

488
21



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

CAMPUS "ARAGON"

LA DISCRECIONALIDAD EN LAS FUNCIONES DE
LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA EN MEXICO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
JAIME SOTO PINEDA

ASESOR: LIC. JANETTE YOLANDA MENDOZA GANDARA

SAN JUAN DE ARAGON, EDO. DE MEX.

1997.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**GRACIAS : A DIOS, MI SEÑOR...
POR HACERME INSTRUMENTO
DE TU PAZ.**

**POR PERMITIRME REALIZAR
UNA DE MIS METAS**

**NO SERAN TANTOS
LOS DIAS DE MI VIDA
PARA AGRADECERTELO...**

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO, CAMPUS ARAGON,
POR HABERME AUSPICIADO EN SUS AULAS
Y PERMITIRME EL CONOCIMIENTO
PARA UNA FORMACION PROFESIONAL.**

A MIS PROFESORES

**MI MAS SINCERA E INTENSA GRATITUD
POR LAS ENSEÑANZAS QUE DE ELLOS HE RECIBIDO.**

**MI AGRADECIMIENTO A LA LICENCIADA JANETTE YOLANDA
MENDOZA GANDARA, POR SU VALIOSA COLABORACION,
POR EL ASESORAMIENTO PARA LA ELABORACION
DE ESTE TRABAJO, POR SER UNA EXCELENTE
PERSONA Y PROFESIONAL.**

A MI HONORABLE SINODO

**LIC. RAUL ESPINOZA
LIC. JANETTE Y. MENDOZA GANDARA
LIC. LEOPOLDO GARCIA BERNAL
LIC. SILVERIO NOCHEBUENA TELLO
LIC. ARTURO SANCHEZ OCHOA**

A MIS PADRES

**POR DARME LA CONFIANZA, EL CONOCIMIENTO
DE LA VIDA, EL AFECTO QUE SE DEBE DAR
A UN HIJO.**

**GRACIAS POR EL APOYO Y RESPETO QUE ME BRINDAN
DESEANDO QUE ESTO SEA UNA PEQUEÑA
RETRIBUCION A TODO LO QUE ME HAN
DADO Y HECHO POR MI.**

**VENANCIO SOTO LEON
ADELA PINEDA DE SOTO**

LOS QUIERO...

**A LA MEMORIA DE LOS QUE ME PRECEDIERON
MIS ABUELAS QUE ME ENSEÑARON LA
SUPREMA DICHA DE SER Y DE DAR**

**LUCIA SOTO
GUADALUPE PERALTA**

**DONDE QUIERA QUE SE ENCUENTREN,
CON CARÑO**

**A MI ABUELITA, QUE AUN LIDIA CON NOSOTROS
Y ES UN PILAR IMPORTANTE QUE
SOSTIENE NUESTRAS VIDAS**

ROSA GONZALEZ PERALTA

G R A C I A S .

A MIS HERMANOS

**POR BRINDARME SU APOYO Y CARINO INCONDICIONAL
EN TODOS LOS MOMENTOS DE MI VIDA**

**MARCE
JUAN CARLOS
ALMA RUTH
SAUL
NOE**

UN VOTO DE UNION Y SUPERACION

A MIS CUÑADOS

COMO UNA MUESTRA DE MI AMISTAD Y ESTIMA

**ENEIDA NUÑEZ
EVA MATUS
JAIME RICO**

A MIS SOBRINOS

**POR HACERME SENTIR LO QUE TAMBIEN ES SER UNO DE LOS GUIAS DE
SUS PRIMEROS SUEÑOS... PORQUE DIA A DIA SE SUPEREN Y ALGUN DIA
USTEDES ME DEN LA MISMA SATISFACCION QUE HOY RECIBEN**

**MITZU BRITANI
MARVIN YAHIR
KEVIN EDWIN Y
EL QUE VIENE EN CAMINO**

A MIS PRIMOS Y TIOS

**POR SUS SABIOS CONSEJOS Y POR ESA ALEGRIA
Y ANIMO DE SUPERACION QUE TRANSMITEN**

**ENRIQUETA, LUIS, JOSE ANGEL
LUISITO, ANA LAURA, CUQUE
RAUL, SERGIO...**

**POR SU APOYO INCONDICIONAL, POR SER EXCELENTE PERSONA,
PROFESIONAL Y AMIGA DE GRAN CORAZON QUE HA SIDO DETERMINANTE
PARA MI**

CLAUDIA GUADALUPE MARTINEZ VAZQUEZ

GRACIAS INFINITAMENTE.

