

554
2eJ



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

LAS PRACTICAS PARARREGLAMENTARIAS DE LA
ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL Y SU
REPERCUSION EN EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MIGUEL ANGEL MONTAÑO SEGURA



CIUDAD UNIVERSITARIA,

1994

FALLA L. CRIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



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 está 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
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
(Turno Vespertino)

Ciudad Universitaria, D.F., a 28 de Abril de 1994.

DR. MAXIMO CARVAJAL CONTRERAS
Director de la Facultad de Derecho
P r e s e n t e.

El pasante de esta Facultad MONTARO SEGURA MIGUEL-ANGEL ha concluido la elaboración de su tesis denominada - - "LAS PRACTICAS PARAREGLAMENTARIAS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL Y SU REPERCUSION EN EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO", - bajo la dirección del Lic. Rafael Martínez Morales, la cual a juicio del suscrito cumple con los requisitos reglamentarios - del caso.

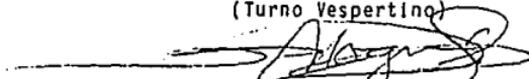
En tal virtud consideramos que está en aptitud dicha tesis, de ser sometida a la aprobación de los señores profesores que integren el jurado de su examen profesional.

Ruego a usted ordenar lo conducente para que se continúen los trámites necesarios para que dicho pasante presente el examen profesional correspondiente, en caso de no existir -- inconveniente para ello.

Reitero a usted la seguridad de mi consideración y respeto.



"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
El Director del Seminario
(Turno Vespertino)


LIC. PEDRO NOGUERA CONSUEGRA.

**A MIS PADRES, CON CARIÑO, RESPETO
Y AGRADECIMIENTO, Y SOBRE TODO
CON LA SATISFACCIÓN DE HABERLES
PODIDO MOSTRAR CON ESTE LOGRO,
LA CRISTALIZACIÓN DE SUS EJEMPLOS
Y EL GRAN VALOR DE SU APYO,
SIEMPRE INCONDICIONAL**

**A SOPÍA, MI ESPOSA Y A MIGUEL ANGEL,
MI PEQUEÑO HIJO, POR QUIENES VIVO Y
CUYA FELICIDAD Y BIENESTAR SON LAS
PRINCIPALES RAZONES DE MI EXISTENCIA**

INDICE

INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I.....	6
EL ESTADO MEXICANO Y SUS FUNCIONES	
A) Estado y gobierno.....	6
B) Configuración del Estado mexicano.....	30
C) El gobierno de la Federación.....	38
D) Las funciones del Estado.....	41
CAPITULO II.....	66
LA FACULTAD REGLAMENTARIA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO	
A) Origen y fundamento de la facultad reglamentaria en el derecho mexicano.....	66
B) Carácter privativo de la facultad reglamentaria.....	86
C) El reglamento como fuente del derecho administrativo.....	89
D) De las diversas especies de reglamentos.....	93

CAPITULO III.....98

NATURALEZA JURIDICA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES

- A) Ubicación dentro de la teoría de los actos
administrativos.....98
- B) Diferencias substanciales con el reglamento.....109
- C) Alcances de la potestad administrativa para
dictar actos administrativos generales.....114

CAPITULO IV.....117

LA DELEGACION DE FACULTADES ADMINISTRATIVAS

- A) Facultades regladas y discrecionales.....118
- B) La competencia como límite de la discrecionalidad.....126
- C) El abuso de la facultad discrecional.....130
- D) La delegación de facultades administrativas
y su relación con regulación excesiva.....132

CAPITULO V.....137

PROBLEMÁTICA Y PERSPECTIVA DE LAS PRÁCTICAS

PARAREGLAMENTARIAS EN MÉXICO

A) Las prácticas parareglamentarias como actuaciones materialmente legislativas de la administración Pública: problemática constitucional.....	137
1. Orígenes y causas de la regulación parareglamentaria....	137
2. La pretendida justificación de las disposiciones parareglamentarias.....	148
3. Repercusiones de las prácticas parareglamentarias en el terreno constitucional.....	152
B) Hacia una renovación de la técnica reglamentaria.....	156
1. La existencia insoslayable del fenómeno parareglamentario; necesidad de su encuadramiento jurídico.....	156
2. La naturaleza cambiante de las disposiciones administrativas y la búsqueda de nuevas fórmulas de regulación.....	166
CONCLUSIONES.....	170
BIBLIOGRAFIA.....	177

INTRODUCCION

En México, conforme a su estructura jurídico-política, se considera que la Administración Pública es la materialización del Poder Ejecutivo. Más aún, a lo largo de nuestra trayectoria histórica como Estado propiamente dicho, se ha venido acentuando la identidad de la Administración Pública con la voluntad del Presidente de la República. Éste cuenta con una serie de facultades constitucionales y metaconstitucionales que hoy por hoy, le permiten tener en la vida nacional un peso específico mucho mayor que el que poseen los otros dos poderes de la Unión, lo que hace que en cierto modo queden subordinados a él.

Consecuentemente, se ha aceptado en forma paulatina tanto en la concepción doctrinal, como en la realidad de la vida política nacional, casi como un lugar común, señalar que en México no existe una verdadera división de poderes ni un auténtico equilibrio entre éstos. La preeminencia del Poder Ejecutivo es indiscutible, lo cual ha

jugado un papel determinante para que en nuestro país, como en la mayor parte de los países conocidos como "mundo occidental", estén sumamente arraigadas las prácticas administrativas parareglamentarias, -término acuñado por el administrativista francés Daniel Mockle- mismas que consisten básicamente en la emisión por parte de Ministros o Secretarios de Estado y funcionarios de niveles jerárquicos subordinados a ellos, de disposiciones que bajo los más variados nombres -circulares, decretos, instrucciones, directivas, criterios, reglas medidas, etc.- tienden a controlar, gestionar, reglamentar y planificar el desarrollo nacional, a la luz de la función administrativa, en un claro rebasamiento al marco jurídico formal, constituyéndose en un fenómeno degenerativo del poder reglamentario. Existen diversas posturas acerca del origen de este fenómeno; así, se habla de que representa un corolario lógico del crecimiento de actos formalmente reglamentarios; de la falta de coherencia y estabilidad así como las lagunas del Derecho Positivo, que orillan a la Administración Pública a la expedición desmesurada de disposiciones que regulen situaciones diversas; el desfase del marco jurídico con respecto a los supuestos fácticos que requieren de

una normatividad, etc. Sin descartar el peso de dichas posturas en el caso particular de nuestro país, consideramos que por encima de tales argumentos, el fenómeno parareglamentario obedece en gran medida a la omnipresencia del Poder Ejecutivo en todos los ámbitos, preminencia que se piramida, refleja y repercute a su vez en las instancias inferiores de dicho poder a tal punto que tales prácticas llegan a convertirse en una especie de "pequeño poder legislativo", que existe como consecuencia de la ley pero al margen de ella y acaba imponiendo de facto su voluntad al Poder Legislativo originalmente concebido por el constitucionalista para dar contenido jurídico a la vida nacional.

El problema de las prácticas parareglamentarias, desde el punto de vista teórico, se inscribe y repercute en el campo del derecho administrativo, pero su explicación primaria debe buscarse en el ámbito del derecho constitucional. De tal suerte, es posible comprender los alcances reales de aquellas prácticas si se les ubica exclusivamente en el terreno administrativo, pero es también indispensable recurrir a ciertas nociones de derecho constitucional y de teoría del Estado para comprender de manera plena el tema del

presenta trabajo. A ello obedece que a lo largo de su desarrollo se encuentren presentes tanto la perspectiva administrativa como la constitucional, y aun la politológica, propia de la teoría del Estado.

Esta tesis se propone como objetivo primordial analizar las raíces y las repercusiones jurídicas de las prácticas parareglamentarias en el caso mexicano, así como proponer algunas alternativas para moderar los excesos en los que se ha incurrido - tratándose de esas prácticas-, pero, en un plano de la mayor objetividad, sin perder de vista las ventajas innegables que el parareglamentarismo, en cuanto parte sustancial de nuestra cultura, ha redituado al desarrollo político y jurídico nacional, de ahí la necesidad de reconocerlo y darle un marco adecuado como fenómeno insoslayable.

Para lograr este objetivo, la tesis se divide en cinco capítulos, además de esta introducción y un apartado de conclusiones. El Capítulo I analiza las funciones que, desde el punto de vista teórico, se atribuyen al Estado mexicano. En el Capítulo II se estudia

la ubicación de la facultad reglamentaria en el marco del derecho positivo mexicano. El Capítulo III revisa la naturaleza jurídica de los actos administrativos generales. En el Capítulo IV se estudia el mecanismo concreto mediante el cual, en el caso de nuestro sistema presidencial, se da la delegación de las facultades administrativas. El Capítulo V busca demostrar que las prácticas parareglamentarias mexicanas son, en realidad, actuaciones materialmente legislativas que en no pocos casos se encuentran refrendadas con el espíritu constitucional y finalmente, propone la renovación de la práctica reglamentaria, a fin de encuadrarla jurídicamente y frenar los excesos en los que se ha incurrido a lo largo de nuestra historia reciente.

CAPITULO I

EL ESTADO MEXICANO Y SUS FUNCIONES

A) Estado y gobierno

Los conceptos de Estado y gobierno atañen tanto a la Ciencia Política como al Derecho. La primera disciplina establece las definiciones de esos conceptos con el propósito de analizar los fenómenos políticos. La segunda disciplina lo hace con el fin de analizar los fenómenos jurídicos.

En la Ciencia Política el Estado se utiliza en el sentido de cuerpo político de una nación, sociedad política y jurídicamente independiente, etcétera. A esta acepción solían aludir los textos romanos (status rei romaneae, status rei publice), pero en realidad, el nombre de Estado, en la Ciencia Política, traduce el vocablo popularizado por Maquiavelo: lo Stato.

Para los fines de este trabajo es necesario delimitar adecuadamente los conceptos de Estado y gobierno, para evitar la confusión teórica frecuente entre ambos.

Al respecto, el maestro Miguel Acosta Romero expresa: "La forma de Estado tiene que referirse al todo del Estado, es decir, a la estructura jurídico-política que adopta el Estado soberano en su que hacer diario y en su estructura jurídica y que, partiendo de este supuesto, la forma de gobierno se refiere a una parte del todo del Estado, que son precisamente los órganos a través de los cuales se ejercita el poder. "¹

El maestro Ríos Elizondo nos dice: "La palabra 'Estado' con un carácter eminentemente político y con un sentido independiente de las formas de gobierno conocidas hasta entonces, la emplea por vez primera Nicolás Maquiavelo en su famoso libro El príncipe, escrito en el año 1513, en pleno Renacimiento.

¹ Acosta Romero, Miguel. Teoría general del derecho administrativo. Octava Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1988. p. 73.

El Florentino, al igual que los pensadores griegos, no asocia todavía la idea política a la jurídica, ni da al Estado una acepción organizativa...²

La doctrina ha definido al Estado de muy diversas maneras. De acuerdo con García Máynez, suele considerarlo como "la corporación por un pueblo, dotado de un poder de origen originario y asentado en un determinado territorio", o como "la organización jurídica de una Sociedad bajo un poder de denominación que se ejerce en un determinado territorio".³

A partir de estas definiciones encontramos que tres son los elementos integrantes del Estado: la población, el territorio y el gobierno. De ellos hablaremos en páginas posteriores.

En el campo de la Ciencia Política existen abundantes corrientes que pretenden explicar el Estado. No nos detendremos a analizar dichas

² Ríos Elizondo, Roberto. El acto de gobierno. Editorial Porrúa, S.A. México, 1975. Séptima edición. p. 14.

³ García Máynez, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. Cuadragésimo primera edición. Editorial Pax-México. México, 1983. p. 98.

teorías aquí; sólo mencionaremos las mas conocidas: teorías organicistas, teoría de la institución y teorías jurídicas. Todas estas teorías contienen elementos ciertos y aceptables, valaderos para explicar la naturaleza del Estado en mayor o menor medida. Su falla sustancial consiste en no contemplar más que aspectos parciales del Estado y querer someter a tanicos absolutos, puntos de vista eminentemente relativos.

A manera de presentar una conclusión en la que se viertan los elementos proporcionados por las diferentes concepciones doctrinales que hemos mencionado, podemos afirmar, de acuerdo con el maestro González Uribe, que los rasgos fundamentales de la naturaleza del Estado son:

1. Una sociedad total, por cuanto abarca dentro de su estructura organizativa y teleológica a todos lo individuos y grupos que conviven en el territorio que le corresponde.

2. Orden jurídico que se establece y mantiene mediante un sistema de normas jurídicas, dotadas de validez y vigencia y que pueden regir imperativamente y con apoyo de la fuerza pública, la convivencia humana, con lo cual se da lugar a la figura del Estado de Derecho, una de las mayores conquistas de la conciencia jurídica de los hombres.

3. Delimitación competencial en un territorio determinado, en el cual el poder político jurídicamente organizado tiene que ejercer sus funciones, lo que Kelsen llamaría "ámbito especial de validez".

4. Existencia del monopolio de un poder supremo, dotado de fuerza para emplear la coacción, con lo que se asegura una unidad de decisión y acción.

5. Respeto y garantía de la pluralidad social, por cuanto el Estado debe respetar la coexistencia interior entre ideologías y grupos de interés diversos y aun contrapuestos.

6. Persecución de fines valiosos, por cuanto el Estado se mueve en el terreno de los valores individuales y sociales, tales como la verdad, el bien, el orden y la justicia. Como comunidad que tiene su fundamento en la naturaleza racional y libre del ser humano y en sus fines existenciales, es conatural al Estado el orden ético individual y social. Cuando no realiza esos valores, el Estado no satisface los requisitos que le señalan su naturaleza y sus fines.

Visto como institución, en efecto, el Estado se explica y fundamenta plenamente ante la conciencia moral y jurídica de los hombres, y se justifica y renueva por su calidad ética y espiritual que, a través de la organización jurídico-política que constituye al Estado, representa el triunfo del espíritu y la esencia racional del ser humano sobre las fuerzas irracionales de la naturaleza.

La doctrina del Estado es una de las más antiguas. En sus rasgos esenciales como fenómeno político ha existido desde los tiempos

inmemoriales de la evolución humana y se ha enriquecido y tomado compleja conforme las sociedades políticas han evolucionado.⁴

En el concepto de Estado los conceptos jurídicos son particularmente relevantes para su descripción y comprensión, sin que esto signifique que no existan otros aspectos importantes, además del jurídico. Como lo señala el maestro Rafael Martínez Morales, "resulta imprescindible destacar la importancia del derecho como factor de organización del Estado, ya que es él la autoridad que asigna atribuciones a los entes estatales, establece sus mecanismos de acción y les fija los límites conforme a los cuales debe conducirse en su contacto con los particulares, asimismo, él organiza a la comunidad al establecer las bases sobre las que se da su interrelación."⁵

Dada su importancia fenoménica y el trascendente papel que desde la antigüedad ha desempeñado la organización estatal en la vida de la humanidad, el estudio del Estado ha ocupado siempre un lugar

⁴ González Uribe, Héctor. Teoría Política. Quinta edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1984. p.p. 249-256.

⁵ Martínez Morales, Rafael I. Derecho administrativo. Primer curso. Editorial Harla, S.A. de C.V. Primera edición. México, 1991. p. 33.

preponderante en su devenir histórico. Así, dicha disciplina gozó de la notable atención de los griegos, lo cual podemos encontrar a partir de un análisis de su literatura política fundamenta.: La República y Las leyes, de Platón; La política, de Aristóteles y los discursos de Demóstenes.

Para los griegos el Estado no era sólo una comunidad política, sino también religiosa, por lo que se preocupaban por encontrar un criterio que les permitiera juzgar válidamente los hechos, criterio que algunos encuentran en la naturaleza y, otros, en el propio acontecer humano.

Pero el interés preponderante de los escritores griegos consistía en definir la constitución del Estado en relación con su fin y con la situación del Estado dentro de él.

En Roma, la evolución política es semejante a la de Grecia. Tras una época arcaica de régimen monárquico, se pasa a la república y se concluye con el imperio de la época clásica. Durante todo este tiempo

se emplearon diversas expresiones para designar la situación política de los romanos, y la más usual fue la expresión res publica, para referirse a la cosa común, no como forma constitucional determinada, sino como organización jurídica cuya forma puede variar. La forma que adopta la res publica, ya como comunidad jurídicamente organizada, es la civitas o ciudad, que comprende tres órganos fundamentales: la asamblea, el senado y el pueblo. En todo caso, como lo asienta Tamayo y Salmorán, fue mérito de los romanos concebir al Estado (res publica) en términos jurídicos como un conjunto de competencias y facultades.⁶

En la Edad Media y en posteriores etapas históricas se consolida la idea del Estado como organización, ideal de unidad, orden y paz. Es sobre todo durante la Edad Media cuando el Estado alcanza verdadero relieve y forma como fenómeno sociopolítico.

Sin embargo, el Estado moderno aparece con sus rasgos distintivos más importantes en el siglo XVI y se perfecciona a lo largo del siglo siguiente. Diversos autores se dan a la tarea de

⁶ Tamayo y Salmorán, Rolando. "Estado". En: Diccionario Jurídico Mexicano. Universidad Nacional Autónoma de México-Editorial Porrúa, S.A. Tercera edición. México, 1989. p. 1321.

estudiarlo y con ello aportan ideas y elementos fundamentales del Estado como entidad y como concepto. En ese marco histórico, Maquiavelo es quien primero concibe al Estado como organización política integral y acuña el término que le da nombre. Juna Bodino y Tomás Hobbes, con posterioridad, añaden rasgos al concepto, mientras que Locke, Rousseau y Montesquieu vienen a completarlo.

Más tarde, el liberalismo, corriente de pensamiento empujada de la Ilustración Francesa y la Revolución Industrial, transforma la faz del mundo y asigna tareas precisas al Estado, en el contexto de sociedades claramente establecidas y diferenciadas de las demás. Como consecuencia de esto, el siglo XIX observa el nacimiento del derecho constitucional y del derecho administrativo, ramas jurídicas que se encaminan de lleno a dar sustento doctrinario a la existencia y los fines del Estado.

Como resultado de esta evolución histórica, en nuestros días el Estado es factor determinante en la vida de las sociedades: "Lo mismo en un continente que en otro, en un país industrial altamente

desarrollado que en un pueblo semifeudal que apenas acaba de salir del colonialismo, la política seguida por el Estado en el campo económico, cultural o moral, puede abrir al pueblo las puertas del bienestar y la prosperidad o sumirlo en los abismos de la desesperación y la ruina.⁷

Asimismo, el Estado de nuestros días es una fuente constante de normas jurídicas, por lo cual no es posible tener un conocimiento cabal de él si no se atienden sus relaciones con el derecho. Estado y derecho forman un binomio indisoluble en la vida social y sus términos requieren un explicación conjunta en toda comunidad humana organizada.

Los autores de teoría política han acuñado diversas definiciones de Estado, de acuerdo con el punto de vista de cada cual, sin que se haya llegado a una concepción universalmente aceptada. Esto hace ocioso, en nuestra opinión, enumerar definiciones, por lo cual, tras revisar diversos textos, nos inclinamos por adoptar aquí la del profesor Raúl Ríos Elizondo, para quien el "Estado es una organización jurídica permanente en que se constituye una nación, con arreglo a la

⁷ González Uribe, Héctor. Teoría Política. Quinta edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1984. p. 173.

norma primaria fundamental que ha expedido al efecto, con el fin sustancial de regular la convivencia y asegurar su progreso, para cuyo propósito se asigna a esa organización potestad o poder supremo de crear, modificar y aplicar el derecho así como de establecer y mantener relaciones con otros Estados. "8

En cuanto a los elementos integrantes del Estado, existen también varias técnicas para clasificarlos. Por nuestra parte, nos acogemos a la propuesta de Jean Dabin, con base en la cual identificamos los siguientes elementos:

1. La población. Ésta puede ser concebida como sociedad, población en estricto sentido, pueblo o nación. En cualquiera de estos casos, desde el punto de vista jurídico la población de un Estado desempeña un doble papel: puede ser considerada como sujeto o como objeto de la actividad estatal. Como objeto, por cuanto la población se halla sometida a la autoridad política y se

⁸ Ríos Elizondo, Roberto. Op. cit., p. 16.

convierte en el objeto del ejercicio del poder. Y como sujeto, por cuanto la población participa en la conformación de la voluntad general, en su carácter de integrante de la comunidad política.

