de esa norma un caso que, de acuerdo a la lógica, debería regirse por otra ley, ocultando con ello un fin extrajurídico; en este caso se cumpliría con fundamentar y motivar, no se violaría garantía alguna; y sin embargo, se estaría actuando en forma injusta, sin que el amparo se pudiese esgrimir como defensa.

Entre las razones de improcedencia que enumera el artículo 73 de la Ley de Amparo encontramos la siguiente:

“VIII.—Contra las resoluciones o declaraciones del Congreso Federal o de las Cámaras que lo constituyen, de las Legislaturas de los Estados o de sus respectivas Comisiones o Diputaciones Permanentes, en elección, suspensión o remoción de funcionarios, en los casos en que las Constituciones correspondientes les confieran la facultad de resolver soberana o DISCRECIONALMENTE”.

Con ello, bien puede interpretarse que el amparo es improcedente en contra de lo discrecional, siendo que esta proposición es incorrecta; la discrecionalidad a que se alude es en materia política y ésta, aunque en relación con la discrecionalidad, no constituyen la misma especie —ut supra, capítulo II—, de modo que el amparo procede contra la discrecionalidad en materia no política.

El juicio de amparo, pues, sólo con la salvedad de la materia política, procede como medio de control del Poder Discrecional. Esta idea ha tenido como corriente opositora aquella que se basa en la Jurisprudencia establecida respecto a los Tribunales Federales, de que no son revisores de los actos de autoridad y por tal no pueden substituirse en el criterio discrecional de aquellas, esta tesis jurisprudencial, no obstante ya ha sido

superada y, en vista de la claridad con que se refiere a sendas jurisprudencias, nos limitamos a transcribir lo conducente del amparo en revisión número 1831/1960; promovido por Auto transportes "Flecha Roja", S. C. y aliados, resuelto el 11 de agosto de 1960; a la vista en la página 731 del Boletín de 1960 de la Segunda Sala de la Suprema Corte:

... "El último agravio se funda, en esencia, en que el permiso concedido a la tercera perjudicada le fue otorgado en los términos de la fracción V del artículo 153 de Vías Generales de Comunicación, dentro de las facultades discrecionales que ese precepto otorga a la Secretaría de Comunicaciones; que por ello, el poder discrecional de la misma no puede ser substituido por el del juez de Distrito, como se hace en el fallo recurrido al estimarse que el permiso indicado debió ser materia de concesión, violándose el precepto invocado y la Jurisprudencia de la Corte relativa a que los Tribunales Federales no pueden substituir el criterio discrecional de las autoridades administrativas con el suyo".

"La tesis de jurisprudencia número 1107 del apéndice de 1955 al Semanario Judicial de la Federación establece: **TRIBUNALES FEDERALES.**

"No son revisores de los actos de la autoridad común; no pueden legalmente, ni aun mediante el juicio de amparo, substituir su criterio discrecional al de las autoridades del fuero común, sino que únicamente deben examinar si los actos que se reclaman son o no, violatorios de garantías".

"Pero sin desconocer la validez de esa jurisprudencia, esta Segunda Sala ha establecido cuándo pueden censurarse en el juicio de amparo las facultades discrecionales de la autoridad administrativa, conforme a la tesis jurisprudencial que a continuación se transcribe:

**"FACULTADES DISCRECIONALES CUANDO PUEDEN CENSURARSE EN EL JUICIO DE AMPARO.**—Esta Suprema Corte de Justicia ha declarado que el uso del arbitrio o de la facultad discrecional que se concede a la autoridad administrativa puede censurarse en el juicio de amparo cuando se ejercita en forma arbitraria o caprichosa, cuando la decisión no invoca las

circunstancias que concretamente se refieren al caso discutido, cuando estas resultan alteradas o son inexactos los hechos en que pretenda apoyar la resolución, o cuando el razonamiento en que la misma se apoya es contrario a las reglas de la lógica”.

Una y otra tesis no pugnan entre sí porque la establecida por la sala no significa que el Juez Federal pueda substituir el criterio de la autoridad administrativa con el suyo; se estima, en cambio, que ese criterio o facultad discrecional sí puede ser motivo de examen y de crítica dentro del juicio de amparo y en los términos de la tesis mencionada” . . .

Así pues, de acuerdo a la nueva interpretación jurisprudencial, el amparo será contralor de la discrecionalidad, por los siguientes motivos:

- a).—Por ejercicio arbitrario.
- b).—Por ejercicio caprichoso.
- c).—Por invocación de circunstancias que no se refieren al caso concreto.
- d).—Por alteración de esas circunstancias.
- e).—Por inexactitud de los hechos en que se pretende apoyar la resolución.
- f).—Por ser contrario a la lógica el razonamiento base de la misma.