**A LA COMPAÑERA DE LABOR, A LA AMIGA QUE ME
BRINDA SU AMISTAD Y AYUDA
INCONDICIONAL**

**LORENA FRANCO
UN VOTO DE AMISTAD**

A FERROCARRILES NACIONALES DE MEXICO
A LA GERENCIA DE ADMINISTRACION DEL PATRIMONIO INMOBILIARIO
AL DEPARTAMENTO DE INVENTARIOS

**AL SEÑOR GUILLERMO ENCINAS LAZCANO, AL C.P. HECTOR JAVIER
RODRIGUEZ CORDOVA, ASI COMO AL ING. GABRIEL ANGEL TRUJILLO
PINEDA.**

**A QUIENES DESEO HACER PATENTE MI AGRADECIMIENTO POR LA
CONFIANZA DEPOSITADA EN ESTE SERVIDOR, POR PERMITIRME LABORAR
A SU LADO, SIENDO ESTE UN MOTIVO QUE A LA PAR CON MI DESEO DE
SUPERACION, HAN PERMITIDO LA REALIZACION DE UNA DE MIS TANTAS
METAS**

CON RESPETO A MIS SUPERIORES

A MIS AMIGOS DE ESA LOCA ADOLESCENCIA

**NO SIEMPRE ES FACIL DAR LO QUE SE DEBE,
PERO LES AGRADEZCO SER
GRANDES AMIGOS.**

**AUNQUE PERMANEZCAN EN EL ANONIMATO
SIEMPRE ESTAN PRESENTES EN MIS
PENSAMIENTOS...**

A CLAUDIA Y ARMANDO RIVERA

**"QUIENES ALGUNA VEZ SONARON EN QUE
ALGUNO DE NOSOTROS ILUMINARIA EL
SUEÑO DE CONCLUIR UN PROYECTO
QUE INICIAMOS JUNTOS..."**

**UN VOTO DE AMISTAD DONDE QUIERA
QUE SE ENCUENTREN...**

**A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS DE
FERROCARRILES NACIONALES Y
DEL DEPARTAMENTO DEL
DISTRITO FEDERAL**

**GRACIAS POR COMPRENDER A ESTE
JOVEN CON SUEÑOS DE APRENDER
DE TODOS.**

**PARA TODOS MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS
PRESENTES Y FUTUROS...**

**UN VOTO DE CONFIANZA EN EL FUTURO
SUEÑO DE DAR ALGO**

I N D I C E

LA DISCRECIONALIDAD EN LAS FUNCIONES DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA EN MEXICO

INTRODUCCION..... I

CAPITULO PRIMERO

RESEÑA HISTORICA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA EN MEXICO

1. ORIGEN HISTORICO DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA EN MEXICO.....	2
2. CONCEPTO DE AUTORIDAD Y AUTORIDAD ADMINISTRATIVA.....	8
3. CARACTERISTICAS Y FUNCIONES DE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA.....	12
4. ACTO ADMINISTRATIVO.....	14

CAPITULO SEGUNDO

LA FACULTAD DISCRECIONAL, ANALISIS DE LOS PRINCIPALES ASPECTOS, TANTO DOGMATICOS COMO JURIDICOS

1. LA FACULTAD DISCRECIONAL.....	25
2. SU FUENTE.....	31
3. SU EJERCICIO.....	36
4. SUS LIMITES.....	37
5. LA FACULTAD REGLADA.....	44
6. DISTINCION ENTRE FACULTAD DISCRECIONAL Y FACULTAD REGLADA.....	45