- 2.- El territorio. Existe divergencia entre los autores en cuanto a considerar o no que el territorio es un elemento esencial del Estado. Nosotros nos plegamos al criterio de Rojina Villegas⁹ y González Uribe,¹⁰ pues consideramos que ante la carencia de territorio, puede decirse de una entidad política que es "gobierno", pero no que es "Estado".

El territorio es muy importante, por cuanto constituye el espacio físico en el que se manifiesta y concreta la acción del Estado.

⁹ Rojina Villegas, Rafael. Teoría general del Estado. Editorial Porrúa, S.A. Decimo quinta edición. México, 1968. p. 157

¹⁰ González Uribe, Héctor. Op. cit., p. 296.

En lo que se refiere al fin del Estado, diremos que este fin es el bien público. Este último es la formación propiamente política de la agrupación estatal y la distingue del resto de los grupos sociales. Este elemento va más allá de una población y un territorio unidos por ciertos lazos de solidaridad. La finalidad del Estado es precisamente la que encauza los esfuerzos y da unidad a los gobernantes y los gobernados. Dicho fin constituye la idea objetiva vertida en principio vital y motor interno, que aglutina las voluntades de los miembros de la sociedad para integrarse en Estado y es también la que determina la competencia de los órganos estatales y la orientación decisiva de todas sus funciones.

Para atender el interés público, el Estado debe partir de una concepción filosófica del hombre y de la vida. Sólo así podrá dar un cauce organizado a sus acciones.

La concepción filosófica del Estado debe concretarse en una voluntad de dirección, sin la cual no puede hablarse de la existencia de un poder. En su acepción general el poder se refiere al dominio,

imperio, facultad y jurisdicción que se tienen para mandar o ejecutar una cosa.

Rafael Martínez Morales define el poder como "la capacidad de imponer la voluntad propia a sí mismo y a los demás . En el caso del Estado, esta voluntad es manifiesta mediante las normas jurídicas; dicha voluntad cuenta con la posibilidad de ser acatada incluso con la intervención de la llamada fuerza pública, monopolizada ésta por el Estado."¹¹

El poder del Estado constituye una exteriorización particular del múltiple y complejo poder en la vida social, ya que en todos los grupos humanos hay alguien que ejerce el poder, que exige del súbdito una exigencia variable en proporción de su personalidad, comprometida con la relación de que se trata. El poder del Estado es total y cuenta con el monopolio de la coacción física, por lo que de dicho poder nadie puede escaparse.

¹¹ Martínez Morales, Rafael. Op. cit., p. 34.

Sin embargo, el poder no siempre se convierte en coacción. Existe un poder simple o no coactivo que se erige en la capacidad de dictar determinadas prescripciones a los miembros del grupo, pero no se condiciona a asegurar el cumplimiento de dichas prescripciones por sí mismo, es decir, con medios propios. Si una organización carece de poder coactivo, sus integrantes tiene la libertad de abandonarla en cualquier momento. Esto se torna claro en organizaciones tan poderosas como la iglesia católica.

En cambio, como se ha visto, el poder del Estado es una fuerza moral, jurídica y material. La primera canaliza y justifica, la segunda lo organiza y la tercera le permite realizar el bien público y mantener la supremacía sobre los demás poderes.

Al comenzar este apartado nos propusimos hacer notar la distinción entre el Estado y el gobierno. Ahora ya podemos señalar que el Estado debe considerarse como la unidad total: gobierno, pueblo y territorio a la vez, en tanto que el gobierno es sólo una parte del Estado, ciertamente la parte más importante, ya que es la encargada de

ejercer el poder, para llevar al pueblo a la consecución del bien público. Es el vértice y la culminación de la pirámide estatal, pero no por esto debe identificársele con el Estado, como si fuera su sinónimo.

El gobierno adopta una estructura para contener a los órganos de poder del Estado, en el ejercicio de sus funciones plasmadas en la constitución como norma suprema. "El gobierno como acción y efecto de la conducción política, agrupa al conjunto de órganos que realizan los fines de la estructura global del orden jurídico denominado Estado."¹²

De la distinción entre el Estado y el gobierno se deriva la necesaria distinción que debe hacerse entre formas de Estado y formas de gobierno. A este respecto nos adherimos al criterio según el cual las formas de Estado se determinan por la posición que ocupan las relaciones que guardan entre sí el gobierno, el pueblo y el territorio, y las formas de gobierno, por la posición que ocupan y las relaciones que guardan entre sí los órganos constitucionales.

¹² Lombardo Aburto, Horacio. "Gobierno". En: Diccionario Jurídico Mexicano. Op. cit., p. 1536.

En consecuencia, la forma de Estado "es el modo o manera de ser de la entidad o institución estatal misma, independientemente de cómo sea su gobierno, es decir, sin perjuicio de la estructura de sus órganos y de la índole y extensión de las funciones que a cada uno de ellos compete dentro de esa estructura."¹³

De esta manera, las formas de Estado se agrupan en dos estructuras básicas: Estado simple o unitario, y el Estado compuesto o complejo. Ejemplo del primero son Francia, Colombia y otros países, donde el poder se encuentra centralizado. Ejemplo del segundo tipo de Estado son los Estados Unidos de Norteamérica y la República Mexicana, donde el poder se ejerce mediante un pacto entre los poderes federales y otros poderes locales constituidos legalmente.

Por lo que hace a las formas de gobierno, podemos señalar en nuestros días la existencia de dos polos definidos: las monarquías (que a su vez se dividen en puras y parlamentarias), y las repúblicas

¹³ Burgos Orihuela, Ignacio. Derecho constitucional mexicano. Editorial Porrúa, S.A. Vigésima edición. México, 1973. p. 396.

(que también se dividen entre presidenciales y parlamentarias). En este último caso se encuentra la forma de gobierno mexicana.

En este punto conviene hacer referencia a las características generales de los regímenes parlamentario y presidencial. Esto es importante, en nuestra opinión, porque el problema que estudiamos en este trabajo -las facultades parareglamentarias- es más acentuado en los regímenes presidenciales que en los parlamentarios.

Este último debe su nombre a la preponderancia que el poder legislativo tiene sobre el ejecutivo. Este sistema nació en Inglaterra y, para su debido funcionamiento se requiere, además de la existencia de partidos organizados, de una alta educación cívica, ya que sin un respeto absoluto para la opinión de la mayoría, el parlamentarismo no podría tener su realización. Precisa que el ejecutivo refleje en sus actos la voluntad del pueblo, manifestada a través del parlamento. El jefe del gobierno designa su gabinete de acuerdo con la mayoría que prevalezca en el parlamento. El gabinete debe obrar siempre de conformidad con la mayoría parlamentaria a la que pertenece y es el

gabinete el único responsable de los actos del ejecutivo frente al parlamento y ante la opinión pública.

Como lo advierte Lanz Duret, "elemento esencial del gobierno parlamentario es la existencia de un gabinete o ministerio, integrado exclusivamente por miembros del parlamento, en el cual gabinete se deposita en realidad el ejercicio del poder ejecutivo y cuyos componentes todos son política y solidariamente responsables del organismo colectivo ministerio."¹⁴

A manera de recapitulación, podemos decir.

- a) El Estado se diferencia de la "sociedad", porque esta última admite otras caracterizaciones fuera de la de sociedad política, y porque tampoco toda sociedad política es Estado. Y aun cuando del Estado moderno se ha dicho que es la "autorganización de la sociedad", siempre queda, extramuros del mismo, un amplio ámbito, no estatificado, de realidad

¹⁴ Lanz Duret, Miguel. Derecho constitucional mexicano. Quinta edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1973. p. 202.

social; tampoco es el Estado simplemente la "organización" de la sociedad política, o sea el aparato externo de gobierno, autoridades y servicios administrativos, burocráticos, militares, policiales, etcétera; ni, por consiguiente, el Estado es sólo el "poder público", por la misma razón que no es tampoco solamente el "orden jurídico estatal", y tampoco es el Estado solamente el "fisco" o la hacienda, por mucho que este concepto haya influido para el tránsito de la concepción feudal a la idea moderna del Estado.

Pero el Estado es realidad social, o sea, vida humano-social de hombres asentados en un territorio, con una organización montada sobre un núcleo de poder, unificada por una suprema unidad de decisión (resultante de la interacción entre el núcleo de poder y sus oponentes) e informada por una idea de Derecho que se realiza en un sistema jurídico.

Por otra parte, en las definiciones del Estado se ha subrayado unas veces su condición de producto de la sociedad, mientras que a menudo se ha insistido en su función activa. Tales son, por ejemplo, los casos de Emilio Durkheim y Max Weber. Para el primero, el Estado, en realidad "no ejecuta nada" sino por delegación de la sociedad. Ésta sería el sistema nervioso, mientras que el Estado equivaldría simplemente al sistema muscular.¹⁵

Para Weber, en cambio, el Estado constituye más bien "un grupo humano que reclama (con éxito) el monopolio del uso legítimo de la fuerza dentro de un determinado territorio".¹⁶

b) Al Estado no le caracteriza sólo la independencia, sino también la existencia de una vida pública indiferenciada y autónoma que encarna una idea de bien común; por eso, con la existencia del Estado son compatibles ciertas limitaciones de la soberanía, en el orden

¹⁵ Durkheim, Emilio. Lecciones de sociología. Editorial Schapire. Quinta edición. Buenos Aires, 1966. p. 21.

¹⁶ Gerth, H., y C.W. Mills. Desde Max Weber. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Séptima edición. Buenos Aires, 1971. p. 47.

internacional o incluso en el interno (caso de los estados miembros de una federación). Con la palabra Estado se alude también a la categoría de firmeza, de estabilidad (estado, estable, estatuido) que ha de caracterizar a la sociedad política a que se refiere. En la horda o en la ocupación militar transitoria falta la consolidación de fuerzas (lo estático) que el Estado representa. El Estado es, pues, un factor de equilibrio, una unidad de fuerzas compensadas.

- c) En la teoría general del Estado se presupone un concepto formalista del Estado en el que éste pierde contenido histórico en la medida en que se hace susceptible de recibir cualquier contenido.

El uso correcto de la palabra Estado debe ver en éste una forma política histórica y, por consiguiente, transitoria. "El concepto de forma política no debe recoger las concreciones específicas de un género de Estado eternamente válido, allende toda temporalidad, sino las obras singulares del genio político creador de los hombres; es un

concepto ni tan desmesurado que mire con indiferencia los contenidos históricos concretos ni tan estrecho que tan sólo convenga a una comunidad política singular: es un concepto concreto capaz de captar la estructura esencial de una realidad histórica en bloque, que abarca el despliegue de una posibilidad que se hizo realidad y cuyo conjunto constituye el cuadro de posibilidades que el pasado político, al desrealizarse, nos otorga.¹⁷

Dentro de una orientación histórica ya es discutible cuando comienza en realidad la forma política Estado. Hermann Heller y José Conde¹⁸ fijan su fase en el Renacimiento: "El Estado no es la forma política en general, sino lo Stato, o sea el Estado moderno, claramente deslindado de otras formas de vida organizada: no se puede hablar de Estado indio o del Estado alemán de la Edad Media".¹⁹

¹⁷ Conde, José. Teoría y sistema de las formas políticas. Editorial Tecnos. Segunda edición. Madrid, 1994. pp. 93 y ss.

¹⁸ Heller, Hermann. Teoría del Estado. Segunda edición. Fondo de Cultura Económica. México, 1947. p. 46.

¹⁹ Conde, José. Introducción al derecho político actual. Editora Nacional. Tercera Edición. Madrid, 1942. p. 349.

En cambio, para Galán Gutiérrez, el origen del Estado europeo-único existente realmente, en su opinión-, esto es, de la forma típica de la civilización occidental, está precisamente en esa época llamada Edad Media, que representa la primera etapa de la vida y del despliegue de nuestro orbe histórico. Sus fases de desenvolvimiento han sido el Estado feudal, el estamental, el absolutista, el liberal y el totalitario, con el que periclita el Estado nacional llamado a ser sustituido por otra forma política de mayor potencia y amplitud.²⁰

B) Configuración del Estado mexicano

De acuerdo con la clasificación vista anteriormente y conforme a los lineamientos constitucionales, la forma de gobierno del Estado mexicano es la federal, pues está compuesto por "estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior pero unidos en la Federación" (artículo 40 constitucional).

²⁰ Galán Gutiérrez, Jesús. "Algunas ideas fundamentales para la elaboración de una nueva teoría del Estado". Escrito preliminar a Teoría del Estado, de Giacomo del Vecchio. Editorial Axioma. Primera edición. Barcelona, 1956.

Mucho se ha dicho que al hablar de estados federales también debe distinguirse entre un modelo puro (en el que estados originalmente independientes deciden confederarse) y un modelo no puro, en el que desde un principio los pequeños estados participantes ya se encuentran fundidos, como ocurre en el caso de México. Esta desavenencia nos parece intrascendente.

La personalidad y la naturaleza jurídicas del Estado mexicano se encuentran establecida en los artículos 40 y 41 de la Constitución Política. El primero de esos artículos, como ya lo señalamos, se refiere a la forma de gobierno, en tanto que, de acuerdo con el segundo artículo mencionado, se señala que "el pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal."

Así, pues, de acuerdo con el contenido de los artículos 40 y 115 de la Constitución Federal, existen identidad y coincidencia entre las decisiones fundamentales de la federación y las entidades federativas. En tal sentido, no puede concebirse la existencia de una monarquía o la supresión del sistema representativo de un Estado miembro. Tal identidad de decisiones es una característica en la que se sostiene fuertemente el Estado Federal mexicano.

Con base en lo expuesto podemos señalar cuatro principios fundamentales que distinguen al Estado federal mexicano:

1. División de la soberanía entre la federación y las entidades federativas. Estas últimas son instancia decisoria suprema dentro de su ámbito de competencia. (Artículo 40).
2. Coincidencia entre las decisiones fundamentales de la federación y las entidades federativas. (Artículo 115).

3. Libertad de las entidades federativas para otorgarse su propia constitución en la que se organiza su estructura de gobierno, pero sin contravenir el pacto federal inscrito en la Constitución de la República, que es la unidad del Estado federal. (Artículo 41).

4. División clara entre la competencia de la federación y las entidades federativas, de tal suerte que todo lo que no esté expresamente atribuido a la federación, es competencia de las entidades federativas. (Artículo 124).

Para la determinación de las facultades de su Estado, México sigue el modelo que podríamos llamar "de excepción competencial" para distribuir las facultades de la federación y de las entidades federativas. Dicho modelo, tomado de los Estados Unidos de Norteamérica, tiene como principio que todo aquello no expresamente atribuido a las autoridades federales es competencia de la entidades federativas.

A simple vista, el establecer las facultades de la federación como excepciones expresas aparece engañosamente sencillo y claro, apreciación que difiere de la realidad.

La propia Constitución establece diversos principios, mediante reglas, en cuanto al problema de la competencia en el Estado federal. Estas reglas, en función de las facultades que asignan, pueden clasificarse en: a) Facultades de la federación, b) Facultades de las entidades federativas; c) Facultades prohibidas a la federación; d) Facultades prohibidas a las entidades federativas; e) Facultades coincidentes; f) Facultades coexistentes; g) Facultades de auxilio, y h) Facultades emanadas de la jurisprudencia, ya reformando o adicionando esta clasificación.

Esta clasificación nos lleva a afirmar que la forma de gobierno del Estado mexicano se ajusta al modelo republicano, bajo la modalidad presidencial, de acuerdo con las siguientes características:

1. El gobierno se reúne en la persona del Presidente de la República, quien posee las atribuciones y facultades que la Constitución otorga al Poder Ejecutivo. Tiene, además, las calidades de jefe de Estado y jefe de Gobierno, por lo cual encabeza con plenos poderes la administración pública.

2. Por ello, el Presidente de la República nombra y remueve libremente a los secretarios de Estado.

3. Estos últimos no pueden ser censurados por el Congreso de la Unión, ni éste puede hacerlos dimitir.

4. Asimismo, el Presidente de la República nombra a los ministros de la Suprema Corte de Justicia, como funcionarios superiores del Poder Judicial de la Federación.

5. La suma de facultades que otorga la Constitución al Presidente de la República es más amplia y variada que la otorgada a los otros poderes de la Unión.

Se ha hablado mucho del poder exorbitante que se ha conferido al Presidente de la República Mexicana. Al respecto, el maestro Martínez Morales nos dice que "la figura del Ejecutivo ha traspasado el umbral del equilibrio y se ha asentado como el rector de la vida política nacional y ha supeditado a su proyecto de gobierno a los órganos encargados de las funciones legislativa y judicial."²¹

En una explicación de este fenómeno, el profesor Daniel Moreno sostiene: "A pesar de la existencia de indudables demócratas, operaba una tradición secular: por una parte, la persistencia y reminiscencia del mundo precolombino, que ha llegado hasta nuestros días...; de la otra, la institución de los virreyes absolutistas, representativos de

²¹ Martínez Morales, Rafael. *Op. cit.*, p. 43.

una monarquía más absolutista aún, instituciones que arraigaron profundamente en nuestro ambiente."²²

Acosta Romero, en cambio, es más tajante al afirmar que, de acuerdo con su criterio, "no existe división de poderes, existe el ejercicio de una sola actividad, que es la del Estado y que se ha dividido, por razones de trabajo, de colaboración más eficaz, para el desarrollo de esta actividad, en distintos poderes, sin que esto quiera decir que necesariamente tengan fuerzas y contrapesos y que existan exclusivamente los tres clásico poderes de acuerdo con la teoría."²³

En todo caso es evidente que en nuestro país el Poder Ejecutivo tiene una notable supremacía sobre los demás poderes, a tal punto que prácticamente todas las decisiones importantes para el país son tomadas por aquél.

²² Moreno, Daniel. Derecho constitucional mexicano. Editorial Pax. Quinta edición. México, 1985. p. 398.

²³ Acosta Romero, Miguel. Op. cit., p. 80.

C) El Gobierno de la Federación

De acuerdo con lo establecido en nuestra Constitución, el gobierno de la federación se constituye por lo poderes de la Unión, esto es, el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. Esta División se hace extensiva a las entidades federativas.

Cabe mencionar que aun cuando los estados miembros de la federación tienen su propio territorio, así como su legislación específica, sólo son libres y soberanos en cuanto a su régimen interior. En lo que toca a asuntos que afectan al interés de toda la nación y en lo que se refiere a las relaciones internacionales, están subordinados a la federación, en los términos señalados constitucionalmente.

En nuestro régimen federal existe una sola soberanía y diferentes potestades o competencias derivadas de la Constitución: la competencia federal, la competencia o potestad local, y la esfera

municipal. El gobierno federal se ejerce a través de los tres poderes y mencionados: Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

El Poder Legislativo se encuentra integrado por el Congreso Federal, dividido en dos cámaras, la de diputados (artículos 50, 51 y 52 constitucionales) y la de senadores (artículo 56 de la Constitución). Este poder tiene competencia fundamental en materia de iniciativa y formación de leyes. Sus principales facultades están reconocidas en los artículos 71 a 76 de la Constitución.

El Poder Ejecutivo reside en el Presidente de la República (artículo 80 constitucional), quien es auxiliado en el ejercicio de sus funciones por los departamentos y secretarías de Estado (artículos 90 y 92 de la Constitución), por la Procuraduría General de la República (artículo 102 constitucional), brazo jurídico del gobierno federal, y por el jefe del Departamento del Distrito Federal, virtual gobernador o administrador de esta última jurisdicción.

Por último, el Poder Judicial Federal está integrado por los jueces y tribunales que conocen y deciden las controversias mediante la impartición de justicia y aplicando la norma jurídica procedente a cada caso. De acuerdo con el artículo 94 de la Constitución General de la República, su ejercicio se deposita en una Suprema Corte de Justicia (integrada por 21 ministros numerarios y hasta cinco ministros supernumerarios); los tribunales colegiados de circuito, creados en 1951 con el fin de auxiliar a la Suprema Corte en el conocimiento de los juicios de amparo (actualmente existen 38 distribuidos en 19 circuitos); los tribunales unitarios de circuito, integrados por un solo magistrado, que se encargan de conocer únicamente las apelaciones sobre las sentencias dictadas en primer grado por los jueces de distrito en asuntos ordinarios federales (también se encuentran distribuidos en 19 circuitos, coincidentes con los de los tribunales colegiados); los juzgados de distrito, que también son unitarios (son 115 actualmente) y se encuentran distribuidos en las principales ciudades del país y están divididos por materias (penal, administrativa, civil, del trabajo y agraria). Estos juzgados poseen doble competencia genérica, una de carácter

ordinario federal, especialmente en las materias penal y civil, y otra decidiendo en primera instancia sobre los juicios de amparo que se interponen contra leyes presuntamente inconstitucionales. Por último, se habla de un jurado popular federal que sólo existe teóricamente.