Como puede verse, la gama de situaciones que prevee esta jurisprudencia podría en un momento dado proteger al gobernado contra el mal uso del arbitrio; sin embargo, la forma de trámite de los amparos en contra de la administración en nuestros tribunales, el hecho de poner en manos del gobernado solamente los requisitos externo del artículo 16 Constitucional y los supuestos de la jurisprudencia transcrita, no nos parece suficiente garantía para la protección de la legalidad debida al gobernado. Estamos de acuerdo con Fraga<sup>82</sup> cuando afirma:

---

32 Op. cit., pág. 621.

“Por lo que hace a la garantía del artículo 16, si bien es cierto que, a pesar de su propósito primitivo, se ha extendido hasta la protección contra cualquier acto que no emane de autoridad competente y que no funde ni motive la causa legal del procedimiento, tampoco puede ser base para controlar adecuadamente a la Administración, pues esta se encuentra en la mayor parte de los casos en la posibilidad de satisfacer formalmente el requisito externo de fundar y motivar sus procedimientos y esto como se comprende no es de ninguna manera una debida protección para el particular”.

Es decir, la orden escrita de una autoridad competente puede estar fundada y motivada ( y esto, ya suponiendo que jurisdiccionalmente se ha explicitado el cumplimiento de estos requisitos a las autoridades ordenadoras y no sólo a las ejecutoras), pero lo importante es que esos motivos existan en la realidad, cuestión que no siempre se da. Ahora bien, si dichos motivos existen efectivamente, pero son confusos y no corresponden a las circunstancias específicas de la situación a encuadrar dentro de la norma discrecional, resulta en ello insuficiente el juicio de amparo para controlar la discrecionalidad.

A pesar de todo, excepción hecha de las materias que conoce el Tribunal Fiscal, es el juicio de amparo el que se usa contra esa ilegalidad que constituye el mal uso del Poder Discrecional y no sólo, pensamos, no asegura al gobernado, sino que transforma la naturaleza del amparo; si el amparo históricamente fue creado para proteger ciertos Derechos del individuo frente al gobernante y más tarde encubrir todo el orden Constitucional, incluyendo las garantías individuales, observa Burgoa<sup>33</sup>, que los párrafos tercero y cuarto del artículo 14 Constitucional al estatuir una garantía de legalidad en negocios penales y civiles (lato sensu), “ha desnaturalizado la teleología del amparo” y comenta:

De esta suerte, los Jueces de Distrito y particularmente la Suprema Corte, al conocer los juicios respectivos, ensanchan su competencia hasta el grado de erigirse en revisores de los actos de todas las autoridades judiciales que no se hayan ajustado a

---

33 Op. cit. El Juicio. Págs. 163, 164 y 167.

las leyes aplicadas. Por eso no es extraño observar que la Suprema Corte revise las sentencias pronunciadas por jueces de infima categoría, que no se hayan apegado "a la letra o a la interpretación jurídica de la ley" en materia civil".

Y continua afirmando que la primera parte del artículo 16 Constitucional que hace referencia a una simple molestia para que se conforme una violación a la garantía y proceda el amparo resultando también que: . . . "dicho medio de control tutela, a través de la preservación de dicha garantía, todos los ordenamientos legales, desvirtuando así su naturaleza teleológica, que esencialmente estriba en controlar el orden Constitucional, como lo dejamos asentado con antelación". .

El mismo autor concluye esbozando el posible remedio a esta situación en dos distintos párrafos:

"Pues bien, al restituir al juicio de amparo su teleología natural, concibiéndolo solamente como medio de control de constitucionalidad, mediante la supresión de la garantía de legalidad (cuando menos en materia civil lato sensu) que consagran respectivamente los artículos 14 y 16 Constitucionales. . ."

"Por otra parte, el control de legalidad sobre todo, debe existir en tratándose de autoridades administrativas, atribuyendo la competencia respectiva, bien a la antes mencionada "Corte Federal de Casación", o bien a un organismo sui generis, especial, como el Consejo de Estado en Francia o en España".

Nos hacemos eco de esta postura, cuya exposición no necesita más comentarios.

#### VIII.—LO FISCAL CONTENCIOSO Y LA DISCRECIONALIDAD

En materia fiscal, el afectado por cualquier resolución administrativa deberá acudir ante el Tribunal Fiscal antes de pretender ejercer la vía de amparo, la causa de esta afirmación la encontramos en la naturaleza excepcional y extraordinaria del juicio de garantías, cuya pureza vigila el principio de "definitividad", estatuido en la fracción IV del artículo 107 Constitucional cuando afirma que:

**“En Materia Administrativa, el amparo procede contra resoluciones que causen agravio no reparable mediante algún recurso, juicio o medio de defensa legal...”**

Pero al hablar de “materia fiscal”, debemos esclarecer que nos referimos no sólo a la rama tributaria sino a todas las materias de que conoce el Tribunal Fiscal, quien no se limita a su denominación. Ciertamente, el anterior Código Fiscal en su artículo 160 nos señalaba la competencia de las salas del Tribunal, independientemente de leyes distintas que le otorgaban competencia; hoy no se encuentra dicha disposición en el Código Fiscal vigente a partir de abril 10. de 1967, sino en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, a regir en la misma fecha, en sus artículos 22 y 24, que en sus puntos importantes reproducimos:

**“Artículo 22.—Las Salas del Tribunal conocerán de los juicios que se inicien en contra de las resoluciones definitivas que se indican a continuación:**

**“I.—Las dictadas por autoridades fiscales federales, del Distrito Federal o de los organismos fiscales autónomos, en que se determina la existencia de una obligación fiscal, se fije en cantidad líquida o se den las bases para su liquidación”.**

**“II.—Las que nieguen la devolución de un ingreso, de los regulados por el Código Fiscal, indebidamente percibidos por el Estado”.**

**“III.—Las que causen un agravio en materia fiscal, distinto al que se refieren las fracciones anteriores.**

**“IV.—Las que impongan multas por infracción a las normas administrativas federales o del Distrito Federal”.**

**“V.—Las que nieguen o reduzcan las pensiones o demás prestaciones sociales que concedan las leyes en favor de los miembros del Ejército y de la Armada Nacional o de sus familiares o derecho-habientes, con cargo a la Dirección de Pensiones Militares o al Erario Federal, así como las que establezcan obligaciones a cargo de las mismas personas, de acuerdo con las leyes que otorgan dichas prestaciones”...**

**::VI.—Las que se dicten en materia de pensiones civiles, sea con cargo al Erario Federal o al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado”.**

**“VII.—Las que se dictan sobre interpretación o cumplimiento de contratos de obras públicas celebrados por las dependencias del Poder Ejecutivo Federal”.**

**“VIII.—Las que constituyan responsabilidades contra funcionarios o empleados de la Federación o del Departamento del Distrito Federal, por actos que no sean delictuosos”.**

**“Artículo 24.—Cuando una ley otorgue competencia al Tribunal Fiscal de la Federación, sin señalar el procedimiento o los alcances de la sentencia, se estará a lo que dispongan el Código Fiscal de la Federación y esta ley”.**

A pesar de que al artículo 22 precitado amplía la competencia de las salas, con respecto al anterior 160 del Código Fiscal, a materias que antes pertenecían a lo fiscal por disposición de otras leyes, —como en lo que respecta a lo fiscal del Distrito Federal, que ya está incluido ahora y a las pensiones civiles y militares—, aún tenemos que consultar leyes distintas para conocer en su totalidad la auténtica competencia del Tribunal Fiscal. A este último supuesto hizo alusión la transcripción que hicimos del artículo 24 de la Nueva Ley Orgánica. Esas leyes traen aparejada amplitud a la competencia del tribunal en las siguientes materias:

**1.—Seguro Social: El artículo 135 de la Ley del Seguro Social da carácter fiscal a la obligación de cubrir las aportaciones.**

**2.—Fianzas a favor de la Federación: El Decreto de 30 de diciembre de 1953 que reformó el artículo 95 y adicionó el 95 bis de la Ley de Instituciones de Fianzas, otorga competencia al citado Tribunal Fiscal entratándose de fianzas que se otorguen a favor de la Federación, de los Estados o de los Municipios.**

De manera que en todas estas materias y en virtud del principio de “definitividad”, se deberá agotar el juicio fiscal antes de ocurrir a la vía de Amparo.

Así como la competencia del Tribunal sufrió modificación al entrar en vigor el nuevo Código, también fue transformado el molde del juicio por desvío de poder, que a manera del Consejo de Estado se conoce en nuestro medio. Dicho juicio, el único específico contralor de poder que existe en el país, se origina hasta el 31 de marzo de 1967 en el inciso d) del artículo 202 del Código Fiscal al estatuir:

“Artículo 202.—Serán causas de anulación de una resolución o de un procedimiento administrativo:

“...d).—Desvío de Poder tratándose de sanciones impuestas por infracción a las leyes fiscales”.

En derredor de esta limitativa fracción se ha elaborado toda la doctrina sobre desvío de poder en México. A pesar de lo cual, encontramos el caso del artículo 51 del Código Fiscal que fenece y del que afirma Heduán Virués:<sup>34</sup>

“El control de legalidad sobre actos discrecionales solamente ha sido explorado por el Pleno Tribunal en materia de condonación por gracia. Ignoramos cuales otras cuestiones habrán podido suscitarse en las Salas con respecto a la discrecionalidad administrativa en materiales diversas, con excepción de una que se ventiló en los juicios acumulados 5071/57 y 3571/57, con motivo de la aplicación del artículo 28 de la Ley de Retiros y Pensiones Militares”.

Dicho artículo 51 en su fracción III se refería a una posible condonación de multas por parte del Secretario de Hacienda, pero que “se concederá por gracia y a juicio” del mismo, ésta fórmula originó jurisprudencia en el Tribunal, llegándose a la conclusión de que, a pesar de tratarse de una facultad discrecional, el Tribunal Fiscal era competente para juzgarla, cuestión que se juzgó en tesis del 8 de mayo de 1957, pero que deja de tener importancia ya que hoy el texto del artículo 167 del nuevo Código Fiscal, en su segundo párrafo, afirma:

---

34 Heduán Virués Dolores. Las Funciones del Tribunal Fiscal de la Federación. 1a. Ed. Cfa. Editorial Continental. México 1961.

