



308909
UNIVERSIDAD PANAMERICANA 28

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO 24

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA FACULTAD
DISCRECIONAL DE LOS SERVIDORES PUBLICOS
DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL
CENTRALIZADA

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
JAVIER OLVERA ESTRADA

DIRECTOR DE TESIS: LIC. FRANCISCO XAVIER MANZANERO ESCUTIA

MEXICO, D. F.

1995

FALLA DE ORIGEN



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.

**"HAY HOMBRES QUE LUCHAN UN DIA
Y SON BUENOS
HAY OTROS QUE LUCHAN UN AÑO
Y SON MEJORES
HAY QUIENES LUCHAN MUCHOS AÑOS
Y SON MUY BUENOS
PERO HAY LOS QUE LUCHAN TODA LA VIDA:
ESOS SON LOS IMPRESCINDIBLES"**

BERTOLT BRECHT.

**A DIOS POR PERMITIRME EXISTIR
Y DOTARME DE LOS TALENTOS
SUFICIENTES PARA CONCLUIR
MIS ESTUDIOS**

**A MI MADRE POR SU FORTALEZA
ANTE LAS ADVERSIDADES DE LA
VIDA Y EJEMPLO PARA MI**

**A MIS HERMANOS: GLORIA,
ENRIQUETA Y FRANCISCO,
POR TODO SU APOYO
Y CONFIANZA QUE
DEPOSITARON EN MI**

**A LA SEÑORITA SILVIA ALVARADO
COVARRUBIAS POR SE PACIENCIA
Y APOYO INCONDICIONAL.**

**A TODOS MIS PROFESORES QUE CON SU
SABIDURIA SUPIERON TRANSMITIRME SUS
CONOCIMIENTOS, PERO SOBRE TODO
AQUELLOS QUE DEJARON EN MÍ
UNA INFLUENCIA CON SU PERSONA.**

**Y EN FIN A TODAS AQUELLAS PERSONAS
QUE ESTUVIERON A UN LADO DE MI Y
QUE HICIERON POSIBLE ESTE
TRABAJO DE ALGUNA MANERA.**

GRACIAS.

INDICE

INTRODUCCION	
CAPITULO I.- Antecedentes	1
1.1. Constitución Política de la Monarquía Española.....	2
1.2. Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814.....	6
1.3. Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos.....	11
1.4. Constitución de 1836.....	16
1.5. Las Bases Orgánicas de 1843.....	25
1.6. Acta de Reforma de 1847.....	30
1.7. Constitución de 1857.....	31
CAPITULO II.- Principales Conceptos	36
2.1. Servidores Públicos.....	36
2.2. Clases de Servidores Públicos.....	38
2.3. Naturaleza Jurídica de las relaciones entre los Servidores Públicos y el Estado.....	45
2.4. Obligaciones y Responsabilidades de los Servidores Públicos.....	51
A.- Obligaciones de los Servidores Públicos.....	51
B.- Responsabilidades.....	56
2.5. Derechos de los Servidores Públicos.....	60

2.6. Principio de Legalidad.....	76
2.6.a. Fundamentación y Motivación.....	95
2.6.b. Ley Formal y Material.....	96
2.7. Administración Pública Centralizada.....	99
CAPITULO III.- La Facultad Discrecional.....	111
3.1. Introducción.....	111
3.2. Naturaleza de la Facultad Discrecional.....	112
3.3. Elementos de la Facultad Discrecional.....	116
3.4. Acto Obligatorio, reglado o vinculado, acto	
Discrecional y acto Técnico.....	128
3.5. Límites a la Facultad Discrecional.....	132
3.6. Constitucionalidad de la Facultad Discrecional.....	136
CAPITULO IV.- Abuso de la Facultad Discrecional.....	139
4.1. Consecuencias del Abuso de la Facultad	
Discrecional.....	139
4.2. Responsabilidad de los Servidores Públicos.....	144
4.3. Sanciones.....	146
CONCLUSIONES	148
BIBLIOGRAFIA	

INTRODUCCION

El presente estudio tiene como fin dar a conocer lo que se entiende por el principio de la facultad discrecional, tema que tiene importancia para el Derecho y en especial para el Derecho Administrativo.

La Discrecionalidad es una facultad que se ejerce no unicamente en la Administración Pública, sino que también tiene su campo de aplicación respecto de los otros dos órganos primeros Constitucionales, es decir, el Poder Legislativo y el Poder Judicial.

Cabe destacar, que el tema de la facultad discrecional, que en este estudio se intenta desarrollar, es un tema el cual ha sido poco conocido y estudiado por la mayoría de los tratadistas del Derecho Administrativo, lo que trae en consecuencia un escaso conocimiento del mismo entre el universo jurídico en México.

Dicho desconocimiento de un tema de tanta importancia, ha provocado una serie de lagunas, tanto teóricas como legislativas, a las cuales los autores han dedicado algunas hojas a su estudio, dejando a un lado su gran trascendencia.

Sin embargo, es conveniente aclarar que a pesar de lo dicho con anterioridad, existen a la fecha algunos autores que dentro de sus obras contemplan el tema en comento, razón por la cual este trabajo será una especie de reconocimiento a aquellos doctrinarios que ilustran el mundo jurídico con sus estudios y que se han permitido dejar en sus obras un espacio para este tema fundamental del Derecho Administrativo.

Desde un punto de vista legal, es interesante el analizar los diferentes ordenamientos administrativos que regulan la materia y percatarse que, en su contenido, existe una serie de disposiciones en las cuales el legislador faculta a la propia administración a decidir si actúa o se abstiene y que contenido tendrá su actuación.

En el ejercicio de la facultad discrecional, la Administración, en ocasiones, emite disposiciones que afectan a los particulares en sus garantías y derechos, causando agravios de difícil reparación por los actos, por demás arbitrarios, de algunas autoridades.

El presente estudio no pretende hacer un análisis de la facultad discrecional en su más amplio sentido pues, de lo contrario, habría que dedicar al mismo algo más que una tesis.

Por tanto, este trabajo tendrá como finalidad señalar en primer lugar los antecedentes de la facultad discrecional a los largo de toda la vida jurídico-política de nuestro país, así como realizar el estudio de los elementos fundamentales de la facultad discrecional, incluyendo los conceptos de mayor importancia relacionados a ésta y con su ámbito de aplicación y sin los cuales no podría entenderse este tema.

Finalmente se hará mención a los efectos que dicha facultad puede provocar cuando existe un abuso de la misma, es decir, cuando hay un desvío del poder.

Hechos estos breves comentarios respecto del tema que se tratará, las siguientes líneas de este trabajo serán dedicadas al mismo.

CAPITULO I

ANTECEDENTES.

I.- Antecedentes Constitucionales de la Facultad Discrecional en México.

En este estudio se hará una análisis, hasta nuestras posibilidades, de la Facultad Discrecional del Poder Ejecutivo Federal a lo largo de la vida constitucional de México.

Se hará referencia, en un orden cronológico, de los diferentes ordenamientos político-jurídicos de nuestro país, a saber:

- I.- Constitución de Cádiz del 19 de marzo de 1812.
- II.- Decreto Cosntitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814.
- III.- Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.
- IV.-Constitución de 1836.
- V.- Bases Orgánicas de 1843.
- VI.- Acta Constitutiva y de Reforma de los Estados Unidos Mexicanos de 1847.
- VII.- Constitución Política de 1857.

I.- CONSTITUCION POLITICA DE LA MONARQUIA ESPAÑOLA:

La Constitución que expidieron las Cortes de Cádiz, fue jurada el 19 de marzo de 1812 en la Península y en la Nueva España el 30 de septiembre del mismo año.

Es obligado el incluir la Constitución de Cádiz entre las leyes fundamentales de México, que como bien dice el Maestro Tena Ramírez, "no sólo por haber regido durante el periodo de los movimientos preparatorios de la emancipación, así haya sido parcial y temporalmente, sino también por la influencia que ejerció en nuestros instrumentos constitucionales, no menos que por la importancia que se le reconoció en la etapa transitoria que precedió a la organización Constitucional del Nuevo Estado " (1).

"TITULO IV: Del Rey.

Capítulo I: De la inviolabilidad del Rey y de su autoridad.

Artículo 171.- Además de las prerrogativas que competen al Rey de sancionar las leyes y promulgarlas le corresponden como principales las facultades siguientes:

QUINTA: Proveer todos los empleos civiles y militares".

Esta facultad depende de las necesidades y circunstancias de la época, así como de los lugares en que sean necesario el aumentar los empleos civiles y militares.

(1) Tena Ramírez Felipe, Leyes Fundamentales de México. 1808-1983, México, Ed. Porrúa, 1983, p.p. 59.

"NOVENA: Disponer de las fuerzas amadas, distribuyéndolas como más convenga".

La Facultad Discrecional más amplia de la seguridad y su distribución, la hará el Monarca dependiendo de los peligros reales e inminentes de los diferentes territorios pertenecientes a la Corona Española.

"DECIMA TERCIA: Indultar a los delincuentes, con arreglo a las leyes".

El Rey tenía la facultad de perdonar el total o parte de la pena que se imponía a los delincuentes, o bien podía conmutarla por otra con arreglo a las leyes de la materia.

"DECIMA CUARTA: Hacer a las Cortes propuestas de leyes o de reformas que crea conducentes al bien de la Nación, para que liberen en la forma prescrita".

Este artículo es el único que le dá la facultad al Rey de hacer propuestas de leyes y de hacer las reformas a las mismas que crea conducentes para el bien de la Nación.

En el capítulo VIII intitulado: "De la formación de las leyes y de la sanción real", la propuesta de leyes se reserva unicamente a los Diputados, así el artículo 132 establece: "Todo Diputado tiene la facultad de proponer a las Cortes los proyectos de ley, haciéndolo por escrito y exponiendo las razones en que se funde". Sin embargo, el artículo 171 fracción décima cuarta que se analiza, le dá esta facultad al Rey. En este supuesto, el legislador dispone que presentada una cierta circunstancia de hecho, el Rey debe de tomar una decisión, la cual deberá ser benéfica para la Nación, sin más limitaciones que seguir la forma prescrita, cuyo contenido se encuentra en el Capítulo VIII antes

citado, que es el procedimiento de formación y, en éste caso, de reforma a las leyes de la monarquía Española.

"Artículo 172: Las restricciones de la autoridad del Rey son las siguientes:

DECIMA: "No puede el Rey tomar la propiedad de ningún particular ni corporación, ni turbarle en la posesión, uso y aprovechamiento de ella; y si en algún caso fuere necesario para un objeto de conocida utilidad común tomar la propiedad de un particular, no lo podrá hacer sin que al mismo tiempo sea indemnizado y se le dé el buen cambio a bien vista de hombres buenos."

Esta fracción es el antecedente de la facultad expropiatoria por parte del Estado; aquí la facultad discrecional consiste en el análisis que hará el Rey de la oportunidad o conveniencia del contenido del acto, encaminado a un objetivo de conocida utilidad común y siempre que al mismo tiempo se indemnice.

UNDECIMA: "No puede el Rey privar a ningún individuo de su libertad, ni imponer por sí pena alguna. El Secretario del Despacho que firme la orden y el Juez que la ejecute, serán responsables a la Nación y castigados como reos de atentado contra la libertad individual.

Sólo en el caso de que el bien y seguridad del Estado exijan el arresto de una persona, podrá el Rey expedir órdenes al efecto; pero con la condición de que dentro cuarenta y ocho horas deberá hacerla entregar ante el Tribunal o Juez competente."

La Constitución concede la facultad discrecional al Rey de arrestar a toda persona que ponga en peligro el bien y la seguridad del Estado. En esta fracción, el Monarca deberá analizar si es conveniente y oportuno expedir una orden que prive de la libertad a los individuos, con la consigna de poner al detenido a disposición del Tribunal o Juez competente en un plazo de cuarenta y ocho horas siguientes a fin de que se le siga el juicio correspondiente.

Con lo anterior se ha concluido, hasta mi saber, el estudio de la facultad discrecional que otorgó la Constitución de Cádiz al Rey de España, que más que un jefe de gobierno, es un jefe de Estado limitado por las Cortes de Cádiz, que reunidas dieron origen al documento antes citado.

Concluido este análisis, se continuará con el estudio de la Constitución de Apatzingán.

II.- DECRETO CONSTITUCIONAL PARA LA LIBERTAD DE LA AMERICA MEXICANA, SANCIONADO EN APATZINGAN EL 22 DE OCTUBRE DE 1814.

Con el nombre de "Sentimientos de la Nación", Morelos preparó el documento que más tarde se llamaría Decreto Constitucional para la América Mexicana, sancionado el 22 de octubre de 1814.

"La Carta de Apatzingán, careció de vigencia práctica, aunque fueron designados los titulares de los tres poderes que instituía, las circunstancias impidieron su actuación normal" (2).

Si bien es cierto que la Constitución de Apatzingán no tuvo vigencia, más cierto es que la importancia de dicho documento radica básicamente en dos razones:

a) La primera, porque es el primer documento constitucional creado en la mentalidad de los Novohispanos, sin negar que contaban con antecedentes de otras Constituciones, pero adaptándola a las circunstancias y necesidades de su época, y quizá con una trascendencia más allá de su tiempo.

b) La segunda, porque es también el primer documento donde se desconoce públicamente al monarca hispano y el hecho de gobernar en nombre de Fernando VII.

(2) Cfr. Tena Ramírez, Felipe. *Leyes Fundamentales de México*. Op Cit. supra nota (1) p. 29.

Así lo manifestó Rayón, en el Congreso que se llevó a cabo el 6 de noviembre de 1813: "A un reino conquistado le es lícito reconquistarse y a un reino obediente le es lícito no obedecer a un Rey, cuando es gravoso en sus leyes"(3).

A continuación se analizará el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, en lo referente a la facultad discrecional del Ejecutivo Federal.

Como una nota adicional al presente análisis, es importante destacar que ésta Constitución mexicana habla, por primera vez, de la división de poderes de todo Estado moderno, conformado bajo el modelo Rousseauiano. Así, el capítulo II: "De la Soberanía", en el artículo 12 señala: "Estos tres poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, no deben ejercerse ni por una sola persona ni por una sola corporación". Esto es una nota importante al reflexionar sobre la facultad discrecional que la Constitución le otorga al Poder Ejecutivo.

CAPITULO XII. DE LA AUTORIDAD DEL SUPREMO GOBIERNO .

A manera de información, el Supremo Gobierno del que habla este capítulo es el compuesto por tres individuos, que deben cumplir con los requisitos del artículo 52, es decir, cumplir con las disposiciones obligadas para ser Diputado, las cuales son: ser Ciudadano en ejercicio de sus derechos, tener 30 años cumplidos al momento de la designación, patriotismo acreditado con servicios positivos.

(3) Cfr. Tena Ramírez, Felipe. Leyes Fundamentales de México. Op Cit. supra nota (1) p. 28.

Estos tres individuos, serán iguales en autoridad y se alternarán por cutrimestre en la Presidencia.

"Al Supremo Gobierno tocó privativamente:

ARTICULO 160: Organizar los ejércitos y milicias nacionales. Formar planes de operación, mandar ejecutarlos, distribuir y mover la fuerza armada, a excepción de la que se halle bajo el mando del Supremo Congreso, con arreglo al artículo 47; y tomar cuantas medidas estime conducentes, ya sea para asegurar la tranquilidad interior del Estado o bien para promover su defensa exterior; todo sin necesidad de avisar previamente al Congreso, a quien dará noticia en tiempo oportuno".

Además de la facultad de organizar y de formar planes estratégicos y ejecutarlos, tiene la facultad discrecional de tomar todas las medidas necesarias que estime conducentes y oportunas para la protección y seguridad interior y exterior de la América Mexicana, sin requerir de la autorización previa del Congreso por lo urgente que pueda suceder a la seguridad; sin embargo, deberá informarlo en tiempo oportuno.

Es claro que este artículo otorgue la facultad discrecional al Supremo Gobierno, ya que el legislador no puede preveer cuando haya un peligro real e inminente, por lo que corresponde al Supremo Gobierno decidir si actua o no, dependiendo de la oportunidad y conveniencia de la situación que se presente. Este mismo artículo señala como limitante de su actuación la de informar al Congreso en su respectivo momento.

"No podrá el Supremo Gobierno:

ARTICULO 168: Mandar personalmente en cuerpo, ni por alguno de sus individuos, ninguna fuerza armada, a no ser en circunstancias muy extraordinarias y entonces deberá proceder la aprobación del Congreso".

A contrario sensu, el Supremo Gobierno tiene la facultad discrecional de mandar personalmente o por medio de individuo de su confianza la fuerza armada, cuando considere que es oportuno y conveniente y siempre por circunstancias extraordinarias o más bien muy extraordinarias, que puede pensarse que no se den.

Sin embargo, si se presentara una circunstancia que pudiera poner en peligro la seguridad y soberanía del país, para mandar personalmente o por alguno de sus individuos, deberá proceder a la aprobación del Congreso.

Es de hacer notar que éste artículo otorga la facultad discrecional al Supremo Gobierno pero con una limitante, la aprobación del Congreso y si por facultad discrecional entendemos "la libre apreciación dejada a la Administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer" (4), procede preguntarnos si la autorización del Congreso desvirtua o no la naturaleza de la facultad discrecional; pero, si bien es cierto que el mismo precepto constitucional establece la previa aprobación del Congreso, más cierto es que dicha facultad no se desvirtua, toda vez que el contenido y límites que le dé el Poder Ejecutivo a su actuación se deja a su libre apreciación.

(4) Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. Ed. Porrúa, México, 1990, pp.100 y 101.

Dentro del análisis de éste documento constitucional, hasta nuestro saber, hemos concluido el estudio de la discrecionalidad del Supremo Gobierno, lo que manifiesta un control muy amplio del Supremo Congreso que no deja actuar al Gobierno libremente ni poder decidir si actúa o no dentro del marco jurídico.

III.- CONSTITUCION FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

El primero de abril de 1824, el Congreso comenzó a discutir el proyecto de Constitución Federativa de los Estado Unidos Mexicanos, proyecto que fue aprobado el 3 de octubre del mismo año, firmado el 4 de octubre de 1824 y publicado al día siguiente por el Ejecutivo.

TITULO IV: DEL SUPREMO PODER EJECUTIVO DE LA FEDERACION.

Sección Cuarta: De las atribuciones del Presidente y restricciones de sus facultades.

"Fracción X: Disponer de la fuerza armada permanente de mar y tierra, y de la milicia activa, para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación".

En la seguridad interior y defensa exterior de la Federación, el Ejecutivo tiene la facultad discrecional de disponer de la fuerza armada de mar y tierra y de la milicia activa. El Diccionario de la lengua española "Larousse", define el concepto milicia como "gente armada que no forma parte del ejército activo y es una fuerza auxiliar" o bien como "cuerpo de organización militar auxiliar"(5).

Así pues, el legislador otorga tal facultad al Presidente ya que no puede predecir los peligros existentes en el interior o el exterior del territorio de la Federación; y es entonces cuando el Ejecutivo hará una apreciación de la situación y finalmente decidirá si actúa o no.

(5) García Pelayo y Gross, Ramón. Pequeño Larousse Ilustrado, Ediciones Larousse, México, 1991, p. 683

"Fracción XI.- Disponer de la milicia local para los mismos objetos, aunque para usar de ella fuera de sus respectivos Estados o territorios, obtendrá previamente consentimiento del Congreso General, quien calificará la fuerza necesaria; y no estando éste reunido, el Consejo de Gobierno prestará el consentimiento y hará la expresada calificación".

El presidente tiene la facultad discrecional de disponer de la milicia local, lo que dá a entender que también existe una milicia federal contemplada en la fracción anterior y para los mismos objetos, siempre y cuando sean usados dentro de los Estados o territorios a los cuales pertenezcan, de lo contrario, actuarán previo consentimiento del Congreso General y, en su ausencia, hará el Consejo de Gobierno la calificación.

"Fracción XVII: Convocar al Congreso para cesiones extraordinarias en el caso que lo crea conveniente, y lo acuerden así las dos terceras partes de los individuos presentes del Consejo de Gobierno".

El Presidente tiene la discrecionalidad de convocar al Congreso en sesión extraordinaria en caso de urgencia para discutir y, en su caso, aprobar iniciativas de ley a cargo del Ejecutivo, todo ello con fundamento en el artículo 52 que establece: "Se tendrán como iniciativas de ley o decreto: 1º Las proposiciones que el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos tuviere por convenientes al bien de la sociedad y como tales las recomendaciones precisamente a la Cámara de Diputados".

Es por tanto que el Ejecutivo deberá hacer el análisis y apreciar si es oportuno y conveniente una iniciativa de ley para el bien de la sociedad.

"Artículo 112: Las restricciones de las facultades del Presidente son las siguientes:

Fracción II: No podrá el Presidente privar a ninguno de su libertad, ni imponerle pena alguna; pero, cuando lo exija el bien y seguridad de la Federación, podrá arrestar, debiendo poner a las personas arrestadas, en el término de cuarenta y ocho horas, a disposición del Tribunal o Juez competente".

El Ejecutivo tiene la facultad discrecional de arrestar a todo aquel que ponga en peligro el bien y la seguridad de la Federación.

Es de hacer notar, que esta fracción habla de arresto, y efectivamente la autoridad administrativa está facultada para llevar a cabo arrestos administrativos y no órdenes de detención que sólo un Juez puede librar en contra de individuos que cometen un delito tipificado en la ley de la materia.

Al respecto, hablan los artículos 150 y 151 comprendidos en el Título V: "Del poder Judicial de la Federación", sección séptima.

"Artículo 150: Nadie puede ser detenido sin que haya semi-plena prueba o indicio de que es delincuente".

"Artículo 151: Ninguno será detenido solamente por indicios más de setenta horas".

"Fracción III.- El Presidente no podrá ocupar la propiedad de ningún particular ni corporación, ni turbarle en la posesión, uso o aprovechamiento de ella; y si en algún caso fuere necesario, para un objeto de conocida utilidad general, tomar la propiedad de un particular o corporación no lo podrá hacer sin previa aprobación del Senado y en sus rescisos, del Consejo de Gobierno, indemnizando siempre a la parte interesada a juicio de hombres buenos elegidos por ella y el Gobierno".

Siempre que exista una utilidad general, el Presidente podrá ocupar la propiedad de un particular o corporación, o bien turbarle en el uso o aprovechamiento de la misma o bien interrumpir en la posesión que de hecho tengan los mismos.