D) Las funciones del Estado

En un régimen de derecho es dable suponer que la mayoría de los actos llevados a cabo por el Estado sean actos de naturaleza jurídica, como manifestaciones de voluntad ajustadas a la constitución, ya sea en forma directa o indirecta y que por ello devienen en el ejercicio de un poder necesariamente investido de legalidad.

Ahora bien, como todo acto jurídico, los actos del Estado entrañan, como expresiones de voluntad, la finalidad de producir un efecto jurídico, ya sea creando una situación jurídica, ungiendo a una persona con dicha situación o legalizando una situación jurídica preexistente.

Sin embargo, también debe considerarse que los actos del Estado persiguen un fin último, que es el bien común en su más amplio sentido, esencia del contenido de sus atribuciones. La suma de estos actos es lo que la doctrina ha dado en llamar "actividad del Estado", misma que se efectúa precisamente por medio de sus funciones.

En este punto, el maestro Gabino Fraga señala que "el concepto de funciones se refiere a la forma de la actividad del Estado. Las funciones constituyen la forma de ejercicio de las atribuciones. Las funciones no se diversifican entre sí por el hecho de que cada una de ellas tenga contenido diferente, pues todas pueden servir para realizar una misma atribución."²⁴

El hecho de conseguir sus fines, así como el de crear u aplicar el derecho, proveen al Estado moderno de una dinamismo extraordinario que requiere una regulación apoyada en el derecho público y presenta los más variados aspectos. Para llevar a cabo su actividad, el Estado se organiza conforme a una norma suprema, su Constitución, así como a

²⁴ Fraga, Gabino. Derecho administrativo. Editorial Porrúa, S.A. Vigésimavoena. México, 1990. p. 26.

las leyes emanadas de ésta, de modo que los diferentes órganos ejerzan una determinada función.

El Estado conlleva en sí mismo el poder, el mando supremo sobre la colectividad jurídicamente organizada. Por ende, podemos concluir que sus funciones significan el ejercicio de ese poder en casos generales y en casos concretos, según se trate de crear derecho o de aplicarlo a situaciones individuales.

Cabe formular aquí una breve reflexión acerca de las funciones del Estado, identificadas con los llamados "poderes de la unión". Creaos conveniente plasmar aquí la opinión de Burgoa, quien advierte. "El poder público del Estado es uno e indivisible y por tanto, no existen 'tres' poderes como indebidamente se supone y asevera sino tres funciones en que se desenvuelve dinámicamente mediante múltiples y variados actos de autoridad que provienen de los diversos órganos del Estado."²⁵

²⁵ Burgoa, Ignacio. Op. cit., p. 796.

No obstante, dado que la referencia terminológica de los órganos del Estado referidos como poderes ha adquirido carta de naturalización en nuestro lenguaje jurídico y político, es totalmente válido su empleo, no sin apuntar la atinada apreciación del autor citado.

La doctrina distingue tradicionalmente como funciones del Estado la legislativa, con el objeto de crear y mantener un orden jurídico justo; la administrativa, para proveer por medio de decretos y servicios públicos a las necesidades de la colectividad, y la judicial, mediante la cual se pretende resolver pacíficamente y conforme a derecho los conflictos de intereses que puedan surgir, y declarar cuál es la norma aplicable en caso de duda. Estas funciones corresponden a su vez a la clásica división de poderes. De este modo las funciones aparecen separadas, con el fin de evitar que se incurra en la tiranía al encarnar todos los poderes en una sola persona o en una sola entidad.

La complejidad en la que ha derivado la interrelación y colaboración constante entre los órganos del Estado impide que sus

funciones puedan ser observadas a través del cartabón que sugiere la teoría de la separación de poderes acuñada por Locke y perfeccionada por Montesquieu, práctica extendida en nuestros días. Se impone entonces una clasificación más dinámica, que complementa este punto de vista y permita escurrir en la esencia misma de dichas funciones.

Fraga propone dos perspectivas:

1. Las funciones vistas en cuanto al órgano que las realiza.
2. Las funciones vistas en cuanto a su naturaleza intrínseca.

La conjugación de ambas perspectivas nos lleva a señalar que las funciones del Estado se materializan mediante e actos de naturaleza distinta. Unos producen consecuencias jurídicas y otros sólo dan lugar a consecuencias de hecho. Las primeras se dan con la promulgación de leyes, mientras que las segundas, con la realización de actos

cotidianos, tales como la construcción de una carretera o la apertura de una calle.²⁶

Los actos jurídicos pueden ser clasificados atendiendo a dos criterios: su efecto jurídico y las modalidades que adopta la manifestación de su voluntad. Para establecer esta clasificación es necesario partir de la premisa de que el orden jurídico está constituido por el conjunto de situaciones, también jurídicas, que existen en un momento y un medio social determinados.

Estas situaciones jurídicas se integran a su vez por un conjunto de derechos y obligaciones. A su vez, las situaciones jurídicas se separan en dos grupos: las generales y las individuales. La situación jurídica general es abstracta e impersonal; por tanto, al ser creada se dirige a un número indeterminado e indeterminable de casos. Su carácter abstracto impide que se le confunda con una situación que crea un acto que, aun dirigido a una pluralidad de personas, puede ser determinado. Ejemplos típicos de situaciones jurídicas generales son

²⁶ Fraga, Gabino. *Op. cit.*, p.p. 29-30.

las que se derivan de la promulgación de una ley o la expedición de un reglamento.²⁷

En contraposición, la situación jurídica individual es personal y concreta; los derechos y obligaciones que la constituyen sólo existen para una persona determinada, con extensión y contenido variables, según el caso. El acto típico que crea este tipo de situaciones es el contrato, ya que los derechos y obligaciones que crea sólo se aplican a los contratantes, y su contenido y extensión son determinados concretamente por la voluntad de las partes. Además, la situación jurídica individual es temporal, ya que se extingue por el ejercicio de los derechos o por el ejercicio de las obligaciones que la conforman. También es modificable por un acto de la misma naturaleza que el que la creó. No puede ser extinguida por un acto creador de situaciones jurídicas generales. Así, por ejemplo, los actos nacidos como consecuencia de un contrato no pueden ser modificados por una ley, aunque hay situaciones jurídicas individuales que simultáneamente son condición para que se apliquen, en cada caso,

²⁷ Ibidem, p. 31.

normas que crean situaciones jurídicas generales, por ejemplo, la supletoriedad de la ley para eventos que no fueron expresamente previstos en el contrato, pero que pueden originarse como resultado del cumplimiento de este último.

Vistos brevemente los caracteres que componen el orden jurídico, así como las situaciones que lo conforman, diremos que los actos jurídicos, en función del efecto que producen, se clasifican en:

1. Los que crean, modifican o extinguen una situación jurídica general. Su categoría típica es la ley.
2. Los que crean, modifican o extinguen una situación jurídica individual. Su ejemplo más común es el contrato.
3. Los que tienen por objeto condicionar la aplicación de una situación jurídica general a un caso particular. Así, por ejemplo, las normas jurídicas aplicables a los

hombres casados exigen como precondition que el individuo común contraiga matrimonio, para poder ser sujeto de esas normas.

4. Para algunos autores existe una cuarta categoría: la de los actos jurisdiccionales. Se trataría de manifestaciones de la voluntad, en ejercicio de un poder legal, cuyo objeto es comprobar una situación jurídica, ya sea general o individual, o ciertos hechos con fuerza de verdad legal.²⁸

Tras este análisis debemos concluir que las funciones del Estado, siendo éste, como ya lo vimos, un ente jurídico dotado de personalidad y, por ende, de los atributos de ella, se vierten simplemente en actos que producen y actos que no producen consecuencias de derecho. Asimismo, podemos afirmar que la teoría de los actos jurídicos en un enfoque fundamental para estudiar y comprender los alcances y la naturaleza de las funciones del Estado.

²⁸ Ibidem. p. 33.

Con base en lo anterior nos referiremos brevemente a cada una de las funciones del Estado identificadas por la teoría: legislativa, administrativa y jurisdiccional.

La función legislativa tiene por objeto dictar, modificar y revocar las leyes regidoras del país y se deriva de la responsabilidad del Estado de observar el orden, la justicia y el bien común de la sociedad que le está encomendada. Por ello, ha de crear y mantener al día un ordenamiento jurídico justo y eficaz, que responda a las necesidades reales de la población.

Se dice que esta función es "materialmente legislativa" cuando lo que de ella emana son verdaderas normas que establecen situaciones jurídicas generales, permanentes y abstractas para el grueso de la población y, "formalmente legislativa", cuando la actividad de que se trata la realizan los órganos especialmente previstas por la constitución para tal fin.

La naturaleza intrínseca de la función legislativa la encontramos en el acto en el cual se concreta y exterioriza: la ley, que según Burgoa es "un acto de imperio del Estado que tiene como elementos sustanciales la abstracción, la impersonalidad y la generalidad y por virtud de los cuales entraña normas jurídicas que no contraen su fuerza reguladora a casos concretos, personales o particulares numéricamente limitados, presentes o pretéritos, sino que la extienden a todos aquellos, sin demarcación de número, que se encuadren o puedan encuadrarse dentro de los supuestos que prevean."²⁹

Así, la ley es el producto tangible de la función legislativa del Estado. Y para que en principio esa ley responda a los fines éticos del Estado, debe ser impersonal y general. Las leyes privativas, como lo señala acertadamente el maestro Burgoa, no pueden denominarse propiamente leyes, sino decretos de aplicación efímera o restringida.

²⁹ Burgoa, Ignacio. Op. cit., p. 688.

Desde el punto de vista formal, la función legislativa es la actividad realizada por los órganos del Estado que, de acuerdo con los preceptos constitucionales, conforman el Poder Legislativo.

En México, esta función se encuentra formalmente depositada en el Congreso de la Unión, entidad que a su vez está dividida en dos cámaras: la de diputados y la de senadores.

En general, la función legislativa se ubica en dos categorías: la constituyente y la ordinaria. En nuestro país, después del 5 de febrero de 1917, toda actividad legislativa es ordinaria.

Las leyes que emanan del Congreso pueden agruparse en dos tipos: las leyes constitucionales (la Constitución propiamente dicha) y las leyes ordinarias, comunes o secundarias (mediante las cuales se busca regular de manera explícita los alcances de diversos artículos constitucionales).

La función administrativa, cuyo contenido es materia fundamental del Derecho Administrativo, plantea problemas en lo que respecta a su definición, ya que algunos autores le dan contenido diverso y otros pretenden definirla por exclusión de las otras dos funciones. En este sentido, la función administrativa es la actividad que realiza el Estado, diferente de las funciones legislativa y judicial, lo cual no aclara, por sí mismo, su contenido.

Algunos autores, desde el punto de vista orgánico o formal, identifican a esta función como la actividad que realiza el Poder Ejecutivo, lo cual no es suficiente puesto que el Ejecutivo también realiza funciones judiciales y legislativas, y como veremos más adelante, la función administrativa, materialmente, también es llevada a cabo por lo poderes legislativo y judicial.

Para identificar la función administrativa es necesario partir de la idea de la ejecución de los actos que se manifiestan en cumplimiento de disposiciones legales, creadoras de situaciones jurídicas concretas. Esto nos lleva a considerar, en primer término,

que la función administrativa se manifiesta con el cumplimiento del mandato legal, con el fin de que el Estado realice sus fines, ya sea en materia de policía, fomento o servicio, lo cual produce situaciones jurídicas individuales.

Esta forma de manifestación del Estado queda plenamente diferenciada de la función legislativa en virtud de que ésta es una ejecución directa de la Constitución, que establece situaciones jurídicas generales, mientras que la función administrativa es ejecución de la ley y produce situaciones jurídicas individuales.

La función jurisdiccional supone la controversia o la incertidumbre, respecto de ciertos derechos o intereses, mientras que la administración presupone la existencia de la norma a la cual se va a dar plena eficacia mediante su ejecución.

Planteados estos aspectos básicos respecto de la función administrativa, es necesario señalar que la idea de administrar, en lo que se traduce la función administrativa, es concebida como el manejo

de elementos en la ejecución de propósitos determinados, utilizados para la consecución de fines. De lo anterior se derivan las siguientes características:

- a) Se manifiesta en la realización de actos jurídicos o materiales, que crean situaciones jurídicas individuales, es decir, se manifiesta a través de una actuación en la que se hace uso de los elementos tanto jurídicos como materiales con que cuenta el Estado.

- b) La actuación de que se trata, se deriva de un mandato legal que también regula el contenido y los límites de la actuación, por lo que se afirma que a través de ella se está realizando el Derecho.

- c) Crea situaciones jurídicas individuales, ya que su efecto produce una transformación concreta en el medio jurídico.

Por tanto, la función administrativa es la realización de actos jurídicos o materiales, ejecutados de acuerdo con el mandato legal, que produce transformaciones concretas en el mundo jurídico.

Así, es posible afirmar que la función administrativa, desde el punto de vista material, es decir, en razón de su contenido, también es realizada por el Poder Legislativo y el Judicial al elaborar y ejecutar su presupuesto, y al nombrar a los servidores públicos en los diferentes órganos de su administración.

Desde el punto de vista formal u orgánico, la función administrativa será toda la actualización que realice el Poder Ejecutivo, aunque la naturaleza de los actos en que se manifieste tenga carácter legislativo o judicial, o se trate de actos políticos, ya que sólo por el hecho de provenir del Ejecutivo será función administrativa.

Con base en lo anterior podemos concluir que cada uno de los poderes realiza principalmente una función, pero también realiza actos

característicos de los otros dos poderes, sin que ello cambie la naturaleza del acto. Así tenemos que, por ejemplo, el Ejecutivo realizará fundamentalmente funciones administrativas, pero también realizará actos propios de la función legislativa, como expedir normas generales, y actos que corresponde a la función judicial, como resolver controversias administrativas y laborales en tribunales especializados.

La función administrativa consiste básicamente en proveer, por medio de decretos y servicios públicos, a la atención de las necesidades de la colectividad. Corresponde formalmente al Poder Ejecutivo, aunque materialmente puede ser ejercida por los demás poderes del Estado. Se trata de una función muy variada y compleja, que no puede ser tratada de modo unitario.³⁰

Como toda función, la administrativa se manifiesta mediante una diversidad cuantitativa de actos diversos correspondientes al tipo abstracto de "acto administrativo", que es el contenido sustancial de

³⁰ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto. Elementos de derecho administrativo. Editorial Limusa, S.A. de C.V. Edición. México, 1986. pp. 34-36.

esta función y cuyas características analizaremos detalladamente en el Capítulo Tercero de este trabajo.

Basta decir únicamente, por ahora, que los actos administrativos, de acuerdo con la doctrina tradicional, son concretos, particulares e individualizados. La concreción implica que son aplicables a uno o varios casos numéricamente determinados, y denota la particularidad y la individualidad en el mismo acto. De acuerdo con esto, el acto administrativo sólo opera en tales casos, situaciones o sujetos, sin que se extienda más allá del ámbito concreto en relación con el cual se haya producido.

En ese marco existen varias definiciones de la función administrativa, las cuales giran en torno de criterios distintos. Por nuestra parte, consideramos que para estar en condiciones de establecer una definición válida de la función administrativa se deben tomar en cuenta tres elementos que de alguna manera concurren o están implícitos en las definiciones y posturas existentes:

1. Que se realiza bajo un orden jurídico.
2. Que tiene efectos limitados, al reconocer que éstos son concretos e individualizados.
3. Que paralelamente a los actos jurídicos que implica su desempeño, la función administrativa precisa de la realización de una serie de actos materiales.

A partir de estos elementos consideramos conveniente adoptar la función de Fraga, según la cual la función administrativa es aquella que realiza el Estado bajo un orden jurídico y consiste en la ejecución de actos materiales o de los actos que determinan las situaciones jurídicas para casos individuales.³¹

Gran parte de la complicación que se presenta para definir satisfactoriamente la función administrativa radica en la riqueza y complejidad de su contenido. Por ello nos parece válido el criterio del maestro Héctor González Uribe, quien considera que la función administrativa contiene a su vez dos funciones que corresponden a la

³¹ Fraga, Gabino. *Op.cit.* p. 63.

doble tarea del poder público: el gobierno de los habitantes del país y la administración de las cosas. en consecuencia, existe una función estrictamente administrativa y otra que, además de alcances administrativos, tiene alcances políticos. La primera se caracteriza por el conjunto de actividades por medio de las cuales el Estado provee, autoritariamente o como un servicio, a la satisfacción de las necesidades públicas. Es este el instrumento más eficaz del que se vale para la realización inmediata del bien público, cubriendo sus tres requerimientos: establecer el orden por medio de la justicia, coordinar las actividades de los particulares y ayudar a la iniciativa privada y suplirla cuando ésta falte o sea deficiente. Esto lo lleva a cabo mediante los genéricamente llamados "actos administrativos".

A cada uno de estos requerimientos corresponde una categoría específica de actos administrativos. Esta labor es realizada por una serie de órganos escalonados, integrados en una unidad orgánica de acuerdo con el principio de sujeción jerárquica. Existen entre ellos relaciones de coordinación y subordinación, según lo que determinen

las leyes. Estos órganos integran en su totalidad lo que se denomina "administración pública".

En esta última distinguimos entre los órganos centralizados y los descentralizados, en función de su mayor o menor vinculación con el Estado, y de acuerdo con las actividades públicas que realizan.

Concomitantemente a la función administrativa en estricto sentido, toca al Poder Ejecutivo una tarea decisiva en la que se juega el destino total de la comunidad; esta función es la actividad política o de gobierno. No es materia de este trabajo discutir la diferenciación entre la función meramente administrativa y la política, que ha dado lugar a encontradas corrientes de opinión. Baste decir que por medio de esta función el Poder Ejecutivo fija las metas supremas de la comunidad y determina los medios para alcanzarlas. En muchas ocasiones se trata de actos libres y espontáneos no previstos de antemano por las leyes. Se trata de las grandes líneas a través de las cuales corren los proyectos de la nación. Así, se habla de

política interna, externa, agraria, laboral, fiscal, demográfica, educativa, etcétera.³²

Como puede apreciarse por lo expuesto hasta aquí, las funciones legislativa y administrativa son claramente distinguibles entre sí, pues la primera tiene su expresión métrica en la ley abstracta, general e impersonal, mientras que la segunda se manifiesta en el acto cotidiano que responde a una situación particular, concreta y temporal.

De acuerdo con nuestro derecho positivo, conforme a lo que establece el artículo 80 de la Constitución Federal, la función administrativa está depositada en una sola persona, que es el titular del Poder Ejecutivo: el Presidente de la República.

Para cumplir esa función, este último se vale de una estructura de organización que denominamos administración pública y que, como resultado de la gran diversidad de necesidades que debe atender, se

³² González, Héctor. *Op. cit.*, p. 376-378.

subdivide en numerosos órganos especializados en diversas subfunciones.

Finalmente, por lo que se refiere a la función jurisdiccional, diremos que está constituida por la actividad que constitucionalmente está confiada al Poder Judicial.

La función jurisdiccional tiene la misión de resolver, con base en la ley, los conflictos de intereses y las controversias que se susciten entre los particulares o entre éstos y los poderes públicos.

El Estado, por medio de sus funciones legislativa y administrativa, crea situaciones jurídicas que deben, dentro de la normalidad de la vida social, ser voluntariamente respetadas. Cuando ese respeto voluntario no se da, y cuando tales situaciones son motivo de duda, controversia o violación, el Estado debe intervenir para evitar que los particulares lleguen a imponer su derecho por la fuerza. Esto se hace precisamente mediante la función jurisdiccional.