CAPITULO TERCERO

LA FACULTAD DISCRECIONAL EN LA FUNCION ADMINISTRATIVA

1. LA FUNCION ADMINISTRATIVA.....	49
2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	56
3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA FACULTAD DISCRECIONAL.....	59
4. OPINION PERSONAL.....	62

CAPITULO CUARTO

CONTROL DE LA FACULTAD DISCRECIONAL, ARBITRARIEDADES

1. LA FACULTAD DISCRECIONAL. SU CONTROL	67
2. CONCEPTO DE ARBITRARIEDADES	74
3. ARBITRARIEDAD. ¿QUE ES DESVIO DE PODER?	79
4. DISTINCION ENTRE RESOLUCION DISCRECIONAL Y DECISION ARBITRARIA	83
5. ALGUNAS CAUSAS POR LAS QUE SE PRESENTA LA DECISION ARBITRARIA	87
6. OPINION PERSONAL	92
CONCLUSIONES	95
BIBLIOGRAFIA	99

I N T R O D U C C I O N

En nuestra legislación mexicana existe una codificación muy amplia y fundamental, así como reglamentación a las distintas normas, pero como en todo régimen normativo, los legisladores no determinan la solución a casos que son muy concretos en sí. Existen lagunas de Ley, lagunas que tienen que ser llenadas para dar solución al caso específico que se presente. La generalidad de nuestra legislación así como su amplitud, no determinan tales soluciones, y es por eso que en nuestro régimen existe un margen otorgado a las autoridades, un margen de libertad en su actuar, un poder de libre apreciación, de evaluación sobre el contenido de sus actos o acciones dentro de lo que es su actividad; todo esto apegado a un marco legal, un marco que al ser trazado por nuestros legisladores permite que la autoridad administrativa pueda, al cumplir con sus funciones, actuar libremente en cada caso en el que se presente la generalidad de la Ley para resolver un caso en particular. Esto es, cuando la Ley o el reglamento, previendo para la administración cierta competencia en relación de derecho con un particular, dejan a la administración un poder de libre apreciación para decidir si debe obrar u abstenerse, en que momento va a obrar, como deberá hacerlo, si es oportuno o no, todo esto a raíz de la existencia de preceptos indeterminados que provienen del legislador y que traen consigo la generalidad de la Ley.

Es así, que en el Capítulo Primero de esta Tesis presentamos un estudio de la autoridad en general y en particular de la administrativa, cuya función como ente que se deriva del Poder Ejecutivo, es la aplicación y ejecución de la Ley en la resolución de casos de los cuales la misma legislación prevé una solución y de la resolución asimismo de casos concretos en los que la Ley, por su generalidad, no plantea solución alguna, pero da un margen a la autoridad para que ésta evalúe y resuelva. Es en este sentido que en el Segundo Capítulo hablamos de ese margen, de esa facultad discrecional, motivo por el cual expondremos diversos aspectos de ésta, de como nace al existir la generalidad de la Ley y al otorgar, la misma legislación, la facultad para que la propia autoridad la aplique y ejerza. En este Segundo Capítulo se muestran los aspectos tanto dogmáticos como jurídicos de la facultad discrecional, sus límites, así como su diferenciación con otras figuras como la facultad reglada. Dando pie a la exposición del Tercer Capítulo que nos exhibe, tanto la facultad discrecional dentro de la función administrativa, como el principio de legalidad, el cual nos menciona que todo fallo o resolución que se emita, deberá encuadrarse dentro de los lineamientos establecidos por nuestra legislación; este Capítulo menciona la relación del principio de legalidad con facultad discrecional, dando lugar al Cuarto Capítulo, el cual integra esas figuras que se presentan cuando el fallo emitido por alguna autoridad no se encuadra dentro del ámbito legal; cuando su fallo obedece no a las necesidades de la colectividad, sino a un capricho del propio juzgador, o la resolución que se presenta es excesiva y va más allá de lo contemplado por la propia legislación, así como diversas causas

por las cuales se emiten fallos o resoluciones por parte de la autoridad administrativa, que provoca el abuso o desvío del poder, la arbitrariedad que se da en diversas situaciones en que la legislación no contempla solución y deja al juzgador un margen de libre evaluación.