La discrecionalidad consistirá en determinar si existe o no una utilidad general y actuar de manera oportuna y conveniente.

En esta fracción, resalta nuevamente la previa aprobación por parte del Senado y, en sus rescisos, del Consejo de Gobierno con lo que no se desvirtuaría la naturaleza de la facultad discrecional, tal y como quedó señalado en las hojas anteriores.

Por último habla esta fracción de que debe haber indemnización, sin especificar si ésta es previa o posterior o bien al momento de la ocupación de la propiedad.

Con esta última fracción, hemos concluido con los antecedentes de la facultad discrecional contenidos en la Constitución de 1824, pasando ahora, a analizar los antecedentes de la Constitución de 1836.

IV.- CONSTITUCION DE 1836.

A esta Constitución se le conoce también como la Constitución de las Siete Leyes, ya que la Nueva ley Fundamental se dividió en siete estatutos.

Esta Constitución fue terminada por el Congreso el 6 de diciembre de 1835, aprobada el 21 del mismo mes y año por el Congreso.

LEYES CONSTITUCIONALES.

"PRIMERA: Derechos y obligaciones de los mexicanos y habitantes de la República".

"Artículo segundo: Son derechos del mexicano:

Fracción III.- No poder ser privado de su propiedad, ni del libre uso y aprovechamiento de ella en todo ni en parte. Cuando algún objeto de general y pública utilidad exija lo contrario, podrá verificarse la privación, si tal circunstancia fuere calificada por el Presidente y sus cuatro Ministros en la capital, por el Gobierno y la Junta Departamental en los Departamentos y el dueño, sea corporación eclesiástica o secular, sea individuo particular previamente indemnizado a tasación de dos peritos, nombrados el uno de ellos por él y según las leyes el tercero en discordia, caso de haberla.

La calificación dicha, podrá ser reclamada por el interesado ante la Suprema Corte de Justicia en la capital y en los Departamentos ante el superior Tribunal respectivo".

Para los fines del presente trabajo, nos interesa únicamente la facultad discrecional del Ejecutivo para privar, en todo o en parte, la propiedad y el libre uso y aprovechamiento a las corporaciones eclesiásticas o seculares, o sea también a los individuos particulares.

El Presidente junto con sus cuatro Ministros harán la calificación siempre y cuando sea objeto de general y pública utilidad.

Los cuatro Ministros a los que se refiere, tienen su fundamento en la Cuarta ley Constitucional, y en uno de sus subtítulos que habla del Ministerio, que en su artículo 28 establece: "Para el despacho de asuntos de Gobierno, habrá cuatro Ministros: uno de lo interior, otro de relaciones exteriores, otro de Hacienda y otro de Guerra y Marina".

La Facultad Discrecional del Ejecutivo consiste en determinar si es oportuno o conveniente el privar de la propiedad y siempre por algún objeto de general y pública utilidad, previa indemnización la cual será hecha por peritos.

Por último la calificación que haga el Ejecutivo podrá ser reclamada por el interesado ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y dicho reclamo suspende la ejecución del acto hasta su fallo.

SEGUNDA

"Organización de un Supremo Poder Conservador.

Artículo 12: Las atribuciones de este Supremo Poder, son las siguientes:"

El Supremo Poder Conservador de que habla éste artículo está fundamentado en el artículo primero de ésta Segunda Ley: "Habrá un Supremo Poder Conservador que se depositará en cinco individuos..."

"Fracción VI: Suspender hasta por dos meses (a lo más) las sesiones del Congreso General, o resolver se llame a ellas a los suplentes, por igual término, cuando convenga al bien público y lo exite para ello el Supremo Poder Ejecutivo".

La Facultad Discrecional por parte del Ejecutivo consiste precisamente en el análisis que haga de si es oportuno o conveniente suspender al Congreso General o bien llamar a los suplentes cuando con ello convenga al bien público.

La excitación o iniciativa que le dá este artículo al Ejecutivo, se fundamenta con el artículo 14 que dice: " Toda declaración que haga el Supremo Poder Conservador, toda resolución que tome, no siendo de las especificadas en el artículo 12 y aunque sea de ellas, si la toma por sí y sin la excitación que respectivamente se exige para cada uno en dicho artículo, es nula y de ningún valor".

Como se puede observar dicha iniciativa del Ejecutivo, es requisito indispensable para que el Supremo Poder Conservador pueda decidir, por lo que es discrecional del Ejecutivo la iniciativa dependiendo si conviene o no al bien público.

TERCERA.

De la formación de las leyes.

"Artículo 26: Corresponde la iniciativa de las leyes:

I.- Al Supremo Poder Ejecutivo y a los Diputados en todas la materias".

Es importante destacar que el Supremo Poder Ejecutivo tiene la facultad de iniciar leyes. Este Supremo Poder Ejecutivo esta depositado en un Supremo Magistrado denominado Presidente de la República, institución regulada en la Ley Cuarta que trata de la "Organización del Supremo Poder Ejecutivo" y del que habla el artículo primero: "El ejercicio del Poder Ejecutivo se deposita en un supremo Magistrado, que se le denominará Presidente de la República..."

Ahora bien, la facultad de iniciar leyes por parte del Presidente ¿es una facultad discrecional o no lo es?. Si se piensa que sí es, ésta radicaría en el hecho de que si el Ejecutivo considerara que es oportuno o conveniente la iniciativa de una ley, para su discusión y posible aprobación, siempre que se satisfaga o se responda a la problemática jurídica suscitada en el momento y que ningún ordenamiento jurídico puede prever, se afirmaría luego entonces que si existe facultad discrecional.

Si lo anterior es válido, esta sería la más amplia de las facultades discrecionales que tendría el Ejecutivo.

Asimismo, tendría que estar dirigida al buen Gobierno de la Nación, según lo establece el artículo 17 fracción II de la Ley Cuarta intitulada "Organización del Supremo Poder Ejecutivo" que señala: "Iniciar todas las leyes y decretos que estime convenientes, de acuerdo con el consejo para el buen gobierno de la Nación".

CUARTA.

ORGANIZACION DEL SUPREMO PODER EJECUTIVO.

"Artículo 15: Son atribuciones del Presidente de la República:

Fracción XVII: Disponer de la fuerza armada de mar y tierra para la seguridad interior y defensa exterior".

El Ejecutivo tendrá la facultad discrecional de disponer de la armada de mar y tierra cuando exista un peligro real e inminente en contra del territorio o la soberanía del país.

El Ejecutivo decidirá si es o no oportuno y conveniente disponer de dichas fuerzas, ya por una amenaza en el interior que ponga en peligro la seguridad o bien para la defensa del exterior que atente contra su soberanía.

"Artículo 18: No podrá el Presidente de la República:

Fracción II.- Privar a nadie de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna; pero, cuando lo exija el bien o la seguridad pública, podrá arrestar a los que fueren sospechosos debiendo ponerlos a disposición del Tribunal o Juez competente a los tres días a más tardar".

Esta fracción establece la facultad discrecional consistente en el arresto a todo aquel que fuere sospechoso y ponga en peligro la seguridad pública. El Ejecutivo deberá analizar si es oportuno o conveniente el decretar o no el arresto a todo sospecho, siempre y cuando se ponga en peligro la seguridad pública y con la obligación de ponerlo a disposición de un Tribunal o

Juez competente en el término de tres días, a fin de que se le siga un juicio ante una Autoridad Jurisdiccional competente.

"Fracción III.- Ocupar la propiedad de ninguna persona ni corporación, sino en el caso y con los requisitos que detalla el párrafo tercero del artículo segundo de la Primera Ley Constitucional".

A fin de evitar repeticiones innecesarias en el desarrollo del presente estudio y toda vez que se realizó el comentario relativo a esta fracción con anterioridad, invito al lector a que se remita a la página 12, parte final; así como a la página 13 párrafos del primero al quinto.

SEPTIMA.

VARIACIONES DE LAS LEYES CONSTITUCIONALES.

"En las variaciones que pasado ese periodo se intenten hacer en ellos, se observarán indispensablemente los requisitos prevenidos en el artículo 12, párrafo 10 de la Segunda Ley Constitucional, en el artículo 26 párrafo primero y tercero, en los artículos 28, 29 y 38 de la Tercera Ley Constitucional, y en el artículo 17, párrafo segundo de la Cuarta Ley".

En primer lugar, el periodo al que se refiere el artículo anterior lo especifica el artículo primero de ésta Séptima Ley que dice: "En seis años, contados desde la publicación de esta Constitución, no se podrá hacer alteración en ninguno de sus artículos".

El artículo 12, párrafo décimo de la Segunda Ley Constitucional establece las atribuciones del Supremo Poder y en su fracción X establece: "El dar o negar la sanción a las reformas de la Constitución que acordare el Congreso, previas las iniciativas, y en el modo y forma que establece la Ley Constitucional respectiva".

Apartado que para el efecto del presente trabajo no se estudiará por no ser objeto del mismo.

Respecto del artículo 26, párrafo primero y tercero, en los artículos 28, 29 y 38 de la Tercera Ley Constitucional dicen:

"De la formación de las leyes.

Artículo 26: Corresponde la iniciativa de las leyes:

I.- Al Supremo Poder Ejecutivo y a los Diputados en todas las materias.

II.- A la Suprema Corte de Justicia, en lo relativo a la administración de su ramo.

III.- A las Juntas Departamentales en las relativas a impuestos, educación pública, industria, comercio, administración municipal y variaciones constitucionales".

La fracción I fue comentada en su oportunidad; sin embargo, esta fracción y la fracción II del artículo 17 otorgan al Ejecutivo la facultad de iniciar leyes así como de hacer variaciones a la Constitución según lo establece el artículo segundo de la Ley Séptima Constitucional y si se sigue un mismo razonamiento, es facultad discrecional del Ejecutivo iniciar las variaciones que crea oportunas o convenientes para el buen gobierno de la Nación.

El artículo 28 de la Tercera Ley Constitucional dice: "Cuando el Supremo Poder Ejecutivo o los diputados iniciaren leyes sobre materias en que concede iniciativa el artículo 26 a la Suprema Corte de Justicia y Juntas Departamentales, se oirá el dictámen respectivo de aquella y de la mayoría de éstas, antes de tomar en consideración la iniciativa".

El Ejecutivo y los diputados pueden hacer toda clase de iniciativas; sin embargo, como lo establece este artículo, tendrán que oír el dictamen de la Suprema Corte de Justicia antes de tomarlas en consideración; asimismo, las Juntas Departamentales tendrán que oír el dictamen de la mayoría de dichas Juntas antes de tomarla en consideración. Por lo que la facultad discrecional de iniciar leyes por parte del Ejecutivo se ve restringida por la Suprema Corte y Juntas Departamentales, pero sólo en las materias que les concede el mismo artículo 26.

En lo que se refiere al artículo 29 dice: "No podrán dejarse de tomar en consideración las iniciativas de los Poderes Ejecutivo y Judicial, ni aquellas en que convengan la mayor parte de las Juntas Departamentales. Las demás se tomarán o no en consideración, según la califique la Cámara, oído el dictamen de una comisión de nueve diputados que eligirá en su totalidad cada año y se denominará de Peticiones."

Este artículo, para los fines del presente trabajo, no es objeto de mayores explicaciones; sin embargo, es necesario transcribir los artículos señalados a fin de no dejar lagunas en la medida de lo posible.

Por último el artículo 38 dice: " El proyecto de Ley o decreto desechado, o no sancionado, según los artículos 33, 36 y 37, no podrá volverse a proponer en el Congreso, no tratarse allí de él, hasta que se haya renovado la Cámara de Diputados en su mitad, como prescribe el artículo. Las variaciones de Constitución que no sancionare el Supremo Poder Conservador, si renovada la Camara de Diputados en su mitad, insistiere en su iniciativa de ellas la mayor parte de las Juntas Departamentales, y en la aprobación las dos terceras de los miembros presentes de una y otra Cámara, no pasarán de nuevo a la sanción y se publicaran sin ella".

Estos son los requisitos sin los cuales no se podrá hacer variación alguna a la Constitución.

Realmente, lo que nos interesa es el artículo 17 fracción II de la Cuarta Ley, y que fue comentado con anterioridad; sin embargo, es importante decir que éste artículo le otorga la más amplia de las facultades discrecionales al Ejecutivo, la de iniciar leyes y decretos convenientes, así como el de iniciar variaciones a la Constitución pero siempre para el buen gobierno de la Nación.

Con lo anterior, hemos concluido el análisis de las leyes Constitucionales de 1836, pasando ahora al estudio de las Bases Orgánicas de 1843.

V.- LAS BASES ORGANICAS DE 1843.

"El 23 de diciembre de 1842, el Presidente de la República D. Nicolás Bravo hizo la designación de los ochenta Notables, que integraron la Junta Nacional Legislativa que debía elaborar las Bases Constitucionales. Las Bases de Organización Política de la República Mexicana, fueron sancionadas por Antonio López de Santa Anna (quien ya había reasumido la Presidencia) el 12 de junio de 1843 y publicadas el catorce del mismo mes y año"(6).

TITULO IV: PODER LEGISLATIVO.

FORMACION DE LAS LEYES.

"Artículo 53: Corresponde la iniciativa de las leyes: al Presidente de la República, a los Diputados, a las Asambleas Departamentales en todas sus materias, y a la Suprema Corte de Justicia en lo relativo a la administración de su ramo".

Este artículo, otorga la facultad discrecional al Ejecutivo de iniciar toda clase de leyes en todas las materias y lo importante a destacar en el mismo es la interrogante de si esta facultad es o no discrecional.

Como quedó establecido en las páginas anteriores de este estudio, relativas a la Tercera Ley Constitucional en su artículo 26 (De la iniciativa de las leyes), si el Ejecutivo considerara que es oportuno o conveniente la iniciativa de alguna ley, si con ellos se satisface o bien se dá respuesta a la problemática jurídica suscitada en el momento, y que ningún ordenamiento jurídico político puede establecerlo, definitivamente se afirmaría que si existe facultad discrecional.

(6) Cfr. Tena Ramírez, Felipe. Leyes Fundamentales de México, Op. Cit. supra nota (1) p. 413

Este es el único artículo de esta Constitución que otorga la facultad discrecional al Ejecutivo.

DE LAS ATRIBUCIONES Y RESTRICCIONES DEL CONGRESO.

"Artículo 66.- Son facultades del Congreso:

XI.- Decretar la guerra por iniciativa del Presidente: aprobar los convenios y tratados y paz, y dar reglas para conceder patentes de corso".

Esta fracción concede la facultad discrecional al Presidente de dar iniciativa de guerra si considera que es oportuno o conveniente según el análisis que de ello haga y siempre y cuando se ponga en peligro real, grave e inminente la soberanía exterior de la Nación.

Sin embargo, quien decreta la guerra es el Congreso como una de sus facultades, por iniciativa del Presidente.

TITULO V: Poder Ejecutivo.

"Artículo 87. Corresponde al Presidente de la República:

V.- Decretar que se convoque al Congreso a sesiones extraordinarias, designando los únicos asuntos de que deberá ocuparse".

El Ejecutivo tiene la facultad discrecional de convocar al Congreso a sesiones extraordinarias, cuando del previo análisis que haga crea que es oportuno o conveniente convocarlo para tratar de algún negocio de suma importancia. Así lo manifiesta el artículo 48, "Sólo será convocado el Congreso a sesiones extraordinarias cuando lo exija algún negocio urgente".

"XXIII.- Conceder cartas de naturalización".

Esta es una facultad discrecional del Ejecutivo, la de conceder o no cartas de naturalización a los extranjeros que quieren adquirir la nacionalidad mexicana; sin embargo deberán de reunir todos los requisitos que establece la Ley de la materia y después queda a la discrecionalidad del Ejecutivo otorgala o no si no lo considera conveniente.

"XXIV. Expeler de la República á los extranjeros no naturalizados, perniciosos a ella".

El Presidente tiene la facultad discrecional de expulsar a todo extranjero que no siendo naturalizado sea pernicioso para la República. El Ejecutivo hará el estudio de si es oportuno y conveniente el expulsar del territorio a los que el considere perjudiciales a la República, facultad de lo más amplia ya que no se determina el daño que puedan causar a la República, sino que unicamente se determina si la perjudican, lo cual puede ocasionarse de muchas formas.

"XXVI.- Conceder indultos particulares de la pena capital, en los casos y las condiciones que disponga la Ley".

Esta fracción concede al Ejecutivo la facultad discrecional de indultar la pena capital en forma particular a los reos merecedores de ella, siempre y cuando cumpla con los requisitos que la ley de la materia establecen para así poder emitir un juicio favorable, es decir, considerar si es conveniente u oportuno conceder el indulto.

Realmente los requisitos de ley que establecen estas fracciones y muchas otras fracciones en los textos constitucionales no interesan al análisis del presente trabajo, porque aún en los casos y cumpliendo las condiciones señaladas en las leyes ordinarias, es facultad Discrecional del Ejecutivo otorgar o no lo solicitado, salvo en los casos donde se diga "Si se cumple con los requisitos establecidos en las leyes secundarias de las diferentes materias de que tratan los textos constitucionales", el Ejecutivo deberá estarse a lo ordenado por la Ley; luego entonces hablaremos de un acto reglado o vinculado.

"Fracción XXVII.- Conceder privilegios exclusivos conforme a las leyes, a los inventores, introductores, o perfeccionadores de algún arte o industria útil a la Nación".

El Ejecutivo tiene la facultad discrecional de conceder los pedidos exclusivos siempre y cuando se reúnan los requisitos establecidos en la ley de la materia. El Ejecutivo hará el análisis de si es oportuno y conveniente conceder los privilegios, siempre que sean útiles a la Nación, y en esto radica la facultad discrecional del Presidente.

Con lo anterior, se concluye el análisis de las Bases Orgánicas de 1843 y siguiendo el orden cronológico establecido en el presente capítulo se continuará con el estudio del Acta de Reforma de 1847.

VI.- ACTA DE REFORMA DE 1847

El Acta de Reforma terminó de discutirse el 17 de mayo, fue jurada el 21 y publicada el 22 de mayo de 1847.

La Comisión de constitución que se formó para discutir si se hacía una nueva Constitución o si solamente se reformaba la Constitución de 1824, resuelve lo siguiente: "Se declara que el pacto de Federación celebrado por los Estados Unidos Mexicanos en 1824, es la única Constitución legítima del país, cuya observancia y cumplimiento obliga estrictamente a los actuales supremos Poderes de la Unión, en los Estados y a cada uno de los habitantes de la República, mientras no se publiquen todas las formas que determine el presente Congreso."(7)

Lo que realmente se hizo fue reformar la Constitución de 1824, tanto en su parte dogmática como en su parte orgánica y de una manera general, sin ser materia del presente estudio.

Cabe aclarar, que del análisis que se hizo no se encontraron fundamentos constitucionales de la facultad discrecional en las Actas de Reforma de 1847, por lo que se pasará al desarrollo del tema referente a la Constitución de 1857.

(7) Cfr. Tena Ramírez, Felipe. *Leyes Fundamentales de México*, Op. Cit. supra nota (1) p.p.442 y 443

VI.- CONSTITUCION DE 1857.

La constitución de 1857 fue jurada el 5 de febrero y promulgada el 11 de marzo del mismo año.

A continuación se dará inicio al análisis de las facultades discrecionales contenidas en los artículos de este ordenamiento.

ARTICULO 4º.- "Todo hombre es libre para abrazar la profesión, industria o trabajo que le acomode, siendo útil y honesto, y para aprovecharse de sus productos. Ni uno ni otro se le podrá impedir, sino por sentencia judicial cuando ataque los derechos de terceros, ó por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la Ley, cuando ofenda los de la sociedad".

Como se puede apreciar de la lectura del artículo anterior, la Administración hará una apreciación de si la profesión, industria o trabajo que desempeñan los particulares ofenden o no a la sociedad, siguiendo los lineamientos que marque la ley que regula la Materia de Profesiones.

ARTICULO 6º.- "La manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial ó administrativa, sino en el caso de que ataque la moral, los derechos de tercero, provoque algún crimen ó delito, ó perturbe el orden público".

Existe facultad discrecional por parte de la Autoridad Administrativa al determinar si dichas ideas atacan a la moral o no, los derechos de terceros o si con ellos se provoca algún crimen o delito y, en el último de los casos, si perturba el orden público, concepto este último, que la propia Administración deberá definir.

ARTICULO 27.- "La propiedad de las personas no puede ser ocupada sin su consentimiento, sino por causa de utilidad pública y previa indemnización. La Ley determinará la Autoridad que deba hacer la expropiación y los requisitos con que ésta haya de verificarse".

Es importante destacar que la facultad discrecional radica en el estudio de la oportunidad y conveniencia que haga la Administración de la utilidad pública que generará dicha expropiación y sin con ello se satisfacen intereses generales, y siempre previa indemnización a la misma.

ARTICULO 29.- "En casos de invasión, perturbación grave de la paz pública ó cualquiera otros que pongan á la sociedad en grave peligro ó conflicto, solamente el Presidente de la República, de acuerdo con el Consejo de Ministros y con aprobación del Congreso de la Union, y, en los rescisos de éste de la diputación permanente, puede suspender las garantías otorgadas en esta Constitución, con escepción de las que aseguran la vida del hombre; pero deberán hacerlo por un tiempo limitado por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión pueda contraerse á determinado individuo"

Como anteriormente se señaló y a manera de resumen, únicamente el Ejecutivo podrá suspender las garantías personales que concede esta Constitución sin más limitaciones que la aprobación que haga el Congreso de la Unión o bien de la Diputación Permanente, en su caso, con la excepción de las garantías que aseguran la vida del hombre siendo conveniente para los intereses de la Nación hacerlo por un tiempo limitado, así como por medio de prevenciones generales, es decir, por medio de una ley o decreto con carácter general y abstracto.

ARTICULO 33.- "Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías otorgadas en la Sección 1ª , Título 1º de la presente Constitución, salva en todo caso, la facultad que el Gobierno tiene para expeler al extranjero pernicioso..."