**“Las resoluciones que se dicten en materia de condonación parcial no podrán ser objeto de juicio ante el Tribunal Fiscal”.**

Retrocedamos entonces al inicio, el artículo 202 del Código Fiscal fue acremente atacado por sus limitaciones, de entre sus detractores veamos la opinión de Nava Negrete<sup>35</sup>:

**“Es lamentable la limitación puesta al desvío de poder, tal parece que la única ocasión en que la Autoridad Administrativa puede incurrir en desvío de poder es cuando va a imponer una sanción. El Tribunal fiscal pierde con ella una valiosa oportunidad para reducir los actos arbitrarios de la Administración que se escudan en los actos discrecionales”...**

**...“Nos parece inexplicable y en ocasiones revelador de cierta timidez el que se hubiera limitado el desvío de poder al capítulo de las sanciones administrativas”...**

Hoy la situación es distinta, el texto del artículo 228 del nuevo Código —que substituyó al anterior 202— estatuye:

**“Artículo 228.—Serán causas de anulación de una resolución o de un procedimiento administrativo:**

**d).—Desvío de poder, tratándose de sanciones”.**

La omisión en lo referente a infracción exclusiva de leyes fiscales aumenta con mucho el caudal de lo controlable por desvío de poder, aunque el paso que se ha dado es aún muy corto ya representa un avance respecto a la legislación anterior. Al suprimir las últimas palabras en el nuevo artículo se abre para el Control del desvío todo el campo de sanciones en la nueva competencia del Tribunal, y no sólo en lo fiscal; piénsese por ejemplo en las fracciones VII y VIII del artículo 22 de la nueva Ley Orgánica del Tribunal, mismo que con antelación transcribimos, en ellos se habla, respectivamente, de la competencia en interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas y de la que tiene el tribunal en responsabilidades contra empleados o funcionarios de la Federación o del Distrito Federal, siempre y cuando no sean delictuosos; si en cualquiera de esos

---

35 Op. cit., págs. 343 y 352.

casos se imponen sanciones, por ejemplo a alguno de los contratistas o de los funcionarios públicos, tendrán estos el Derecho de recurrir, una vez agotadas ulteriores instancias, en demanda de desvío ante la sala en turno del Tribunal Fiscal y con ello desahogar de juicios a la Suprema Corte de Justicia.

Una de las características que distingue a nuestro juicio fiscal por desvío de poder del símil francés, es lo referente a la prueba; Sayagués<sup>36</sup> enseña:

“En cuanto a los medios probatorios el Consejo de Estado mantiene un prudente equilibrio. No realiza investigaciones para aclarar los móviles de la administración, ni llama a declarar a los funcionarios, ni recibe prueba testimonial, exigiendo que la prueba surja de los antecedentes que obran en el expediente administrativo o de los documentos que por cualquier otro medio se incorporan en el expediente judicial. Pero en razón de las dificultades probatorias admite la prueba indiciaria, siempre que las presunciones sean graves, concordantes y precisas”.

Lo distintivo en nuestro Derecho es que tenemos un margen más amplio para allegar pruebas que muestren una desviación en los fines, el tenor del artículo 214 del nuevo Código Fiscal expresa:

“En los juicios que se tramiten ante el Tribunal Fiscal serán admisibles toda clase de pruebas excepto la de confesión de las autoridades y las que no hayan sido ofrecidas ante la autoridad demandada en el procedimiento administrativo, salvo que en éste no se le hubiere dado oportunidad razonable de hacerlo. No se considerará comprendida en esta prohibición la petición de informes a las autoridades fiscales respecto de hechos que consten en sus expedientes o de documentos agregados a ellos”.

Como último comentario a nuestro juicio fiscal por desvío de poder, transcribiremos dos resoluciones del Tribunal Fiscal en relación a la desviación de poderes y en las que salta a la vista la estrechez ya no sólo del juzgador sino del medio en general, el campo de aplicación del desvío se reduce al cumpli-

---

36 Op. cit., pág. 452.

miento de ciertas reglas de razonamiento por parte de la autoridad, olvidando que una autoridad puede cumplir con dichas reglas y, sin embargo; desviar un poder que le fue conferido para el cumplimiento de fines distintos a los que concibió, por muy justos y razonados que estos sean. Veamos en qué forma resuelve nuestro Tribunal:

**“DESVIO DE PODER. CODIGO FISCAL.—**El desvío de poder sólo puede producirse, de acuerdo con el criterio de la primera Sala, en tres casos a saber: 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. En el presente caso debe declararse la nulidad de la resolución impugnada, ya que la multa aplicada, con motivo de infracciones a la Ley de Hacienda del Distrito Federal no guarda proporción con los recursos económicos que percibe el actor por concepto de rentas de la casa de su propiedad, existiendo por tanto desvío de poder”.

Expediente No. 3371/60. Gonzalo Tenorio Vargas contra Departamento de Liquidación y Giro de la Dirección de Catastro e Impuesto Predial de la Tesorería del Distrito Federal, 21 de septiembre de 1960.