Podemos decir que la naturaleza de la función jurisdiccional es del orden jurídico. Citemos nuevamente al maestro Fraga, quien nos dice: "Cuando el Estado decide jurisdiccionalmente un conflicto de derechos no se limita a determinar si éstos existen sino que además, como una consecuencia del reconocimiento de su existencia provee al respecto de ellos por medio de un acto emanado de la voluntad, acto que, aunque realizado dentro de las normas legales, produce una modificación en el orden jurídico, puesto que hace concreta y actual la garantía jurídica que en términos abstractos consagra la ley para los derechos de la naturaleza del que está a discusión."³³

Existe una corriente doctrinaria que se pronuncia por que no hay realmente una distinción clara entre la función administrativa y la función jurisdiccional. Así, se afirma que el Estado sólo realiza dos funciones claramente distintas entre sí: hacer leyes y aplicarlas.

Sin embargo, consideramos que al margen de esta controversia que, en opinión de Fraga, no ha podido resolverse, lo importante es

³³ Ibidem, p. 47.

que el Estado ha tenido la necesidad de establecer, cuando menos, una distinción formal entre ambas funciones.

CAPITULO II
LA FACULTAD REGLAMENTARIA EN
EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

A) Origen y fundamento de la facultad reglamentaria

El análisis de la facultad reglamentaria es el soporte fundamental del presente trabajo, pues dicha facultad constituye, por una parte, fuente importantísima del Derecho Administrativo, y por otra, es clave imprescindible para desentrañar las causas que han dado origen al objeto principal de nuestro estudio: el fenómeno parareglamentario.

Sin embargo, antes es necesario hablar, en general, de las facultades o atribuciones del Estado, una vez que hemos precisado en el capítulo anterior las formas en que la actividad del Estado puede manifestarse.

Las actividades, tareas y cometidos que se asignan a los órganos del Estado para la consecución de sus fines, pueden ser identificados

por el contenido y efectos que producen en la esfera jurídica de los particulares. En esta forma encontramos que el contenido de la actividad del Estado puede encuadrarse en tres diferentes grupos: policía o control, fomento y servicio público.

Con base en la idea de que las atribuciones son las tareas asignadas al Estado para la realización de sus fines, Fraga hace un análisis de las transformaciones que esas facultades han tenido al ir modificando los fines del Estado, al cual identifica en tres etapas sucesivas: la primera corresponde al Estado gendarme (atribuciones policíacas, de vigilancia del orden público); la segunda consiste que, ante el mayor desenvolvimiento del Estado, "va interviniendo con un ritmo acelerado en las actividades económicas, tanto por requerirlo el cumplimiento de sus fines políticos, como porque con el aumento de sus necesidades generales, nuevas finalidades se agregan a las primitivas y para satisfacer eficazmente tales necesidades procede, ya sea fomentando la acción de los particulares, o bien, completándola o supléndola, o atribuyéndose la prestación de servicios públicos."³⁴

³⁴ Fraga, Gabino. Op. cit., p. 4.

Finalmente, en la tercera etapa, que corresponde al Estado prevaletiente hasta hace algunos años, el Estado agregó a las finalidades ya mencionadas las que tienden a estructurar la sociedad de acuerdo con un ideal de justicia, de "justicia social", que naturalmente demanda una serie de atribuciones que convierten al Estado gendarme de la primera etapa, en un Estado social de derecho.

A través de sus atribuciones de fomento, el Estado procura desarrollar diversas áreas de la actividad económica de los particulares o regiones específicas del territorio, tratando de corregir las diferencias o desigualdades de las condiciones económicas de la población. En relación con las atribuciones de servicio, éstas se manifiestan en la actividad tendiente a satisfacer las necesidades generales de los particulares, ya sea en forma directa o concesionada.

Para autores como Serra Rojas, el concepto de atribución no es un elemento importante en la Ciencia del Derecho Administrativo, ya que no es necesario para la definición de las instituciones administrativas, puesto que "es un término que no fundamenta las

instituciones de derecho administrativo porque no puede fácilmente omitirse."³⁵

Por su parte, el autor uruguayo Enrique Sayagués Laso considera que, "aunque el término facultad viene prestigiado por autores de gran jerarquía, es más exacta la palabra 'cometidos'".³⁶

Por nuestra parte, consideramos más adecuado el uso del término "facultades" y el término "atribuciones", porque a ellos aluden nuestros textos jurídicos.

En nuestro sistema jurídico la facultad reglamentaria está depositada en el Presidente de la República, en su carácter de titular del Poder Ejecutivo. Así, la fracción I del Artículo 89 de nuestra Constitución Federal. establece que una de las facultades y obligaciones del Presidente de la República es "promulgar y ejecutar

³⁵ Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. Tomo Y. Editorial Porrúa, S.A. Décima Edición. México, 1983. p. 21.

³⁶ Sayagués Laso, Enrique. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. Editorial del Sur. Edición. Montevideo, 1974. p. 49.

las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia."

Esta atribución es justificada, en primer lugar, desde una perspectiva pragmática, por la necesidad existente de aligerar la función del Poder Legislativo relevándolo de la tarea de desarrollar y completar detalladamente las leyes para facilitar su mejor ejecución, considerando que el Ejecutivo tiene un contacto más directo con el medio en el cual va a aplicarse la ley y, por ende, está en mejores condiciones para desarrollar y detallar su exacta observancia.

Además, al existir mayores facilidades para la modificación de los reglamentos, el uso de la facultad reglamentaria permite que la legislación se pueda ir adaptando paulatinamente a las circunstancias cambiantes en las que tiene que ser aplicada, adaptación que no sería posible si dependiera exclusivamente del Poder Legislativo, ya que éste sujeta su funcionamiento a mecanismo más complicados y a períodos de trabajo reducidos.³⁷

³⁷ Fraga, Gabino. Op. cit., pp. 104-105.

Como lo advierte Jorge Madrazo, "la facultad reglamentaria corresponde al Poder Ejecutivo en razón de que la función de los reglamentos es facilitar y hacer posible la ejecución de la ley, lo cual es una función típica y natural del Ejecutivo."³⁸

El maestro Andrés Serra Rojas, por su parte, afirma que la facultad reglamentaria es necesaria: "Políticamente, por la composición del Poder Legislativo que no puede descender al detalle de la ley. La Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores se integran con numerosas personas, la mayor parte de las cuales, por su propia emanación popular, carecen de la competencia técnica en el conocimiento detallado de materias diversas. El Poder Ejecutivo está en contacto directo con la realidad y es apremiado constantemente por los problemas del Estado. Si la ley ha establecido el principio general, el reglamento cuida otros aspectos detallados."³⁹

³⁸ Madrazo, Jorge. Diccionario Jurídico Mexicano. En: "Facultad reglamentaria". Op. cit., p. 1414.

³⁹ Serra Rojas, Andrés. Derecho administrativo. Editorial Porrúa, S.A. Décima cuarta edición. México, 1988. Tomo Y. p. 195.

La doctrina predominante sostiene que la facultad reglamentaria reviste un carácter propiamente legislativo, por lo que es considerada una de las excepciones del principio de separación de los poderes, hecho que analizaremos más adelante.

Por lo que se refiere a la evolución histórica de la facultad reglamentaria, diremos que en México el Poder Ejecutivo siempre ha tenido encomendada dicha facultad. Así, la Constitución española de Cádiz, del 18 de marzo de 1812 y publicada en México en septiembre del mismo año, establecía en su artículo 171, fracción II, entre las prerrogativas del monarca, la de expedir los reglamentos e instrucciones que creyera convenientes para la ejecución de las leyes.⁴⁰

La Constitución de Apatzingán, del 22 de octubre de 1814, aunque nunca llegó a estar vigente, facultada al Congreso General para aprobar ciertos reglamentos, en cumplimiento no sólo de las leyes, sino de la propia Constitución. El artículo 170 establecía: "Se

⁴⁰ Serra, Andrés. Op. cit., p. 197.

sujetará al Supremo Gobierno a las leyes y reglamentos que adoptará o sancionará el Congreso."⁴¹

Ya en la época independiente, la facultad reglamentaria ha quedado invariablemente establecida en los diversos textos constitucionales. Así, el Acta Constitutiva de 31 de enero de 1824 dispone en su artículo 16, fracción XV, que una de las atribuciones del Ejecutivo será "dar decretos y órdenes para el mejor cumplimiento de la Constitución y las leyes generales."⁴²

La Constitución del 4 de octubre de 1824 establece en su artículo 110 que entre las atribuciones del Presidente figura la de "dar reglamentos, decretos y órdenes para el mejor cumplimiento de la Constitución, Acta Constitutiva y leyes generales."⁴³

Las Siete Leyes Constitucionales del 30 de diciembre de 1836, en su Ley Cuarta, artículo 17, fracción Y, señalan que una de las

⁴¹ *Ibidem*, p. 197.

⁴² *Idem*

⁴³ *Idem*

atribuciones del Presidente de la República es "dar, con sujeción a las leyes generales respectivas todos los decretos y órdenes que convengan para la mejor administración pública, observancia de la Constitución y Leyes, y de acuerdo con el Consejo, los reglamentos para el cumplimiento de éstas".⁴⁴

Las Bases Orgánicas de 12 de junio de 1843, en su artículo 85, dicen que corresponde al Presidente de la República "expedir órdenes y dar los reglamentos necesarios para la ejecución de las leyes, sin alterarlas ni modificarlas."⁴⁵

Como podemos ver, en las normas fundamentales que citamos se contuvo la facultad reglamentaria en forma clara, precisa y expresa. Y sin que exista explicación aparente, el Congreso Constituyente de 1856-1857 modificó esta situación y sustituyó la expresa mención de la facultad de expedir reglamentos por la frase "proveyendo en la esfera administrativa su exacta observancia". En la Constitución de 1857 dicha facultad quedó establecida en la fracción Y del artículo 85, que

⁴⁴ Ídem

⁴⁵ Ídem

es exactamente igual a la fracción Y en la Constitución de 1917, en la que se decidió transcribir de manera literal esa expresión, sin discusión alguna.

En relación con el tema que nos ocupa existen diversas corrientes doctrinarias, particularmente en lo que se refiere a los fundamentos de la potestad reglamentaria.

Para Manuel María Díez existen tres clases de fundamentos: el histórico, el lógico y el jurídico. El fundamento histórico se sustenta en los residuos de atribuciones legislativas que quedaron en el Ejecutivo al realizar la división en tres poderes. Por su parte, el fundamento lógico se explica por la imposibilidad práctica de que el Poder Legislativo pueda prever todas las contingencias y necesidades que potencialmente se deriven de la ejecución de las leyes. Finalmente, el fundamento jurídico, según el autor que citamos, radica en que en la tarea de administrar está implícita la facultad de reglamentar.⁴⁶

⁴⁶ Díez, Manuel María. Derecho administrativo. Tipográfica Editora Argentina. Quinta Edición. Buenos Aires, 1963. p. 334.

En cambio, Rafael Bielsa opina que la facultad reglamentaria se atribuye al Poder Ejecutivo por virtud del principio de la división de poderes, y por ende, de la relativa independencia que cada uno de ellos tiene para obrar dentro de su propia esfera. De este modo, la facultad reglamentaria no es para Bielsa un resabio del Poder Legislativo, como lo admitiría Díez, sino una facultad correlativa para que el Poder Ejecutivo pueda obrar eficazmente dentro de su actividad específica, en este caso, la administrativa. Por tanto, la libertad de apreciación y de decisión que es necesaria para considerar, examinar, aprobar, y en suma, decidir lo que conviene hacer o se debe hacer, da origen al poder discrecional, íntimamente ligado con la facultad o potestad reglamentaria, pues aun cuando la ley debe aplicarse rectamente y los discrecional en dicha aplicación no juega, la mayor parte de las leyes dejan un margen de elasticidad que es ocupado precisamente por el poder discrecional aplicado mediante la facultad reglamentaria.

Bielsa también es partidario de la conaturalidad de la facultad reglamentaria con la actividad administrativa, al afirmar: "En suma,

esta potestad (la reglamentaria) se explica por la naturaleza misma de la actividad administrativa, la cual, dirigiéndose a fines múltiples: policía (de seguridad, higiene, etc.), cultura pública (enseñanza, bellas artes), economía e industria (transporte, trabajo en general), defensa (ejército y marina), finanzas, etc., exige también normas múltiples que la regulen eficientemente".⁴⁷

Desde una perspectiva mexicana, para Burgoa el fundamento de la facultad reglamentaria de alguna manera se identifica con la naturaleza de la actividad administrativa. Este autor sostiene: "Creemos que dicha facultad sólo la debe ejercer el Presidente de la República en la esfera administrativa, esto es, en todos aquellos ramos distintos del legislativo y jurisdiccional. En otras palabras, no puede desempeñarse en relación con leyes que no sean de contenido material administrativo, es decir que no se refieran a los diferentes ramos de la administración pública estrictamente considerada".⁴⁸

⁴⁷ Bielsa, Rafael. Derecho administrativo. Roque de Palma, Editor. Tercera Edición. Buenos Aires, 1955. p. 184.

⁴⁸ Burgoa, Ignacio. Op. cit., p. 851.

Por su parte, Fraga también niega el fundamento de la facultad reglamentaria en un acto de delegación del Poder Legislativo en favor del Poder Ejecutivo, al afirmar que la tiene directamente por habérsela otorgado la Constitución. Desde este punto de vista, parte de la tesis de que dicha facultad en nuestro país siempre ha estado encomendada a Poder Ejecutivo, y para demostrarlo hace un examen de su aparición en los textos constitucionales que sucesivamente han estado en vigor, hasta llegar a la actual fracción Y del artículo 89 constitucional. A partir de lo que dice esta fracción, Fraga divide entre tres tipos las facultades derivadas de ella: a) Promulgación de leyes; b) Ejecución de las mismas, y c) Provisión de su exacta observancia en la esfera administrativa. En su opinión, sólo este último punto queda como una nueva facultad del Poder Ejecutivo y "significa la competencia para la realización de los actos que facilitan la ejecución, pero que no son la ejecución misma y no pueden serlo porque esta última ya queda comprendida en el segundo concepto de la fracción".⁴⁹

⁴⁹ Fraga, Gabino. Op. cit., p. 110.

Desde este punto de vista podríamos considerar que la facultad reglamentaria es inherente al Poder Ejecutivo. Sin embargo, Serra Rojas discrepa de este criterio, pues en su opinión "la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo no es sino una fase de la ejecución de las leyes. La esfera administrativa que se señala no sirve más que para delimitar la competencia del Presidente en relación con las leyes".⁵⁰

A su vez, Felipe Tena Ramírez afirma que no se trata de dos facultades diferentes, sino de una sola facultad, pues del precepto constitucional sólo se desprende una facultad, la de ejecutar las leyes, ya que "el resto de la expresión no consigna sino el modo como debe hacerse uso de dicha facultad proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia".⁵¹ De esta suerte, ni la interpretación de Praga ni la de Serra Rojas resultarían aceptables.

⁵⁰ Serra Rojas, Andrés. Op. cit., p. 199.

⁵¹ Tena Ramírez, Felipe. Derecho constitucional mexicano. Editorial Porrúa, S.A. Sexta Edición. México, 1973. p. 147.

Por nuestra parte, consideramos que aun cuando en nuestro sistema jurídico está plenamente reconocido el régimen de reglamentos -no obstante que la Constitución no establezca de manera expresa como en las constituciones anteriores a la del 57 y el 17 la facultad del Ejecutivo de otorgarlos- es un intento razonable tratar de extraer de nuestra Carta Magna dicho fundamento, y lo más dable y congruente es ubicarlo en el vocablo "proveer".

Nos adherimos a la opinión del maestro Serra en el sentido de que la facultad reglamentaria, lejos de erigirse independientemente de la ejecución de las leyes, es una fase de la misma que constituye su complemento lógico, ya que es esencial y necesaria para ejecutar una ley, que se expidan uno o varios reglamentos que la expliquen y lleven a su nivel de detalle, aunque, desde luego, sin contrariarla.

Asimismo, estimamos que aun cuando no existiera el término "proveer" en la fracción Y del artículo 89 constitucional, la facultad reglamentaria seguiría siendo necesariamente reconocida, ya que la

ejecución de leyes no resulta viable ni eficaz sin la expedición de reglamentos, función que es atribuible al Poder Ejecutivo.

En cuanto a los límites de la facultad reglamentaria, es sabido que por definición, esta facultad tiene como finalidad dictar normas de carácter general y obligatorias, subordinadas a la Constitución Política y a la Ley, y ésta es muy clara al establecer qué materias deben ser objeto de una ley y, por exclusión, no pueden serlo de un reglamento, con lo cual se advierte un límite explícito a la facultad reglamentaria. En todo caso, el reglamento debe suceder a la ley, y no a la inversa.

Siguiendo a M. Malins, Serra Rojas establece tres principios para la limitación de la facultad reglamentaria:

1. Obligación de respetar las leyes en su letra y espíritu.
2. Imposibilidad para la autoridad administrativa de tomar la iniciativa para disminuir mediante un reglamento la

libertad de los ciudadanos si el legislador no ha planteado al menos el principio de tal determinación.

3. Imposibilidad de tocar materias o de tomar ciertas disposiciones reservadas para el legislador, sea por la constitución, por la ley o por costumbre reconocida por la jurisprudencia.⁵²

En nuestra opinión, Manuel María Díez ha establecido los criterios que más aceptación han ganado en el campo de la doctrina acerca de los límites de la potestad reglamentaria. A reservar de que en el presente trabajo veremos en su oportunidad las características de los reglamentos de acuerdo con la clasificación generalmente aceptada, señalaremos a continuación los límites de la potestad reglamentaria en los diversos tipos de reglamentos, conforme a los planteamientos de Díez.

⁵² Serra Rojas, Andrés. Op. cit., p. 197.

1. Reglamento de ejecución. Puede alterar el texto de la ley pero no su espíritu. "Es atribución de ejercicio discrecional o de prudente arbitrio del órgano ejecutivo para su aplicación en su recto sentido".⁵³

2. Reglamento autónomo. Su límite en primer término es la Constitución. "por lo demás, si el reglamento se hubiera dictado a falta de normas legales y luego el legislador dictara una ley en esa materia, la disposición reglamentaria habrá de quedar sin efecto. Es decir, entonces, que su límite está también en la ley".⁵⁴

Estos reglamentos no pueden ir en contra de los principios generales del derecho. Toda vez que el reglamento autónomo tiene por objeto colmar una laguna legal y para ello es necesario recurrir a fuentes subsidiarias y particularmente a los principios generales del derecho, es dable suponer que al emitir un reglamento autónomo, la

⁵³ Díez, Manuel María. Op. cit., p. 345.

⁵⁴ Ibidem, p. 346.

administración debe sujetarse a los principios ya señalados de la potestad reglamentaria.

Reglamento ejecutivo. Al desarrollar los principios de la ley formal, mismo que se encuentran en un sistema jurídico positivo por encima de los principios generales del derecho, derivados del derecho natural, en la medida en que el reglamento se adecue a los principios de la ley no afectará los principios generales del derecho.⁵⁵

Reglamentos delegados. Esta clasificación no está comprendida en nuestro derecho positivo, y en países como España, deviene de una autorización del parlamento para establecer normas generales que no necesariamente se derivan de una ley. Para Díez, el límite de estos discutibles reglamentos es la propia ley que habilitó al ejecutivo para llevarlos a cabo.

⁵⁵ Idem.

Reglamentos de necesidad o urgencia. Puesto que son contra legem e incluso pueden llegar a modificar la ley, para Díez el límite de estos reglamentos es la Constitución. "Quiere decir que si bien el reglamento de necesidad o urgencia puede modificar la ley, no puede modificar el ordenamiento constitucional".⁵⁶

De esta manera hemos analizado someramente los criterios doctrinales básicos que de manera genérica determinan los límites de la facultad reglamentaria.

Cuando hablemos del reglamento como figura concreta del derecho positivo mexicano veremos cómo mediante esos instrumentos se transgreden las limitaciones originalmente señaladas por la doctrina a la facultad reglamentaria, con el fin de analizar el fenómeno parareglamentario, tema central de este trabajo.

⁵⁶ Ibidem, p. 348.

B) Carácter privativo de la facultad reglamentaria

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la facultad reglamentaria pertenece, en México, al Presidente de la República. Dice este Tribunal: "El Poder Ejecutivo tiene facultades constitucionales para reglamentar las leyes cuya aplicación le está encomendada."⁵⁷ En cuanto a las secretarías de Estado, la propia Corte sostiene que "no pueden expedir reglamentos por delegación del Presidente de la República".⁵⁸

De esta suerte, conforme a nuestro régimen constitucional la facultad reglamentaria es privativa del Presidente de la República y, por tanto, no puede ser delegada, en principio, a la luz de la fracción I del artículo 89 de nuestra Carta Magna.