C A P I T U L O P R I M E R O

RESEÑA HISTORICA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA EN MEXICO

1. **ORIGEN HISTORICO DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA EN MEXICO.**
2. **CONCEPTO DE AUTORIDAD Y AUTORIDAD ADMINISTRATIVA.**
3. **CARACTERISTICAS Y FUNCIONES DE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA.**
4. **ACTO ADMINISTRATIVO.**

CAPITULO PRIMERO

RESEÑA HISTORICA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA EN MEXICO

1. ORIGEN HISTORICO DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA EN MEXICO

Através del desarrollo histórico de México, ha surgido la necesidad de conformarse una Sociedad en donde exista la dirección o guía de ésta, esa función recae sobre determinados integrantes quienes conforman la "Autoridad", de esta forma el individuo agrupado cede el ejercicio del poder del que es originario a sus representantes, creando así nuevas formas de organización, convivencia y cooperación colectiva.

A continuación, de manera particular, hablaremos de las diversas formas en que se presentaba la función de la Autoridad y como consecuencia de ésta, el surgimiento de la autoridad administrativa en las etapas históricas más importantes de México.

La autoridad, en la Epoca Prehispánica, estaba representada por el Rey, quien ejercía el Poder Supremo con facultades ilimitadas, quien a su vez estaba apoyado por otras autoridades de menor jerarquía como son los Sacerdotes, los Nobles y el Consejo de Ancianos, quienes tenían funciones religiosas, militares y de representación, respectivamente.

En esta etapa, las funciones administrativas no se encontraban definidas, ya que las funciones de autoridad en general eran ejercidas por el Rey con el apoyo de los Sacerdotes y demás Autoridades.

En la Epoca Colonial encontramos que la máxima autoridad era el Rey, quien ejercía sus funciones desde España y en la Nueva España la autoridad máxima era el Virrey, quien estaba apoyado por otras autoridades independientes de éste y directamente responsables ante la Corona como eran los adelantados, los capitanes generales y presidentes.

El Virrey era la máxima autoridad en la Colonia como representante del Monarca, era jefe de todas las grandes secciones de la administración colonial, en lo militar era el Capitán General; de la política y administración era el Gobernador del Reino Colonial; en lo judicial era el Presidente de la Audiencia; en lo religioso como el Vicepatrono de la Iglesia; en lo fiscal como Superintendente de la Real Hacienda. Las mayores atribuciones fueron militares y político administrativas. (1)

La Epoca Colonial es una etapa importante puesto que se presenta la visión de funciones de la autoridad, entre éstas la administrativa, la cual recae sobre el Virrey, quien tomaba decisiones que generalmente resultaban arbitrarias, ilimitadas y en muchos casos

1) SERRA ROJAS, Andrés. *Trayectoria del Estado Mexicano. Décima Edición.* Editorial Porrúa. México. 1991. pp. 55 y 56.

ampliamente discrecionales. Es en esta época en donde encontramos las limitantes a las disposiciones de la autoridad, en este caso del Virrey. Una de las limitantes es la Audiencia, quien tenía facultades para protestar formalmente contra ellas, ante el Virrey. Si el Virrey insistiera en su actitud, la Audiencia podía apelar ante la Corona, pero en tal caso sólo raras veces se suspendía entre tanto la ejecución de la decisión virreynal en cuestión.

Las Audiencias fueron sobre todo Tribunales de Justicia, pero desempeñaron funciones administrativas y políticas, eran Tribunales Regionales para los ramos civil y criminal, fungían como Tribunales Administrativos y como Gobernadores, cuando faltando el Virrey no había sido nombrado el sustituto, y como consejo o acuerdo del Virrey.

En forma jerárquica inferior al Virrey se encontraban los Gobernadores, con funciones semejantes a las de éste, aunque sólo en lo político y lo administrativo.

Los Corregidores o Alcaldes Mayores eran jefes gubernamentales y jueces superiores de sus pequeños Distritos. Como funcionarios gubernativos dependían del Virrey y como Jueces, de la Audiencia.

(2)

2) MARGADANT, Guillermo F. *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*. Editorial UNAM, México, 1971. p. 26.