Visible en revista del Tribunal Fiscal. Año XXIV 4o. trimestre pág. 230.

**“DESVIO DE PODER. CODIGO FISCAL.—**Existe desvío de poder cuando se 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 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”.

Expediente No. 6881/59 Estufas y Refrigeradores, S. A. 6 abril de 1961.

Visible en revista del Tribunal Fiscal. Año XXV 4o. trimestre pág. 203.

## IX.—NECESIDAD DE CONTROL ADMINISTRATIVO GENERAL POR DESVIACION.

A pesar de las fallas propias de todo lo que se inicia, el desvío de poder en el caso de las multas fiscales atrajo la atención de los juristas, preocupó a los funcionarios, inició la lucha por un Derecho; su ampliación en el nuevo Código, seguramente hará más copiosa su investigación y tendrá una aplicación más variada, pero nuestro deseo se concentra en la implantación de ese mismo juicio en todo lo administrativo y no sólo en la rama fiscal; en crear un freno al mal uso del poder en la forma tan brillante como lo ha hecho en Francia el Consejo de Estado; un juicio por desvío que sin menoscabar la celeridad y buena marcha de la administración, ya que en su seno estaría utilizando métodos menos juriclistas, creara una jurisprudencia especializada tan respetada como la de aquél.

Si se lograse implantar el juicio por desvío de poder en todo lo administrativo, no sólo devolveríamos al amparo su naturaleza propia como control Constitucional, sino que también se ayudaría con mucho a evitar el inmenso rezago de expedientes en nuestra Corte Suprema. Además, la bondad del sistema europeo sobre el control judicialista en los actos de administración, no únicamente lo pregona la jurisprudencia francesa, también nuestro Tribunal Fiscal ha demostrado tener la solvencia moral suficiente para someter legalmente a la administración. Por si fuese poco, la estructura francesa, más sagaz, tiende hacia una legalidad en la esencia misma de los actos, no se conforma con el cumplimiento de requisitos meramente formales, exige que aún existiendo interés público, el poder se use para el fin que se le ha creado; el maestro Carrillo Flores<sup>37</sup> es en esto suficientemente didáctico:

“El desvío de poder existe —y allí radica sin duda la superioridad conceptual de la tesis francesa sobre la jurisprudencia norteamericana— no sólo cuando se ha cometido una injusticia notoria quebrantadora de aquellos principios superiores de la

---

37 Carrillo Flores Antonio.—“La Defensa Jurídica de los Particulares Frente a la Administración en México”. Porrúa, México 1939. Pág. 150.

organización social y política que la Suprema Corte tuvo que invocar en el caso de los lavaderos chinos de San Francisco, sino aún cuando el propósito no es en sí reprobable ni desquiciador sino simplemente ajeno al que debió normar el ejercicio del poder”.

La idea de un juicio por desvío de poder en todo el campo administrativo, es sólo un modesto eco de la gran corriente de pensadores que expresan la necesidad de creación de un Tribunal Federal de lo administrativo, a fin de comenzar el ordenamiento del mare magnum administrativo mexicano. Esta preocupación es patente en juristas como Briseño Sierra <sup>38</sup>, que incluso propone materias que pueden ser objeto del futuro tribunal:

“La propiedad intelectual y la industrial, que ahora dan origen a verdaderos procesos ante la administración activa; los procedimientos de la Secretaría de Salubridad que, por un lado, en cuanto a imposición de multas, se fundan en el mismo poder sancionador del Estado y, por otro, como procedimientos registrales, tienen la misma finalidad del Derecho marcario; la materia de vías generales de comunicación, la de pesas y medidas, la registral en aquellos casos de clara contienda entre el particular y la autoridad administrativa, como el que se deriva del artículo 86 del Reglamento del Registro Público...” “...la Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios Federales, cuando se siga el procedimiento que marca su artículo 86...”

Queremos terminar nuestro trabajo exponiendo las ideas de justicia administrativa a las que por convicción de su sapiencia nos sumamos. Escuchemos pues el saber del ilustre profesor, miembro fundador del Tribunal Fiscal, Lic. Antonio Carrillo Flores <sup>39</sup>:

“... En cuanto a la justicia administrativa, que es el tema que nos interesa en particular, desvinculada del amparo podría proyectarse con mayor flexibilidad y eficacia, procurando satisfacer las siguientes exigencias”:

“... c).—Fijar un sistema de control del ejercicio del poder discrecional, utilizando lo valioso y adaptable a México que haya

---

38 Op. cit., pág. 234.

39 Carrillo Flores Antonio. Op. cit., págs. 310, 311 y 314.

en la doctrina continental del desvío de poder o en la anglosajona del debido proceso legal”.

“...d).—Organizar no sólo el contencioso de anulación, que es a lo más que ha llegado el amparo, sino también procedimientos expeditos de fijación de responsabilidades a cargo del Estado y en favor de los particulares, por los actos ilegítimos, o por los actos legítimos pero abusivos de las facultades de la autoridad, o de los que en general creen en perjuicio de alguien una situación, particularmente gravosa contraria al principio de igualdad de los cargos públicos”.