No obstante, la creación de numerosos organismos descentralizados ha hecho que en la práctica ese principio de jurisprudencia haya sido desbordado.

⁵⁷ Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tesis Jurisprudencial No. 890.

⁵⁸ Informe del Presidente de la Suprema Corte. 1956, p. 49.

En ese mismo contexto diversas dependencias de la Administración Pública Federal han expedido reglamentos, con lo que violan el precepto constitucional que otorga a esta facultad un carácter privativo, criterio que, como vimos, es sostenido por la Suprema Corte.

Consideramos importante hacer notar este fenómeno, toda vez que su creciente arraigo ha sido fuente del parareglamentarismo que pretendemos estudiar en este trabajo.

El nacimiento de diversos organismos descentralizados ha sido fuente de problemas en el ámbito del derecho administrativo, y uno de los principales lo constituye, precisamente, el ejercicio ilegal de la facultad reglamentaria.

Es cierto que para el ejercicio de tal facultad, dichos organismos deben estar sujetos, para efectos de dictar su propio orden jurídico reglamentario, a la ley orgánica respectiva. No obstante,

ello no es prerrogativa, desde nuestro punto de vista, para que estos entes ejerciten la facultad reglamentaria, pues como ya lo hemos dicho anteriormente, de acuerdo con los artículos 89 (fracción V) y 92 constitucionales, esta facultad corresponde exclusivamente al Presidente de la República y, conforme al criterio de la Suprema Corte, es lógicamente indelegable.

El maestro Serra Rojas se plantea la siguiente pregunta, que deja sin respuesta: "¿Al crearse un organismo descentralizado, que asume una de las tareas que corresponden al Poder Público, también le delega la facultad reglamentaria que normalmente corresponde al Presidente de la República?"⁵⁹

Nosotros consideramos que la respuesta debe ser negativa. La indelegabilidad de la facultad reglamentaria no puede ser salvada con el argumento de que la función encomendada por el Ejecutivo a un organismo descentralizado requiere una regulación, y que ésta es inherente a la función misma y, por tanto, la consecuencia lógica de

⁵⁹ Serra Rojas, Andrés. Op. cit., p. 207.

este razonamiento sería que el propio organismo se autodote de dicha regulación.

Consideramos que este razonamiento nos llevaría a la incongruencia de considerar que, siendo implícita la facultad de autorregularse al órgano que tiene encomendada cierta tarea o función del Ejecutivo Federal, todos los órganos a los que el Ejecutivo confiere cierta tarea podrían proveerse de su propio reglamento, lo cual nos llevaría, además de violar flagrantemente las disposiciones constitucionales, a una anarquía jurídica de incalculables proporciones. En tanto no se establezcan mecanismos concretos para controlar y eventualmente delegar con técnica y medida dicha facultad, ésta pertenece de manera privativa al Presidente de la República.

C) El reglamento como fuente del Derecho Administrativo

Al igual que todas las demás ramas del derecho, el administrativo tiene sus propias fuentes, que son en realidad, como lo advierte con razón el maestro Martínez Morales, "las fuentes formales o los

documentos donde se encuentran las normas de nuestra materia y aquellos otros textos, ideas o actividades que pueden contener directa o indirectamente reglas o elementos supletorios o interpretativos.”⁶⁰

En el derecho mexicano, se pueden considerar como fuentes del derecho administrativo las siguientes:

- Constitución Política
- Leyes federales
- Tratados y convenios internacionales
- Leyes locales
- Reglamentos
- Planes y programas
- Circulares
- Decretos
- Acuerdos
- Convenios
- Jurisprudencia

⁶⁰ Martínez Morales, Rafael Y. Op. cit., p. 17.

- Derecho civil, procesal, mercantil, penal y laboral
- Principios generales de derecho
- Costumbre
- Doctrina

El autor que citamos advierte que las primeras diez fuentes mencionadas en la lista son directas y están ordenadas conforme a una secuencia de prelación jerárquica, en tanto que las cinco restantes son fuentes interpretativas o supletorias.

Por lo demás, para los fines de este trabajo sólo nos interesa hablar del reglamento como fuente del derecho administrativo, por lo cual es necesario definirlo aquí conceptualmente.

En opinión del profesor Delgadillo Gutiérrez, el reglamento puede ser definido como "un conjunto de normas generales, abstractas y obligatorias, expedidas por el Presidente de la República para facilitar el cumplimiento de la ley expedida por el Congreso".⁶¹ De

⁶¹ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto. Op. cit. p. 63.

acuerdo con este concepto, el reglamento está integrado por un conjunto de normas generales, abstractas y obligatorias, características que asemejan a este ordenamiento con la ley; es decir, la ley y el reglamento presentan las mismas características intrínsecas, ya que en su contenido no se refieren a sujetos específicos, sino que plantean presupuestos generales que serán de aplicación obligatoria a las personas que se adecuen a lo establecido en la norma. Sin embargo, entre la ley y el reglamento existe una diferencia importante, pues la primera emana necesariamente de la Constitución, además de que ciertas materias sólo pueden ser reguladas mediante ella.

Por nuestra parte, consideramos que esta definición es adecuada y la adoptaremos aquí, no sin antes señalar que, en la pirámide de los ordenamientos jurídicos, el reglamento figura inmediatamente debajo de la ley.

En este punto conviene hacer notar que para algunos autores los reglamentos no figuran entre las fuentes del derecho administrativo.

Sin embargo, no nos referiremos aquí a tal postura, por su carácter minoritario en el campo de la teoría.

Hecho lo anterior, estamos en condiciones de hablar de los diversos tipos de reglamentos, antes de concluir el presente capítulo.

D) De las diversas especies de reglamentos

Desde el punto de vista de su contenido, los reglamentos pueden ser de ejecución o de organización, ya sea que -en el primer caso- expliquen o aclaren el contenido de una ley, o -en el segundo caso- que establezcan la estructura de una dependencia pública. En ambos casos el reglamento cumple con una finalidad esencial: reglamentar los alcances de una ley preexistente.

Sin embargo, además de los reglamentos de ejecución y orgánicos, la doctrina también habla de reglamentos autónomos y de reglamentos de necesidad. Los autónomos son aquellos que no se derivan de una ley, sino que emanan directamente de la Constitución, porque es ella la que

prevé su existencia. Tal es el caso, en el sistema mexicano de los reglamentos de policía y buen gobierno previstos en el artículo 21 constitucional, al advertir que "compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía", de donde se deriva la posibilidad de que la autoridad administrativa, sin más, emita esos reglamentos, sin la existencia previa de una ley sobre la materia. Esto mismo se deriva del artículo 73, fracción XVI, en lo que se refiere a los reglamentos sanitarios.

En cuanto a los reglamentos de necesidad, el derecho los identifica como aquellas disposiciones de carácter general, abstractas y obligatorias, que el Ejecutivo dicta para hacer frente a situaciones de emergencia del país. En nuestro sistema estas disposiciones tienen el carácter de decretos-ley y están señaladas como excepciones del principio de división de poderes en el artículo 49, y consignadas en los artículos 29 y 131 (párrafo segundo) de la Constitución.⁶²

⁶² Acosta, Miguel. *Op. cit.*, p. 789-790.

En nuestra opinión también es importante señalar la existencia del reglamento de particulares, el cual tiene una aplicación restringida y privada, pero puede invocarse como referencia en el caso de un litigio. Ejemplos de este tipo de ordenamientos son los que regulan la vida interna de las organizaciones deportivas y, en general, de las asociaciones civiles.

Sin embargo, el reglamento cuya existencia compete al derecho público es el llamado "reglamento de autoridad", pues como lo advierte Martínez Morales, este reglamento es expedido por una autoridad estatal competente y es fuente de obligaciones y derechos de alcance general, "Tanto la legislación como la doctrina nacional y extranjera estiman generalmente al reglamento como un acto proveniente del ejecutivo, sin embargo, nuestro derecho admite la posibilidad de que las autoridades legislativas y judiciales expidan los reglamentos correspondientes a los órganos de esos poderes." En todos caso, es de señalarse que "el reglamento de autoridad es el expedido por órgano público y que, creando situaciones jurídicas generales, tiene

obligatoriedad (es ejecutivo y ejecutorio), de tal suerte que el reglamento de autoridad forma parte del orden jurídico positivo..."⁶³

En opinión de este autor, misma que compartimos, el reglamento de autoridad constituye, en primer lugar, una herencia del sistema monárquico; asimismo, es consecuencia de la discrecionalidad que posee el poder ejecutivo; tiende a propiciar el equilibrio entre la actividad legislativa y la del ejecutivo, y por último, permite "manejar adecuadamente el elemento cambiante y detallista del orden jurídico", pues "se supone que el procedimiento legislativo es más lento que el administrativo" y que, en tal virtud, "será más expedito actualizar y precisar la aplicación de la ley, si se permite que el ejecutivo produzca las normas secundarias, es decir, los reglamentos".⁶⁴

Así, contamos ya con una panorama completo de la facultad reglamentaria tanto desde la perspectiva de la doctrina general, como en el ámbito del derecho positivo mexicano. Esto nos permitirá

⁶³ Martínez Morales, Rafael I. *Op. cit.*, p. 288.

⁶⁴ *Idem.*

analizar en el capítulo siguiente la naturaleza de los actos administrativos generales.

CAPITULO III

NATURALEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES

A) Ubicación dentro de la teoría de los actos administrativos

Antes de entrar a analizar la naturaleza de los actos administrativos es necesario y conveniente recordar los conceptos de acto jurídico y hecho jurídico.

El acto jurídico, es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico.

En forma general la doctrina Francesa adoptada en práctica unánimemente por nuestros juristas, considera a los hechos jurídicos como todos aquellos acontecimientos naturales o del hombre que originan consecuencias de derecho, distinguiendo de tal modo los hechos jurídicos en estricto sentido, de los actos jurídicos.

Así hay un hecho jurídico, cuando por un acontecimiento natural y por un hecho del hombre, en el cual no interviene la intención de originar consecuencias de derecho, estas se originan. De tal suerte, hay un acto jurídico, cuando aquellos hechos voluntarios son ejecutados con la intención de producir consecuencias en el terreno jurídico, definiéndose por tal razón, como una manifestación de voluntad que se hace con la intención de originarlas.

La diferencia de los actos jurídicos no está entonces, en la intervención del hombre, toda vez que los hechos jurídicos pueden ser naturales y del hombre y dentro de estos últimos, los hay voluntarios, involuntarios y contra la voluntad. Hay hechos jurídicos voluntarios, o sea, ejecutados por el hombre, pero en ellos la voluntad no está orientada a producir consecuencias de derecho, radicando aquí la diferencia.⁶⁵

El acto jurídico, a la luz de la teoría de los actos administrativos, ha sido frecuentemente objeto de discrepancias

⁶⁵ Rojina Villegas, Rafael. Compendio del Derecho Civil. Tomo I. Vigésima segunda edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1988. p. 115.

doctrinarias acerca de su naturaleza. Sin embargo, no hay duda de que el acto administrativo tiene la naturaleza de hecho jurídico. Es el medio por el cual se manifiesta la actividad administrativa; es la exteriorización de la actividad de carácter jurídico que realiza el poder público. Otras corrientes, en cambio, consideran al acto administrativo como la declaración de carácter jurídico, unilateral y ejecutivo con base en la cual la administración procede a crear, modificar, reconocer o extinguir situaciones jurídicas de tipo subjetivo.

En opinión del catedrático Miguel Acosta Romero, el acto administrativo "es una manifestación unilateral y externa de voluntad, que expresa una decisión de una autoridad administrativa competente, y que en ejercicio de la potestad pública, crea, reconoce, modifica, transmite o extingue derechos u obligaciones; es generalmente ejecutivo y se propone satisfacer el interés general".⁶⁶

⁶⁶ Rojina Villegas, Rafael. Op. cit., p. 116.

Por su parte, el maestro Serra Rojas considera que la naturaleza jurídica del acto administrativo le confiere las siguientes características:

- a) Es un acto que corresponde al derecho público.
- b) Es una decisión ejecutoria, pronunciada por autoridad de naturaleza administrativa.
- c) Es un acto de carácter unilateral
- d) Tiene por objeto crear, reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica.
- e) Su objeto se basa en la búsqueda del bienestar general.⁶⁷

⁶⁷ Serra Rojas, Andrés. Op. cit.

Conforme al criterio anterior, que adoptaremos aquí, podemos llegar a una clasificación de los actos administrativos, de acuerdo con el profesor Gabino Fraga, desde los siguientes puntos de vista:

Por la naturaleza propia del acto: actos materiales (que no producen ningún efecto de derecho) y jurídicos (que sí provocan algún efecto jurídico).

En atención a las voluntades que participan en la formación del acto: actos unilaterales (en los que sólo concurre una voluntad) y plurilaterales (en los que intervienen varias voluntades). Los actos plurilaterales pueden, a su vez, ser colegiados, colectivos y de unión.

Por la relación existente entre la voluntad creadora del acto, y la ley: actos obligatorios (que obedecen a algo estrictamente prefijado por la ley) y discrecionales (que se derivan del contexto de una ley).

Por su radio de acción: internos (que sólo producen efectos en el seno del organismo administrativo que los emprende) y externos (que producen efectos fuera de ese círculo).

De acuerdo con su finalidad: actos preliminares y de procedimiento, y resoluciones o actos de ejecución.

Por su contenido: actos que tienden a ampliar la esfera jurídica de los particulares; actos orientados a delimitar esa esfera, y actos tendientes a hacer notar la existencia de un estado de hecho o de derecho.⁶⁸

Asimismo, existe la clasificación que aunque no es explícitamente contemplada y precisada por los principales autores mexicanos, es en la que preponderantemente se encuentra la distinción que pretendemos resaltar en este capítulo. Esta clasificación es la de los actos administrativos que producen efectos a individuales y aquello que producen efectos generales.

⁶⁸ Fraga, Gabino. Op. cit., pp. 240 y ss.

Así los actos administrativos individuales serán aquellos que producen efectos y/o afectan la esfera jurídica concreta de uno o varios individuos a los que específicamente va dirigido dicho acto.

Los actos administrativos generales son aquellos que tienen como destinatario a una pluralidad de personas o casos indeterminados o indeterminables, dentro de cuyos actos quedan comprendidos, entre otros, las convocatorias de concursos, oposiciones y subastas; órdenes de censo; expedición de tarifas; fijación de precios de mercancías o efectos; establecimiento y supresión de la veda de casa y pesca; en materia de desarrollo urbano, todos los actos administrativos generales relativos a la formulación del plan director y de los planes parciales, etc.

El acto administrativo, en conclusión, es un hecho jurídico integrado por dos tipos de elementos: de fondo y de forma. Entre los elementos de fondo se encuentran la voluntad, el objeto, el motivo, la

oportunidad y el fin. Los elementos de forma son el sujeto y la forma propiamente dicha.

La voluntad del acto administrativo consiste en la manifestación expresada con el fin de producir el efecto jurídico deseado por el sujeto. El objeto es la sustancia, el contenido del acto. El motivo consiste en los factores o elementos que determinan el nacimiento y la fundamentación del acto. La oportunidad se da cuando los medios señalados en el acto administrativo son los idóneos para el logro de los fines que busca, o bien, es la adecuación entre los medios y el fin del acto administrativo. Si no existe la oportunidad, se corre el riesgo de que el acto administrativo fracase en sus objetivos.

Cómo, en dónde y cuándo debe realizarse un acto administrativo es la respuesta que debe buscarse en la oportunidad. El fin, por su parte, es la consecuencia deseada por la voluntad del sujeto administrativo que realizó el acto. El sujeto debe ser considerado como el ente, individual o colectivo, que pronunció la declaración o el acto administrativo.

Por último, la forma es la manera que se utiliza para exteriorizar y dar a conocer el acto. En nuestro medio, la forma más común es la escrita, pues mediante ella se manifiesta de manera más clara el acto administrativo en su conjunto, y al escrito en cuestión puede remitirse el particular interesado en conocer los verdaderos alcances del acto.⁶⁹

Cuando el acto administrativo reúne todas las características descritas hasta aquí, se dice que se trata de un acto regular. Si carece de alguno de esos rasgos, hablamos de un "acto irregular". Pero si el acto irregular carece de algún elemento esencial, se trata entonces de un acto inexistente. Para tal efecto se consideran rasgos esenciales del acto: la voluntad, el objeto, la competencia y la forma requerida por la ley. Así, no puede decirse que un acto existe si no se ha deseado expresamente crearlo; si carece de objeto; si quien lo emprende carece de competencia para hacerlo, y si no se atiene a la forma que la ley le atribuye para que tenga validez.

⁶⁹ Pérez de León E., Enrique. Notas de derecho constitucional administrativo. Decimoprimer edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1990. p. 162.

Sin embargo, puede ocurrir, como lo señala el maestro Fraga, que un acto administrativo sí sea capaz de engendrar consecuencias en el campo del derecho, pero esté afectado de nulidad porque estén presentes en él: a) vicios en la voluntad, b) irregularidad u omisión de formas, c) inexistencia de los motivos o defectos en la apreciación de su valor, y d) ilegalidad de sus fines.⁷⁰

Ante el primer supuesto -vicios en la voluntad-, Fraga considera que si el acto se llevó a cabo por error, dolo o violencia, está viciado y, por ello, afectado de nulidad, pero en posibilidad de que si cesan esas circunstancias y lo confirma la autoridad, tendrá plena validez.

En lo que se refiere al segundo grupo de causas de nulidad, Fraga distingue el acto que está desprovisto de la solemnidad de la forma -lo cual provocará su inexistencia-, de aquellos en los que la forma se llena de modo indebido, caso este que es susceptible de

⁷⁰ Fraga, Gabino. Op.cit., p. 246.

nulidad. La irregularidad en la forma puede revestir nulidad parcial o total. En el primer caso, la forma no tiene influencia sobre el acto y puede corregirse para que surta efectos; en el segundo, se declarará la nulidad no sólo como garantía de que las decisiones son correctas, sino como una garantía para el derecho del particular.

Por lo que hace al tercer grupo, dice Fraga que el acto es irregular cuando carece de los motivos que lo provocan; no existe, así, la condición para el ejercicio de la competencia y, en este caso, la sanción es la nulidad.

La nulidad por ilegalidad de sus fines, llamada también "desvío", se funda en que el poder administrativo se desvía y abusa al perseguir fines distintos a los que le señala la ley. La finalidad que debe perseguir el agente administrativo es siempre la satisfacción del interés público.

En cuanto al acto administrativo que se atiene plenamente a su naturaleza jurídica inherente y que, por tanto, es válido y eficaz,

puede ser retirado unilateralmente por un motivo superveniente. Tanto la nulidad, como la revocación, provocan la eliminación del acto. Existen diferentes sustanciales entre una y otra. Por virtud de la nulidad se retira un acto inválido por su propia naturaleza; por la revocación, se retira también, pero siempre válido.

Por los motivos que las originan, también existen diferencias: la nulidad deriva del vicio original de ilegalidad del acto, en tanto que el motivo de la revocación se presenta con posterioridad al acto original.⁷¹

B) Diferencias sustanciales con el reglamento

En los apartados B) y C) del Capítulo II hemos hablado de las características esenciales del reglamento y de cómo éste es considerado una de las fuentes por antonomasia del derecho administrativo.

⁷¹ Ibidem.

El reglamento es, de acuerdo con aquella exposición, la manifestación genérica de la facultad reglamentaria. En esa parte del presente trabajo dijimos que el reglamento es un conjunto de normas generales, abstractas y obligatorias, expedidas por el Presidente de la República para facilitar el cumplimiento de la ley expedida por el Congreso. De acuerdo con este concepto, el reglamento está integrado por un conjunto de normas generales, abstractas y obligatorias, características que asemejan a este ordenamiento con la ley; es decir, la ley y el reglamento presentan las mismas características intrínsecas, ya que en su contenido no se refieren a sujetos específicos, sino que plantean presupuestos generales que serán de aplicación obligatoria a las personas que se adecuen a lo establecido en la norma. Sin embargo, entre la ley y el reglamento existe una diferencia importante, pues la primera emana necesariamente de la Constitución, además de que ciertas materias sólo pueden ser reguladas mediante ella.