Las calidades que poseen los mexicanos y a las cuales se refiere el artículo 30 son las siguientes:

ARTICULO 30.- "Son mexicanos:

- I.- Todos los nacidos dentro o fuera del territorio de la República, de padres mexicanos.
- II.- Los extranjeros que se naturalicen conforme á las leyes de la Federación.
- III.- Los extranjeros que adquieran bienes raíces en la República ó tengan hijos mexicanos, siempre que no manifiesten la resolución de conservar su nacionalidad".

Una vez transcrito el artículo 30, el Gobierno tiene la facultad de sacar del país a los extranjeros perniciosos a la Nación por lo que la propia Administración competente hará el análisis de si es oportuno y conveniente expulsarlo o no, fundando y motivando su acto.

ARTÍCULO 65.- "El derecho de iniciar leyes compete:

I.- Al Presidente de la Unión.

II.- A los Diputados al Congreso Federal.

III.- A las Legislaturas de los Estados."

Como una prerrogativa discrecional al Ejecutivo, es el de iniciar leyes, siguiendo para tales efectos los procedimientos que establece la propia Constitución.

ARTÍCULO 85 .- "Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

VI.- Disponer de la fuerza armada permanente de mar y tierra para la seguridad interior y defensa exterior de la federación."

Si el Ejecutivo considera que existe un peligro real e inminente a la seguridad interior y defensa exterior de la Nación, dispondrá de la fuerza armada permanente de mar y tierra.

VII.- "Disponer de la guardia nacional para los mismos objetos, en los términos que previene la fracción XX del artículo 72"

En este artículo se aplican las mismas disposiciones que en el anterior, con excepción de que el Ejecutivo para disponer de la guardia nacional requiere del consentimiento del Congreso.

XV.- "Conceder, conforme a las leyes, indultos a los reos sentenciados por delitos de la competencia de los tribunales federales".

Del Ejecutivo dependerá si considera que es conveniente indultar a los reos que han sido sentenciados por delitos federales.

CAPITULO II

PRINCIPALES CONCEPTOS

2.1 Servidores Públicos.

Para dar inicio a este capítulo es importante hacer notar que de la revisión realizada a la doctrina de diversos autores (entre los que se puede citar a José Antonio García Trevijano Fos, Eduardo García de Enterría, Manuel María Díez y Fernando Garrido Falla, entre otros), se desprende que el tema relativo a los Servidores Públicos es poco conocido y estudiado.

En virtud de lo anterior, en este capítulo serán analizados a fondo aquellos autores que sí tratan sobre este tema, mismos que, en el desarrollo de este apartado, serán mencionados.

Es difícil dar una definición de lo que se puede entender por Servidor Público; sin embargo, la palabra servidor se atribuye a aquél que sirve a otra persona y público hace referencia a una colectividad, donde interviene el interés general. Así pues se puede resumir que un servidor público es aquel que sirve a una colectividad y su actividad es de interés general.

Sin embargo esta definición presenta puntos que pueden prestarse a confusión. En efecto, en la mayoría de los casos se piensa que servidor público es aquel que está al servicio del Estado, siendo que no es así, ya que desde un punto de vista teleológico, un servidor público es el que está al servicio de una colectividad, misma que en la teoría elaborada por Rosseau se

le ha denominado pueblo o población, el cual es uno de los elementos integrantes del Estado y sin el mismo éste no puede ser concebido en el sentido moderno.

Carlos García Oviedo en su libro "Derecho Administrativo", define el concepto de funcionario y establece que: "Deriva el concepto de funcionario del de función, y el adjetivo público con que se conocen los que figuran en el servicio del Estado, de su referencia a un organismo público y que cumple fines de esta naturaleza. Es pues funcionario público el que desempeña funciones públicas, esto es, funciones mediante las cuales realiza el Estado su destino"(8).

Como se puede observar, no es tan sencillo determinar que se entiende por un servidor público ya que, como anteriormente quedó manifestado, muchos de los doctrinarios no contemplan esta figura dentro de sus tratados de Derecho Administrativo.

Resumiendo, un servido público es aquel que sirve a otra persona, y esta persona es la colectividad, es decir, los administrados; resaltando que este servicio siempre será de interés general y nunca para satisfacer intereses particulares.

(8) García Oviedo, Carlos. Derecho Administrativo, Madrid, Ed. Librería General de Victoriano Suárez, 1943, p.275.

2.2 CLASES DE SERVIDORES PUBLICOS.

Una vez analizado el concepto que de servidor público puede formularse, a continuación serán estudiados las clases de servidores públicos.

Anteriormente existía la distinción entre funcionario público y empleado público, separación que se hacía para determinar las funciones, remuneraciones, deberes y obligaciones y, en general, la relación que existía entre éstos y el Estado.

A manera de antecedente de la distinción que se hacía de los servidores públicos, el Maestro Gabino Fraga expone una serie de criterios que servían para tal distinción. A continuación y en forma breve se expondrán los citados criterios:

1.- En primer lugar, el criterio que tomaba en consideración la duración del empleo que se desempeña, en relación a lo cual el Maestro Fraga dice: " que mientras los funcionarios públicos son designados por un tiempo determinado, los empleados tienen un carácter permanente" (9)

Este criterio, no fue considerado del todo correcto toda vez que no tomaba en consideración que un funcionario público pudiera durar en su cargo el mismo tiempo o aún más, que el tiempo que duraba un empleado de base o de confianza.

(9) Cfr. Gabino, Fraga. Derecho Administrativo. Op. Cit. supra nota (4) p. 129.

2.- En segundo lugar, existió el criterio que tomaba en consideración la retribución del trabajador. Este criterio establecía que los funcionarios percibían una retribución en forma honorífica a diferencia de los empleados quienes siempre contaban con una retribución remunerada.

De igual forma, este criterio tampoco fue del todo correcto ya que pasaba por alto el hecho de que en la práctica se pudieran presentar casos contrarios, es decir, podían existir funcionarios remunerados y empleados honoríficos, lo cual dependía de los intereses y necesidades de la propia Administración Pública.

3.- El tercer criterio de distinción hacía referencia a la naturaleza de la relación jurídica que vinculaba a los servidores públicos con el Estado, es decir, que si la relación era de Derecho Público se estaría hablando de un funcionario y, por el contrario, si se trataba de una relación de Derecho Privado, se estaría en presencia de un empleado.

Al igual que los criterios anteriores, este no era un criterio sólido de distinción en virtud de que la relación jurídica que existe entre los servidores y el Estado es indiscutiblemente una relación de Derecho Público.

4.- El cuarto criterio era aquel en el que la distinción se basaba en las facultades de decidir y ordenar de estos servidores. En efecto, éste señalaba que los funcionarios eran aquellos que tenían poder de decidir y ordenar, en tanto que los empleados eran meros ejecutores de las instrucciones.

Sin embargo, tal y como el Maestro Fraga lo señala, este criterio no podía ser aceptado como correcto porque podía ocasionar confusiones entre los funcionarios y los empleados con Autoridades y auxiliares; sin embargo, hay que aclarar que "mientras que todos los funcionarios son autoridades, no todas las autoridades son funcionarios" (10) estos es, que pueden existir empleados que son autoridades.

5.- Un quinto criterio de distinción usado era el referente a que el funcionario basaba sus facultades en la Constitución o en la Ley, no así el empleado el cual las tenía en los reglamentos.

Tal distinción, no era en toda forma adecuada ya que el principio de legalidad obliga a los órganos de la Administración a fundar sus atribuciones en una ley de carácter material y que, como bien señala el Maestro Fraga, la distinción que se haga desde un punto de vista formal no significa que dichas facultades eran diversas a las puramente materiales y, por tanto, no era motivo de distinción.

6.- El sexto y último criterio seguido, es aquel que basaba la distinción en la representatividad de los diferentes organismos administrativos. En efecto, este criterio establecía que el funcionario "supone un encargo especial transmitido en principio por la ley, que crea una relación externa que dá al titular un carácter representativo, mientras que el segundo sólo supone una vinculación interna que hace que su titular sólo concorra a la formación de la función pública".(11)

(10) Cfr. Gabino, Fraga. Derecho Administrativo. Op. Cit. supra nota (4) p.130.

(11) Cfr. Gabino, Fraga. Derecho Administrativo. Op. Cit. supra nota (4) p.130

En mi opinión, considero que éste era el mejor criterio para realizar la distinción entre funcionarios y empleados.

La distinción que, de servidores públicos se hacía, ya no se aplica, actualmente sólo se habla de servidores públicos lo cual tiene su fundamento en el artículo 108 Constitucional que señala:

Art 108. - "Para los efectos de las responsabilidades a que alude este título se reputarán como servidores públicos a los..."

El problema que existe en la actualidad es cuando el titular no es funcionario competente de derecho, sino que por el contrario, es funcionario competente de hecho.

Al respecto, el Maestro Fraga se expresa en los siguientes términos: "dichos funcionarios irregulares no pueden actuar válidamente en nombre del Poder Público ya que no se han llenado las condiciones para que adquieran la competencia inherente al cargo, se ha admitido, sin embargo, que tratándose de algunos de esos funcionarios irregulares hay que reconocer dentro de ciertas limitaciones la validez de sus actos, pues el interés público así lo exige para dar seguridad a las relaciones jurídicas". (12)

(12) Cfr. Gabino, Fraga. Derecho Administrativo. Op. Cit. supra nota (4) p.159.

De lo anterior, se puede comentar que la realidad pública obliga a que ciertos funcionarios públicos actúen como funcionarios y representantes de las diversas instituciones de la Administración Pública no habiendo llenado todos y cada uno de los requisitos que la ley señala para adquirir la competencia en el cargo que de hecho está desempeñando.

Sin embargo y para dar seguridad jurídica a los actos que estos funcionarios realizan, la práctica los reconoce y acepta la validez de las funciones que estos desempeñan, a fin de evitar en la medida de lo posible, los trastornos que en la Administración Pública estos servidores podrían llegar a ocasionar si, en su caso, no les fuera reconocida su representatividad.

Respecto de lo anterior, sería conveniente realizar algunos comentarios.

En primer lugar, podría parecer que los funcionarios de hecho fundan su competencia en contra de lo estipulado por el artículo 16 Constitucional que señala: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la Autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento".

Sin embargo, cabe hacer la aclaración de que este artículo únicamente hace referencia expresa a la competencia y no así a la legitimidad. Lo anterior se ve reforzado por la tesis sustentada por Ignacio Vallarta quien considera que el fondo del artículo 16 Constitucional que se analiza, se refiere únicamente a la competencia y no a la legitimidad; conceptos distintos, toda vez que una autoridad legítima puede ser incompetente o bien, una autoridad

competente puede ser ilegítima como es el caso de los servidores de hecho, tesis que comparto en su totalidad.

En lo que hace a la autoridad que debe de conocer de la legitimidad de los funcionarios de hecho y de derecho, Don Ignacio Vallarta comenta que no es competencia del Supremo Poder Judicial conocer de la existencia de los poderes, ya que se estaría atentando contra la división de poderes.

El Maestro Fraga trae a colación, en su libro intitulado "Derecho Administrativo", las ideas de Don Ignacio Vallarta en los siguientes términos: "aceptar y reconocer cuando menos como autoridades de hecho a las que cada Estado reconoce, para no lastimar la soberanía local". (13)

Estas ideas sostenidas y desarrolladas por Ignacio Vallarta, se refieren a la autonomía de los estados, sin embargo, hace pensar que el supremo Poder Jurisdiccional tampoco tiene la facultad de conocer de la legitimidad de los servidores públicos de los poderes Legislativo y Ejecutivo.

Si bien es cierto que la realidad en la práctica diaria acepta y reconoce a los funcionarios de hecho para ciertos actos, más cierto es que el verdadero problema se centra en que su nombramiento o designación popular no cumple con los requisitos establecidos por las leyes respectivas y, por tanto, los administrados pueden acudir ante una instancia superior para que conozca y resuelva a cerca de la legitimidad de la autoridad.

(13) Cfr. Gabino, Fraga. Derecho Administrativo. Op. Cit. supra nota (4) p.160.

Aquí sería bueno preguntarse que sucedería si en acuerdo a lo que sostiene Ignacio Vallarta, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no acepta conocer de la legitimidad de las autoridades, entonces ¿quién conocería de ésta?, ¿sería factible pensar que conocería la propia Autoridad que dictó el acto?. Si así fuera, esto iría en contra de los principios generales de Derecho, toda vez que según aquellos, ninguna autoridad puede ser Juez y parte al mismo tiempo.

De igual forma puede pensarse que en varias ocasiones sea el administrado el que esté de acuerdo en considerar ciertos actos de este tipo de funcionarios como válidos, lo cual se fundamenta en razones de equidad o de necesidad, y esto a cambio de la seguridad jurídica que exige el público que acude a cualquier oficina de la Administración Pública y, sobre todo, tratándose de actos que lo perjudican en sus bienes, persona, familia etc.

En resumen, se puede decir que existen una serie de servidores cuyo cargo es legítimo, pero que carecen de competencia para conocer de determinados actos y, a su vez, existen funcionarios que tiene competencia suficiente para conocer de determinados asuntos, pero que su cargo o función es ilegítima.

2.3. NATURALEZA JURIDICA DE LA RELACION ENTRE LOS SERVIDORES PUBLICOS Y EL ESTADO

Dentro de este tema de los servidores públicos, es necesario analizar las diversas doctrinas acerca de la naturaleza jurídica de la relación que se establece entre los servidores públicos por una parte y el Estado por la otra.

Las teorías que tratan esta relación jurídica basan su argumentación en las normas de Derecho Privado y de Derecho Público. Ahora, se iniciará el análisis de las teorías basadas en el Derecho Privado:

Teoría del Mandato.- Se estima que la realización de las funciones del Estado por los servidores públicos, mediante los cuales el Estado da cumplimiento a sus fines, se ejecuta derivado de un mandato donde el Estado, siendo una persona moral, no puede exteriorizar su voluntad por sí misma y, por tanto, lo hace a través de personas físicas; siendo así el Estado el mandante y el servidor público el mandatario.

Los efectos que por la naturaleza del mandato derivan en el derecho privado, no son aplicados a la relación que existe entre un servidor público y el Estado, tan es así que el mandato siempre es revocable, lo que no ocurre con todas las funciones públicas, como es el caso de los servicios públicos de las armas y los jurados, los cargos concejiles y los de elección popular, consignados en el artículo 5º Constitucional y que tienen un carácter obligatorio.

Asimismo, puede suceder que en el desenvolvimiento del mandato surjan una serie de responsabilidades pecuniarias, hecho que no puede ocurrir en el orden de las relaciones de los servidores públicos y el Estado, es decir, un funcionario no puede erogar los gastos de ejecución de un acto administrativo (como podría ser el avalúo que un perito especializado realice) y cobrarlos al Estado en su momento oportuno, ya que hay de por medio un ordenamiento jurídico expreso que es el Presupuesto de Egresos de la Federación, el cual describe anualmente los gastos que realizará el Estado como regulador de las finanzas públicas.

Teoría de un contrato de locación de obras.-Según el Código Civil, el Contrato de Obra existe cuando el empresario dirige la obra y pone los materiales, en tanto que el trabajador lleva a cabo la obra encargada (artículo 2616 y siguientes del Código Civil para el Distrito Federal).

Este tipo de contrato no puede aplicarse a la relación de los servidores públicos respecto del Estado, toda vez que los primeros no sólo realizan actos materiales, sino que también dan nacimiento a actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales, así entonces esta teoría no explica la naturaleza de la relación jurídica surgida entre los servidores públicos y el Estado.

Ahora bien y por otra parte, las tesis en que basa su exposición el Maestro Fraga para establecer que la relación entre servidores públicos y el Estado son normas de Derecho Público, son las que a continuación se analizarán en virtud de que, en mi opinión, son las que mejor se adecúan al caso.

En primer lugar está la tesis que sostiene que esta relación nace de un acto unilateral del Estado. Se ha afirmado que la naturaleza de las relaciones jurídicas entre el Estado y sus empleados nace por un acto imperativo, un acto de soberanía del primero y, evidentemente una sumisión de los segundos, donde la relación jurídica no nace por un acuerdo de voluntades, sino que por el contrario, sólo existe una voluntad, la del Estado.

Esta tesis, no es analizada a profundidad por el Maestro Fraga, por constituir ésta una violación a la Constitución, documento donde se consagran las garantías personales y la libertad que existe de dedicarse a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siempre y cuando sean lícitos.

En estos términos se refiere el artículo 5° de nuestra Carta Magna; sin embargo, hace algunas excepciones en cuanto a ciertos servicios públicos que tienen carácter de obligatorios, tales como el de las armas y los jurados, los cargos concejiles, los de elección popular, así como las funciones electorales y censales.

Es por esto que la tesis en que se argumenta la naturaleza de las relaciones entre el Estado y sus empleados que deriva de un acto unilateral del Estado carece de todo valor en nuestro sistema jurídico.

En segundo lugar, el Maestro Fraga establece que la relación deriva de un acto contractual.

El contenido de esta tesis afirma que la relación nace de un contrato administrativo, toda vez que existe un acuerdo de voluntades, la del Estado que nombra a sus empleados y la de los empleados que aceptan el cargo.

En los mismo términos, el Maestro García Oviedo afirma: "Hay objeto y causa: para el Estado, el interés Público y la prestación que se procura; para el particular, su propio interés, las ventajas -preferentemente económicas- que obtiene".(14)

Ambos autores coinciden en varios puntos. El primero de ellos es que ni el Estado ni los particulares tienen la intención de negociar las condiciones del contrato, sino que dichas condiciones están establecidas de antemano y en forma unilateral.

Segundo, que tanto las condiciones de trabajo como las remuneraciones del mismo están fijadas en la ley.

Y, en tercer lugar, que el Estado en cualquier momento puede modificar las condiciones de trabajo, no sólo en su beneficio, sino también aun en perjuicio del trabajador.

(14) Cfr. García Oviedo, Carlos. Derecho Administrativo. supra nota (8), p.264.

Siguiendo este orden de ideas, hay autores que asemejan la relación Estado-empleados a los contratos de adhesión regulados por el Derecho Civil, mediante los cuales una de las partes contratantes fija previamente las condiciones que obligarán a la otra parte. Este tipo de contratos, han sido objeto de muchas discusiones por parte de los tratadistas del Derecho Civil, toda vez que consideran que en ellos no existe un acuerdo de voluntades, por lo que resulta un acto unilateral y con ventajas excesivas para una de las partes, tema sin duda interesante pero que rebasa los objetivos de este trabajo.

Este tipo de contratos en los que una de las partes se adhiere a la voluntad de la otra, no se puede aplicar a la relación en cuestión, toda vez que en éstos una de las partes no puede modificar unilateralmente el contrato, en el entendido de que con antelación ha habido una aceptación de ambas y mucho menos en perjuicio de la otra parte, cosa que sí sucede al aplicar las normas de Derecho Público, las cuales se refieren a la relación del Estado con sus empleados.

Por último y como una tercera tesis, se analizará que la multitudinaria relación nace de un acto-uniión.

En efecto, como de todo lo anterior se desprende, la relación jurídico-laboral no puede ser encuadrada en un acto unilateral ni en el supuesto de un contrato, razón por la cual, siguiendo lo manifestado por Fraga se encuadra dentro del acto-uniión, al cual se refiere en los siguientes términos:

"Ese acto diverso que condiciona la aplicación del estado legal y que no puede crear ni variar la situación que establece dicho estatuto, y que además permite la modificación de éste en cualquier momento sin necesidad del consentimiento del empleado, es el acto que la doctrina denomina Acto-
unión".(15)

Ahora bien, el nombramiento que se haga del empleado puede tener dos variantes, es decir, puede ser nombrado por un acto de voluntad y en ejercicio del poder de nombramiento de los empleados públicos, o bien por un acuerdo de varias voluntades, caso en el cual se estará en presencia de una elección; sin embargo, ni una ni otra alteran el orden jurídico preestablecido y aplicable a la relación del Estado con sus empleados.

En resumen, el acto-unión se refiere a la aplicación de un caso individual (el empleado que presta sus servicios) de las disposiciones legales preexistentes y condicionantes que fijan, en forma abstracta e impersonal, los derechos y obligaciones de todos los empleados que forman parte de la Administración Pública y, en general, del Poder Público, derechos y obligaciones que pueden alterarse en forma unilateral.

(15) Cfr. Gabino, Fraga. Derecho Administrativo, Op. Cit. supra nota (4) p.p. 133 y 134.

2.4. OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS.

En el presente apartado, se realizará un análisis relativo a las obligaciones y, en su caso, las responsabilidades que los incumplimientos de éstos pudieran llegar a generar.

A.- OBLIGACIONES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS.

En primer lugar, se estudiarán las principales obligaciones que la ley impone a los servidores públicos desde el momento en que forman parte de la Administración Pública.

Tanto los deberes y las obligaciones, como las responsabilidades por el incumplimiento de éstos, así como sus derechos, emanan primeramente de la Constitución y de los diversos ordenamientos jurídicos de la Administración Pública Federal, entre los cuales están la ley, los reglamentos y circulares; aclarando que para este estudio sólo serán analizados los deberes y obligaciones que se desprenden del cuerpo de la ley, a fin de limitar, en la medida de lo posible, el vasto campo de la Administración Pública, ya que el presente trabajo no pretende englobar el total de la realidad administrativa.

Entre los principales deberes y obligaciones de los servidores públicos se pueden mencionar los siguientes:

Para el Maestro García Oviedo los deberes y obligaciones de los funcionarios se agrupan en dos clases, a saber:

1.- **GENERALES.**- Todos aquellos que afectan a todo servidor público por el hecho de serlo.

2.- **ESPECIALES.**- Estos hacen referencia única y exclusivamente a un área estratégica de la Administración Pública.

Ahora bien por su parte el Maestro Gabino Fraga hace referencia al primer deber de todo servidor público que es previo a la toma de posesión del cargo, la obligación de prestar la protesta, de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen.

Lo anterior, tiene su fundamento en lo dispuesto por el artículo 128 Constitucional el cual a la letra dice: "Todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión en su encargo, prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen".

Para García Oviedo los deberes y obligaciones de todo servidor público, incluidos aquí a los servidores de la Administración Pública son los siguientes:

I.- **Deber de obediencia**, es decir, el ejecutar las órdenes de sus superiores y sin el cual se quebranta el orden de jerarquía no pudiéndose cumplir en consecuencia las funciones del Estado.

II.- En segundo lugar, cita el **deber de realizar las prestaciones propias del cargo**, las cuales deben prestarse en forma personal con lo que se presume la competencia del funcionario obligado.