“...j).—Crear un Tribunal Federal de lo Contencioso”.

En este último punto, complementáanse las ideas de nuestro actual Canciller, con lo expresado en el propio auditorio del Tribunal Fiscal el día 17 de agosto de 1966 al conmemorarse el XXX aniversario de la promulgación de la Ley de Justicia Fiscal.<sup>40</sup> En ella manifestó que no veía impedimento a que el Tribunal Fiscal, previas reformas legales, asuma las funciones de Tribunal Federal de lo Contencioso; “si este cuerpo como lo espero, llegara a convertirse en dicho Tribunal serían aconsejables muchas cosas”, y concretó:

1).—Su “desconcentración, de modo que algunas de sus salas funcionasen fuera de la capital de la República”.

2).—Revisar, “con los pies en la tierra y tomando muy en cuenta las realidades mexicanas”, hasta dónde sería posible regular en forma eficaz el contencioso de responsabilidad, ya que el artículo 10 de la Ley de 29 de diciembre de 1941 casi no ha regido.

Agregando que “la revisión de sus sentencias por la Suprema Corte de Justicia, pues no tendría justificación que la hiciese otro tribunal intermedio, debería ocurrir sólo en forma excepcional”. Y con ello, dijo, sólo reiteraba una vieja convicción: La de que el control de la legalidad de los fallos de los tribunales judiciales, de los administrativos o de la autoridad gubernativa no tiene por qué ser la tarea principal de la Suprema Corte.

---

40 Extracto de la Conferencia: “El Tribunal Fiscal de la Federación un Testimonio”. Diario Excelsior 18 de agosto de 1966.

## CONCLUSIONES

I.—Este estudio se limita sólo al conocimiento del Poder Discrecional en materia administrativa, entendiendo ésta como la actividad del estado tendiente a satisfacer necesidades colectivas al realizar actos creadores de situaciones individuales con sujeción a derecho. El control discrecional se pretende sobre los actos administrativos.

II.—Los actos administrativos son los que resultan de excluir a los que no tienen un contenido materialmente administrativo propiamente dicho como lo son los referentes al control interno de la administración; los emanados de un órgano meramente consultivo; los hechos simples; los que la autoridad dicta en función jurisdiccional; los actos políticos y los que deriven de la actividad privada de la administración.

III.—“El Acto Administrativo Puro es una declaración concreta, unilateral de voluntad de un órgano de la administración activa en ejercicio de la potestad administrativa”.

IV.—No existen a priori las categorías de actos reglados y actos discrecionales, a la administración se le dota de cierto Poder Discrecional que se manifiesta en algunos actos más que en otros.

V.—Generalmente se aceptan como elementos esenciales del acto administrativo al sujeto competente, la manifestación de voluntad, el objeto y la forma; nosotros estudiamos además: el motivo o causa, el fin y el mérito.

VI.—El Estado comenzó a hacer uso de su poder soberano al desgajarse el sistema feudal.

VII.—El poder que tiene la administración deviene del derecho y lo ejerce fraccionado en potestades, que como la de mando, puede ser ejercitada en forma reglada o discrecional.

VIII.—Toda actividad administrativa debe basarse en la Ley, pero el apearse a élla no debe convertirse en una aplicación estática, sino en una concretización dinámica que sin salir de los fines estatuidos posea un margen de flexibilidad.

IX.—El principio de legalidad en México se consagra principalmente en el texto de los artículos 14 y 16 Constitucionales y en él se incumbe el ejercicio del poder discrecional.

X.—El poder discrecional es aquel medio jurídico que el Derecho permite usar al administrador para que aprecie libremente las circunstancias y gestione el interés social, acomodando los fines comunitarios a las necesidades cambiantes de la época.

XI.—En lo judicial la corriente del “Derecho Libre” tiende a expandir el arbitrio; en tanto que en lo administrativo la tesis del “Estado de Derecho” pretende reducirlo.

XII.—El arbitrio es la médula que da vida al poder discrecional, es la libertad de quien aplica la norma; quien lo ejerce tiene ante sí: los hechos reales, los valores éticos económicos o jurídicos y la estructura relacionante de la norma que va de antecedente a consecuente. Al aplicar se valora doblemente ya que se revive en el interior el sentido axiológico de la ley y se construye el propio para subsumir el caso especial dentro de la ley general.

XIII.—La apreciación del interés público requiere a veces criterios técnicos y aquí no existe potestad libre de la administración sino vinculación a la ciencia determinada; sin embargo, la actividad administrativa puede sobreponerse a la técnica, es decir, el modo de obrar lo da la ciencia pero la decisión de llevarlo a cabo está en la opinión discrecional.

XIV.—El Poder Discrecional se justifica por los fines que la ley le demarca; por la adecuación espacio-temporal de la ley al caso concreto sin apartarse de su mismo espíritu; con ello, además, se obtiene equidad.