¿Existen diferencias entre el reglamento y el acto administrativo? En nuestra opinión no existen y no pueden

establecerse, como no puede hacerse cuando son comparadas entre sí dos cosas de género distinto: el reglamento es la manifestación de la facultad reglamentaria del Estado, y como tal, es una de las fuentes de las que emana el derecho administrativo. En cambio, el acto administrativo es todo aquel hecho jurídico que se ciñe a la naturaleza y los rasgos que hemos descrito en el apartado A) del capítulo en curso.

De tal suerte, los actos administrativos generales no son necesariamente de contenido reglamentario y normativo, tratándose simplemente de actos generales pero no creadores de normas jurídicas, pues siguiendo al profesor Fauzi Hamdan, "de la distinción y caracterización del reglamento y de los actos administrativos generales, dependerá, en todo caso, en nuestro derecho positivo calificar a tal tipo de actos constitucionales o no, pues si tales actos administrativos generales, por sus características esenciales, llegarán a identificarse con los reglamentos propiamente dichos, aún cuando no recibieran formalmente tal denominación serían inconstitucionales, pues la facultad o potestad reglamentaria es, en

el derecho positivo mexicano, exclusiva del Presidente de la República".⁷²

Como lo afirma el maestro Rafael Martínez Morales, "el reglamento está considerado por muchos autores como un acto administrativo o sea, como una declaración unilateral de voluntad emitida por el poder ejecutivo que crea situaciones jurídicas generales. Por otro lado, se le incluye dentro de la categoría de los actos regla.

"Se ha utilizado el término reglamento administrativo para diferenciarlo del llamado reglamento jurídico, asumiendo que éste es el dictado por el legislativo y el primero por el ejecutivo. Tal distinción resulta prácticamente inaplicable en nuestro orden normativo."⁷³

⁷² Hamdan Amad, Fauzi. Algunas consideraciones en torno de la constitucionalidad de las disposiciones administrativas generales que dictan los órganos de la administración pública federal y sus diferencias con los reglamentos propiamente dichos. Revista de la Escuela Libre de Derecho. Investigaciones Jurídicas. N° 14. Mayo, 1990.

⁷³ Martínez Morales, Rafael Y. Op. cit., p. 290.

En todo caso, procede tener en cuenta los siguientes requisitos teóricos, quedan validez y aplicación a un reglamento:

a) Es un acto unilateral emitido por la autoridad administrativa.

b) Crea normas jurídicas generales.

c) Debe tener permanencia y vigencia generales.

d) Es de rango inferior a la ley y está subordinado a ésta.

e) Aunque es un acto unilateral de autoridad, obliga a ésta.⁷⁴

Concluimos, adhiriéndonos a la postura de autores como Acosta Romero, Fraga y Serra Rojas, que el reglamento mas que ser un acto administrativo general puede considerarse como un acto formalmente

⁷⁴ Martínez Morales, Rafael. *Op. cit.*, pp. 290-291

administrativo por originarse en la administración pública y materialmente legislativo por crear una situación jurídica general, expresión de la función normativa de la administración pública.⁷⁵

C) Alcances de la potestad administrativa para dictar actos administrativos generales

Dependiendo de que en cada caso concreto se analice y concluya, si nos encontramos ante un auténtico reglamento y a reserva de que en el Capítulo IV analizaremos la forma concreta que adopta la potestad administrativa en el marco constitucional de nuestro país, aquí sólo diremos que, en principio es factible que los órganos secundarios de la administración pública, puedan expedir actos administrativos con destinatarios indeterminados o indeterminables que:

- a) Son generales, puesto que se derivan de la aplicación de una ley cuyo alcance y vigencia son, precisamente, generales.

⁷⁵ Serra, Andrés. Op. cit., p.233.

b) Pueden ser generales a partir de la suma de una serie de situaciones jurídicas individuales que se ven alteradas como consecuencia del acto administrativo de que se trate.

Estos actos sostenemos, no necesariamente se identifican con un reglamento, sino que se trata de aplicaciones de la propia ley, mediante actos administrativos que no necesariamente son individuales, en razón de que el objeto mismo del acto administrativo por razón de sus efectos, impone que el destinatario sea indeterminado "adicionales ejemplos se encuentran en las Leyes Reglamentarias para el Aprovechamiento y Explotación de Bienes de Dominio Público de la Federación o tratándose de todas las leyes administrativas al régimen de concesión para la prestación de servicios públicos en que la autoridad administrativa competente fija mediante actos administrativos generales (sin tener el carácter de reglamentos), tarifas, rutas, modalidades en la prestación de servicio público o en la explotación del bien del dominio público y de mas regulaciones que impone el propio régimen de concesión..."⁷⁶

⁷⁶ Hamdan Amad, Fauzi. *Op. cit.*, p. 335

En los casos anteriores, entra en juego la facultad discrecional que la ley confiere al órgano administrativo y que analizaremos en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO IV

LA DELEGACION DE FACULTADES ADMINISTRATIVAS

Como lo hace notar el doctor Jorge Carpizo, "los tratadistas han acostumbrado dividir las funciones del poder ejecutivo en políticas y administrativas. Como órgano político se encarga de las relaciones con los otros poderes, la representación internacional, las relaciones con las organizaciones políticas y el desarrollo del sistema político en general. Como órgano administrativo se encarga de dar unidad a toda la burocracia, dependiendo de él, que es la cúspide de la pirámide, los funcionarios y empleados del gobierno federal. El estado moderno, se ha dicho, es un estado de funcionarios, y la importancia de la burocracia estriba en que si bien su objetivo no es gobernar, sin ella es casi imposible hacerlo."⁷⁷

En este último terreno, el de las facultades administrativas del Poder Ejecutivo, se sitúa el problema central que ocupa la atención de este trabajo. Asimismo, dentro de tales facultades encontramos dos

⁷⁷ Carpizo, Jorge. El presidencialismo mexicano. Segunda edición. Siglo Veintiuno Editores, S.A. de C.V. México, 1979. pp. 82-83.

tipos esenciales, sobre todo en nuestro país: las regladas y las discrecionales. Tanto unas como otras se encuentran señaladas en la Constitución y las leyes; sin embargo tratándose de las discrecionales muchas veces son producto de la interpretación que se hace de las leyes, así como de la costumbre, la tradición, la idiosincrasia y otros factores que, aunque presentes e indiscutibles, son difíciles de definir y precisar, lo que en gran medida estimula y propicia fenómenos como las prácticas parareglamentarias, materia de este trabajo.

A) Facultades regladas y discrecionales

De acuerdo con la definición de Rafael Entrena Cuesta, una facultad "es discrecional siempre que el ordenamiento jurídico no establece cuándo debe ejercitarse, cómo debe ejercitarse y en qué sentido se debe ejercitar. Ello puede obedecer a una de dos circunstancias: a que no exista una ley que regule los tres aspectos o momentos citados, o a

que, existiendo, en aras de la eficacia administrativa, permita la discrecionalidad de los tres o alguno de aquéllos.”⁷⁸

Por su parte, Eduardo García de Enterría precisa que “la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la administración.”⁷⁹

En cambio, la facultad reglada supone “la existencia de una norma jurídica que indica claramente bajo qué circunstancias y en qué sentido debe emitirse un acto; la creación de este acto reglado requiere la presencia de un órgano competente y de un funcionario facultado, con total precisión, para efectuar la actividad que el sistema jurídico ordena”.⁸⁰

⁷⁸ Citado por: Martínez Morales, Rafael I. Op. cit., p. 308.

⁷⁹ Ibidem, p. 309.

⁸⁰ Idem.

Si partimos de la premisa de que el Poder Ejecutivo y, por antonomasia, el Presidente de la República, es la encarnación de la autoridad administrativa, comprenderemos que la raíz del problema que nos ocupa se encuentra en la fracción Y del artículo 89 constitucional, según la cual una de las facultades y obligaciones del Presidente de la República es "promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia". Con mayor precisión podemos decir que el meollo del asunto se encuentra en la oración que sigue a la coma: "...proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia".

El contenido de esta fracción, y en general, el del artículo 89 en su totalidad, nos permite ratificar que, históricamente, la figura del Presidente de la República es predominante en nuestro sistema político y jurídico. Más aún, debe hacerse notar que el artículo 89 no contiene todas las facultades y obligaciones del presidente, pues como lo advierte la fracción XX del artículo que comentamos, también existen las "demás facultades" que le confiere expresamente la Constitución. Entre otras podemos mencionar: las del artículo 29, para

la suspensión de las garantías; la correspondiente a la iniciativa de leyes, mencionada en la fracción I del artículo 71 y, más recientemente, las facultades presidenciales en el proceso de designación de los funcionarios electorales.

Para una mejor comprensión de los alcances de la fracción I del artículo 89 podemos decir, de acuerdo con el maestro Emilio O. Rabasa, que las facultades contenidas en dicha fracción son las siguientes:

a) Promulgar las leyes expedidas por el Congreso de la Unión.

La promulgación es el reconocimiento que el Ejecutivo hace de la existencia de una ley y la orden de que se cumpla, después de haber sido publicada, y

b) Ejecutar las leyes, o sea, convertir los mandamientos legislativos en realidades de todo orden: económico, social, político, cultural, etcétera. Para llevar a cabo esta labor, se atribuye al Presidente la facultad de expedir reglamentos, que son disposiciones que facilitan

el cumplimiento de las leyes elaboradas por el Legislativo. Además, se le autoriza para realizar todos los actos que constituyen la práctica de la administración pública.⁸¹

Lo anterior ha sido interpretado como que:

1. El Presidente de la República posee la facultad reglamentaria.
2. El Presidente de la República encarna la autoridad administrativa.

Así, podemos decir que la principal manifestación del poder discrecional que tiene el Presidente de la República se vierte precisamente en la fracción I del artículo 89 Constitucional, ya que es de indiscutible discrecionalidad la potestad para expedir reglamentos administrativos.

⁸¹ Constitución Política... Comentada. Op. cit., p. 368.

Otro ejemplo claro de facultad discrecional depositada en el Presidente de la República lo tenemos en el artículo 33 constitucional que precisa que "...El ejecutivo de la unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzque inconveniente".

Asimismo, el artículo 71 de nuestra carta magna en su fracción I otorga la facultad de iniciativa de leyes al Presidente de la República.

La fracción II del propio artículo 89, cuya primera fracción ya ha sido comentada, da libertad absoluta al Presidente de la República para nombrar y remover a los secretarios de Estado, Al Procurador General de la República, al Gobernador del Distrito Federal, a los Agentes Diplomáticos y empleados superiores de Hacienda, así como a los demás empleados, cuyo nombramiento y remoción no está determinado de otro modo en la propia Constitución o en las leyes.

Reteniendo la facultad reglamentaria como máxima expresión, de discrecionalidad en favor del Presidente de la República y circunscribiéndonos a los fines de este trabajo, veremos que la Constitución, en el artículo 80, no deja lugar a dudas de que el depositario del Poder Ejecutivo y, por tanto, de la autoridad administrativa, es el Presidente de la República, al señalar: "Se deposita el ejercicio del Supremo Poder Ejecutivo de la Unión en un solo individuo que se denominará 'Presidente de los Estados Unidos Mexicanos'". De donde se sigue que el Poder Ejecutivo es indelegable. Luego entonces, sólo el Presidente de la República, stricto sensu, tendría la facultad de emitir reglamentos, puesto que sólo a él se le atribuye la facultad administrativa. Sin embargo, el artículo 92 constitucional señala que "todos los Reglamentos, Decretos, Acuerdos y Ordenes del Presidente deberán estar afirmados por el Secretario de Estado Jefe del Departamento Administrativo a que el asunto corresponda, y sin este requisito no serán obedecidos". Esto podría llevarnos a pensar -y a esta confusión contribuye el propio legislador- que la facultad administrativa, si no es delegable, cuando

menos se comparte entre el Presidente y sus colaboradores, lo cual, si nos atenemos al artículo 80, ya citado, es falso.

No obstante los ejemplos de facultades discrecionales establecidas expresamente en la constitución en favor del Presidente de la República, regularmente la discrecionalidad en favor del propio titular del ejecutivo y sus instancias inferiores, se establece expresamente en las leyes que emanan de la Constitución, esto obedece a la imposibilidad de que en un ordenamiento de cualquier índole se prevean todas y cada una de las situaciones que puedan darse. Asimismo, de estas facultades discrecionales suele derivarse la necesidad de elaborar y promulgar reglamentos, así como de dictar actos administrativos generales, situaciones en las cuales es donde suele incurrirse en abusos por parte de la autoridad administrativa.

La facultad discrecional desde luego no puede ser ilimitada ya que esto llegaría a identificarla con la arbitrariedad. La limitante natural de la discrecionalidad es en principio la que impone la función misma aunque, en materia administrativa: "Se observa que entre

mas elevada es la jerarquía del funcionario, tiene mayores o mas amplias facultades discrecionales, las cuales disminuyen en número y amplitud, según se desciende en la escala jerárquica.⁸²

Con el transcurso de los años y sobre todo en épocas recientes la libertad de los órganos administrativos para ser uso de la facultad discrecional se ha acrecentado: "...A partir de las últimas tres décadas al menos en el derecho positivo mexicano cada vez con mayor frecuencia, en cuanto a su contenido y alcance, la ley deja al órgano de la administración mayores facultades de apreciación no solo de carácter eminentemente técnico si no de otros aspectos de contenido económico, social e inclusive político..."⁸³

B) La competencia como límite de la discrecionalidad

Dice el maestro Burgos que "el acto administrativo denota un concepto genérico de carácter formal dentro del que caben múltiples actos materialmente específicos que se distinguen entre sí por su distinta

⁸² Acosta, Miguel. Op. cit., p. 848.

⁸³ Hamdan Amad, Fauzi. Op. cit., p. 24.

motivación y teleología. Ese concepto significa que el acto administrativo, independientemente de su contenido material, se caracteriza por los elementos concreción, particularidad y personalidad frente a los actos legislativos o leyes, y respecto de los actos jurisdiccionales, que también ostentan los mismos elementos, en que, a diferencia de éstos, no resuelven ninguna cuestión controvertida. Fácilmente se advierte, por inferencia lógica, que la competencia administrativa del presidente se forma con todas aquellas facultades que lo autorizan para realizar actos de variada sustancia material que no importen solución contenciosa alguna y que presenten los elementos mencionados."⁸⁴

En gran parte, la discrecionalidad que suele viciar los actos administrativos se deriva de cierta confusión existente entre "acto legislativo" y "acto jurisdiccional". Para Burgoa, a quien citamos en el párrafo anterior, la confusión también es reforzada por la presencia frecuente de "lo político" en los actos administrativos: "Lo político" es una de tantas motivaciones y finalidades que pueden

⁸⁴ Burgoa, Ignacio. Op. cit., p. 787.

no sólo tener los actos administrativos, sino también los legislativos, posibilidad que elimina, por ilógica, la distinción que aduce la doctrina (entre actos legislativos y actos jurisdiccionales). Pudiendo tener el acto administrativo una variada materialidad causal y teleológica, ésta no altera su naturaleza, es decir, no excluye ninguno de sus elementos característicos..." La política en la administración casi siempre da lugar a discrecionalidad; sin embargo, "tan administrativos son los actos de índole 'política' que ejemplifica Fraga, como los que consisten en otorgar o negar una licencia, permiso o concesión, en cualquier decreto expropiatorio o en toda orden o acuerdo para ejecutar alguna obra pública. Todos estos actos son administrativos por la sencilla razón de que son concretos, particularizados y personalizados, o sea, no tienen como atributos la abstracción, generalidad e impersonalidad que peculiarizan a las leyes y, además, porque no dirimen ninguna controversia o conflicto jurídico preexistente, distinguiéndose así de los actos jurisdiccionales. Por consiguiente, todos los actos que constitucional y legalmente puede realizar el presidente, distintos de los que como legislador excepcional o como colaborador en el proceso legislativo desempeña y

de los jurisdiccionales que insólitamente puede emitir, son actos administrativos que, a su vez, tienen diferente contenido, determinado por diversa motivación y teleología."⁸⁵

Finalmente, no está más insistir en que, conforme a lo analizado en el apartado anterior, la facultad reglamentaria, expresión más acabada del ejercicio de la autoridad administrativa y del Poder Ejecutivo, es una facultad exclusiva del Presidente de la República, que no es extensiva a sus colaboradores, sin importar la jerarquía que tengan éstos.

Tampoco, como lo advierte el maestro Rafael Martínez Morales, se altera ese principio por el hecho de que el ordenamiento que se emita no se denomine reglamento (a menudo se recurre a los vocablos 'lineamientos', 'bases', 'reglas', 'disposiciones', etcétera), e "igualmente resultarán anticonstitucionales los reglamentos que expidan los organismos descentralizados y que afecten la esfera jurídica de los particulares".⁸⁶

⁸⁵ *Ibidem*, p. 789.

⁸⁶ Martínez Morales, Rafael I. *Op. cit.*, p. 293.

¿Cuál es el límite de la discrecionalidad? En nuestra opinión existen dos: los que la misma ley suele establecer y los derivados de la competencia de quien hace uso de la facultad discrecional. Sin embargo, los segundos son más difíciles de precisar. Cada ley establece sus propios límites, pero en el fondo subyacen los que impone el capítulo de Garantías Individuales de la Constitución, límites que son válidos en todos los casos.

C) El abuso de la facultad discrecional

El vínculo existente entre la política y la administración ha dado lugar a que el Ejecutivo y sus dependencias abusen a menudo de la facultad discrecional, es decir, de lo que está implícito en las facultades reglamentarias o es adyacente a ellas.

Como consecuencia de ese abuso, suele ocurrir, que sin siquiera guardar las formalidades previstas por la Constitución, diversas

autoridades administrativas emitan reglamentos que pretendan hacer obligatorios aun contraviniendo la Constitución.

Desgraciadamente, la propia naturaleza del derecho administrativo hace que se tienda al abuso de la discrecionalidad. Además, ese abuso es propiciado por la imprecisión, natural en toda ley, sobre los alcances exactos que debe tener en cada caso la discrecionalidad. Además, debemos tener en cuenta la presencia de un factor muy importante: la tradición y la cultura nacionales, que han fomentado y hecho que se vea como aceptable cierta dosis de autoritarismo en el ejercicio del poder presidencial. Esta tradición cultural es caldo de cultivo del abuso de la discrecionalidad, mismo que también es fomentado por cierta imprecisión que está presente en nuestras leyes.

D) La delegación de facultades administrativas y su relación con la regulación excesiva

Como lo ha señalado acertadamente el maestro Tena Ramírez, la facultad reglamentaria, propia de la autoridad administrativa encarnada en el Presidente de la República, y que constituye una excepción necesaria al principio de la división de poderes, fue conferida exclusivamente al Presidente y no a sus colaboradores. Así, debemos sujetarnos estrictamente a los alcances del artículo 80, según el cual el ejercicio del Poder Ejecutivo -y se entiende que todo cuanto él implica de responsabilidad y autoridad- se deposita en un solo individuo que se denomina Presidente de los Estados Unidos Mexicanos.

Tena no duda en advertir que "ni siquiera la misma ley puede delegar en nadie la facultad reglamentaria que corresponde al Presidente, pues en tal caso la ley usurparía el lugar de la Constitución al ampliar la excepción a casos no señalados en aquélla.

Así lo ha resuelto la Suprema Corte de Justicia en ejecutoria pronunciada en el mes de noviembre de 1942".⁸⁷

Tautológicamente podría afirmarse aquí que la discrecionalidad - implícita en toda ley, aún en la Constitución-, bien jurídico del que dispone el Presidente de la República en la redacción implícita del artículo 89, termina donde concluye la competencia. Ni el propio Presidente puede hacer que uno de sus colaboradores o una de las dependencias del Poder Ejecutivo sea competente para ejercer una atribución o facultad que no le corresponde. Al respecto es ilustrativa la siguiente tesis jurisprudencial emitida por la suprema Corte de Justicia de la Nación a:

"Reglamentos administrativos. Facultad del Presidente de la República para expedirlos. Su naturaleza. El art. 89, frac. Y, de muestra Carta Magna, confiere al Presidente de la República tres facultades:

⁸⁷ Tena Ramirez, Felipe. Op.cit., p. 469.