Sin embargo, dicho autor contempla la excepción de delegar las funciones a otro servidor o empleado siempre y cuando esté permitido en los casos y con los límites señalados en la propia ley.

En el cumplimiento de este deber, el cargo se debe desempeñar en forma personal. Ahora bien y aunque la ley nada señale acerca de la delegación de funciones, no se pueden pasar por alto las limitaciones humanas de los empleados como sería por ejemplo la presencia de enfermedades, los quehaceres personales, sanciones disciplinarias etc. que pueden poner al trabajador en situación de no poder desempeñar el cargo en forma personal.

Dadas este tipo de contingencias y toda vez que el servicio prestado no puede ser interrumpido por su carácter de interés general, la ley deberá organizar un régimen de supletoriedad de funciones, mismo que no quedará a la discrecionalidad de ningún funcionario ya sea de jerarquía superior o inferior.

III.- Otro de los deberes que señala, es el de que todo funcionario debe de consagrar al cargo que desempeña toda la atención que este reclama, es decir, que debe dedicar todo su esfuerzo y conocimientos a las exigencias del mismo.

Por tal motivo, queda excluido que el funcionario pueda ejercer otras funciones ya sean de carácter privado o el desempeñar otro cargo público.

IV.- Deber de reserva, éste deber significa el guardar el debido silencio en los casos en que el cargo y la función lo exijan.

Dentro de la Administración Pública existen sectores en los que, por su importancia, el deber de guardar silencio acerca de la información que se tenga es esencial para que el Estado cumpla eficazmente sus funciones y su quebrantamiento puede dar origen a sanciones de carácter administrativo e incluso penales.

V.- Por último, el Maestro García Oviedo hace referencia al **deber de observar una conducta digna**. Dicho deber contempla tres ámbitos que deben ser cuidados con esmero por los servidores, toda vez que son el reflejo de la Administración Pública de la cual forman parte, y a la cual acuden todos los administrados. Dichos ámbitos son el profesional, el social y el personal.

Desde un punto de vista legal, se hará referencia a la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos que en su artículo 47 establece las obligaciones de los trabajadores al servicio del Estado, entre las cuales están, entre otras las siguientes:

Art 47.- Todo servidor público tendrá las siguientes obligaciones, para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben ser observadas en el desempeño de su empleo, cargo o comisión y cuyo incumplimiento dará lugar al procedimiento y a las sanciones que correspondan, sin perjuicio de sus derechos laborales, así como de las normas específicas que al respecto rigen en el servicio de las fuerzas armadas:

1.- Cumplir con la máxima diligencia el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio o implique abusi o ejercicio indebido de un empleo, cargo o comisión;

II.- Formular y ejecutar legalmente, en su caso, los planes, programas y presupuesto correspondientes a su competencia, y cumplir las leyes y otras normas que determine el manejo de recursos económicos públicos;

III.- Utilizar los recursos que tengan asignados para el desempeño de su empleo, cargo o comisión, las facultades que le sean atribuidas o la información reservada a que tenga acceso por sus función exclusivamente para los fines a que están afectos;

IV.- Custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o comisión conserve bajo su cuidado o a la cual tenga acceso, impidiendo o evitando el uso, la sustracción, destrucción, ocultamiento o inutilización indebidas de aquéllas;

V.- Observar buena conducta en su empleo, cargo o comisión, tratándo con respeto, diligencia, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación con motivo de éste;

...

B.-RESPONSABILIDADES

La teoría de los deberes y obligaciones de los funcionarios públicos es consecuente de la teoría de las responsabilidades de los mismos en caso de que exista incumplimiento.

García Oviedo en su libro de Derecho Administrativo hace referencia a distintos tipos de responsabilidades de los servidores públicos y dice: "La responsabilidad puede ser cerca de terceros-externa- o cerca del Estado - interna -. Puede ser política o jurídica y ésta civil, penal o disciplinaria"(16).

Es decir, existe responsabilidad respecto de terceros y no puede ser sino de naturaleza civil. De igual forma, existe responsabilidad respecto del Estado, la cual es contraria a la Administración Pública, y ésta puede ser de naturaleza política o bien de naturaleza jurídica, y a su vez ésta última puede ser de naturaleza civil, penal o administrativa, misma a la que el Maestro García Oviedo hace referencia como disciplinaria.

A continuación, se hará un breve estudio de cada una de las responsabilidades.

1.- En primer lugar se analizará la responsabilidad respecto de terceros. Esta responsabilidad tiene su naturaleza jurídica en el orden civil, es decir, el administrado afectado en sus bienes y/o en su persona, será indemnizado mediante la reparación del daño que se le causó.

(16) Cfr. García Oviedo, Carlos. Derecho Administrativo. Op. Cit. supra nota (8) p.319

Lo anterior tiene su fundamento en lo dispuesto por el Código Civil, en el capítulo V titulado "De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, en su artículo 1927 que a la letra dice:

Artículo 1927:

"El Estado tiene obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el Servidor Público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos."

II.- Ahora, se estudiarán las responsabilidades de los servidores respecto de la administración de la cual forman parte.

A) Desde el punto de vista de la responsabilidad por actos de carácter político, deriva ésta de una actuación en el cargo disconforme con la dirección o decisión que determinan las autoridades superiores.

Para el buen funcionamiento de la Administración, es necesario que exista coordinación entre los funcionarios, para lo cual debe de haber una serie de políticas contempladas en leyes orgánicas, circulares o bien actitudes de mandamientos de quienes están constituidos en autoridad. Todo lo anterior, con el propósito de que el Estado cumpla con su fin que se materializa en la función administrativa.

B) Ahora bien, la responsabilidad por actos de carácter jurídico puede ser:

1.- **Civil.**- Desde este punto de vista el servidor público tendrá responsabilidad frente al Estado por todos aquellos actos en los que sólo deriven faltas de carácter pecuniario, tal y como lo establece el artículo 17 Constitucional, en su último párrafo que a la letra dice: "Nadie puede ser apisionado por deudas de carácter puramente civil".

Dichos actos en contra de la Administración Pública pueden surgir entre otros por el enriquecimiento ilegítimo o bien, de las obligaciones que nacen de los actos ilícitos.

2.- **Administrativa.**- Desde este punto de vista y con fundamento en lo dispuesto por el artículo 46 de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, incurren en responsabilidad administrativa los servidores públicos mencionados en el artículo 108 de la Constitución.

Al respecto, este tema tiene un apartado especial en el capítulo IV del presente trabajo, el cual será detallado con posterioridad a fin de evitar repeticiones innecesarias.

3.- **Penal.**- Desde este punto de vista, el servidor público se hará acreedor a las sanciones que establece el Título Décimo del Código Penal en materia del Fuero Federal para toda la República y Local para el Distrito Federal.

Entre los tipos penales en los que puede llegar a incurrir un servidor público se encuentran, el ejercicio indebido de un servicio público (art. 214), abuso de autoridad (art. 215), coalición de servidores públicos (art. 216), uso indebido de atribuciones y facultades (art.217), concusión (art.218), intimidación (art. 219), ejercicio abusivo de funciones (art. 220), tráfico de influencias (art. 221), cohecho (art. 222), peculado (art.223) y enriquecimiento ilícito (art. 224).

2.5. DERECHOS DE LOS SERVIDORES PUBLICOS.

En el presente apartado se estudiará lo relativo a los derechos de los servidores públicos, tomando como punto de referencia al Maestro Gabino Fraga y al maestro Carlos García Oviedo por ser los que mejor desarrollan este tema de tanta importancia.

Los dos autores mencionados con anterioridad establecen que siendo la relación del servidor público respecto del Estado una relación jurídica, ella implica no sólo obligaciones, sino también derechos a favor de los primeros.

Estos derechos descansan en la consideración de que la ley es fuente de derechos y obligaciones. Estos derechos no se refieren en cuanto al órgano administrativo, sino en cuanto a los titulares que forman parte de la Administración, es decir, como personas independientes.

Ahora bien, las obligaciones y derechos de los funcionarios y empleados constituyen una situación jurídica general, es decir, que no se establecen para individuos en particular.

Todo servidor público tiene derecho a que no se le modifiquen las prerrogativas que tuvo en el momento de formar parte de la Administración, a lo que no puede tener derecho es a que la ley no se modifique en ningún tiempo.

En estos mismo términos el Maestro Fraga señala: "El funcionario y el empleado no pueden tener derecho a que la ley que rige en el momento de su ingreso a la función, permanezca inalterable hasta que salgan de ésta; pero si pueden tenerlo a que mientras rija una ley que les otorgue prerrogativas frente al Poder Público, éste respete las prerrogativas". (17)

Por la importancia y trascendencia que deriva de la administración, y por ende, de la función Administrativa, el Estado puede modificar los estatutos del empleado para hacer más eficaz el servicio. Con ésto, no tienen por que desvirtuarse las prerrogativas del servidor público establecidas en la ley y que rigen en ese momento, salvo que las modificaciones a la ley causen un perjuicio al servidor, caso en el cual si se estarán violando sus derechos y garantías fundadas en el principio de la no aplicación de una norma en forma retroactiva en perjuicio de persona alguna .

A continuación se mencionan, en términos generales, las prerrogativas que pueden otorgarse a los servidores públicos.

1.- En primer lugar, hay que hacer referencia al ***Derecho del cargo o del empleo.***

A este derecho se le denomina también derecho a la inamovilidad. Esta prerrogativa tiene un cuestionamiento que consiste en determinar si el funcionario o empleado tiene derecho a la inamovilidad mientras no ocurra alguna circunstancia especial que esté prevista en una ley.

(17) Cfr. Gabino, Fraga. Derecho Administrativo. Op. Cit. supra nota (4) p. 142.

En realidad, el servidor público no puede tener derecho a permanecer indefinidamente en su cargo, esto es, que el Estado puede modificar su situación actual o bien puede terminar en cualquier tiempo dicha relación.

En el mismo sentido, el Maestro García Oviedo afirma lo siguiente: "En realidad, la discusión no versa sobre la posesión del empleo, sino sobre la relación de servicio, distinción tan grata a la Doctrina Alemana. El derecho del empleado a su cargo no existe, ni nadie con buen juicio puede defenderlo. La organización de los oficios públicos es parte de la organización administrativa, y en esta materia no hay otro juez ni legislador que el Estado, único intérprete oficial de las necesidades públicas. No puede discutirse al Estado la facultad de modificar su estructura, creando o suprimiendo oficios a la medida de las conveniencias sociales". (18)

Asimismo, tanto las tesis contractuales como las que sostienen que el origen de las relaciones jurídicas de los servidores públicos con el Estado nacen por un acto unilateral, niegan la existencia de todo derecho que pueda tener el empleado a la inamovilidad.

Los que sostienen la tesis contractual, afirman que como en el empleo hay un contrato por tiempo indefinido, el Estado puede terminarlo en cualquier momento.

(18)Cfr. García Oviedo, Carlos. Derecho Administrativo. Op. Cit. supra nota (8) p.325

El argumento que utilizan los que apoyan la tesis unilateral, es aquel que expone que, al ser ésta una relación unilateral, el Estado puede concluiría también en forma unilateral.

Sin embargo, no debe de olvidarse que existe un interés jurídico que la misma normatividad protege y por tanto no se debe de pensar que por el simple hecho de que exista una necesidad administrativa, ésta actúa en forma arbitraria, pues violarían garantías que establece nuestra Constitución.

Asimismo, el Maestro Fraga hace referencia a tres categorías que contempla nuestro sistema legal, a saber:

a) Las relaciones jurídicas a las que el poder público puede hacer libremente remociones. Dentro de esta categoría, se ve que el Presidente de la República tiene la facultad de remover, con aprobación del Senado, a los Secretarios de Despacho, al Procurador General de la República, al titular del órgano u órganos por el que se ejerce el Gobierno del Distrito Federal, agentes diplomáticos y, en general, a todos los servidores de la Federación, cuya remoción no este determinada de otro modo en la Constitución o en las leyes (artículo 89 fracción II de la Constitución Política).

En el mismo caso se encuentran los servidores públicos con cargos de confianza, y cuyo fundamento, a contrario sensu, se encuentra en el artículo 6º de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del artículo 123 Constitucional y que en su parte respectiva señala:

"Son trabajadores de base:

Los no incluidos en la enumeración anterior y que, por ello, serán inamovibles."

b) La segunda categoría establecida por el Maestro Fraga, es la que se dá cuando existe un término en la duración del cargo.

La Constitución o las leyes secundarias establecen el término que ha de durar el empleado en su caso.

Como bien dice el Maestro Fraga, los servidores duran en su cargo el tiempo establecido por la propia norma, sin embargo, ésta puede modificarse por causas de interés público y, como es bien sabido, importa más al orden jurídico y el bien general que los intereses del particular que no se verían afectados. Sin embargo, si durante la vigencia de la ley un funcionario es separado de su empleo, ésto daría lugar a la violación de la norma y el empleado afectado puede hacer valer tal situación, lo que se traduce en una garantía para su estabilidad, es decir, un derecho a la inamovilidad de su cargo.

c) Por último, el Maestro Fraga se refiere a las facultades de remoción por causas especiales y de acuerdo con un procedimiento también especial.

Dichas circunstancias especiales por las que un trabajador de base podrá ser removido de su empleo, están contempladas en la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del apartado B) del artículo 123 Constitucional, la cual en su artículo 6º contiene el fundamento de los trabajadores que tienen el carácter de inamovibles y que a la letra dice:

" Son trabajadores de base:

- Los no incluidos en la enumeración anterior y que, por ello, serán inamovibles. Los de nuevo ingreso no serán inamovibles sino después de seis meses de servicio sin nota desfavorable en su expediente".

El artículo a que hace mención el precepto anteriormente transcrito, trata de los trabajadores de confianza, por lo que, y a contrario sensu debe entenderse que dichos trabajadores son removibles de su cargo, tal y como quedó establecido en el inciso a) próximo anterior; asimismo, el artículo 46, del mismo ordenamiento, establece las circunstancias especiales por las que un trabajador podrá ser cesado.

Artículo 46: "Ningún trabajador podrá ser cesado sino por justa causa. En consecuencia, el nombramiento y designación de los trabajadores sólo dejará de producir efectos sin responsabilidad para los titulares de las dependencias por las siguientes causas:

I.- Por renuncia, por abandono de empleo o por el abandono repetido o por abandono o por repetida falta injustificada a las labores técnicas o relativas al funcionamiento de maquinaria o equipo, o a la atención de personas que ponga en peligro esos bienes o que cause la suspensión o la deficiencia de un servicio o que ponga en peligro la salud o vida de las personas en los términos que señalen los reglamentos de trabajo aplicables a la dependencia respectiva;

II.- Por conclusión del término o de la obra determinantes de la designación;

III.- Por muerte del trabajador;

IV.- Por incapacidad permanente del trabajador, física o mental, que le impida el desempeño de sus labores;

V.- Por resolución del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje en los casos siguientes:

a) Cuando el trabajador incurriere en faltas de providad u honradez o en actos de violencia, amagos, injurias, o malos trataminetos contra sus jefes o compañeros o contra los familiares de unos o de otros, ya sea dentro o fuera de las horas de servicio.

b) Cuando faltare por más de tres días consecutivos a sus labores sin causa justificada.

c) Por destruir intencionalmente edificios, obras, maquinaria, instrumentos, materias primas y demás objetos relacionados con su trabajo.

d) Por cometer actos inmorales durante el trabajo.

e) Por revelar los asuntos secretos o reservados de que tuvieren conocimiento por motivo del trabajo.

f) Por comprometer por su imprudencia, descuido o negligencia la seguridad del taller, oficina o dependencia donde preste sus servicios o de las personas que allí se encuentren, etc.

Como se aprecia, estas son las causas especiales por las que un trabajador puede ser cesado de su empleo por causa justificada.

Referente al procedimiento especial, éste es el que se somete a la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje y que se encuentra establecido en el artículo 123, apartado B), fracción XII Constitucional, el cual señala: "Los conflictos individuales, colectivos o intersindicales serán sometidos a un Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje...". En dicho procedimiento se resolverán los casos que establece el artículo 46 fracción V de la Ley en mención.

II.- Otro de los derechos de que es titular el empleado público, es el referente a los derechos económicos.

Estos derechos constituyen las ventajas económicas que la ley reconoce a los titulares de la Administración Pública en general.

El sueldo que percibe todo funcionario público, es una compensación de los servicios que éste presta a la Administración. En nuestra legislación, tales emolumentos constituyen verdaderos derechos de los que gozan los empleados, los cuales se encuentran consagrados en los artículos 5º y 13º Constitucionales.

El primero de los artículos anteriormente señalados, establece: "Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento,..."

De igual forma, el artículo 13 de nuestra Carta Magna señala: "Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de los servicios públicos y estén fijados por ley".

Del artículo 6° de la multicitada Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, se desprende que los salarios son una forma de compensar los servicios que prestan los empleados, y que ninguna diferencia existe entre los salarios percibidos por empleados gubernamentales de los que no lo son, pues tanto unos como otros desempeñan sus funciones con esmero y tienen las mismas necesidades de subsistencia que debe de ser satisfecha con la retribución justa de su salario.

Sin embargo, en cuanto al salario percibido por trabajadores del Estado y los que no lo son, existe una diferencia no en cuanto al salario en sí, sino en cuanto a la forma de establecerlos.

En efecto, mientras que en una relación laboral empresarial privada existe un contrato donde se negocia la retribución económica por ambas partes, en la relación estatal, al ser ésta una relación emanada de un acto-únión, tal y como quedó establecido en páginas anteriores, el salario de cada trabajador es determinado por la Ley secundaria. En este tipo de actos, el empleado no tiene capacidad para negociar su salario, sin embargo, dichos emolumentos varían de acuerdo al cargo, aunque siempre serán determinados en forma preestablecida por la ley.

Por su parte, la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado en comento, en su artículo 32 establece lo siguiente:

"El sueldo o salario que se asigna en los tabuladores regionales para cada puesto, constituye el sueldo total que debe pagarse al trabajador a cambio de los servicios prestados, sin perjuicio de otras prestaciones ya establecidas".

Asimismo, la misma ley en su artículo 33 establece que el Presupuesto de Egresos la Federación será el que determinará los tabuladores regionales.

Artículo 33: "El sueldo o salario será uniforme para cada uno de los puestos consignados en el catálogo general de puestos del Gobierno Federal y se fijará en los tabuladores regionales, quedando comprendidos en los presupuestos de Egresos respectivos".

Lo anterior, tiene su fundamento en lo dispuesto por el artículo 74, fracción IV de la Constitución Política, el cual señala:

"Son facultades exclusivas de la Cámara de Diputados:

IV.- Examinar, discutir y aprobar anualmente el presupuesto de egresos de la Federación."

Por último es necesario precisar que estando vigente el presupuesto del Gobierno Federal, no se podrá disminuir la cuantía de los salarios a que tienen derecho los servidores públicos.

Lo anterior tiene su fundamento en lo dispuesto por la fracción IV, apartado B) del artículo 123 Constitucional, la cual establece: "Los salarios serán fijados en los presupuestos respectivos, sin que su cuantía pueda ser disminuida durante la vigencia de éstos".

III.- Otro de los derechos que interesan, dentro de la situación de los servidores públicos, es el **ASCENSO**.

El ascenso comprende dos aspectos, por un lado el derecho que se tiene a un puesto superior y, en consecuencia, el derecho a un mejor salario.

En el Derecho Administrativo actual, se ha creado la carrera administrativa a favor del empleado, todo esto para que éste vaya mejorando a través del ascenso.

La finalidad del ascenso, es que el personal más capaz ocupe los cargos públicos de mayor importancia lo cual se llevará a cabo mediante las bases enumeradas por la ley para la carrera administrativa, atendiendo al interés del servicio.

En el mismo orden de ideas y respecto al interés del servicio, el Maestro Fraga hace referencia a las ideas de Julián Ruiz Gómez en los siguientes términos: "Más al lado de éste es preciso tener en cuenta el interés del funcionario o empleado, pues de otro modo no puede conseguirse la idoneidad buscada.

Debe, pues, compaginarse el interés del funcionario con el interés del servicio para obtener servidores capaces y dignos, regulando el ascenso como un derecho del funcionario y dando a los cargos representativos la remuneración, consideración y dignidad debidas". (19)

En nuestro sistema legal, las bases que se siguen para determinar el ascenso escalafonario son las que a continuación, en forma general, se mencionan: "Los trabajadores gozarán de derechos de escalafón a fin de que los ascensos se otorguen en función de los conocimientos, aptitudes y antigüedad..." Lo anterior, encuentra su fundamento en el artículo 123, apartado B), fracción VIII de nuestra Carta Suprema.

Por su parte, la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamentaria del artículo anteriormente citado, en su título tercero, intitulado "Del escalafón" y a su vez en su capítulo I establece las normas del procedimiento escalafonario, así como también define lo que debe entenderse por escalafón en su artículo 47 que a la letra dice:

"Se entiende por escalafón el sistema organizado en cada dependencia conforme a las bases establecidas en este título, para efectuar las promociones de ascenso de los trabajadores y autorizar las permutas".

(19)Cfr. Fraga, Gabino;Derecho Administrativo. Op. Cit. supra nota (4) p. 146.

El artículo 48 establece quienes participan en el derecho escalafonario:

"Tienen derecho a participar en los concursos para ser ascendidos, todos los trabajadores de base con un mínimo de seis meses en la plaza del grado inmediato inferior".

Las condiciones que se toman en cuenta para que los concursantes ejerzan este derecho, se establecen en el artículo 50 del ordenamiento estudiado el cual señala:

Son factores escalafonarios:

- I.- Los conocimientos;**
- II.- La aptitud;**
- III.- La antigüedad, y;**
- IV.- La disciplina y puntualidad.**

Como una excepción al orden anteriormente transcrito y siempre que haya de por medio igualdad de condiciones, se elegirá al candidato que acredite ser la única fuente de ingresos de su familia; de igual forma si se encuentran varios candidatos en la situación anterior, se dará preferencia al de mayor antigüedad siempre que se trate de la misma unidad burocrática (Artículo 51 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado).

Por último, es importante señalar que el órgano calificador del concurso escalafonario estará integrado como una Comisión Mixta de Escalafón que funcionará en cada dependencia con igual número de representantes del titular y del Sindicato, quienes a su vez nombrarán un árbitro que decida los casos en que exista empate; lo anterior está fundamentado en el artículo 54 de la Ley materia del presente estudio.