XV.—Respecto a los elementos del acto administrativo, podemos encontrar poder discrecional en la manifestación de voluntad, en el objeto, en la forma, en el motivo o causa y en el mérito, pero en la competencia y esencialmente en el fin no se da esa facultad.

XVI.—En México debe limitarse la discrecionalidad tomando en consideración que en nuestro sistema político el ejecutivo absorbe facultades, esto sin llegar a maniatar a la administración pública.

XVII.—Los actos de la administración también pueden tener un contenido político ya que se puede lograr mediante ello un resultado social determinado, pero esta actividad que estudia la ciencia de la administración, aunque deontológica no es jurídica y los actos que de ella provienen escapan al control del Derecho.

XVIII.—De entre los medios de control, algunos sólo impugnan la formalidad del acto y otros atacan el fondo o fin, pero todos ellos constituyen medidas posteriores al acto para adecuarlo al principio fundamental, son recursos jurídicos no controles de moralidad ni de lógica.

XIX.—Como medidas previas al recurso y por las que el gobernado obtiene un reflejo de justicia son la autotutela administrativa y la participación del administrado en la decisión pública.

XX.—Los recursos administrativos son medios directos de control que el gobernado tiene a la mano para obtener una revisión del acto que le perjudique y lograr su reforma, se desahogan ante un órgano de la administración y su naturaleza es también administrativa.

XXI.—Los dos principales recursos administrativos en nuestra legislación son la reconsideración y la revisión; en general estos recursos poseen la ventaja de poder revisar todos los elementos del acto, incluso el mérito o zona discrecional, a cambio de ello adolecen de parcialidad.

XXII.—El contencioso administrativo es un auténtico proceso que se divide en: material, cuando se perfila al tipo de con-

tienda en sí y formal si atiende al órgano resolutor; el contencioso material se da contra decisiones definitivas de la autoridad que afecten un derecho o interés legítimo de los particulares sin importar que sean regladas o discrecionales.

**XXIII.**—De contencioso formal existen dos tipos básicos, el anglosajón que encarga la solución del contencioso a tribunales comunes y el continental europeo que nace en Francia con el Consejo de Estado como órgano administrativo de función jurisdiccional que a pesar de su rebuscamiento estructural ha llegado a ser modelo universal revelando sus sentencias la autonomía y capacidad de sus miembros.

**XXIV.**—En México se ha seguido el sistema contencioso judicial con excepción de las materias de que conocen el Tribunal Fiscal u otros tribunales especializados.

**XXV.**—Tomando en consideración el tenor de los artículos 104 Constitucional, 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y 18 del Código Federal de Procedimientos Civiles, el contencioso debe seguirse por la vía ordinaria que estatuye el Código Federal de Procedimientos Civiles y no por la vía del Amparo, pero ese juicio no cabe contra resoluciones en las que se ejerce Poder Discrecional.

**XXVI.**—El Juicio de Amparo cabe contra violación a los artículos 14 y 16 constitucionales y, de acuerdo a la Jurisprudencia de la Suprema Corte cabe también contra el Poder Discrecional cuando éste se ejerce arbitraria o caprichosamente o por variarse los hechos o ir contra la lógica.

**XXVII.**—El Amparo como contralor de los actos administrativos en que se ejerce discrecionalidad es insuficiente por exigir sólo formalidad y no adecuación al fin; además, desnaturaliza con ello su creación y se torna protector de la legalidad.

**XXVIII.**—En todas las materias de que conoce el Tribunal Fiscal de la Federación el principio de definitividad nos remite al juicio fiscal antes de acudir a la vía de Amparo.

**XXIX.**—Al transformarse el antiguo artículo 202 del Código Fiscal al nuevo artículo 228, se amplió el área de conocimiento del juicio por desvío y hoy se puede argüir esta causa en to-

das las materias de que conoce el Tribunal Fiscal como lo son fianzas, pensiones, etc.

**XXX.—Es necesario que el juicio por desvío de poder proteja la legalidad en todas las ramas de lo administrativo y no sólo en las materias a que se limita el Tribunal Fiscal, esta idea es sólo reflejo de la corriente que aboga por la creación de un Tribunal Federal Administrativo.**

### **OBRAS CONSULTADAS**

- 1.—BIELSA RAFAEL. Derecho Administrativo. Cuarta Edición. Buenos Aires. 1947.
- 2.—BRISEÑO SIERRA HUMBERTO. Derecho Procesal Fiscal. Librería Robredo. México. 1964.
- 3.—BURGOA, IGNACIO. El Juicio de Amparo. Tercera Edición. Porrúa. México. 1950.
- 4.—BURGOA IGNACIO. Las Garantías Constitucionales. Porrúa. México. 1961.
- 5.—BURGOA ANTONIO. Suplemento al Juicio de Amparo. Tercera Edición. Porrúa. México. 1951.
- 6.—CARRILLO FLORES ANTONIO. La Defensa Jurídica de los Particulares frente a la Administración en México. Porrúa. México. 1939.
- 7.—CASO ANTONIO. Sociología. Quinta Edición. Porrúa. México. 1948.
- 8.—DIEZ MANUEL MARIA. Derecho Administrativo. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires. 1963. Tomo I.
- 9.—DIEZ MANUEL MARIA. El Acto Administrativo. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1956.
- 10.—FERNANDEZ DE VELASCO RECAREDO. El Acto Administrativo. Madrid. 1929.
- 11.—FRAGA GABINO. Derecho Administrativo. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México. 1952.