En el período de transición de la época independiente al México actual, surgió la necesidad de preparar una Constitución para la nueva nación, por lo que el 14 de septiembre de 1813 Morelos publicó los "Sentimientos de la Nación", en 22 artículos. En este escrito se proclama la libertad de América; el monopolio del Catolicismo; la Soberanía Popular, depositada en tres poderes.

Posteriormente, en la Constitución de Apatzingán no sólo se establece la creación de los tres poderes, sino también la separación de los mismos, los cuales desde ese entonces hasta la actualidad son: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. El primero tiene como función la aplicación de las leyes que son creadas por el Poder Legislativo y el último se encarga de la vigilancia en la aplicación de las mismas.

Al consumarse la Independencia Nacional, el Emperador Iturbide era la máxima autoridad administrativa, quien a su vez se auxiliaba de cuatro grandes Secretarios de Estado: Relaciones Exteriores e Internas, Justicia y Negocios Eclesiásticos, Guerra, Marina y Hacienda.

Durante el gobierno de Santa Anna, el único que tenía poder de decisión y ejecución era él mismo, convirtiéndose en la máxima Autoridad Administrativa, se hacía llamar "Alteza Serenísima", siendo el "Amo de México", "El Jefe Máximo", y siempre se caracterizó por tener una actitud despótica, arbitraria y ambiciosa.

Obviamente las distintas situaciones y regímenes políticos que imperaban en nuestro país a lo largo del s. XIX, afectan la organización y atribuciones de las Autoridades Administrativas que conoce cierta estabilidad hasta el régimen porfirista.

Al triunfo de la Revolución Mexicana y bajo el imperio de la Constitución de 1917 el Estado Mexicano adopta un régimen claramente intervencionista y se compromete a proteger y promover las condiciones de vida de la población. Este esquema constitucional impondrá a la Autoridad Administrativa, encabezada por el Presidente de la República, un papel de importancia fundamental en atención a las necesidades sociales (3)

En la actualidad y de acuerdo a lo que establece la Ley Orgánica de la Administración Pública y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se consideran autoridades administrativas a los órganos del Estado que dependan directa o indirectamente del Poder Ejecutivo; tienen a su cargo toda la actividad estatal que no desarrollan los otros poderes; su acción siempre es continua y permanente y siempre persiguen el interés público.

En México, el Poder Ejecutivo es unipersonal y se deposita su ejercicio en el Presidente de la República quien es, al mismo tiempo, Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Jefe de la Administración Pública.

3) RIVES SANCHEZ, Roberto. *Elementos para un análisis Histórico de la Administración Pública Federal en México, 1821-1940*. Editorial INAP. México 1984. p. 80.

Así pues, además de la función administrativa el Ejecutivo mexicano desarrolla funciones de Gobierno de Estado. En consecuencia, la administración no es la única función del Ejecutivo, pero es exclusivamente responsabilidad del Ejecutivo.

Es de esta manera que la Autoridad Administrativa como parte del aparato estatal se rige por el principio de estado de derecho y en virtud de su actividad se encuentra subordinada al mandato de la norma jurídica.

Conforme a las disposiciones legales aplicables, el Ejecutivo Federal se auxilia, para cumplir con sus funciones administrativas, de las Dependencias de la Administración Centralizada y las Entidades de la Paraestatal. En primer lugar encontramos a la Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República. Por otra parte, los Organismos Descentralizados, las empresas de participación estatal que integran la administración pública paraestatal.

Entre el Ejecutivo Federal y la Administración Centralizada existe una relación jerárquica que subordina a ésta al poder de aquél, lo que implica una serie de poderes: decisión, nombramiento, mando, revisión, vigilancia, disciplinario y para resolver conflictos de competencia. Estos poderes determinan una clara relación de supra a subordinación entre el Jefe de la Administración Pública y sus Dependencias.

Es así, que la Autoridad Administrativa se deposita en el Poder Ejecutivo, representado por el Presidente de la República quien a su vez se auxilia de los diversos órganos que dependen directa o indirectamente de él.