IV.- Otro tipo de prerrogativas a las cuales los servidores públicos tiene derecho son las prestaciones de la Seguridad Social.

Tales prerrogativas están contempladas en la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. Desde el punto de vista Constitucional, el artículo 123, apartado B) establece en la Fracción XI el derecho a la Seguridad Social de los Trabajadores.

La Ley de referencia establece en su artículo 1º los servidores públicos a los que se aplica, que como se recordará, se hace referencia únicamente a los servidores públicos de la Administración Pública Federal Centralizada:

"Art. 1º.- La presente Ley es de orden público, de interés social y de observancia en toda la República; y se aplicará:

II.- A las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal de los Poderes de la Unión a que se refiere esta Ley;

En términos muy generales, el artículo 3º de la Ley que se comenta, establece las prestaciones que con carácter obligatorio otorga a los servidores públicos y que, entre otras son:

Art. 3º.- Se establecen con carácter obligatorio los siguientes seguros, prestaciones y servicios:

- I.- Medicina preventiva;**
- II.- Seguro de enfermedades y maternidad;**
- III.- Servicios de rehabilitación física y mental;**
- IV.- Seguro de riesgos del trabajo;**
- V.- Seguro de jubilación;...**

Esta son pues, algunas de las prerrogativas que en materia de seguridad social tiene derecho los servidores públicos.

Con esto termina el presente análisis que, de manera general, se realizó respecto de los deberes, obligaciones, responsabilidades y derechos de los servidores públicos, tema que merece toda la atención y profundidad en su estudio por la importancia que representa para la funcionalidad de la Administración Pública Federal.

Sin embargo, es preocupante observar como la gran mayoría de los servidores no cuentan con la capacidad, el criterio y la experiencia para desempeñar los cargos que ocupan, cometiendo una serie de arbitrariedades que entorpecen y retrasan la labor que han protestado ejercer con atención, reserva, esmero, decoro y tantos otros deberes que la sociedad reclama.

De lo anteriormente mencionado, se desprende que los administrados no solamente tienen que cumplir con todos y cada uno de los requisitos que establecen las leyes, los reglamentos, las circulares, las contribuciones, etc., sino que además estas situaciones se ven agravadas por las deficiencias que presenta la Administración Pública, así como sus funcionarios.

Sin embargo, en algún momento puede llegar a ser alentador que tanto el administrado como las autoridades esten conscientes de la problemática y se acojan a los medios que las leyes proveen para el caso de abusos, faltas, ignorancia del cargo y de las leyes, así como arbitrariedades de estos servidores públicos.

Este tema resulta ser muy interesante, pero para los fines de este trabajo su estudio rebasaría el tema central del presente, es decir, la Facultad Discrecional. Sin embargo, cabe hacer la aclaración que el tema que se estudia no se entendería si de antemano no fueran estudiados, aunque en forma muy general, los servidores públicos como titulares de la Administración, toda vez que son ellos los medios por los que el Estado cumple sus fines.

A continuación, se iniciará el análisis del Principio de Legalidad como otro elemento trascendental de la Facultad Discrecional.

2.6. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

A) ANTECEDENTES .

El principio de legalidad tiene su fundamento en las tesis de Montesquieu y Rosseau, el primero con la ideología de la división de poderes y el segundo argumentando los soportes del Estado Moderno en el siglo XIX bajo el principio de la legalidad en reacción al Absolutismo Ilustrado de los siglos XVII y XVIII de la Monarquía francesa.

Al proponerse limitar el poder del monarca, dividen el poder para su ejercicio, al mismo tiempo que tratan de crear un mecanismo para equilibrarlo, con lo que se resume en una división del poder en forma equilibrada.

El Maestro García Oviedo, trae a colación en palabras del propio Rousseau lo que para éste es el principio de legalidad y dice: " La soberanía reside en el pueblo y se manifiesta por las leyes, emanación de la voluntad general. La voluntad para ser general debe partir de todos para aplicarse a todos, y pierde su rectitud natural cuando tiende hacia algún objeto individual o determinado, porque entonces, juzgando de lo que no es extraño, no tenemos ningún verdadero principio de equidad que nos guie" (20).

La voluntad general se traduce en las leyes y ésta debe de ser superior a cualquier manifestación de otra voluntad.

(20) Cfr. García Oviedo, Carlos. Derecho Administrativo. Op. Cit. supra nota (8) p.149

La ley es un acto de soberanía y se distingue de las otras manifestaciones del poder público, en que éstos nacen de un poder que la ley creó, y cuyo ejercicio se condiciona al respeto de los mandamientos y prohibiciones contenidos en las propias leyes.

Es por tanto, que el Poder Legislativo se encuentra en un plano superior, siempre y cuando no exista inconstitucionalidad de la Ley, que el Ejecutivo y el Jurisdiccional los cuales actúan dentro del marco jurídico, con lo que el equilibrio de los poderes se ve obstaculizado por la superioridad jerárquica del Poder Legislativo y de las leyes que emanan de éste con respecto a los demás poderes y actos jurídicos que se expresan bajo el principio de legalidad.

El principio de legalidad se puede definir en los siguientes términos: "Todo acto de autoridad debe estar fundado y motivado en una ley desde el punto de vista formal y material".

Es pertinente la aclaración de que el Principio en comento se aplica a todos los actos jurídicos que emanan de una autoridad, sin embargo y para los fines del presente estudio, se analizará únicamente los actos jurídicos producto de la Administración Pública Centralizada.

Así entonces, la definición que antecede contiene un conjunto de elementos los cuales se estudian a continuación:

I.- El primero de ellos, es el referente al ACTO DE AUTORIDAD.

En líneas anteriores se dijo, que la actividad del Estado se realiza en forma de función administrativa y ésta se concreta en actos jurídicos consistentes en una declaración de voluntad en ejercicio de una potestad administrativa, o bien en hechos, actos u operaciones materiales.

El Maestro Serra Rojas en su libro titulado "Derecho Administrativo", dá una definición de lo que para él es el acto administrativo en los siguientes términos: "el acto administrativo es un acto jurídico, una declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento y de juicio, unilateral, externa, concreta y ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria, que emana de un sujeto: la Administración Pública, en el ejercicio de una potestad administrativa, que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva y su finalidad es la satisfacción del interés general"(21).

A continuación se analizarán los elementos de la definición anterior, a efecto de hacer que la misma sea de más fácil comprensión:

1.- **El acto administrativo es un acto jurídico.**- El acto jurídico en la teoría civilista, es aquel donde interviene la voluntad de un sujeto para crear derechos y obligaciones, la misma teoría se trae a colación en lo que se refiere al acto administrativo donde existe una declaración de voluntad que se exterioriza para crear derechos y obligaciones a los administrados y a la propia administración que por la naturaleza de uno de los sujetos tales derechos son Derechos Públicos que emanan de la Administración Pública y sometidos al Derecho Administrativo.

(21) Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo, Ed. Porrúa, México, 1989, p.230.

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

2.- **UNILATERAL.**- Toda vez que el acto jurídico emana de una autoridad con facultades expresas fundamentadas en una ley, no pueden los administrados crear actos administrativos que produzcan efectos jurídicos conforme al Derecho Administrativo.

Puede suceder que la declaración unilateral emane de una autoridad unitaria o colegiada, como más adelante se explicará en lo referente a los distintos actos administrativos.

3.- La naturaleza del acto administrativo no es **NORMATIVA**, es decir, se debe distinguir el acto administrativo de la norma administrativa, esta última es previa y no pierde su vigencia sino hasta que se deroga, en tanto el acto administrativo se agota cuando se cumple su fin por el que fué creado.

Es importante destacar que el acto administrativo nace de la norma y guarda una estrecha relación con la misma.

4.- El acto administrativo es **CONCRETO**. El Maestro Serra Rojas no define el concepto "concreto"; sin embargo, ha de entenderse que dicho término hace referencia a situaciones jurídicas individuales, es decir, los actos administrativos no crean situaciones jurídicas generales que se confundirían con la facultad legislativa, sin embargo, hay excepciones a este principio como podría ser el ejemplo de una "veda" donde el acto administrativo tiene efectos generales y que por tanto no van determinados a un sujeto o individuo en los particular.

5.- Respecto de que un acto administrativo constituye una decisión **EJECUTORIA**, el Maestro Serra Rojas dice: "Se trata de una declaración intelectual lo que excluye las actividades puramente materiales. Una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria". (22)

Es decir, es una actividad que tiende a la aplicación o ejecución de las normas legales, lo cual la diferencia de la facultad legislativa.

6.- Es una declaración que emana de una autoridad administrativa en el ejercicio de una potestad que regula a la función administrativa en que se hace presente el Poder Ejecutivo.

7.- La Administración crea, reconoce, modifica, transmite o extingue derechos y obligaciones de los administrados, es decir, situaciones jurídicas concretas y subjetivas.

8.- Por último, su finalidad será siempre la satisfacción de un interés general y nunca con un fin particular.

Esta definición del acto administrativo, quizá no sea la mejor, lo que sí es la que mejor contempla los elementos que son parte esencial del acto administrativo, como son el sujeto, la potestad y la norma de donde emanan, el objeto, el fin, etc.

(22)Cfr. Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. Op. Cit. supra nota (21) p. 231

A manera de ejemplo, el Maestro Serra Rojas cita en su libro otra definición de un autor de nombre Zanobini (Corso dir. am. pag.245) que dice: "Acto administrativo es cualquier declaración de voluntad, de deseo de conocimiento, de juicio realizado por un sujeto de la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa".(23)

Esta definición omite algunos elementos esenciales como son el objeto, si crea, modifica, extingue etc, derechos y obligaciones, de igual forma omite mencionar el fin de cualquier acto administrativo que, como se dijo en líneas anteriores, es la satisfacción del interés general.

Una vez que fué analizada la definición de lo que por acto administrativo se entiende, aunque dicho análisis haya sido en forma muy somera, se estudiará a continuación los diferentes actos que emanan de la Administración Pública.

Para tal propósito me apoyare en los estudios del Maestro Gabino Fraga contenidos en su libro "Derecho Administrativo".

A) El primer criterio de clasificación de los actos administrativos es el que los clasifica conforme a su naturaleza.

Estos se clasifican en actos puramente materiales y actos jurídicos.

(23)Cfr. Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. Op. Cit. supra nota (21) p. 231

LOS ACTOS MATERIALES implican las técnicas de que se sirve la Administración para su desarrollo o bien para dar satisfacción al interés general por medio de los servicios públicos que otorguen prestaciones para cubrir las necesidades colectivas.

Sin embargo, tales actos materiales no producen efectos jurídicos y, por tanto, no interesan al Derecho, por lo que se clasifican como hechos en los que puede intervenir el hombre o bien como simples hechos de la naturaleza.

Ahora bien, el Maestro Serra Rojas al particular señala: " estos actos no conciernen al Derecho, pero pueden ser hechos jurídicos y dar lugar a una responsabilidad. Sólo de una manera indirecta puede el acto material engendrar un acto jurídico, característica esencial del acto administrativo"(24).

Asimismo, el Maestro Fraga señala que solamente se referirá a ellos, cuando impliquen una condición de validez de un acto jurídico, o bien que sea un elemento que integre, de forma previa, el procedimiento de formación de un acto administrativo, y por último señala como un medio para ejecutar los actos administrativos.

Lo anterior, reafirma la idea del Maestro Serra Rojas en el sentido de que los actos materiales importan al Derecho en tanto, de forma indirecta a un acto jurídico, produzcan efectos de Derecho.

(24)Cfr. Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. Op. Cit. supra nota (21) p. 235

B) En segundo lugar, se hará referencia a las voluntades que intervienen en la formación del acto.

a.- Así, tenemos en primer lugar el acto simple. Este acto se forma por una sola voluntad, aún y cuando para su preparación intervengan otros actos previos como pueden ser opiniones, consultas, aspectos técnicos, etc.; el acto emana de una voluntad única de la Administración.

b.- Cuando existen varias voluntades que intervienen en la formación del acto, estaremos en presencia de un acto colegial, es decir, en el acto simple existen una serie de procedimientos previos al acto pero éste existe cuando finalmente emana de una sola autoridad. En cambio en el acto colegial existen varias voluntades que intervienen en forma directa al acto, pero es producto de un órgano de la Administración constituido por varios miembros, en tal caso habrá diversas voluntades físicas en la formación del acto pero la voluntad administrativa es sólo una, como bien afirma el Maestro Fraga.

c.- En tercer lugar, se clasifica el acto complejo o colectivo. En éste también existen varias voluntades físicas que intervienen en la formación del acto y que, a diferencia del acto descrito en el inciso b.- que antecede, se integra por el concurso de voluntades de diversos órganos de la Administración.

El Maestro Fraga hace referencia al acto colectivo en los siguientes términos: "cuando las diversas voluntades que concurren no se funden en un sólo acto, sino que dan nacimiento cada una de ellas a actos que sucesivamente se condicionan, entonces se tiene otro tipo diferente de actos

complejos al que acabamos de referirnos, pues en tales circunstancias existe no un sólo acto, como existe en el acto complejo, sino una serie de actos con caracteres propios cada uno de ellos, entrelazados y aún condicionándose uno a otro y susceptibles de ser impugnados por vías diferentes".(25)

Con lo anterior se determina que el acto complejo produce efectos en forma inmediata a diferencia del acto colectivo el cual, si bien es cierto que produce efectos, más cierto es que esos efectos no son inmediatos, toda vez que necesitan de la existencia de actos anteriores que produzcan de antemano todos sus efectos y sin los cuales éste no existiría.

d.- A continuación se analizará en forma breve al acto-unión.

Por este acto se entiende la intervención de varias voluntades sin que su finalidad sea idéntica, como si lo es en los actos colectivos, ni el efecto que produce es el de dar nacimiento a una situación jurídica individual, como es el caso de los contratos.

El ejemplo que dá el Maestro Fraga para la mejor comprensión de la naturaleza de este acto, es el nombramiento de un empleado público, tema que fué estudiado en su oportunidad por lo que únicamente se dirá que este acto no es sino la adecuación de la voluntad de la Administración a un orden jurídico preexistente, por lo que su finalidad no es dar nacimiento a un acto administrativo que se forma por la intervención de varias voluntades de varios de sus órganos, pero tampoco emanan situaciones jurídicas para casos individuales.

(25)Cfr Gabino, Fraga. Derecho Administrativo. Op Cit supra nota (4) p231.

El acto - unión es entonces, el acuerdo de voluntad o voluntades de la Administración el cual se adecua a una disposición jurídica, general, abstracta y preexistente, es decir, en una ley.

e.- Dentro de la clasificación de las voluntades que intervienen en la formación del acto en comento, se encuentra el contrato administrativo como otro tipo de acto jurídico que importa al Derecho.

Existen varias voluntades que forman el acto; sin embargo, en estas voluntades existen también una serie de intereses contrapuestos que hacen que el objeto y fin del acto sea diferente, en un plano de igualdad, y recíprocamente interdependientes.

El Maestro Fraga a su vez dice que los contratos no son actos propios de la función administrativa, entendiéndose por ésta: "la que realiza el Estado bajo un orden jurídico, y que consiste en la ejecución de actos materiales o de actos que determinen situaciones jurídicas para casos individuales"(26).

Para finalizar, el Maestro Fraga determina que los contratos deben entenderse como actos de Derecho Administrativo por las características particulares de que se componen y no como actos administrativos.

C) En tercer lugar, se clasifican en razón a la relación que guarda la voluntad creadora del acto con la ley.

(26)Cfr Gabino. Fraga. Derecho Administrativo. Op Cit supra nota (4) p. 63.

A manera enunciativa, se explica esta categoría de actos, toda vez que al analizar el capítulo III titulado LA FACULTAD DISCRECIONAL se ampliará esta clasificación.

Desde este punto de vista existen dos tipos de actos que emanan de la Administración:

- 1.- Actos que se les denomina obligatorios, reglados o vinculados.
- 2.- Actos discrecionales.

Los primeros son aquellos en los que la ley determina si la Administración actúa o se abstiene, o bien, determina el contenido de su actuación, estableciendo las condiciones de la actividad administrativa de tal forma que no se deja margen a las posibles actuaciones que pudiera realizar encaminadas a cumplir con la "función administrativa", la cual quedó debidamente definida en el inciso inmediato anterior.

Los segundos, se determinan por el gran margen que deja la ley a la diversidad de resoluciones según la apreciación subjetiva que el agente haga de las circunstancias que se le pueden presentar.

D) Por el radio de acción de los actos Administrativos.

Estos pueden de ser de dos tipos:

- 1.- Actos Internos y
- 2.- Actos Externos.

Los primeros son todos aquellos actos que no trascienden de la Administración y que pueden ser de naturaleza jurídica o bien de naturaleza material.

Señala el maestro Fraga que estos actos "comprenden medidas de orden y disciplina para el funcionamiento de las unidades burocráticas". (27)

Y sólo conservan esa naturaleza en tanto no establezcan garantías para los particulares.

Así encontramos disposiciones acerca de las labores de los Servidores Públicos, reglamentos disciplinarios, políticas administrativas, análisis técnicos, jurídicos, médicos, etc.

Estas disposiciones tienden cada vez a regular o por lo menos vigilar la actividad de los administrados que en forma unilateral se ven obligadas a satisfacer una serie de requisitos jurídicos-administrativos y en ocasiones trámites administrativos, para satisfacer su interés particular.

E) En razón de la finalidad del acto, éste puede clasificarse en actos preliminares y de procedimiento, los de decisiones o resoluciones y en actos de ejecución.

Manifiesta el maestro Fraga que tanto los actos preliminares y de procedimiento, así como los de Ejecución son el medio para realizar los actos de decisiones o resoluciones.

(27)Cfr Gabino, Fraga. Derecho Administrativo. Op Cit supra nota (4) p. 233.

Los primeros son actos preparatorios o bien ejecutorios por los que la administración cumple sus fines.

Los actos preparatorios (preliminares y de procedimiento) son necesarios para que la administración realice en forma eficiente sus funciones sin embargo, y como bien a firma el maestro Fraga, este tipo de actos origina, en muchas ocasiones, violaciones a las garantías de los particulares.

Las facultades de la Administración puede consistir desde requerir documentación a los administrados, hasta practicar órdenes de visitas a los mismos, entre otros muchos ejemplos, en los que la finalidad es también considerarse las circulares, instrucciones y toda clase de disposición en las cuales un jerárquico superior ilustre a uno inferior en la interpretación y aplicación de una disposición jurídico-administrativa o bien en la actuación de la administración fundada en la facultad discrecional.

Sin embargo todo lo anterior no debe crear disposiciones jurídicas contrarias a la ley ni que lesionen u otorguen algún derecho no previsto por la ley.

Por lo que se refiere a los actos externos, éstos son dos medios o conductos por los cuales el Estado realiza su actividad en forma de función administrativa, es decir, el Estado debe "dar satisfacción al interés general por medio de la policía que comprende las medidas necesarias para salvaguardar el orden público, o sea, la tranquilidad, seguridad y salubridad pública; por medio de intervenciones tendientes a regular y fomentar la actividad de los particulares; por medio de los servicios públicos que otorguen prestaciones para

satisfacer las necesidades colectivas y por la gestión directa en la vida económica, cultural y asistencial" (28). Como se puede observar, el Estado cumple su fin último, la satisfacción y el bienestar del interés general, a través de todas las actividades anteriormente señaladas, sin embargo, es obligación de la Administración comprobar si se ha cumplido con las disposiciones señaladas en los diferentes preceptos jurídico administrativos.

En el supuesto que haya violaciones a estos preceptos la administración resuelve y decide corregirlos imponiendo sanciones para que en forma voluntaria los administrados se corrijan.

Por último, los actos de ejecución los constituyen todos aquellos actos que tienden a hacer cumplir de manera forzosa las resoluciones y decisiones administrativas cuando no se da cumplimiento a éstas de forma voluntaria.

Estos actos pueden ser de orden material o de orden jurídico, como puede ser el caso de una clausura de una negociación mercantil o bien hacer efectivo el cobro de impuestos a través del procedimiento económico coactivo, que es un procedimiento de ejecución.

F) Finalmente, se clasifica al acto administrativo en razón de su contenido.

Dentro de esta categoría y de forma enunciativa tenemos:

(28)Cfr Gabino, Fraga, Derecho Administrativo. Op Cit supra nota (4) p 229

1.- Actos que en forma directa, amplian la esfera jurídica de los administrados.

a) Dentro de los cuales encontramos los actos de admisión que son los que dan acceso a un particular a los diferentes beneficios de un servicio público.

b) Los actos de aprobación, que consiste en que una autoridad superior dé su consentimiento para que un acto de uno inferior pueda producir efectos jurídicos, sin que ello signifique que el acto previo no sea válido.

c) Los actos de dispensa en los que se libera a un particular de la obligación de cumplir una ley o de algún requisito legal.

d) Los actos de condonación en los que se perdona una deuda líquida y exigible determinada en dinero y vencida en su plazo.

e) Así también señala el maestro Fraga a las licencias, permisos o autorizaciones, que no son sino actos administrativos "por los cuales se levanta o remueve un obstáculo o impedimento que la norma legal ha establecido para el ejercicio de un derecho de un particular (29).

f) Por último se señala el Maestro Fraga las concesiones y privilegios de patentes. Por concesión se entiende el acto por lo cual se otorga a un particular el manejo y explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del Estado.

(29)Cfr Gabino, Fraga. Derecho Administrativo. Op Cit supra nota (4) p 236

Por lo que se refiere al privilegio de patentes se puede decir que la Autoridad las otorga siempre y cuando se hayan cumplido con todos y cada uno de los requisitos legales, así por ejemplo, se puede señalar la patente que se le otorga a los Notarios que cumplieron con los requisitos establecidos por la ley.

2.- En segundo lugar se encuentran los actos que limitan la esfera jurídica de los administrados encontrándose, entre otros, los siguientes actos: de expropiación, requisa, nacionalización, intervención, decomiso, confiscación, embargo precautorio, sanción, ejecución, etc.

3.- Por último y para terminar esta clasificación en razón al contenido de los actos administrativos, se encuentran aquellos en los que el Estado hace constar la existencia de un estado de hecho o de derecho, como pueden ser todos aquellos actos de inscripción que hace la Administración respecto de personas, bienes, derechos o por medio de los cuales la Administración dá autenticidad, validez, publicidad o certidumbre a ciertos actos que son realizados por ambas partes.