"a) La de promulgar las leyes que expida el Congreso de la Unión; b) La de ejecutar dichas leyes; y c) La de proveer en la esfera administrativa a su exacta observancia, o sea, la facultad reglamentaria. Esta última facultad es la que determina que el Ejecutivo pueda emitir disposiciones generales y abstractas que tienen por objeto la ejecución de la ley, desarrollando y complementando en detalle las normas contenidas en los ordenamientos jurídicos expedidos por el Congreso de la Unión. El reglamento es un acto formalmente administrativo y materialmente legislativo; participa de los atributos de la ley, aunque sólo en cuanto ambos ordenamientos son de naturaleza impersonal, general y abstracta. Dos características separan la ley del reglamento en sentido estricto: este último emana del Ejecutivo, a quien incumbe proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de la ley, y es una norma subalterna que tiene su medida y justificación en la ley, pero aun en lo que aparece común en los dos ordenamientos, que es su carácter general y abstracta, sepárase por la finalidad que en el área del reglamento se imprime a dicha característica, ya que el reglamento determina de modo general y abstracto los medios que deberán emplearse para aplicar la ley a los

caos concretos." Apéndice al Seminario Judicial de la Federación 1917-1975, tercera parte, Segunda Sala, tesis 512.⁸⁸

Tenemos, pues, que la facultad reglamentaria es exclusiva del Presidente de la República, y aunque en la práctica ciertos reglamentos sean emitidos por las dependencias del Poder Ejecutivo y sus colaboradores, la formalidad constitucional queda salvada por el hecho de que el Presidente sea quien firma los reglamentos en primer lugar y no aparezca sola y exclusivamente la firma de sus colaboradores o titulares de las dependencias en cuestión.

Es inevitable la existencia de esta facultad reglamentaria, aunque sí es evitable que se incurra en discrecionalidades que vayan más allá de la letra y el espíritu del mandato constitucional.

Por otra parte, como lo advierte el profesor Tena Ramírez, "Tampoco podría el Congreso asumir por sí mismo la facultad reglamentaria, despojando al Ejecutivo de lo que constitucionalmente

⁸⁸ Citado por: Martínez Morales, Rafael I. Op. cit., pp. 293-294.

le pertenece. Y es que el reglamento tiene la doble característica de ser un acto materialmente legislativo y formalmente ejecutivo; suprimase su naturaleza legislativa o quítesele como atribución al Ejecutivo y el acto no será reglamento, sino acto meramente administrativo en un caso y ley en el otro".⁸⁹

Finalmente, debemos decir que la delegación de facultades que de manera indebida ocurre en la práctica del Ejecutivo da lugar a un fenómeno: el paranreglamentarismo y, junto con éste, la excesiva regulación, no siempre sustentada constitucionalmente.

⁸⁹ Tena Ramírez, Felipe. Op. cit., p. 469.

CAPITULO V

PROBLEMÁTICA Y PERSPECTIVAS DE LAS PRÁCTICAS PARARREGLEMENTARIAS EN

MEXICO

- A) Las prácticas parareglamentarias como actuaciones materialmente legislativas de la administración pública: problemática constitucional

1. Orígenes y causas de la regulación parareglamentaria

La regulación parareglamentaria, según hemos podido apreciar, es producto del ejercicio de las facultades discrecionales que las leyes confieren a la autoridad administrativa. Sin embargo, se considera que el otorgamiento de facultades discrecionales es conveniente:

La regulación parareglamentaria, según hemos podido apreciar, es producto del ejercicio de las facultades discrecionales que las leyes confieren a la autoridad administrativa. Sin embargo, se considera que el otorgamiento de facultades discrecionales es conveniente:

"La competencia del órgano administrativo y las facultades de los servicios públicos, las otorga o establece la ley. ¿Qué tipo de facultades, discrecionales o regladas, deben preverse en la ley? En torno a la respuesta de este planteamiento se han esgrimido una serie de argumentos, además de la afirmación de que existen facultades totalmente regladas o totalmente discrecionales".

"Resulta oportuno exponer dos ideas respecto a la clase de facultades con que debe contar el servidor público para realizar su actividad. Se afirma que el exceso de discrecionalidad es una postura de los regímenes de corte autocrático en que la voluntad o gracia del gobernante (monarca) era la determinante para el contenido y la emisión del acto; por otro lado, el dinamismo de la vida actual y los avances tecnológicos, plantean la necesidad y conveniencia de otorgar mayores márgenes de movimiento y opciones a la actividad de la administración pública, la que no puede someter la atención de múltiples acontecimientos a los rígidos moldes que suponen las

facultades regladas o vinculadas, de ahí los requerimientos de discrecionalidad.”⁹⁰

El profesor Miguel Acosta Romero señala que “en México al igual que en la mayor parte de los países de lo que se conoce como mundo occidental, desde hace más de cuatro décadas, se está presentando un fenómeno preocupante para quienes tenemos la responsabilidad de estudiar y analizar el Derecho y transmitir su conocimiento”.⁹¹ Ese fenómeno es el que en términos originales es denominado por Mockle como prácticas administrativas parareglamentarias.

Hemos dicho que la existencia de facultades discrecionales va de la mano del fenómeno parareglamentario. Así, pues, ahora podemos afirmar que tanto la existencia de facultades discrecionales, como el fenómeno parareglamentario, son absolutamente necesarios. Sin embargo, en opinión de Acosta Romero, “salvo el caso de los reglamentos y de las demás disposiciones municipales (Artículo 115, fracción II) y de los reglamentos, bandos y ordenanzas del Distrito

⁹⁰ Martínez Morales, Rafael I. Op. cit., p. 313.

⁹¹ Acosta Romero, Miguel. Op. cit., p. 795.

Federal (Artículo 73, fracción VI, base 3a., inciso A de la Constitución)", en donde el autor aprecia una clara base constitucional, considera que en otros casos de parareglamentarismo no se parte de una base claramente prevista en la Constitución.⁹²

La regulación parareglamentaria puede adoptar una de tres formas:

- a) Regulación excesiva.
- b) Regulación anti o inconstitucional.
- c) Regulación excesiva y anti o inconstitucional.

Hemos visto, asimismo, que la regulación parareglamentaria también tiene su origen en factores culturales y tradiciones que han tendido a fortalecer en nuestro medio, de manera excesiva, el poder presidencial o, en general, el que es ejercido por individuos en nombre propio o de instituciones públicas. Esto da lugar, a su vez, a un excesivo fortalecimiento de las facultades discrecionales, mismas

⁹² Ibidem, p. 796.

que por su propia naturaleza siempre pueden abrir el camino a la arbitrariedad.

Nuestra opinión, pues, es que la práctica parareglamentaria, presente en todos los gobiernos, se ha convertido en un exceso propio de la cultura jurídica mexicana debido a que los gobernantes tienen la posibilidad de ejercer, en la práctica, un poder mayor que el que explícitamente les confieren la Constitución y las leyes. Entonces tenemos que las causas de excesivo parareglamentarismo son de naturaleza política, más que jurídica, y que esa naturaleza política tiene sustento en factores culturales que autores como Samuel Ramos, Daniel Cosío Villegas, Jorge Carpizo y otros, han expuesto suficientemente.

Por otra parte, debemos señalar que, tal como lo advierte Tena Ramírez, "por ser materialmente legislativa, la facultad reglamentaria constituye una excepción al principio de separación de poderes. Subordinado y todo a la voluntad del legislador contenida en la ley, el reglamento no obstante es prolongación de la misma ley y participa

de la naturaleza. La excepción de que hablamos se estableció por la Constitución en favor exclusivamente del Presidente de la República, nunca de los secretarios de Estado (que no integran el Poder Ejecutivo), ni de ningún otro órgano dependiente del Ejecutivo".⁹³

Luego entonces, la existencia del parareglamentarismo en dosis moderadas no sólo es una práctica inevitable, sino también relativamente necesaria. Muchas leyes y abundantes preceptos constitucionales no tendrían una aplicación viable si no se concretaran en reglamentos y si no se otorgaran ciertas facultades discrecionales a la autoridad administrativa, tanto para elaborar los reglamentos respectivos, como para aplicarlos.

Acosta Romero considera que "en el dominio de la acción administrativa unilateral, la importancia jurídica y numérica de las prácticas parareglamentarias, no ha cesado jamás de crecer en detrimento de actos formalmente reglamentarios... El surgimiento de prácticas parareglamentarias podrá entonces explicarse en un primer

⁹³ Tena Ramírez, Felipe. *Op. cit.*, p. 468.

tiempo como el corolario lógico del crecimiento de actos formalmente reglamentarios.”⁹⁴ Luego entonces, el parareglamentarismo es un fenómeno con el cual debemos acostumbrarnos a convivir, así como aceptarlo en su calidad de hecho consumado.

Evidentemente, el marco doctrinario jurídico establece que debería evitarse la proliferación del parareglamentarismo. Sin embargo, cotidianamente vemos que la práctica y la costumbre han superado por amplio margen a los preceptos doctrinarios. En México es común que a la proliferación del fenómeno parareglamentario contribuya “en forma contundente el hecho de utilizar las Leyes Marco que a mi juicio -dice Acosta-, delegan ya no facultades reglamentarias, sino francamente legislativas, en órganos que constitucionalmente no tienen esa facultad”.⁹⁵

Podemos decir, en resumen, que las causas y orígenes del fenómeno parareglamentario pueden clasificarse en tres tipos:

⁹⁴ Acosta Romero, Miguel. Op. cit., p. 798.

⁹⁵ Ibidem. p. 801.

- a) Causas imputables al sistema jurídico mexicano.
- b) Causas de orden político (cuando la administración y la política hacen valer sus vínculos).
- c) Orígenes de índole histórica: tradición, cultura, costumbre, etcétera.

Las causas imputables al sistema jurídico mexicano se explican por la imprecisión que se aprecia en algunas leyes y por la tendencia del legislador a recurrir a la fórmula de advertir en las leyes que muchos de sus conceptos serán precisados por un reglamento. En este punto se está abriendo un amplio margen de discrecionalidad y se da pábulo al fenómeno parareglamentario.

En cuanto a las causas de orden político, tienen que ver con motivaciones derivadas del ejercicio del poder: la conservación del poder político de los gobernantes en un determinado sector de la administración, o la necesidad de contrarrestar ciertas acciones de los adversarios puede llevarlos a usar de su discrecionalidad y adoptar un "hacer" o "un no hacer" encaminado a defender sus propios

intereses. Asimismo, razones políticas pueden llevar a modificar un reglamento administrativo o a imponer mediante circulares y otros medios algunas restricciones a ciertas prácticas que se consideren potencialmente lesivas a los intereses en pugna. El maestro Gabino Fraga ha precisado con todo acierto la diferencia que a su juicio existe entre "actos de gobierno" y "actos de políticos".

Desde esa perspectiva, "el Poder Ejecutivo puede apreciarse bajo un doble aspecto: como Gobierno o Poder político y como Poder administrativo.

"El Ejecutivo, como Gobierno o Poder político se define por la situación que guarda dentro del Estado, con relación a éste y a los demás Poderes en que se divide el ejercicio de la soberanía."

"La situación del Ejecutivo como Poder administrativo se define por la relación con la ley que ha de aplicar y ejecutar en casos concretos."

"Pues bien, en su carácter de gobernante, al Ejecutivo, como representante del Estado, corresponde realizar los actos de alta dirección y de impulso necesarios para asegurar la existencia y mantenimiento del propio Estado y orientar su desarrollo de acuerdo con cierto programa que tienda a la consecución de una finalidad determinada de orden político, económico o, en general, de orden social. Los actos que con tal finalidad realiza el Poder Ejecutivo son los que constituyen los actos de gobierno."

"Sin embargo, la admisión de su existencia no debe entenderse como la admisión de una nueva categoría distinta de las tres que hemos estudiado, pues el elemento nuevo que se encuentra en los actos de gobierno, y que es su finalidad, no afecta la naturaleza jurídica de los actos administrativos en cuyas formas aquéllos se manifiestan."

"Por su parte, el acto político se caracteriza, bien porque procede de un Poder con su carácter de órgano político en sus

relaciones con los demás Poderes o entidades estatales, bien porque por medio de él se afecta un derecho político de los ciudadanos..."⁹⁶

Desde esta perspectiva no existe prácticamente ninguna decisión estatal o gubernamental que no tenga implicaciones y alcances políticos. El simple nombramiento de un secretario de Estado es, al mismo tiempo, un acto político y un acto administrativo. Desde el momento en que el Ejecutivo opta por una persona y no por otra, está adoptando un criterio que simultáneamente político y administrativo.

"También se consideran dentro de nuestro derecho, como actos políticos, aquellos por virtud de los cuales se afectan, como antes dijimos, derechos políticos de los ciudadanos."

"En este caso, los actos que producen ese resultado conservan su carácter administrativo o legislativo, y la circunstancia que les da su fisonomía especial, que es la esfera en que se realizan, es una

⁹⁶ Fraga, Gabino. Op. cit., p. 65.

circunstancia externa que no alcanza a afectar la esencia de los propios actos..."⁹⁷

Por lo que se refiere a la tercera causa del fenómeno parareglamentario -la tradición de autoritarismo-, tiene más relación con la sociología, la antropología y la psicología, por lo cual no abundaremos aquí en ella. Sólo queramos dejarla consignada, pues es significativa su influencia en la concentración de poder que, a lo largo de nuestra historia, ha caracterizado a los gobernantes. El mestizaje de dos concepciones del poder típicamente autoritarias (la prehispánica y la española) dio lugar a un estilo de ejercicio del poder y a cierta idiosincrasia popular que se encuentra detrás, como una de las explicaciones que deben darse cada vez que se abordan temas que tienen relación con las peculiaridades del Poder Ejecutivo mexicano.

2. La pretendida justificación de las disposiciones parareglamentarias

⁹⁷ *Ibidem*. p. 66.

Una cosa es la justificación y otra la fundamentación de las disposiciones parareglamentarias. En cuanto a los fundamentos, Acosta Romero analiza dos:

a) El poder jerárquico. "En el orden interno de la Administración Pública (federal, local y municipal), el fundamento de muchas disposiciones de orden general y de las prácticas parareglamentarias es precisamente la jerarquía, a través del poder del mando del superior y de la obligación de obediencia del subalterno..."⁹⁸

b) Delegación y habilitación de facultades. "Existe una duda muy grande en la doctrina en relación a que hay algún precepto expreso en la Constitución relativo a circulares, oficios-circulares, directivas, instrucciones y demás prácticas parareglamentarias cuando afectan a los administrados".⁹⁹ Lo que no puede olvidarse, en todo caso, es que la justificación de una práctica parareglamentaria está

⁹⁸ Acosta Romero, Miguel. Op. cit., p. 804.

⁹⁹ Ibidem. p. 808.

normalmente subordinada a la presencia de un texto. Esta es la única justificación válida que puede encontrarse, si la hay, de esa práctica.

A menudo escuchamos intentos de justificación tanto del parareglamentarismo como del abuso en el empleo de facultades discrecionales. Estas justificaciones no deberían ir más allá de razonar en torno de la necesidad de que, como lo hemos dicho en páginas anteriores, la autoridad cuente con "cierta dosis" de discrecionalidad y, consecuentemente, se admita la necesaria existencia de cierto parareglamentarismo, es decir, de la adopción de facultades materialmente legislativas por parte de la autoridad administrativa como una derivación piramidada de la facultad reglamentaria del Ejecutivo, pero sujeta desde luego a precisos frenos y contrapesos.

Si nos empeñamos en encontrar argumentos jurídicos para respaldar la presencia exagerada del fenómeno parareglamentario, como lo han hecho diversos autores, los encontraremos. Sin embargo,

consideramos que de lo que se trata ahora no es de inclinarse por esas prácticas o de oponerse a ellas, sino de preguntarnos hasta qué punto contribuyen al desarrollo político, económico y social del país. Si su exceso se opone a dicho desarrollo, debemos moderar dicho exceso. Si éste favorece el desarrollo nacional, conviene seguir como hasta ahora: aceptando el parareglamentarismo como un hecho consumado y fatalmente necesario.

Por nuestra parte consideramos que ninguno de los dos extremos se atiene a la verdad: el parareglamentarismo no debe ser erradicado totalmente, pues esto sería contraproducente, además de imposible; por otra parte, ese fenómeno tampoco resulta del todo benéfico para el desarrollo del país -especialmente en los terrenos económicos y políticos-, tal como se manifiesta hasta ahora.

Es razonable y comprensible la presencia de ese fenómeno, pero de ninguna manera se pueden justificar los excesos a los que ha llegado. La tranquilidad de los particulares se encuentra amenazada permanentemente por los actos parareglamentarios de las autoridades

administrativas, que a menudo subvierten el orden constitucional, especialmente en el capítulo de las garantías individuales.

3. Repercusiones de las prácticas parareglamentarias en el terreno constitucional

En la parte final del apartado anterior hemos mencionado una de las repercusiones más comunes de las prácticas parareglamentarias: el trastorno del orden constitucional. Una de las razones del alto índice de utilización del recurso de amparo por los particulares es, precisamente, la necesidad -en muchos casos fundada- de protegerse contra decisiones parareglamentarias que incurren en la arbitrariedad.

Esta última se encuentra estrechamente vinculada con la figura de la discrecionalidad, que ya hemos abordado de manera abundante a lo largo de esta tesis.

"Cuando el servidor público actúa de manera incorrecta al ejercer facultades discrecionales, comete un acto arbitrario. A este ejercicio arbitrario es a lo que la doctrina llama desvío de poder; es decir, el uso exorbitante de las facultades que la ley otorga, al no ponderar adecuadamente los factores que determinan el origen y la finalidad de la actuación".¹⁰⁰

Pero la arbitrariedad no es el único daño que sufre la Constitución como consecuencia de los excesos parareglamentarios. A menudo también sucede que un reglamento, derivado de una ley reglamentaria de la Constitución, incurra en criterios anticonstitucionales, lo cual da lugar a múltiples impugnaciones y amparos de los particulares en los tribunales.

Tal vez esto último es lo más grave que suele atentar contra la Constitución como resultado de los excesos que se cometen en el ejercicio de la práctica parareglamentaria: la adopción de criterios anticonstitucionales en la reglamentación de la cosa administrativa.

¹⁰⁰ Martínez Morales, Rafael I. Op. cit., p. 311.

En consecuencia, es necesario replantear el fenómeno parareglamentario.

En México, el artículo 133 de la Constitución ordena textualmente: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o Leyes de los Estados."

Al respecto, Acosta Romero comenta que "evidentemente los Reglamentos, los Derechos y las disposiciones parareglamentarias son normas de rango inferior a las leyes y por lo tanto tendríamos que llegar a concluir que éstas estarían limitadas en su contenido a no contrariar lo que las leyes disponen. El problema grave se presente cuando el Congreso de la Unión delega facultades de interpretación a través de criterios, circulares, estatutos, etc., en órganos que no

tienen la facultad reglamentaria... y en este aspecto mi opinión es que aunque sean disposiciones de orden inferior no pueden ir más allá de lo que dispone la legislación, pues de no ser así su inconstitucionalidad sería manifiesta, es más una circular y un criterio no pueden ir más allá de lo que dispone un reglamento administrativo, sin embargo en muchas ocasiones las circulares sí van más allá del reglamento conteniendo normas de naturaleza francamente legislativa".¹⁰¹ En este punto, en el que estamos totalmente de acuerdo con el autor, cabe citar el ejemplo de las circulares que con frecuencia -por cierto excesiva- emite la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

La importancia del artículo 133 radica en que establece límites a toda actividad reglamentaria, y esos límites son su sujeción plena a los alcances que les señalen los preceptos constitucionales.

¹⁰¹ Acosta Romero, Miguel. Op. cit., pp. 818-819.

B) Hacia una renovación de la técnica reglamentaria

1. La existencia insoslayable del fenómeno parareglamentario; necesidad de su encuadramiento jurídico

Es innegable que el fenómeno parareglamentario constituye un hecho insoslayable, arraigado en nuestro medio e imposible de erradicar. Ni la doctrina ni los gobernantes deberían empeñarse en lograr tal erradicación, pues a más de imposible, esta tarea podría resultar contraproducente para el orden jurídico.

El profesor Fauzi Hamdan Amad advierte que, conforme a nuestro orden jurídico, sí es factible que los órganos secundarios de la administración pública puedan expedir actos administrativos generales con destinatarios indeterminados o indeterminables, como instrumentos para la aplicación de la ley que le sirve de fundamento, situaciones que se presentan, comúnmente, en la mayor parte de las leyes administrativas mexicanas, sin que necesariamente haya reglamento.