- 12.—GARCIA MAYNEZ EDUARDO. Introducción al estudio del Derecho. Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México. 1957.
- 13.—GARCIA OVIEDO CARLOS. Derecho Administrativo. Octava Edición. Madrid. 1962.
- 14.—GARRIDO FALLA FERNANDO. Las Transformaciones del Régimen Administrativo. Segunda Edición. Madrid. 1962.
- 15.—HEDUAN VIRUES DOLORES. Las Funciones del Tribunal Fiscal de la Federación. Primera Edición. Cía. Editora Continental. México. 1961.
- 16.—KELSEN HANS. Teoría General del Derecho y del Estado. Trad. García Maynez. Imprenta Universitaria. México. 1950.
- 17.—LINARES JUAN FRANCISCO. Poder Discrecional Administrativo. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1958.
- 18.—MERKL ADOLFO. Teoría General de Derecho Administrativo. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1935. Traducción.
- 19.—NAVA NEGRETE ALFONSO. Derecho Procesal Administrativo. Porrúa. México. 1959.
- 20.—POSADA ADOLFO. Tratado de Derecho Administrativo. Segunda Edición. Madrid. 1923.
- 21.—P. ROMASHKIN. Fundamentos del Derecho Soviético. Ediciones en Lenguas Extranjeras. Moscú. 1962.
- 22.—SAYAGUES LAZO ENRIQUE. Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo. 1953.
- 23.—SERRA ROJAS ANDRES. Derecho Administrativo. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México. 1961.
- 24.—TRILLO BENJAMIN. Apuntes de la Cátedra de Teoría General del Estado. México. 1964.
- 25.—VILLEGAS BASAVILBASO BENJAMIN. Derecho Administrativo. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1950.

## LEGISLACION

- 1.—Código Federal de Procedimientos Civiles. D.O. de 31 de diciembre de 1942.
- 2.—Código Fiscal de la Federación. D.O. de 31 de diciembre de 1938.
- 3.—Código Fiscal de la Federación. D.O. de 19 de enero de 1967.
- 4.—Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 14 de agosto de 1931.
- 5.—Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 6.—Ley de Amparo D.O. de 10 de enero de 1936.
- 7.—Ley de Expropiación. D.O. de 25 de noviembre de 1936.
- 8.—Ley de Imprenta de D.O. de 12 de abril de 1917.
- 9.—Ley de Secretarías y Departamentos de Estado. D.O. de 24 de diciembre de 1958.
- 10.—Ley Federal del Trabajo. de 18 de agosto de 1931.
- 11.—Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. D. O. de 10 de enero de 1936.
- 12.—Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación. D.O. de 19 de enero de 1967.
- 13.—Revista del Tribunal Fiscal. Tomos del año de 1938, del año XXIV y del año XXV.
- 14.—Semanario Judicial de la Federación. Tomo 731. Tercera Parte del Vol. IV y Boletín de 1960 de la 2a. Sala.
- 15.—Diario Excélsior de 18 de agosto de 1966.

## I N D I C E

Pág.

### CAPITULO I

#### EL ACTO ADMINISTRATIVO Y SUS ELEMENTOS

I.—Preliminar .....	13
II.—Noción del Acto Administrativo .....	13
III.—Clasificación de los Actos Administrativos .....	18
IV.—Actos Reglados, Discrecionales y la Teoría Pura del Derecho .....	26
V.—Elementos del Acto Administrativo .....	27

### CAPITULO II

#### EL PODER DISCRECIONAL

I.—El Poder .....	51
II.—Orígenes .....	55
III.—Poder y Administración .....	62
IV.—Administración y Legalidad .....	68
V.—El Poder Discrecional .....	73
VI.—Arbitrio Administrativo .....	78
VII.—Discrecionalidad Técnica y Administrativa .....	84
VIII.—Justificación Discrecional .....	86
IX.—El Acto Administrativo, sus Elementos y el Poder Dis- crecional .....	89
X.—Actos Parcialmente Discrecionales y Reglados .....	95
XI.—Discreción y Límites .....	96
XII.—Discrecionalidad y Política .....	98

### CAPITULO III

#### LOS MEDIOS DE CONTROL

I.—Los Medios de Control .....	103
II.—Recursos Administrativos .....	107
III.—Reconsideración y Revisión .....	113
IV.—El Contencioso Administrativo .....	121
V.—Contencioso Formal .....	124
VI.—Contencioso Administrativo Mexicano .....	137
VII.—El Juicio de Amparo como Contralor Discrecional .....	146
VIII.—Lo Fiscal Contencioso y la Discrecionalidad .....	156
IX.—Necesidad de Control Administrativo por Desviación .....	163
CONCLUSIONES .....	167
OBRAS CONSULTADAS .....	173