Asimismo, se encuentran los actos en los cuales se otorga expedición, constancias por la Autoridad Administrativa, respecto a cualidades de personas o bienes por haber cumplido ciertos requisitos exigidos por la ley.

Maestro Fraga también alude a todos aquellos actos de Administración que surten efectos de notificación y los de publicidad.

Al lado de los actos Administrativos se encuentran los hechos jurídicos y los actos materiales.

Los hechos jurídicos, sea como fenómenos de la naturaleza, o bien producto de la actividad humana, tiene relevancias para el Derecho cuando producen efectos jurídicos, es decir, cuando hacen actual y concreta las disposiciones contenidas en las normas de derecho.

Respecto de los actos materiales, el Maestro Serra Rojas dice que éstos "son los que no producen efectos de derecho, ni se ligan como antecedente de los actos administrativos". (30)

Los actos materiales sólo pueden producir consecuencias de derecho, si dan lugar a responsabilidades en su ejecución, siendo entonces hechos jurídicos y así podemos pensar la responsabilidad que se deriva de la construcción de una carretera en la que, habiendo negligencia por parte de los trabajadores al utilizar artefactos de suyo peligrosos, causan lesiones a los automovilistas.

Con estas breves, ideas concluimos el estudio de los Actos Administrativos.

A continuación se analizará lo relativo a la Autoridad.

Es imprescindible el tocar el tema de lo que se entiende por una Autoridad y la diferencia, si es que la hay, con la detentación del poder.

Lo anterior es importante toda vez que nuestros libros de derecho, nuestras leyes, en las aulas y en la propia Administración Pública no se sabe distinguir entre lo que significa el término Autoridad del término Poder.

(30)Cfr. Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo Op. Cit. supra nota (21) p.235

A manera simple, se hará un análisis partiendo de la época de los Romanos en la que, en forma clara y precisa, se hizo la definición y se llevó a la práctica el distingo entre ambos términos.

El derecho del pueblo romano, procede principalmente de la autoridad, aunque hay que reconocer que otra fuente importante del derecho es la Potestas.

La Autoritas tuvo su principal fuente en la Jurisprudencia, en tanto que la fuente de la Potestad fue a través de leyes y edictos.

Estas dos fuentes del Derecho fueron evolucionando según los momentos históricos y políticos de Roma, así entonces y a manera de ejemplo, Eugenio Pettit, en su libro "Derecho Romano", hace referencia a la Ley de Citas del 426 D.C.

Esta ley confirma, desde luego, la autoridad de los escritos de Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino y en los que se refleja lo que los Romanos conocían como el Jus Publici Respondendi.

Este principio significa que los más connotados o ilustres juristas daban respuestas a las consultas jurídicas que les planteaban, misma que se realizaba en forma pública.

Con lo anterior, la ciencia del Derecho se fué enriqueciendo por los comentarios de los juristas clásicos que anteriormente se mencionaron, incluyendo a Gayo, ciencia que trascendió hasta nuestros días.

Por lo que se refiere a la Potestas en el Derecho Romano, ésta se enriqueció de la ley, siendo esta "una declaración de potestad que vincula tanto al que la dá como al que la acepta; y es esencialmente revocable por una nueva voluntad que revista la misma forma (31).

Como se desprende de lo anterior en el Derecho Romano se entendía por Autoridad un saber socialmente reconocido que no necesitaba de la aprobación del Imperio Romano para tener fuerza vinculatoria entre las partes".

Ahora bien por Potestas se entendía la voluntad unilateral del Pretor, del Príncipe o Emperador encaminada a vincular a todos los ciudadanos, por lo que entonces es una ley pública, es decir, se daba a conocer al pueblo la razón por la cual todos debían conocerla y por lo cual no era excusable la ignorancia de Ley, por lo que su incumplimiento daba lugar a una sanción de donde provenía su carácter coactivo.

Una vez analizando el concepto de Autoridad se pasa a analizar lo relativo a la fundamentación y motivación.

(31) D'ors, Alvaro. Derecho Privado Romano. Ed. Eunsa, Barcelona Esp., 1986 p.62

2.6.a. FUNDAMENTACION Y MOTIVACION

Al principio de su párrafo primero, el artículo 16 constitucional garantiza que las molestias a las personas, como indudablemente lo es cualquier acto que ordene una Autoridad y que atañe directamente a la libertad corporal, deben de reunir los requisitos que el mismo precepto establece en cuanto a que debe ser fundada y motivada la causa legal del procedimiento.

Al respecto, el Maestro Luis Bazdresch en su libro Garantías Constitucionales, establece que "el fundamento de la orden, es el o los preceptos legales que le autoricen o justifiquen y debe ser expresado en la propia orden".(32)

Por lo que se refiere a la motivación, es "el hecho, los hechos o la abstención que la hayan provocado y que también debe expresar" (33).

Derivado de lo anterior, se puede afirmar que como requisitos esenciales de todo acto de autoridad que cause algún perjuicio a las garantías personales de los administrados, se encuentran a la motivación y la fundamentación; mismas que deberán ser tomadas en cuenta por la Autoridad Administrativa al momento de emitir un acto.

(32) Bazdresch, Luis. Garantías Constitucionales, Ed. Trillas, México 1990, 4ª edición, p.88.

(33) Idem.

2.6.b LEY FORMAL Y MATERIAL.

Las funciones del Estado que tiene encomendadas para realizar sus fines, y primordialmente la satisfacción del interés general, se han dividido en cuanto a su órgano, al separarse los Poderes que tradicionalmente conocemos como Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial y, si bien es cierto que esta separación se debe al equilibrio que se pretende del Poder, también es cierto que entre estos existe una unidad que fortalecen al Estado Moderno.

Cada uno de estos Poderes guarda a su vez una unidad interna que obedece a la función que desempeña, de manera que el Poder Legislativo tenga atribuido en forma exclusiva la función legislativa, el Poder Judicial la función jurisdiccional y el Poder Ejecutivo la función Administrativa.

Sin embargo la realidad nos hace ver que lo anterior no se cumple por las exigencias de la vida práctica y por los mecanismos legales que lo permiten.

Bajo esta perspectiva las atribuciones asignadas a un mismo poder tienen funciones de naturaleza diferente. Al respecto el Maestro Fraga hace una clasificación desde dos puntos de vista:

El primero se refiere al órgano y el segundo a la naturaleza intrínseca de la función.

1.-Por lo que hace al órgano el Maestro Fraga dice: "adoptando un criterio formal, subjetivo u orgánico que prescinde de la naturaleza intrínseca de la actividad, las funciones son formalmente legislativas, administrativas o judiciales, según que estén atribuidas al Poder Legislativo, al Ejecutivo o al Judicial". (34)

En esta clasificación no existe la posibilidad de atribuciones distintas que no le compete a los diferentes órganos.

Por lo que se refiere al segundo punto de vista, es decir a la naturaleza intrínseca de la función, el Maestro Fraga dice: "partiendo de un criterio objetivo, material, que prescinde del órgano al cual están atribuidas, las funciones son materialmente legislativas, administrativas o judiciales según tengan los caracteres que la teoría jurídica ha llegado a atribuir a cada uno de esos grupos". (35)

La regla general es que las funciones que el Estado realiza coincidan tanto en su aspecto formal, orgánico o subjetivo como en su aspecto material u objetivo.

Sin embargo en ocasiones hay discrepancia entre unos y otros, pero para que un Poder realice funciones cuya naturaleza sea distinta en su aspecto intrínseco, a la que normalmente le son atribuidas debe existir una excepción en el texto constitucional; no con base en leyes ordinarias reglamentarias.

(34) Cfr. Gabino Fraga, Derecho Administrativo. Op. Cit. supra nota (4) p.29

(35) Idem

Esto último es el fundamento de que un órgano desempeñe funciones que no le están atribuidas y que el marco jurídico legitima como tales.

Toda la explicación anterior obedece al significado del Principio de Legalidad respecto de que todo acto de autoridad debe estar fundado y motivado en una ley formal y material, es decir, que desde un punto de vista material, la norma en la que se funde toda decisión individual tiene que ser una norma de carácter general e impersonal que es una función esencialmente legislativa, pero que también desde un punto de vista formal la norma bajo la cual se realice el acto individual debe ser una disposición expedida por el Poder Legislativo que, conforme al régimen constitucional está encargado de la formación de las leyes.

Bajo este principio ningún órgano del Estado puede realizar actos individuales que no estén previstos o autorizados por disposición general anterior, **MAXIMA** de todo Estado Moderno.

2.7.- ADMINISTRACION PUBLICA CENTRALIZADA.

En las páginas anteriores, se habló de los sujetos de la Administración así como sus titulares, es decir, los funcionarios y empleados de la Administración Pública. Por lo que toca ahora, en un breve análisis, estudiar una de las formas de organización de la Administración por la que el Poder Ejecutivo se organiza para cumplir con sus fines, me refiero a la Centralización Administrativa Federal.

La Centralización es una manera de organización por medio de la cual se precisa la actividad del Estado que organiza sus funciones político - Administrativo.

El Maestro Serra Rojas llama Centralización Administrativa: "al régimen que establece la subordinación unitaria, coordinada y directa de los órganos administrativos al poder central, bajo los diferentes puntos de vista del nombramiento, ejercicio de sus funciones y la tutela jurídica, para satisfacer las necesidades públicas". (36)

El Maestro Gabino Fraga manifiesta que la administración centralizada "existe cuando los órganos se encuentran colocados en diversos niveles pero todos en una situación de dependencia en cada nivel hasta llegar a la cúspide en que se encuentra el jefe supremo de la Administración Pública". (37)

(36)Cfr. Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. Op. Cit. supra nota (21) p.509

(37)Cfr.Fraga, Gabino. Derecho Admnsitrativo. Op. Cit. supra nota (4) p.165

Ambas ideas conciden en la subordinación unitaria, en una especie de pirámide, hasta llegar al Presidente y Jefe Supremo de la Administración Pública.

Centralizar significa reunir y coordinar facultades legales en un centro único de poder o de una autoridad superior.

En materia Administrativa Federal, el Ejecutivo, se encarga de ejecutar las leyes federales con la participación y ayuda en forma subordinada y dependiente de los demás órganos administrativos secundarios, lo que significa que éstos no tienen competencia o iniciativa propia para decidir, pero son necesarios para preparar y ejecutar las decisiones de los órganos facultados.

Como anteriormente se señaló, la Centralización Administrativa supone una relación de jerarquía que une a los órganos inferiores con los superiores. Dicha jerarquía se centra en dos tipos de poderes, que para el Maestro Fraga son el poder de decisión y el poder de mando y así señala que el poder de decisión consiste "en que todos los empleados que forman parte de la organización administrativa no tienen facultades de resolver, de realizar actos jurídicos creadores de situaciones de Derecho, ni de imponer sus determinaciones". (38)

(38)Cfr.Fraga, Gabino. Derecho Admnsitrativo. Op. Cit. supra nota (4) p.166

En nuestro orden jurídico que regula la organización centralizada, existe un número reducido de órganos que tienen competencia de decisión, así como para imponer sus determinaciones. Todos los demás órganos que no están facultados expresamente por la ley, simplemente realizan los actos materiales indispensables teniendo, luego entonces, una función auxiliar de aquellas Autoridades.

La esfera de la centralización abarca también aquellos aspectos técnicos que contienen una facultad de decisión.

Todo lo anterior se logra mediante las órdenes, instrucciones y lineamientos que los jerárquicamente superiores dirigen a los inferiores.

Poder de ejecución.- Las medidas que adopta la Administración Pública para la ejecución forzada de las resoluciones de carácter administrativo tampoco las puede llevar a cabo cualquier órgano sino sólo aquellos a quienes legalmente se les haya otorgado competencia para tales facultades.

Además de los dos poderes anteriormente señalados, como los más característicos de la jerarquización que se analiza, el Maestro Fraga señala los siguientes poderes en los que existe de igual forma, que en los anteriores, una jerarquización de facultades y que son los siguientes:

- 1.- Poder de nombramiento.
- 2.- Poder de mando.
- 3.- Poder de vigilancia.
- 4.- Poder disciplinario.
- 5.- Poder de revisión.
- 6.- Poder para la resolución de conflictos de competencia.

1) Poder de nombramiento.- Es la facultad que tiene la autoridad superior para hacer la designación de los titulares de los órganos jerárquicamente inferiores.

En nuestro régimen jurídico, sólo corresponde al Presidente de la República proponer y designar los empleados de la Administración, "cuyo nombramiento o remoción no este determinado de otro modo en la Constitución o en las Leyes (artículo 89 fracción II constitucional).

2) Poder de mando.- Este poder consiste en las órdenes e instrucciones que una Autoridad superior emite a los órganos inferiores. Según el Maestro Serra Rojas, las órdenes, instrucciones y circulares (son mandatos autoritarios que guían el trabajo de los órganos administrativos inferiores. Estas disposiciones se refieren a situaciones jurídicas concretas propias de la función administrativa, derivadas del cumplimiento de la ley o de interpretación jurídica).

Las órdenes y las instrucciones pueden ser de carácter individual o general, no así las circulares que siempre tienen carácter de generales. Las primeras, generalmente tienen efectos dentro de la Administración Pública pero que en ocasiones pueden trascender a ésta convirtiéndose en disposiciones reglamentarias de la ley para cuyo caso deberán revestir la forma de la ley o reglamento para así producir efectos jurídicos respecto de los administrados; como bien dice el Maestro Serra Rojas "es frecuente dictar circulares o acuerdos que son verdaderas disposiciones de carácter general que invaden el campo de la ley o del reglamento". (39)

(39)Cfr. Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. Op. Cit. supra nota (21) p.514

3) Poder de vigilancia.- Es aquel en el que existe una rendición de cuentas por parte del interior, pudiendo el superior hacer investigaciones y solicitar informes de los asuntos asignados al inferior.

4) Poder disciplinario.- La autoridad superior tiene en todo momento la facultad de imponer sanciones en los casos en que el Servidor Público subordinado falte al cumplimiento de sus deberes, cuando una autoridad superior comprueba que existe una irregularidad en las actividades de un empleado inferior dá conocimiento a una responsabilidad que puede ser de carácter administrativo, civil o incluso penal.

Al respecto el Maestro Fraga señala que "cualquier falta cometida por el empleado en desempeño de sus funciones lo hace responsable administrativamente, sin perjuicio de que pueda originarse, además, una responsabilidad civil o penal". (39 bis)

La responsabilidad administrativa, se sanciona con una pena administrativa que no trasciende de la propia administración.

El tipo de sanciones que se aplican, con base en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos en su artículo 53 son:

Art. 53.- "Las sanciones por falta administrativa consistirán en:
I.- Apercibimiento privado o público;
II.- Amonestación privada o pública;
III.- Suspensión;
IV.- Destitución del puesto;
V.- Sanción económica y;
VI.- Inhabilitación temporal para desempeñar empleos.

(39 bis)Cfr. Gabino Fraga. Derecho Administrativo Op. Cit. supra nota (4) p.p .

A manera enunciativa estas son las penas que en el capítulo IV de este trabajo se analizarán cuando un servidor público actúa en forma arbitraria o caprichosa y no con base a una facultad discrecional.

Con respecto de los actos que realizan los servidores públicos tenemos las dos últimas clasificaciones a saber.

5) Poder de revisión.- Esta facultad es aquella en la que la autoridad inferior dicta el acto administrativo y la superior lo revisa.

Al respecto el Maestro Fraga señala los efectos de la facultad de revisión, que pueden ser: Suspender el acto, anularlo o modificarlo.

Y se aplican a los actos que carecen de oportunidad en su motivación o bien a los actos ilegales.

Los primeros tienen su fundamento en la discrecionalidad que la ley les otorga, y si bien es cierto que basan su legitimidad en la propia Ley, no así en lo que hace respecto a su motivación que los servidores públicos superiores aprecian, respecto de los actos que realizan los inferiores.

Existe el supuesto en los que la Ley determina que los actos realizados por un servidor público son definitivos y por tanto no es susceptible la aplicación de este principio, pero es la excepción, ya que la regla general es que todos los actos que emanan de un servidor puedan ser revisados por uno superior.

La excepción a que se ha hecho referencia no es aplicable al segundo supuesto, esto es a los actos ilegales, a este respecto el Maestro Fraga afirma: "Respecto de la facultad de modificación de los actos por motivo de ilegalidad, debe afirmarse que existe en todos los casos, puesto que precisamente el Estado de derecho implica la sumisión de todos los funcionarios públicos a las normas jurídicas que regulan situaciones, y la organización centralizada debe proveer a que el principio de legalidad sea en todos los casos respetado". (40)

Puede suceder que en este caso no sea una autoridad superior que revise los actos de los servidores públicos inferiores pero tal facultad deberá estar contenida en forma expresa por la ley.

Por último señala el Maestro Fraga que el poder de revisión puede ejercerse de oficio o a petición de parte según lo establecido por la propia ley.

F) Poder para la resolución de conflictos de competencia.

Esta facultad hace referencia al caso de que dos o más órganos de la Administración Pública Centralizada se crean con competencia para determinados actos de administración o que ninguno tenga la competencia que se está atribuyendo.

Al respecto, el único facultado por la Ley para dirimir por lo que hace a la competencia, es el Presidente de la República por conducto de la Secretaría de Gobernación, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 24 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

(40)Cfr. Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. Op. Cit. supra nota (4) p.171

Sin embargo ha de aclararse que sólo se aplica a casos extraordinarios o cuando exista duda sobre la competencia entre la Secretaría de Estado o Departamento Administrativo y exclusivamente para un caso determinado. Es importante destacar de lo anterior lo siguiente:

El fundamento legal de la organización de la Administración Pública se encuentra en nuestra norma Suprema en su artículo 90 que establece:

"La Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley orgánica que expida el Congreso que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la inversión del Ejecutivo Federal en su operación.

Las leyes determinarán las relaciones entre las entidades paraestatales y el Ejecutivo Federal, o entre éstas y las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos."

La ley secundaria que organiza la administración es la "Ley Orgánica de la Administración Pública Federal" que establece las bases de organización de la Administración Pública Federal Centralizada y Paraestatal.

Así el artículo 1 de dicho ordenamiento legal establece:

"La presente ley establece las bases de organización de la Administración Pública Federal, Centralizada y Paraestatal.

La Presidencia de la República, las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos integrarán la Administración Pública Centralizada.

Los Organismos Descentralizados, las Empresas de Participación Estatal, Las Instituciones Nacionales de Crédito, los Organismos Auxiliares Nacionales de Crédito, las Instituciones Nacionales de Seguros y Fianzas y los Fideicomisos, componen la Administración Pública Paraestatal".

Ahora bien, a manera enunciativa se analizarán los organismos que integran la Administración Pública Centralizada por ser un tema de los más amplios que llevaría a un estudio tan minuciosos que rebasaría los objetivos de este trabajo centrados en la "facultad discrecional" de la Administración Pública Centralizada.

El primero de estos organismos es el Presidente de la República: el Presidente tiene una dualidad de funciones en nuestro sistema jurídico-político. Es jefe de Estado y Jefe de Gobierno, como Jefe de Gobierno, constituye el Jefe de la Administración Pública Federal, concentrando el más amplio de los poderes bajo un orden jurídico establecido.

Así el artículo 80 de nuestra Carta Magna establece:

"Se deposita el ejercicio del Supremo Poder Ejecutivo de la Unión en un solo individuo, que se denominará "Presidente de los Estados Unidos Mexicanos".

Como se dijo en líneas anteriores, el Presidente de la República detenta un amplio poder y vale la pena preguntarse que Ley regula sus atribuciones y facultades. Al respecto el Maestro Gabino Fraga indica: "la situación legal del Presidente de la República es regulada fundamentalmente por el Derecho Constitucional. El régimen relativo a la designación o elección del titular, a su separación del cargo a las facultades que le corresponden y a sus relaciones con el Estado y con otros poderes forman parte de aquella rama del Derecho".(41)

Existen también disposiciones en las leyes secundarias que otorgan facultades al Presidente de la República, como por ejemplo el artículo 24 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, anteriormente citada, que señala:

"En casos extraordinarios o cuando exista duda sobre la competencia de alguna Secretaría de Estado o Departamento Administrativo para conocer de algún asunto determinado, el Presidente de la República resolverá, por conducto de la Secretaría de Gobernación, a que dependencia corresponde el despacho del mismo".

Es sin embargo la Constitución la que regula y faculta en gran medida la actividad del Ejecutivo y establece el marco jurídico en el que deberá basar su actuación.

En segundo lugar, se encuentran las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos.

(41) Cfr. Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. Op. Cit. supra nota (4) p.174

Con la finalidad de modificar y adecuar la Administración Pública a las necesidades y problemas que día con día se le presentan a las diferentes Secretarías así como al Departamento del Distrito Federal, y dadas las tendencias de la vida del país y del mundo y su constante cambio, hacen que la propia administración establezca programas de acción en donde fija prioridades, objetivos, metas y fines que resuelvan las diferentes necesidades que se presentan, evitando con ésto duplicidad de funciones, dilación en los trámites, etc.; siendo más eficaz en cuanto a la atención y despacho de los asuntos de su competencia.

Las Dependencias, así como sus facultades y competencia estan especificadas en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, reformada por decreto del Ejecutivo Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación en fecha 28 de diciembre de 1994 que en su artículo 26 establece:

" Para el despacho de los asuntos del orden administrativo, el Poder Ejecutivo de la Unión contará con las siguientes dependencias:

Secretaría de Gobernación
Secretaría de Relaciones Exteriores
Secretaría de la Defensa Nacional
Secretaría de Marina
Secretaría de Hacienda y Crédito Público
Secretaría de Desarrollo Social
Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca
Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo
Secretaría de Energía
Secretaría de Comercio y Fomento Industrial
Secretaría de Agricultura, Ganadería y Desarrollo Rural
Secretaría de Comunicaciones y Transportes
Secretaría de Educación Pública
Secretaría de Salud
Secretaría del Trabajo y Previsión Social

Secretaría de la Reforma Agraria
Secretaría de Turismo
Departamento del Distrito Federal

A manera de comentario, cada una de estas dependencias y departamentos, cuentan con un Reglamento Interior que a su vez regula su actuación y define en forma más específica sus funciones y facultades, las cuales no serán estudiadas a fin de limitar el presente trabajo.