2. CONCEPTO DE AUTORIDAD Y AUTORIDAD ADMINISTRATIVA

CONCEPTO DE AUTORIDAD

A continuación haremos mención de algunos conceptos de autoridad presentados por diversos tratadistas:

"Autoridad es cualquier poder ejercido sobre un hombre o grupo humano y en general como cualquier control de las opiniones y de los comportamientos, singulares o colectivos a quien quiera que pertenezca." (4)

"Autoridad es el órgano estatal, investido de facultades de decisión o ejecución, cuyo desempeño, conjunto o separado, produce una creación, una extinción de situaciones en general jurídicas o tácticas, dadas dentro del Estado, su alteración o afectación todo ello en forma imperativa". (5)

4) *DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Editado por las Instituciones de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, 1983. p. 45*

5) *BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Garantías Individuales. Vigésimo segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1986. p. 75.*

"Cuando las facultades otorgadas a un órgano implican poder de decisión y ejecución, es decir la autorización para realizar actos de naturaleza jurídica que afecten la esfera de los particulares y la de imponer a éstos sus determinaciones, se tiene el concepto de autoridad". (6)

"Es la potestad legalmente conferida y recibida para ejercer una función pública. Para dictar el efecto resoluciones cuya obediencia es indeclinable bajo la amenaza de una sanción y la posibilidad legal de una ejecución o su ejecución forzosa en caso necesario. (7)

El vocablo autoridad tiene diversas acepciones, entre ellas, las siguientes:

- a) La fuerza jurídica que dimana de la Ley o de la costumbre.
- b) La fuerza lógica o científica que tienen las doctrinas de los jurisconsultos.
- c) La facultad o potestad de que goza alguna persona para hacer una cosa u ordenar algo.
- d) Persona o personas en que reside el poder público
- e) La potestad que tiene una persona sobre otra, como el padre sobre el hijo, el tutor sobre el pupilo, etc.

6) FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo. Décimo séptima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1977 p. 359.*

7) DE PINA VARA, Rafael. *Diccionario de Derecho. Décimo quinta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1980. p. 36.*

f) **La fuerza, valor, trascendencia de la cosa juzgada (8)**

Autoridad es el derecho legítimo de mandar, que tiene cada órgano del Estado, poder público (9)

Es de observarse que existen diversos conceptos de autoridad, los cuales son adoptados por reconocidos tratadistas. también existen conceptos de autoridad establecidos por los propios órganos del Estado, en este caso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual considera que dentro del concepto de autoridad se comprenden no sólo aquellos que tienen el carácter de Organos del Estado y se encuentran facultados para decidir y ejecutar sus resoluciones, sino como expresa en una de su sentencias " el término de autoridad comprende a todos aquellos que disponen de la fuerza pública y en virtud de circunstancias, ya legales de hecho y por lo mismo estén en posibilidad de obrar materialmente como individuos que ejercen actos públicos por el hecho de ser públicos los actos que se disponen al igual de la fuerza " (10)

Indistintamente, existen varios conceptos de autoridad, dando una opinión muy personal, a nuestro juicio, la autoridad es la persona u órgano que como ente jurídico, goza de facultades otorgadas por el

8) PALLARES, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Décimo octava Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1988. p. 38.

9) *DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ANAYA*. Editado por la Fundación Cultural TELEVISIA, AC. México, D.F. 1981. p. 16.

10) *JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION*. 1917. Sexta Epoca. Tes. 54. Segunda Sala, México, 1917. p. 115.

mismo hombre en sociedad o por la naturaleza misma para ejercer un poder de mando sobre un determinado grupo social.

CONCEPTO DE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA

Tras haber dado algunos conceptos de autoridad, será preciso definir en forma particular, a la Autoridad Administrativa, pues para el estudio del tema que nos ocupa será necesario que expongamos algunos conceptos de ésta.