El órgano al que la ley atribuye tal competencia puede expedir actos administrativos generales cuando se trata, por su naturaleza, de actos con destinatario indeterminado, como serían los casos de una convocatoria, concurso o licitación pública, la declaratoria de veda en materia de caza y pesca, declaratorias relativas a la prohibición o restricción para la autorización de perforar pozos artesianos para la extracción de agua; declaratorias generales en cuanto a la reordenación urbana (zonas de exclusión ecológica, reservas, uso del suelo, etcétera). En estos casos que mencionamos los actos administrativos generales en cuestión no deben confundirse con la emisión de reglamentos propiamente dichos, puesto que se trata de aplicaciones de la propia ley mediante actos administrativos, aunque no necesariamente individuales, en razón de que el objeto mismo del acto administrativo exige que el destinatario sea indeterminado.

Otros ejemplos de este tipo encontramos en las leyes reglamentarias para el aprovechamiento y explotación de bienes del dominio público de la Federación o tratándose de todas las leyes

relativas al régimen de concesión para la prestación de servicios públicos, casos en los que la autoridad administrativa competente fija mediante actos administrativos generales (que no tienen el carácter de reglamentos) tarifas, rutas, modalidades y otros aspectos propios del régimen de concesión.¹⁰²

En estos casos, como ya lo hemos dicho, se trata de actos de aplicación de la ley mediante el ejercicio de la facultad discrecional que la ley confiere al órgano administrativo; por su naturaleza el acto es general pues resultaría absurdo que al fijar la autoridad una tarifa a los concesionarios, por ejemplo, hubiera necesidad de dictar actos administrativos individuales para cada uno de los concesionarios existentes en ese momento. Por tanto, basta el acto administrativo general dirigido a todos los destinatarios de tal tarifa.

En estos casos claramente se advierte que los actos administrativos no innovan o crean un régimen normativo complementario e integrador de la ley, sino que constituyen una auténtica aplicación

¹⁰² Hamdan Amad, Fauzi. Op. cit.

de esta última, con la única salvedad de que la ley coincide en este punto con el reglamento, pues sus destinatarios son indeterminados.

Cabe mencionar en adición, que la facultad reglamentaria obedece a un imperativo Constitucional, es decir, no es necesario que la ley precise o invite al titular del Ejecutivo a producir un reglamento para que este lo haga. El Presidente de la República puede ejercer con toda libertad la potestad reglamentaria (ver "facultades discrecionales" en el capítulo IV de este trabajo), si así lo considera conveniente con miras a aclarar, detallar o desarrollar una ley. En cambio, todo acto administrativo dirigido a una pluralidad de destinatarios indeterminada o indeterminable requiere en todos los casos que la ley facilite al órgano de la administración para que los emita. Aquí, en este sutil juego en el uso de la discrecionalidad y habilitación de facultades, se explica también la detonación del parareglamentarismo.

De tal suerte, en principio, resultan muy discutibles desde el punto de vista constitucional todas las disposiciones de carácter

general que bajo el nombre de reglas, resoluciones, criterios, etc., expiden órganos inferiores de la administración pública, que tienden a desarrollar el contenido de la Ley.

El caso más claro -e irreversible-, lo encontramos en las resoluciones que año con año ha venido expidiendo la Secretaría de Hacienda habilitada a través de la llamada "Miscelanea Fiscal", cuyas reglas desempeñan un papel explicativo, complementario y aún subsidiario de las leyes fiscales. En una perspectiva rigorista estas disposiciones son inconstitucionales aún cuando, por ejemplo, la propia Ley del Impuesto Sobre la Renta confiera a la Secretaría de Hacienda la facultad de expedirlas, ya que puede considerarse que el órgano legislativo está delegando su función en un órgano secundario de la Administración, arrojándose la esfera de competencia de titular del Ejecutivo Federal.

No obstante, este "estilo" de normatividad ha sentado sus reales en nuestro sistema jurídico, a través de una materia tan

importante como lo es la fiscal, avivando la llama del fenómeno que nos ocupa.

Estamos, pues, antes un hecho consumado: la existencia del fenómeno parareglamentario y la imposibilidad de erradicarlo. Por tanto, es necesario aceptar que ese fenómeno siempre estará presente y que, en todo caso, es preciso reencauzarlo jurídicamente, someterlo a controles más estrictos. Por nuestra parte, proponemos que se atiendan los siguientes puntos:

a) El Ejecutivo debe mantener una vigilancia más directa, por medio de sus asesores jurídicos, sobre los reglamentos que le son sometidos a firmar por las diversas dependencias. Esta afirmación parece rayar en la obviedad, pero antes de firmar, el Presidente de la República debe asegurarse de que lo que firma no contraviene el espíritu o la letra constitucionales, como sucede a menudo.

b) En la medida de lo posible, el legislador debe evitar que las leyes tengan que recurrir a reglamentos derivados de ellas. Esto crea confusión, además de que abre considerables - y a veces innecesarios espacios- a la discrecionalidad y, más tarde, a la arbitrariedad. Hay muchas cuestiones que podrían ser adecuadamente precisadas y dilucidadas en el cuerpo de la ley, sin necesidad de promulgar un reglamento especial. Desde luego, hay numerosas excepciones: la ley General de Salud aborda tantas materias, que por su especialización y grado de tecnicismo deben ser precisadas por reglamentos especiales (p.e., Reglamento de Publicidad de Bebidas y Alimentos, Reglamento de Publicidad de Productos Farmacéuticos y Cosméticos, etcétera). No puede decirse lo mismo de algunos temas fiscales, donde francamente se ha llegado a grandes excesos pues un causante debe consultar un gran número de leyes, reglamentos, decretos, circulares, oficios y otros documentos a cual más volátiles, con el fin de estar en condiciones de cumplir adecuadamente sus obligaciones fiscales.

Particular mención, a guisa de comentario, merece la Ley de Vías Generales de Comunicación, a través de cuya materia se está encabezando una relativamente novedosa tendencia normativa: La de "desmembrar" o "escindir" -valgásemse el término- el ordenamiento original.

Así, esta Ley ha visto desprenderse de ella apartados completos que actualizados, adicionados y enriquecidos se yerguen ahora como nuevas Leyes. De esta manera, se han originado la Ley de Radio y Televisión, la Ley de Navegación y Comercio Marítimo, la Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Terrestre, la Ley de Puertos, trabajándose actualmente en el Proyecto de la Ley de Telecomunicaciones.

Con ello, se ha intentado con éxito relativo, detener la proliferación de disposiciones diversas, incluso reglamentarias, que rebasaban evidentemente el alcance de la Ley y aún más, el marco Constitucional.

No es ocioso acotar, que esta podría ser una solución alternativa, que complementa la idea de dilucidar y desarrollar tópicos diversos en la medida de lo posible y en

las materias que se prestasen para ello, dentro del marco jerárquico de la Ley, representando ello una contención natural para la proliferación excesiva de disposiciones reglamentarias y -desde luego- parareglamentarias.

c) No obstante, ante la lentitud, solemnidad e intermitencia en el funcionamiento del órgano legislativo contra la agilidad adaptabilidad y relativa continuidad de la producción reglamentaria, debemos encontrar un punto medio entre evitar la proliferación de reglamentos y permitir su exceso. Este punto medio puede ser el establecimiento de reglas claras y precisas dentro del cuerpo de las leyes a efecto de que la potestad reglamentaria para detallar el contenido de las mismas, pueda ser delegada por el titular del Ejecutivo, con una clara restricción a determinadas situaciones y para ciertos órganos subordinados a este, dependiendo de la materia de la ley en cuestión, considerando que para dicho titular, la facultad reglamentaria le es inherente desde el punto de vista Constitucional, no así a sus órganos inferiores. De esta

forma, quedaría determinado con precisión un "control legal de origen" al parareglamentarismo. Esto implicaría una franca incorporación de las prácticas parareglamentarias al orden jurídico mexicano. Dicha medida, estamos seguros, desencadenaría muy encontradas corrientes de opinión. No obstante, -nos atrevemos a afirmar- es preferible al silencio e indiferencia casi generalizada que priva actualmente sobre dicho fenómeno.

d) Debe hacerse una revisión meticulosa de todos los reglamentos existentes en la actualidad, con el propósito de determinar cuáles de ellos tienen razón de ser, cuáles podrían desaparecer a condición de hacer algunos añadidos y reformas a la ley respectiva, y cuántos han perdido razón y utilidad. De estos últimos existen abundantes ejemplos.

Las recomendaciones anteriores permitirían reencauzar la práctica reglamentaria y parareglamentaria. Sin embargo, conviene tener presentes otros factores que, sin ser estrictamente jurídicos,

repercutirán en ese reencauzamiento: una mayor democratización del poder público (con lo que implica de más participación social en la gestión de los asuntos públicos) necesariamente derivará en un creciente adecuación de los reglamentos y de la práctica parareglamentaria a las necesidades de la sociedad moderna y a los mejores principios de la doctrina administrativa.

2. La naturaleza cambiante de las disposiciones administrativas
y la búsqueda de nuevas fórmulas de regulación

De acuerdo con la clasificación más aceptada, se conciben los siguientes tipos de reglamentos: el de particulares, que no nos interesa aquí, pues pertenece a la esfera del derecho privado; el de autoridad, interno, de necesidad, autónomo y administrativo. Por diversas razones, todos los reglamentos tienen una naturaleza inestable, cambiante, como consecuencia de las exigencias de la vida moderna. Entre estas exigencias deben reconocerse: la creciente participación democrática de la sociedad en los asuntos que le afectan

y competen, los cambios tecnológicos, las sucesiones gubernamentales, etcétera.

Los reglamentos de autoridad, autónomo, de necesidad y administrativos, son los que más expuestos se encuentran al cambio constante.

Los reglamentos de autoridad, una de cuyas finalidades consiste en equilibrar el poder ejecutivo con la función legislativa y que, por tanto, contiene normas materialmente legislativas, son los más importantes y los que más trascienden la vida social. Por tanto, no es conveniente que su elaboración quede en manos solamente del Poder Ejecutivo. En cambio, es recomendable que tanto este último orden, como el Legislativo, intervengan en distintas fases de su elaboración; p.e., los reglamentos emitidos por la Asamblea de Representantes del Distrito Federal no sólo son producto de consultas con los sectores interesados, sino que también cuentan con las aportaciones del Poder Ejecutivo y de la propia Asamblea, lo cual asegura el enriquecimiento

del mandato en cuestión, así como un menor riesgo de que se contravengan reglas constitucionales.

Los reglamentos autónomos son los más peligrosos desde el punto de vista de los excesos parareglamentarios a los que nos hemos referido. Como se recordará, "se habla de reglamentos autónomos cuando éstos no corresponden al desarrollo de reglas contenidas en una ley y, por supuesto, son emitidos por la autoridad administrativa."¹⁰³

En México son comunes estos reglamentos que no se derivan de una ley, lo cual hace que su aplicación sea aún más discrecional. Ejemplos de este tipo de reglamentos son los que sobreviven a diversas leyes, aun cuando sus contenidos dejen de responder al de las nuevas y cambiantes leyes. En materia agraria, por ejemplo, existe un viejo reglamento de Colonias Agropecuarias que fue promulgado en los años treinta y no ha sido abrogado por ninguna de las leyes agrarias que han estado vigentes desde entonces. De tal suerte, el contenido de ese reglamento es totalmente obsoleto.

¹⁰³ Martínez Morales, Rafael I. *Op. cit.*, p. 289.

El constante cambio en los reglamentos también ha contribuido a que la autoridad administrativa incurra en excesos parareglamentarios. Ese cambio constante no puede evitarse, pues es producto de los cambios que, a su vez, sufre la sociedad. Sin embargo, consideramos que si se atendieran los sencillos principios que incluimos en el primer apartado del inciso B) de este capítulo, el problema podría ser considerablemente subsanado.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos tratado de interiorizarnos en las causas y orígenes de las prácticas parareglamentarias, como fenómeno de importancia creciente, tanto desde el punto de vista jurídico como numérico, analizando su evolución y dinámica, partiendo incluso de la propia Teoría del Estado habida cuenta del papel de este último en el desarrollo de sociedad global.

Afirmábamos en nuestra introducción, que la Administración Pública es considerada como la materialización del Poder Ejecutivo y que la clara preeminencia de este sobre los otros dos poderes -legislativo y judicial- es bajo nuestra perspectiva, una de las causas fundamentales de las prácticas parareglamentarias.

Ponderamos así que en este claro desequilibrio dentro de la división de poderes, así como en las tradiciones ancestrales que dan lugar al fortalecimiento del poder de un solo hombre (en este caso,

del poder presidencial), podríamos hallar gran parte de la explicación de esta tendencia mexicana al pararreglamentarismo.

La presente tesis se propuso como objetivo primordial analizar las raíces y las repercusiones jurídicas de las prácticas pararreglamentarias en el caso mexicano, así como proponer algunas alternativas para moderar los excesos en los que se ha incurrido - tratándose de esas prácticas-, pero sin perder de vista sus ventajas innegables, en cuanto a su papel como parte sustancial de nuestra cultura, ha reeditado a la evolución política y jurídica nacional. Consideramos que este objetivo ha sido cumplido y que del desarrollo teórico necesario para alcanzarlo se derivan y sustentan las siguientes conclusiones:

1. En las décadas recientes, se ha observado con creciente preocupación que los órganos de la administración pública federal mexicana, tanto centralizada como descentralizada, han venido dictando reglas, resoluciones, órdenes y, en fin, disposiciones de carácter general dirigidas a un número indeterminado de

ciudadanos, como instrumentos que se consideran necesarios para aplicar la ley en ciertos ámbitos de competencia.

2. En ese contexto encontramos abundantes resoluciones de carácter general dictadas en múltiples materias: bursátil, fiscal, régimen de concesiones, monetaria y bancaria, seguros y fianzas, asentamientos humanos y ordenación urbana, inversión extranjera, prácticas aduaneras y otras ramas que tiene bajo su cargo el Poder Ejecutivo Federal en la esfera administrativa.

3. Estas abundantes regulaciones han venido a constituirse en una auténtica fuente de derecho administrativo y llegan a ser más abundantes incluso que las leyes de las que derivan, a tal punto que es práctica cotidiana que los órganos secundarios de la administración usurpen la función legislativa y rebasen con mucho el contenido y las facultades otorgadas por las leyes que dan sustento a su accionar.

4. Como parte de ese fenómeno, en la mayoría de los casos la propia ley tiende a conferir a tales órganos la facultad de expedir disposiciones de esa naturaleza, con la cual delega prácticamente en los órganos de la administración la integración del objeto y contenido normativo.

5. En numerosos países, tales como Francia, Italia y Alemania, su sistema constitucional ha permitido o previsto tal categoría de resoluciones sujetas a ciertos principios, directrices y lineamientos reguladores y controladores por parte de los órganos primarios constitucionales. Desgraciadamente, en nuestro país la doctrina no se ha ocupado de ese asunto, salvo en casos aislados, en los que una minoría de autores -el doctor Acosta Romero, de manera destacada- plantea, ciertamente, la problemática en cuestión. Pero lo más preocupante del caso es la indiferencia de los especialistas de derecho administrativo frente a tal problema.

6. Como lo hemos visto a lo largo del presente trabajo, a la luz de la estructura del sistema jurídico mexicano es muy difícil ubicar los actos parareglamentarios y, más ardua aún, la labor de justificar, en algunos casos, su constitucionalidad. Por consiguiente, es imprescindible y urgente definir con toda claridad el ámbito de las funciones esenciales del Estado a través de sus órganos primarios constitucionales; ubicar la naturaleza jurídica de la facultad reglamentaria y sus límites, así como los del propio reglamento, y señalar las diferentes clases o categorías de reglamentos que admiten la doctrina y el derecho positivo mexicano y, con base en lo anterior, determinar en qué casos tales acuerdos, reglas o disposiciones generales tienen la categoría real y auténtica de reglamentos y cuáles otros, por su propia naturaleza, no constituyen reglamentos y aun así puede acomodarse dentro del marco constitucionalidad.

7. Por lo demás, consideramos que tras la exposición formulada en este documento ha quedado claro que:

- a) Las prácticas parareglamentarias pueden llegar a tener sustento jurídico; lo que no debe tenerlo es su exceso.
- b) Dichas prácticas son necesaria y aún indispensables en ciertos casos para garantizar el funcionamiento de la administración y el cumplimiento de las atribuciones del Presidente de la República derivadas de la fracción I del artículo 89 constitucional.
- c) Es tan evidente la aceptación tácita que rodea a tales prácticas, que en forma paradójica, prácticamente ninguno de los autores mexicanos consagrados en derecho administrativo y derecho constitucional cuestiona con acuciosidad los alcances que ha llegado a tener en nuestros días el parareglamentarismo.

Estas observaciones nos llevan a concluir que no debe pugnarse por erradicar la práctica parareglamentaria -tarea por demás inútil y fallida-, sino por moderarla y darle acomodo dentro de nuestro marco jurídico, bajos mecanismos adecuados, a tal punto que se constriña a los límites que le imponen la Constitución y las leyes.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA ROMERO, Miguel. Teoría general del derecho administrativo.

Octava edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1988.

BIELSA, Rafael. Derecho administrativo. Roque de Palma, Editor. Buenos

Aires, 1955.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Derecho constitucional mexicano. Editorial

Porrúa, S.A. México, 1973.

CARPIZO, Jorge. El presidencialismo mexicano. Segunda edición. Siglo

Veintiuno Editores, S.A. de C.V. México, 1979.

CONDE, José. Teoría y Sistema de las Formas políticas. Editorial

Tecnos, Madrid, 1944. p.p. 93 y 99.

CONDE, José. Introducción al derecho político actual. Editora Nacional. Madrid, 1942. p.349.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto. Elementos de derecho administrativo. Editorial Límusa, S.A. de C.V. México, 1986.

DIEZ, Manuel María. Derecho administrativo. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1963.

DURKHEIM, Emilio. Lecciones de sociología. Tercera edición. Editorial Schapire. Buenos Aires, 1966.

FRAGA, Gabino. Derecho administrativo. Editorial Porrúa, S.A. México, 1990.

GALAN GUTIÉRREZ, Jesús. "Algunas ideas fundamentales para la elaboración de de una nueva Teoría del Estado". Escrito preliminar a Teoría del Estado de Giacomo del Vezhio. Editorial Axioma. Barcelona, 1956.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del derecho.

Cuadragésimo primera edición. Editorial Pax-México. México, 1983.

GERIH, H. Y C.W. MILLS. Desde Max Weber. Editorial Universitaria de

Buenos Aires. Cuarta edición. Buenos Aires, 1971. p. 47

GONZÁLEZ URIBE, Héctor. Teoría política. Quinta edición. Editorial

Porruá, S.A. México, 1984.

HAMDAM, Fauzi. Algunas consideraciones en torno de la

Constitucionalidad de las disposiciones administrativas generales que

dictan los órganos de la Administración Pública Federal y sus

diferencias con los Reglamentos propiamente dichos. Revista de la

Escuela Libre de Derecho. Investigaciones Jurídicas N°14. Mayo, 1990.

HELLER, Hermann. Teoría del Estado. Segunda edición. Fondo de Cultura

Económica. México, 1947. p. 46

JANZ DURET, Miguel. Derecho constitucional mexicano. Quinta edición.

Editorial Porrúa. S.A. México, 1973.

MARTÍNEZ MORALES, Rafael I. Derecho administrativo. Primer curso.

Editorial Harla, S.A. de C.V. México, 1991.

MORENO, Daniel. Derecho constitucional mexicano. Editorial Pax.

México, 1985.

PÉREZ DE LEÓN E., Enrique. Notas de derecho constitucional

administrativo. Decimoprimer edición. Editorial Porrúa, S.A. México,

1990.

RIOS ELIZONDO, Roberto. El acto de gobierno. Editorial Porrúa, s.A.

México, 1975.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Teoría general del Estado. Editorial Porrúa,

S.A. México, 1968.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Vigésima Segunda Edición. Editorial Porrúa. México, 1988.

SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. Editorial del Sur. Montevideo, 1974.

SERRA ROJAS, Andrés. Derecho Administrativo. Tomo I. Editorial Porrúa, S.A. México, 1983.

TAMAYO Y SALMERON, Rolando y otros. Diccionario Jurídico Mexicano. Universidad Nacional Autónoma de México-Editorial Porrúa, S.A. México, 1989.

TENA RAMIREZ, Felipe. Derecho constitucional mexicano. Editorial Porrúa, S.A. México, 1973.