Con esto último se ha concluido el análisis del capítulo II de este trabajo titulado "CONCEPTOS" y si bien es cierto que lo que se pretendió fue hacer un examen simple de los principales conceptos de esta tesis como son, el principio de legalidad, los servidores públicos y la Administración Pública Centralizada, más cierto es que siendo temas tan amplios y complejos se podría hacer un trabajo tan detallado de cada uno que desbordaría los objetivos de este pequeño estudio, la "Facultad Discrecional".

Sin embargo, era imprescindible el por lo menos mencionar cada uno de los conceptos anteriores para que el lector tenga una idea general de los elementos de este estudio.

En seguida, se analizará la facultad discrecional, tema central del presente trabajo:

CAPITULO III

LA FACULTAD DISCRECIONAL

3.1 INTRODUCCION.

La facultad discrecional es un tema importante para el estudio del Derecho Administrativo que en ideas del Maestro Fraga constituye la única excepción al principio de que ningún órgano del Estado puede realizar actos individuales que no estén previstos o autorizados por disposición general anterior, es decir, se refiere al Principio de Legalidad.

Bajo este orden de ideas, la facultad discrecional constituye una fuente importante del Derecho Administrativo, sin embargo, es importante determinar la naturaleza discrecional de la Administración para así poder precisar si constituye o no la única excepción al Principio de Legalidad como lo fundamenta el Maestro Gabino Fraga.

3.2 NATURALEZA DE LA FACULTAD DISCRECIONAL

La facultad discrecional tiene una naturaleza legal, es decir, es la propia ley la que faculta o autoriza a determinados servidores públicos a actuar dentro de los márgenes de la discrecionalidad.

El legislador lo que hace al crear una ley, en donde existe una facultad discrecional, es prever acontecimientos que no se pueden determinar en la propia ley al momento de su creación en forma rígida, toda vez que la realidad jurídica rebasa en materia administrativa, al Derecho Administrativo.

Si todo acto de una autoridad administrativa esta fundado en una ley, ya sea en forma reglada o vinculada, o en forma discrecional, de ahí que su actuación sea legítima, es decir, conforme a Derecho, pues de lo contrario sería un acto arbitrario que estaría en contra del principio de legalidad inherente a todo Estado moderno.

Si la finalidad mediata de la administración es la satisfacción del interés general que lo lleva a cabo en forma de función administrativa y ésta es la que realiza el Estado bajo un orden jurídico integrado por un "conjunto de situaciones de carácter también jurídico que existe en un momento dado, en un medio social determinado" (42), su actuación debe estar fundada en ese orden jurídico que, como dice el Maestro Fraga, puede tener su fundamento en los principios generales de Derecho, en la equidad, en la justicia, en la jurisprudencia, en la misma costumbre o bien en la ley, siendo ésta la principal fuente del Derecho Administrativo sobre todo en la segunda mitad del siglo XX.

(42) Cfr Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. Op. Cit. supra nota (4) p.p. 131

Recordemos que la norma jurídica regula la conducta humana y que la ley forma parte de estas normas jurídicas pero que su fin no es el de determinar situaciones jurídicas individuales, o en forma de catálogo tratar de comprender toda la realidad jurídica para cada sociedad y que al cambiar ésta cambiaría al catálogo legal, sin querer decir que las leyes sean estáticas. La finalidad de la ley es regular la conducta del hombre de forma general estableciendo hipótesis generales y abstractas que suponen una nueva manera de sistematizar el Derecho en forma de conceptos ordenados lógicamente.

Por tales motivos, compete a la autoridad Administrativa, vía facultad discrecional, establecer el contenido de su actuación, que en forma previa determinan los cuerpos legislativos.

Siguiendo el principio de legalidad en el que todo acto de autoridad debe de estar fundado y motivado en una ley formal y material, se afirma que la facultad discrecional tiene su fundamento en este principio, de lo contrario el Estado se convertiría en un Estado despótico e irrespetuoso para con sus administrados.

El Maestro Fraga señala en su libro que la única excepción al principio de legalidad es la facultad discrecional y dice: se ha considerado que el principio de la legalidad desde el punto de vista material no debe sufrir, fuera de la señalada, -haciendo alusión a la facultad discrecional-, ninguna excepción.

Sin embargo, -sigue diciendo el Maestro Fraga- consideramos que no hay violación al principio de legalidad desde ese punto de vista cuando la

administración se funda en los principios generales de Derecho, como por ejemplo el principio de audiencia, el de igualdad ante la ley y las cargas públicas, el de enriquecimiento sin causa, etc.

El problema que se evidencia está determinado en si la facultad discrecional tiene su fundamento unicamente en la ley o en otras fuentes del Derecho para así poder definir su naturaleza.

Por lo que se refiere a la teoría, muchos autores tocan el tema de la facultad discrecional de manera general, sin embargo hay otros autores que le dan la importancia que merece entre los cuales se mencionan al Maestro Acosta Romero, Gabino Fraga, Manuel Díez etc.

Estos teóricos coinciden en que la facultad discrecional tiene su fundamento en la ley y con los límites que la misma establece.

La facultad discrecional no puede tener su fundamento, desde el punto de vista material, en los principios generales del Derecho, en la equidad y en la justicia pues no habría seguridad jurídica para los administrados además de que el acto no estaría legitimado violandose garantías personales consagradas en nuestra Carta Magna y negándole al administrado la posibilidad de defensa en contra de la ilegalidad.

Asimismo y desde un punto de vista práctico, hemos sido testigos de las arbitrariedades de nuestras autoridades violando constantemente las leyes o aplicándolas de manera incorrecta desvirtuando lo que se entiende por un Estado de Derecho.

Desde mi punto de vista y toda vez que todo acto de autoridad debe estar fundado y motivado en una ley, considero que ésta es el marco jurídico de la facultad discrecional, en virtud de que la misma es quien determina cuales son los servidores públicos que están investidos de dicha facultad, así como sus límites.

De igual forma, considero que los actos administrativos que se fundan en una facultad discrecional realizados por la Administración Pública Centralizada deben tener un contenido o motivo con base en los Principios Generales de Derecho, la Justicia, la Equidad, en la Jurisprudencia, en la Costumbre y en la Doctrina.

3.3 ELEMENTOS DE LA FACULTAD DISCRECIONAL.

Una vez analizada la naturaleza de la facultad discrecional, corresponde ahora estudiar los elementos que la componen.

La discrecionalidad es un acto jurídico Administrativo consistente "en la libre apreciación dejada a la Administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer" (43). En líneas anteriores y al estudiar los diferentes actos administrativos y, en específico, lo que se refiere a la relación que guarda la voluntad creadora del acto y la ley, se señaló que este tipo de actos pueden ser de dos clases: el acto obligatorio, reglado o vinculado y el acto discrecional.

Todo acto administrativo de una autoridad lo componen una serie de elementos esenciales sin los cuales no sería válido y, por tanto, no produciría efectos jurídicos.

Estos elementos son:

- 1.- El sujeto,
- 2.- La voluntad,
- 3.- El objeto,
- 4.- El motivo,
- 5.- El fin, y
- 6.- La forma.

En seguida se hará un análisis de cada uno de los elementos mencionados con anterioridad y si existe o no la facultad discrecional respecto de cada uno de ellos.

(43) Cfr. Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. Op. Cit. supra nota (4) p.101

1.- El primer elemento que forma al acto administrativo es el **SUJETO**.

El sujeto es el órgano de la Administración Pública que dicta el acto administrativo. Como en páginas anteriores quedó debidamente señalado, el acto que emana de la Administración Pública es un acto unilateral, toda vez que los administrados no pueden hacer que surjan derechos y obligaciones en materia de Derecho Administrativo, como sí ocurre en materia de Derecho Civil.

Sin embargo, en uno y en otro caso, los sujetos deben de tener aptitud legal, es decir, en el primer caso debe de existir una ley que faculte a los órganos de la Administración Pública a realizar actos administrativos, y en el segundo caso no debe de existir prohibición expresa en la ley para crear derechos y obligaciones; lo que en el Derecho Civil se conoce como Capacidad, en el Derecho Administrativo se conoce como Competencia.

De esto último es importante traer a colación lo que se dijo en párrafos anteriores respecto a la competencia y la legitimidad de los titulares de los órganos administrativos, toda vez que a lo largo de este trabajo se hará mayor hincapié en la competencia y no en la legitimidad.

Se resume entonces que el artículo 16 Constitucional en su texto hace mención a la Autoridad competente, pero en ningún momento señala que dicha autoridad deba de ser legítima en su cargo, de lo anterior se pueda ver que la teoría acepta la existencia de los funcionarios de facto por las razones anteriormente señaladas.

Por último y con base en lo señalado en los párrafos anteriores, existen servidores públicos que tienen competencia para dictar actos administrativos pero que su cargo es ilegítimo y a contrario sensu, existen servidores públicos con cargos legítimos pero que carecen de poder legal para ejecutar determinados actos.

Una vez realizada esta pequeña observación, cabe mencionar que el Maestro Fraga en su multicitado libro "Derecho Administrativo", en el que mucho se ha fundamentado este sencillo trabajo, hace una diferenciación entre la capacidad y la competencia en los siguientes términos:

a) " En primer término - dice el Maestro Fraga - la competencia requiere siempre un texto expreso de la ley para que pueda existir, mientras que en el Derecho Privado la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción; en el Derecho Administrativo rige el principio inverso, es decir, que la competencia debe justificarse expresamente en cada caso." (44)

Esta es, sin duda, la garantía de los particulares en contra de los actos arbitrarios de las Autoridades.

b) El ejercicio de la competencia por parte de los órganos administrativos facultados es obligatoria, toda vez que el Estado tiene que cumplir con sus atribuciones con las cuales satisface las necesidades colectivas, lo cual es el fin inmediato del Estado.

El ejercicio de la capacidad por los sujetos del Derecho Civil es voluntaria, es decir, depende de los intereses particulares de los sujetos.

(44) Cfr. Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. Op. Cit. supra nota (4) p. 267

c) En tercer lugar, dice el Maestro Fraga que la competencia generalmente se encuentra disgregada entre los diferentes órganos, lo anterior es para evitar intereses particulares o arbitrariedades y que los órganos que intervienen en la creación del acto administrativo se controlen en forma recíproca.

d) Una cuarta característica que aplica tanto a la competencia como a la capacidad es que ambas no son renunciables ni pueden ser objeto de pactos que comprometan su ejercicio, ni tampoco se pueden crear leyes que restrinjan a los poderes públicos, restricciones inherentes a los poderes públicos en atribuciones de las necesidades colectivas.

e) Por último el Maestro Fraga se refiere a que la competencia es constitutiva del órgano y no de su titular.

Una de las características del Estado Moderno son sus Instituciones, las cuales fueron un gran avance del absolutismo a la democracia. Al crearse las Instituciones, no importa quien guie al Estado, éstas no desaparecen al concluir el tiempo que dure el cargo del titular que las ocupa.

De ahí que la competencia es inherente al órgano administrativo y no a la persona física que la detenta. Como se puede apreciar de lo anterior, no puede existir respecto del sujeto facultad discrecional, toda vez que el acto debe ser expedido por órgano competente, a través del servidor público y en lo que se refiere al órgano, no puede hablarse de que exista discrecionalidad, en todo caso se estará a un conflicto de competencia de las dependencias de la

Administración Pública que deberá ser resuelto por el Presidente de la República, por conducto de la Secretaría de Gobernación (Art. 24 de la Ley Orgánica de la Administración Pública).

2.- Todo acto jurídico está formado por una **voluntad** libre que se exterioriza para crear efectos de Derecho. Dicha voluntad de la Administración Pública debe reunir los siguientes requisitos:

- Ser libre y espontánea.
- No debe estar viciada por error, dolo, violencia o mala fe.
- Debe expresarse en los propios términos previstos en la ley, y;
- Debe manifestarse dentro de las facultades del órgano del que emana.

El problema que se puede suscitar es cuando, para la formación del acto administrativo, es necesaria la intervención de un órgano compuesto en forma colegiada, es decir, cuando varios miembros son simultáneamente titulares de dicho órgano, toda vez que dichas decisiones deben ser tomadas en reunión oficial en donde exista una libre manifestación de la voluntad de todos y cada uno de sus integrantes, dando como resultado el mencionado acto administrativo colegiado.

En lo que se refiere a este elemento, tampoco puede existir facultad discrecional, toda vez que el acto debe ser expedido sin que medie error sobre el objeto, causa o motivo o sobre el fin del acto, sin violencia ni dolo en su emisión y, si como dijimos anteriormente la voluntad es la libre

exteriorización que crea efectos jurídicos no cabe la posibilidad de que ésta sea discrecional.

3.- Otro elemento esencial para constituir el acto administrativo es el **OBJETO**.

Tanto en el Derecho Civil como en el Derecho Administrativo, el objeto debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Debe de ser determinado o determinable,
- b) Debe de ser posible física y jurídicamente,
- c) Debe de ser lícito (Artículos 1825 y 1827 del Código Civil para el Distrito Federal).

Ahora bien y desde un punto de vista administrativo lo anterior tiene su fundamento en el artículo 3º de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo:

Art 3º.- Son elementos y requisitos del acto administrativo:

II.- Tener objeto que pueda ser materia del mismo; determinado o determinable; preciso en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar y previsto por la Ley.

Como se ha manifestado en líneas anteriores, la actuación de la Administración Pública debe estar fundada en una ley a fin de que su actuación sea conforme a Derecho. Asimismo, el objeto, como elemento de la voluntad administrativa, no sólo no debe de estar prohibido por la ley, sino que además debe estar expresamente autorizado por la misma.

El Maestro Gabino Fraga manifiesta como excepción a lo anterior, la facultad discrecional de la Administración Pública, por medio de la cual ésta podrá determinar y elegir el objeto del acto.

Sin embargo y como nota de suma importancia para el contenido de este trabajo, "la ilicitud del objeto deberá calificarse de acuerdo con estas tres categorías: que no contrarie ni perturbe al servicio público; que no infrinja las normas jurídicas; que no sea incongruente con la función administrativa".
(45)

En este punto, la Ley otorga a los servidores públicos competentes facultad discrecional para determinar la licitud del objeto que sea física y jurídicamente posible, determinado o determinable, preciso en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar, por lo que la autoridad hará un análisis de las características anteriores para concluir si actúa o no.

4.- Un cuarto elemento del acto administrativo es el **MOTIVO**.

El Maestro Acosta Romero define al motivo como: "el conjunto de circunstancias de hecho y de derecho que preceden al acto administrativo" (46)

Para el Maestro Gabino Fraga el motivo del acto es el antecedente que lo provoca, es la situación, también de hecho o de derecho, establecida por la ley, como presupuesto necesario de toda actividad administrativa.

(45) Cfr. Fraga, Gabino. Derecho Administrativo, Op. Cit. supra nota (4) p. 270

(46) Acosta Romero, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo. Ed. Porrúa, México, 1986, 7ª edición p. 539

Los dos teóricos anteriormente citados, coinciden en la distinción del motivo del concepto de motivación, toda vez que ésta es el juicio que forma la Autoridad al apreciar el motivo y la consecuente relación que guarda con las normas legales aplicables.

En otras palabras la motivación representa la apreciación que de los requisitos legales, así como que de la conveniencia y oportunidad haga la Administración para la satisfacción del interés público, de donde se desprende que si existe facultad discrecional en este elemento.

5.- Un quinto elemento que forma parte integrante del acto administrativo es la **FINALIDAD** del acto.

La finalidad de la Administración Pública es la meta que se pretende alcanzar con una actividad o con una conducta dirigida hacia la satisfacción del interés general o del bien común.

Gabino Fraga hace mención a una serie de reglas rectoras de la finalidad del acto administrativo, a saber:

- a) El agente no puede perseguir sino un fin de interés general,
- b) El agente no debe de perseguir una finalidad en oposición con la ley,
- c) No basta que el fin perseguido sea lícito y de interés general, sino que es necesario, además, que entre en la competencia del agente que realiza el acto,
- d) Pero aún siendo lícito el fin del interés público y dentro de la competencia del agente, no puede perseguirse sino por medio de los actos que la ley ha establecido al efecto.

Respecto a este punto no puede existir facultad discrecional, toda vez que es la propia Ley Federal de Procedimiento Administrativo la que lo excluye, así en su artículo 3º fracción III determina:

III.- Cumplir con la finalidad de interés público regulado por las normas en que se concreta, sin que puedan perseguirse otros fines distintos".

6.- Como último elemento del acto administrativo, se hará referencia a la **FORMA**.

La forma es, finalmente la exteriorización de la voluntad de la Administración Pública.

En la forma se integran todos los elementos extrínsecos que la ley señala como necesarios para la manifestación de la voluntad que genera la decisión administrativa.

La forma, en el Derecho Administrativo, tiene normalmente un carácter formal, la cual es importante para la existencia de los actos administrativos; toda vez que constituye una garantía para los administrados sobre todo en aquellos actos en los que se perjudican intereses de los particulares.

Lo anterior, con fundamento en lo establecido por el artículo 16 Constitucional que señala: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de un mandamiento escrito de Autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento".

Por lo anterior, todo acto administrativo debe constar por escrito salvo en los casos en que dicha manifestación de la voluntad se haga en forma oral o material según lo establezca la propia ley.

Desde un punto de vista legal y con fundamento en el artículo 61 de la Ley Federal de Procedimientos Administrativos que entró en vigor el 1 de junio de 1995, la Autoridad administrativa podrá emitir el acto administrativo sin sujetarse a los requisitos y formalidades del procedimiento administrativo previsto por la ley, siempre que exista una situación de emergencia o urgencia.

ARTICULO 61 .-"En aquellos casos en que medie una situación de emergencia o urgencia, debidamente fundada y motivada, la Autoridad competente podrá emitir el acto administrativo sin sujetarse a los requisitos y formalidades del procedimiento administrativo previstos en esta ley, respetando, en todo caso, las garantías individuales".

Como se puede apreciar del artículo anterior, si existe facultad discrecional toda vez que la autoridad competente podrá determinar si el acto administrativo lo exterioriza en forma distinta a las establecidas, dependiendo si existe una situación de emergencia o urgencia.

Reforzando las ideas anteriormente señaladas y desde un punto de vista legal, encontramos el fundamento de lo anterior en la propia Ley Federal de Procedimiento Administrativo que establece cuales son los elementos y los requisitos para la expedición de los actos en Derecho Administrativo:

Artículo 3º.- " Son elementos y requisitos del acto administrativo:

- I.- Ser expedido por órgano competente, a través de servidor público, y en caso de que dicho órgano fuere colegiado, reúna las formalidades de la ley o decreto para emitirlo;
- II.- Tener objeto que pueda ser materia del mismo; determinado o determinable; preciso en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar y previsto por la ley;
- III.- Cumplir con la finalidad de interés público regulado por las normas en que se concreta, sin que puedan perseguirse otros fines distintos;
- IV.- Hacer constar por escrito y con la firma autógrafa de la Autoridad que lo expida, salvo en aquellos casos en que la ley autorice otra forma de expedición;
- V.- Estar fundado y motivado;
- VI.- Estar fundado y motivado debidamente;
- VII.- Ser expedido sujetándose a las disposiciones relativas al procedimiento administrativo previstas en esta ley;
- VIII.- Ser expedido sin que medie error sobre el objeto, causa o motivo, o sobre el fin del acto;
- IX.- Ser expedido sin que medie dolo o violencia en su emisión;
- X.- Mencionar el órgano del cual emana;
- XI.- Ser expedido, en su caso, por órgano colegiado habiéndose satisfecho los requisitos exigidos por la ley o decreto, según sea el caso, para la expedición del acto;
- XII.- Ser expedido sin que medie error respecto a la referencia específica de identificación del expediente, documentos o nombre completo de las personas;
- XIII.- Ser expedido señalando el lugar y fecha de emisión;
- XIV.- Tratándose de actos administrativos deban notificarse deberá hacerse mención de la oficina en que se encuentra y puede ser consultado el expediente respectivo;
- XV.- Tratándose de actos administrativos recurribles deberá hacerse mención de los recursos que procedan, y;
- XVI.- Ser expedido diciendo expresamente todos los puntos propuestos por las partes o establecidos por las leyes.

Con esto último se termina lo correspondiente a los elementos del acto administrativo, no sin mencionar que no basta la competencia de los servidores públicos para que puedan actuar, sino también, es importante que el motivo y la apreciación que haga la propia administración sea conveniente y oportuna con la realidad y con las necesidades del interés público pues, de lo contrario, existirá una desviación del poder constituyendo así una causa de nulidad y anulabilidad del acto, como se expondrá en el Capítulo siguiente.

3.4. ACTO OBLIGATORIO, REGLADO O VINCULADO, ACTO DISCRECIONAL Y ACTO TÉCNICO.

En este apartado se tratará de definir y explicar lo que se entiende por acto obligatorio el cual también es llamado por la doctrina como Acto Reglado o Vinculado, así como lo que se entiende por acto discrecional y por acto técnico.

El primero de los citados, es decir, el *acto obligatorio* es aquel que la ley otorga y exige imperativamente a los órganos administrativos y cuyo cumplimiento es una obligación ineludible.

En la Doctrina también se le conoce como Acto Reglado o Vinculado en el sentido de que toda actuación de la Administración Pública está regulada por una ley que la vincula, necesariamente, a cumplir con la disposición de Derecho sin dejar a la Administración una libre apreciación para decidir si actúa o se abstiene respecto de la manifestación de voluntad.

Por otra parte la facultad discrecional, que fue aceptada casi como absoluta por los teóricos desde el siglo XIX, tiene su fundamento lógico-jurídico en que es imposible abarcar toda la realidad jurídica en uno o varios cuerpos legales, es por ello que el legislador, al crear la norma jurídica, precisa y deja a la Administración una libre apreciación de su actuación o bien, del contenido que le dé al acto administrativo.

A continuación, se analizarán dos definiciones de lo que es la facultad discrecional.

El Maestro Fraga, en palabras de Bonnard, establece: " Hay poder discrecional para la Administración cuando la ley o el reglamento, previendo para la Administración cierta competencia en ocasión de una relación de derecho con un particular, dejan a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe de obrar o abstenerse, en qué momento debe obrar, cómo debe obrar y qué contenido va a dar a su actuación. El poder discrecional consiste, pues, en la libre apreciación dejada a la Administración, para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer". (47)

Por otro lado el Maestro Acosta Romero, define a la discrecionalidad en los siguientes términos: la discrecionalidad "consiste en la facultad que tienen los órganos del Estado para determinar, su actuación o abstención, y si deciden actuar, que límite le darán a su actuación, cuál será el contenido de la misma; es la libre apreciación que se dá al órgano de la Administración Pública con vistas a la oportunidad, la necesidad, la técnica, la equidad o razones determinadas, que puede apreciar circunstancialmente en cada caso, todo ello, con los límites consignados en la ley" (48).

Ambos autores coinciden en los siguientes puntos: el primero es la libre apreciación que la ley otorga a ciertos órganos de la Administración Pública.

(47) Cfr. Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. Op. Cit. supra nota (4) pp.101y 102.

(48) Cfr. Acosta Romero, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo. Op. Cit. supra nota (46) p.686

En segundo lugar, coinciden en que la ley no sólo otorga facultades de actuar y no actuar, sino además determina en que momento se debe de actuar, cómo se debe de actuar y que contenido se va a dar a la actuación.

Aunque el Maestro Gabino Fraga no establece directamente las finalidades de la facultad discrecional, el Maestro Acosta Romero se refiere a estas en los siguientes términos: "La finalidad puede ser mediata o inmediata; la mediata, invariablemente será cumplir con el interés general, en relación con la actividad concreta que realiza el Estado, a través del órgano que ejercita la facultad discrecional.

El fin inmediato será la satisfacción concreta y definida de la actividad pública" (49).

De esto último y para mejor comprensión, el Maestro Acosta Romero dá los siguientes ejemplos: una clausura, la imposición de una multa, el castigar una infracción o evitar la realización de actos perjudiciales a la sociedad.

Por último, cabe mencionar que las definiciones de los autores anteriormente citados son correctas toda vez que precisan en forma clara lo que debe de entenderse por la facultad discrecional.

(49) Cfr. Acosta Romero, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo. Op. Cit. supra nota (48) p.687

A continuación, se analizará el acto discrecional técnico.

La facultad discrecional técnica se dá cuando la propia ley señala que deben precisarse determinados datos técnicos, como pueden ser elementos de conocimiento, científicos o bien producto de la realidad, así por ejemplo se otorga facultad discrecional técnica a los servidores públicos respecto de si hay grado de confusión en la calificación que hacen de una marca, en los diseños industriales, en la calificación de lo novedoso de una obra intelectual en derechos de autor, etc.

3.5 LIMITES A LA FACULTAD DISCRECIONAL.

Es razonable pensar que todo acto de autoridad debe de tener límites, pues de lo contrario se estaría en el campo de la arbitrariedad, del poder arbitrario, que no es sino la voluntad personal del titular de un órgano que actúa impulsado por sus caprichos, deseos, preferencias, etc. lo cual no tiene nada que ver con los fines de la discrecionalidad.

Es por tanto que aun la libre apreciación que se deja a la Administración Pública debe de tener una limitante.

Al respecto el Maestro Fraga establece, en forma indirecta, cuales son los límites de la facultad discrecional y que a mi juicio son los correctos en la doctrina administrativa.

Como se dijo en el párrafo inmediato anterior, no es sino de manera indirecta que el Maestro Fraga aborda el tema de los límites a la facultad discrecional, al señalar algunos lineamientos generales de cuando es admisible el otorgamiento de la facultad discrecional y cuando no.

Existen dos lineamientos que, para los fines del presente estudio, serán señalados como los límites a la discrecionalidad y los cuales son: en primer lugar las garantías personales que otorga nuestra Constitución y que deben de dar seguridad y certeza a ciertos actos que perjudican a los administrados. En segundo lugar, las consecuencias que impone la función misma de la facultad discrecional.

Desde el primer punto de vista, la Administración Pública debe de estar limitada respecto de todos aquellos casos que se refieren a las garantías personales, toda vez que sólo pueden ser afectadas por disposición expresa de la Ley.

Así lo establece el artículo 14 constitucional en su segundo párrafo: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los Tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho".

Este es el principal artículo que limita a la facultad discrecional respecto de las garantías personales, ya que obliga a dar certeza y seguridad a ciertos derechos de los administrados.

Asimismo, "si se otorgara una facultad discrecional al Ejecutivo respecto de esas garantías, se produciría el resultado de que la Administración sustituiría al Poder Legislativo"(50)

Es decir, la Administración facultada de un poder discrecional, estaría creando normas generales y abstractas, violando lo que se conoce como el principio de "la reserva de la Ley" en el sentido de la propia exclusividad que la propia Constitución otorga al poder encargado de crear normas generales y, que además, para su modificación y derogación, se deben seguir los mismos procedimientos que se utilizaron para su creación.

(50) Cfr. Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. Op. Cit. supra nota (4), p.101

Así entonces y resumiendo, la Administración debe de tener competencia fundada en una ley, como se explicó en el apartado de la naturaleza de la facultad discrecional, pero no en todos los casos a que se refieren las garantías personales.

En segundo lugar y desde el punto de vista de las consecuencias que impone la función misma de la facultad discrecional, solamente se legitima la Discrecionalidad en aquellos casos en que sea necesario hacer "una apreciación técnica de los elementos que concurren a un caso determinado"(51) o bien el hacer equitativa una ley, ya que el principio de la aplicación estricta de una ley puede desvirtuar la justicia y la equidad.

También es importante considerar la conveniencia y la oportunidad que haga la Administración respecto a la ejecución de los actos que determinan situaciones jurídicas a casos individuales, ya que de lo contrario, actuaría en forma caprichosa sin ponderar si el acto que realiza es conveniente al interés general y si es oportuno dictar el acto administrativo.

Para ello tendrá no sólo que fundamentar su competencia, sino que también tendrá que hacer un juicio valiéndose de los elementos jurídicos y técnicos necesarios a fin de establecer que su actuación es legítima, que la motivación que haga de las apreciaciones técnicas de los elementos del acto y de los principios generales de Derecho sean lo suficientemente sólidos para que el interés particular quede mejor protegido.

(51) Cfr. Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. Op. Cit. supra nota (4) p. 102.

En resumen, por un lado debe de existir certeza y seguridad de los administrados en el sentido de que la competencia de la facultad discrecional esté establecida en una ley formal y materialmente legislativa, sobre todo tratándose de las Garantías Personales; y, por otro lado, que la Discrecionalidad "sea estrictamente necesaria para evitar en sacrificio de los intereses públicos esenciales"(52).

(52) Cfr. Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. Op. Cit. supra nota (4), p.102.

3.6 CONSTITUCIONALIDAD DE LA FACULTAD DISCRECIONAL.

En nuestro sistema Constitucional no existe un precepto que hable expresamente de la facultad discrecional, y que, a manera de listado, faculte a los poderes del Estado.

De ahí que se diga que la Discrecionalidad tiene su fundamento unicamente en las leyes secundarias o reglamentarias.

Esto no significa que la facultad no sea constitucional, sino por el contrario, se puede apreciar que en nuestra Carta Magna existen numerosas facultades discrecionales.

A manera de ejemplo, se citaran algunos artículos de la Constitución donde existe el fundamento de la facultad discrecional.

ARTICULO 3.- Que trata la materia educativa y queda a discreción de la Autoridad competente el que los particulares puedan impartir educación, así como el reconocimiento oficial de validez a los estudios que se realicen en planteles particulares.

ARTICULO 11.- El ejercicio del derecho de entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudarse, estará subordinado por la Autoridad Administrativa en los casos que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y seguridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos que residan en el país.

ARTICULO 16.- La Autoridad Administrativa podrá practicar visitas domiciliarias unicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos santiarios y de policia.

ARTICULO 25.- Corresponde al Estado la rectoria del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático.

ARTICULO 27.- En materia de expropiación, modalidades a la propiedad privada que dicte el interés público, regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, etc.

ARTICULO 29.- En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República y con aprobación del Congreso de la Unión y, en los rescesos de éste de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales.

ARTICULO 33.- Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo I, Título Primero de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad de hacer abandonar el territorio nacional,

inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

ARTICULO 71. - El derecho de iniciar leyes o decretos compete:

I.- Al Presidente de la República.

ARTICULO 89. - Las facultades del Presidente son las siguientes:

VI.- Disponer de la totalidad de la fuerza armada permanente, o sea del ejército terrestre, de la Marina y Fuerza Aérea para la seguridad interna y defensa externa de la Federación.

VII.- Disponer de la Guardia Nacional para los mismos objetos que la fracción anterior.

VIII.- Declarar la Guerra en nombre de los Estados Unidos Mexicanos, etc.

ARTICULO 131. - El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso para aumentar, disminuir, suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio Congreso, y para crear otras, así como para restringir las importaciones, exportaciones, etc.

A continuación se estudiará el último de los capítulos del presente trabajo que se refiere " Al abuso de la facultad discrecional".

CAPITULO IV

ABUSO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL

4.1. CONSECUENCIAS EN EL ABUSO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL.

A manera de introducción, se puede decir que el abuso de la facultad discrecional se presenta cuando la Autoridad Administrativa actúa impulsada por sus deseos o caprichos, lo que provoca que exista un abuso de autoridad, que para la Doctrina Administrativa es conocido como "desvío de poder".

Las consecuencias en el abuso de la facultad discrecional, pueden estudiarse desde dos puntos de vista; el primero, se refiere a los efectos del acto mismo, en tanto que el segundo, hace referencia a la responsabilidad del servidor público que dictó el acto.

Respecto del primer punto de vista, es decir, el que se refiere a los efectos del acto mismo, se puede decir que el abuso en el ejercicio de la facultad discrecional hace que el acto sea nulo o anulable.

La Ley Federal de Procedimientos Administrativos, publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 4 de agosto de 1994, vigente a partir del 1º de junio de 1995, determina en su Título Segundo el Régimen Jurídico de los Actos Administrativos, la nulidad y anulabilidad del acto administrativo, así como su eficacia.

Es importante resaltar que esta Ley es de aplicación supletoria a las diversas leyes administrativas, y obligatoria en todas aquellas disposiciones que se opongan a lo establecido en las mismas, según lo señala el artículo 2º y Segundo Transitorio de la Ley mencionada.

Así entonces, el artículo 3º del Capítulo Primero establece:

DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Artículo 3º.- " Son elementos y requisitos del acto administrativo:

- I.- Ser expedido por órgano competente, a través de servidor público, y en caso de que dicho órgano fuere colegiado, reuna las formalidades de la ley o decreto para emitirlo;**
- II.- Tener objeto que pueda ser materia del mismo; determinado o determinable; preciso en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar y previsto por la ley;**
- III.- Cumplir con la finalidad de interés público regulado por las normas en que se concreta, sin que puedan perseguirse otros fines distintos;**
- IV.- Hacer constar por escrito y con la firma autógrafa de la Autoridad que lo expida, salvo en aquellos casos en que la ley autorice otra forma de expedición;**
- V.- Estar fundado y motivado;**
- VI.- Estar fundado y motivado debidamente;**
- VII.- Ser expedido sujetándose a las disposiciones relativas al procedimiento administrativo previstas en esta ley;**
- VIII.- Ser expedido sin que medie error sobre el objeto, causa o motivo, o sobre el fin del acto;**
- IX.- Ser expedido sin que medie dolo o violencia en su emisión;**
- X.- Mencionar el órgano del cual emana;**

XI.- Ser expedido, en su caso, por órgano colegiado habiéndose satisfecho los requisitos exigidos por la ley o decreto, según sea el caso, para la expedición del acto;

XII.- Ser expedido sin que medie error respecto a la referencia específica de identificación del expediente, documentos o nombre completo de las personas;

XIII.- Ser expedido señalando el lugar y fecha de emisión;

XIV.- Tratándose de actos administrativos deban notificarse deberá hacerse mención de la oficina en que se encuentra y puede ser consultado el expediente respectivo;

XV.- Tratándose de actos administrativos recurribles deberá hacerse mención de los recursos que procedan, y;

XVI.- Ser expedido diciendo expresamente todos los puntos propuestos por las partes o establecidos por las leyes.

El Capítulo Segundo se refiere a la nulidad y anulabilidad del acto administrativo y en su artículo 5º establece que en caso de omisión o irregularidad de los elementos y requisitos del artículo 3º, transcrito anteriormente, hace que el acto sea nulo o anulable según sea el caso.

ARTICULO 5.- "La omisión o irregularidad de los elementos y requisitos exigidos por el artículo 3 de esta ley, o por las leyes administrativas de las materias de que se trate, producirán, según sea el caso, nulidad o anulabilidad del acto administrativo"

A su vez, la omisión o irregularidad de las fracciones I a la XI del artículo 3º, produce la nulidad del acto y sus efectos se determinan en el artículo 6º de la ley en comento.

ARTICULO 6.- "...El acto administrativo que se declare jurídicamente nulo será inválido; no se presumirá legítimo ni ejecutable; será subsanable sin perjuicio de que pueda expedirse un acto nuevo. Los particulares no tendrán obligación de cumplirlo y los servidores públicos deberán hacer constar su oposición a ejecutar el acto, fundando y motivando tal negativa. La declaración de nulidad producirá efectos retroactivos.

En caso de que el acto se hubiere consumado, o bien, sea imposible de hecho o de derecho retrotraer sus efectos, sólo será lugar a la responsabilidad del servidor público que lo hubiere emitido u ordenado".

El artículo 7º determina que la omisión o irregularidad de los elementos y requisitos del multicitado artículo 3º en sus fracciones XII a XVI, produce la anulabilidad del acto.

Los efectos jurídicos que genera el acto anulable son:

- 1.- Se considerará válido,
- 2.- Gozará de presunción de legitimidad y ejecutividad,
- 3.- Será subsanable por lo órganos administrativos mediante el cumplimiento de los elementos y requisitos omitidos,
- 4.- Tanto los servidores públicos como los administrados, tendrán obligación de cumplirlos,
- 5.- Tiene efectos retroactivos.

Por último y para los fines del presente trabajo, el Capítulo Tercero habla de la eficacia del acto administrativo, el cual en su artículo 8º determina:

Artículo 8.- "El acto administrativo será válido hasta en tanto su invalidez no haya sido declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según sea el caso".

En seguida, se analizará el segundo punto de vista del abuso de la facultad discrecional: la responsabilidad de los servidores públicos que dictan el acto administrativo discrecional.

4.2. RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PUBLICOS.

La responsabilidad de los servidores públicos se encuentra regulada en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1982.

Dicho ordenamiento contiene un Título especial dedicado a las responsabilidades administrativas el cual se analizará a continuación.

De conformidad con el artículo 46 del ordenamiento legal que se estudia, incurrn en responsabilidad administrativa los servidores públicos mencionados en el artículo 2º de la misma ley los cuales son los representantes de elección popular, los miembros de los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados y en general toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, los Gobernadores de los Estados, los Diputados a las Legislaturas Locales, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales y los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, en su caso. (Artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

También son considerados por el artículo 2º de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, como sujetos de esta ley a todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos económicos Federales.

Asimismo, el artículo 47 establece que:

"Todo servidor público tendrá las siguientes obligaciones, para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben ser observadas en el desempeño de su empleo, cargo o comisión y cuyo incumplimiento dará lugar al procedimiento y a las sanciones que correspondan, sin perjuicio de sus derechos laborales, así como de las normas específicas que al respecto rigen en el servicio de las fuerzas armadas".

A manera de comentario es importante señalar que este artículo contempla una serie de supuestos de los cuales puede derivarse responsabilidad administrativa respecto de los sujetos anteriormente señalados; sin embargo, y para los propósitos de este apartado, considero que existe desvío de poder fundado en una facultad discrecional, únicamente en la fracción I que señala:

Fracción I.- "Cumplir con la máxima diligencia el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio o implique abuso o ejercicio indebido de un empleo, cargo o comisión".

4.3. SANCIONES

Una vez examinados los probables supuestos de los abusos en el ejercicio de una facultad discrecional, a continuación se analizarán las sanciones administrativas a las que los servidores públicos pueden hacerse acreedores.

Lo referente a las sanciones se encuentra regulado en la multicitada Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos en el capítulo II del Título Tercero intitulado "Sanciones administrativas y procedimientos para aplicarlas".

El artículo 53 del ordenamiento en estudio, establece:

"Las sanciones por falta administrativa consistirán en :
I.- Apercibimiento privado o público;
II.- Amonestación privada o pública;
III.- Suspensión;
IV.- Destitución del puesto;
V.- Sanción económica; y
VI.- Inhabilitación temporal para desempeñar empleos.

Cuando la inhabilitación se imponga como consecuencia de un acto u omisión que implique lucro o cause daños y perjuicio, será de un año hasta diez años si el monto de aquellos no excede de doscientas veces el salario mínimo mensual vigente en el Distrito Federal, y de diez a veinte años si excede de dicho límite. Este último plazo de inhabilitación, también será aplicable por conductas graves de los servidores públicos.

Para imponer una o varias sanciones administrativas la Autoridad facultada para analizar los hechos deberá tomar en consideración los elementos que establece el artículo 54 que a la letra dice:

"Las sanciones administrativas se impondrán tomando en cuenta los siguientes elementos:

- I.- La gravedad de la responsabilidad en que se incurra y la conveniencia de suprimir prácticas que infrinjan, en cualquier forma, las disposiciones de esta ley o las que se dicten con base en ella;**
- II.- Las circunstancias socio-económicas del servidor público;**
- III.- El nivel jerárquico, los antecedentes y las condiciones del infractor;**
- IV.- Las condiciones exteriores y los medios de ejecución;**
- V.- La antigüedad del servicio;**
- VI.- La reincidencia en el incumplimiento de obligaciones, y**
- VII.- El monto del beneficio, daño o perjuicio económicos derivados del incumplimiento de obligaciones.**

Con lo anterior, se dá por concluido todo lo relativo al capítulo IV "Abuso de la Facultad Discrecional" después de haber hecho un análisis general de los lineamientos legales que regulan la materia en comento.

Con esto último, se pone fin al análisis del presente trabajo.

CONCLUSIONES

1.- La primera conclusión a la que se puede llegar después de realizado este trabajo es que la facultad discrecional es el medio por el cual la Administración Pública Federal Centralizada cumple la finalidad de las atribuciones del Estado mediante la actividad administrativa.

2.- La segunda conclusión que se puede formular es que tanto la doctrina como la legislación no le dan a la facultad discrecional la importancia que merece y sin embargo, en muchos de los casos la actuación de la Administración Pública Centralizada se lleva a cabo fundada y motivada en dicha facultad.

3.- Desde un punto de vista legal, es lógico y razonable aceptar que el legislador al momento de crear una ley faculte a la Administración para que ésta determine si es oportuno y conveniente emitir un acto administrativo que no puede preverse a priori, toda vez que la realidad en materia administrativa rebasa al Derecho Administrativo.

4.- Bajo el principio de que de la aplicación estricta de una ley se pueden ocasionar injusticias, es aceptado facultar a la administración de un ámbito de competencia para que determine, en forma fundada y motivada, su libre actuación así como el contenido que le dará a la misma sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución, en las leyes, en la justicia, la equidad, en los principios generales de Derecho y en el interés general.

5.- Para dar seguridad y certeza a los derechos de los administrados es necesario regular la facultad discrecional en forma clara y precisa sin dejar lagunas dentro de la legislación que al efecto se aplique, así como para evitar los posibles abusos que, con fundamento en dicha facultad, se pueden llegar a suscitar.

6.- Finalmente, el propósito del presente trabajo ha sido el estudiar un tema de tanta importancia como lo es la facultad discrecional, la cual ha quedado, prácticamente, en el olvido por parte de los Teóricos del Derecho Administrativo, ocasionando así, que dicho tema sea poco estudiado dentro de las aulas de enseñanza del Derecho Administrativo.

En efecto, lo anterior no permite la actualización y la adecuación a la realidad de los textos jurídicos, así como de la legislación existente.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Acosta Romero, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo. Ed. Porrúa, 8ª edición, México, 1988.
- 2.- Bazdresch, Luis. Garantías Constitucionales. Ed. Trillas, 4ª edición, México, 1990.
- 3.- Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Ed. Porrúa, 11ª edición, México, 1989.
- 4.- Boquera Oliver, José María. Derecho Administrativo. Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, 4ª edición, Madrid, España, 1983.
- 5.- Díez, Manuel María. Derecho Administrativo. Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, Argentina, 1971.
- 6.- D'ors, Alvaro. Derecho Privado Romano. Ed. Eunsa, 6ª edición, España, 1986.
- 7.- Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. Ed. Porrúa, 30ª edición, México, 1991.
- 8.- García de Enterría, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo, tomo I, Ed. Civitas, Madrid, España, 1982.

9.- García Oviedo, Carlos. Derecho Administrativo. Ed. Librería de Victoriano Suárez, Madrid, España, 1943.

10.- García Trevijano Fos, José Antonio. Tratado de Derecho Administrativo. tomo II, Ed. Edersa, 3ª edición, Madrid, España, 1971-1974.

11.- Pettit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Ed. Porrúa, 6ª edición, México. 1990.

12.- Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. Ed. Porrúa, 14ª edición, México, 1992.

13.- Tena Ramírez, Felipe. Leyes Fundamentales de México 1808-1989. Ed. Porrúa, 14ª edición, México, 1989.

14.- Zanobini, Guido. Curso de Derecho Administrativo. Ed. Araya, Buenos Aires, Argentina, 1954.

15.- Zippelius, Reinhold. Teoría General del Estado. Ed. Porrúa, 2ª edición, México, 1989.

16.- García-Pelayo y Gross, Ramón. Pequeño Larousse Ilustrado. Ediciones Larousse, México, 1991.

17.- Código Civil para el Distrito Federal. Ed. Porrúa, México, 1995.

18.- Código Penal para el Distrito Federal. Ed. Porrúa, 54ª edición, México, 1995.

19.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ed. Porrúa, 108ª edición, México, 1995.

20.- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Ed. Sista, S.A. DE C.V., México, 1995.

21.- Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, Ed. Porrúa, 33ª edición, México, 1995.

22.- Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado Reglamentaria del Apartado B) del artículo 123 Constitucional. Ed. Porrúa, 33ª edición, México, 1995.

23.- Ley Federal de Procedimientos Administrativos. Diario Oficial de la Federación del 4 de agosto de 1994.