Para el Derecho Administrativo, Autoridad Administrativa será "la persona física, trabajador de Estado, dotada por la Ley de poder público y que representa al Órgano Administrativo." (11)

Gabino Fraga afirma que: "cuando la competencia otorgada a un órgano administrativo implica la facultad de realizar actos de naturaleza jurídica que afecten la esfera de los particulares y la de imponer a éstos sus determinaciones es decir, cuando el referido Órgano está investido de facultades de decisión y ejecución, se está frente a una autoridad administrativa." (12)

Los órganos de la Administración que tienen el carácter de autoridad, pueden concentrar en sus facultades las de decisión y ejecución.

11) *DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO OB. CIT. p. 287.*

12) *FRAGA, Gabino. OB. CIT. p. 490.*

pero también puede suceder que sólo tengan la primera y la segunda se lleve a cabo por órgano diverso.

Las autoridades administrativas son las que tienen facultades administrativas y forman parte de la Administración Pública Federal. Dependen directamente del Poder Ejecutivo Federal y están conformados por órganos centralizados y desconcentrados y por excepción, descentralizados que tienen a su cargo atender imprescindibles necesidades públicas, organizadas en servicios administrativos generales o en la forma de servicios públicos. Asimismo tienen a su cargo la ejecución concreta de la Ley por medio de actos jurídicos o materiales.

"La administración pública es una entidad constituida por los diversos órganos del Poder Ejecutivo Federal (Autoridades Administrativas) que tienen por finalidad realizar las tareas sociales, permanentes y eficaces de interés social general, que la Constitución y las Leyes Administrativas señalan al Estado para dar satisfacción a las necesidades generales de una nación." (13)

3. CARACTERÍSTICAS Y FUNCIONES DE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA

De los conceptos de Autoridad Administrativa, se desprenden las características principales que se le atribuyen a esta autoridad

13) SERRA ROJAS, Andrés. *Derecho Administrativo. Novena Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1979. p. 55.*

Ahora bien, las características de Autoridad Administrativa son.

1. *Dependen directamente del Poder Ejecutivo*
2. *Son órganos administrativos*
3. *Está investida de facultades de decisión y de ejecución.*
4. *Realiza funciones administrativas que comprenden los actos y hechos administrativos.*

En cuanto hace a las funciones de la Autoridad Administrativa, se puede decir que las atribuciones del Poder Ejecutivo ni son sólo de Gobierno ni sólo de Administración, pues realiza funciones políticas y administrativas.

Se entiende por función política la actividad de los órganos supremos de un Estado que ejecutan y aplican la Constitución, actividad que atañe a todo el país, a sus altos intereses, como la declaración del Estado de Guerra, el nombramiento y separación de los Ministros, etc.

La función administrativa es la actividad de los órganos que aplican más bien las leyes y los reglamentos del Poder Ejecutivo del Estado, de las Administraciones Locales, y de los Agentes de Gestión, con el fin de satisfacer necesidades públicas y que originan, extinguen o modifican situaciones jurídicas objetivas de reducida importancia, de interés localizado y concreto, y también las subjetivas simples o excluyentes, es decir, las personalísimas o individualizadas.

4. ACTO ADMINISTRATIVO

El acto administrativo "es la declaración de voluntad de un órgano de la administración pública, de naturaleza reglada o DISCRECIONAL, susceptible de crear, con eficiencia particular o general, obligaciones, facultades o situaciones jurídicas de naturaleza administrativa." (14)

De lo anterior se desprende que el acto administrativo es el que realiza la autoridad administrativa, expresando su voluntad para crear situaciones jurídicas individuales, a través de las cuales se trata de satisfacer las necesidades de la colectividad o la comunidad

Prevalece en la doctrina del derecho administrativo, la distinción formal o subjetiva y material u objetiva del concepto de acto administrativo. En sentido formal, acto administrativo "es todo acto del Poder Ejecutivo, que es el órgano administrativo del Estado". En sentido material, "es el acto del Estado, intrínsecamente administrativo, sin importar que el órgano estatal que lo realice sea el legislativo, el judicial o el administrativo".

Andrés Serra Rojas define al acto administrativo como:

"Una declaración de voluntad de conocimiento y de juicio, unilateral, concreta y ejecutiva que constituye una decisión ejecutoria que

14) DE PINA VARA, Rafael. OB. CIT. p. 35.

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." (15)

Así pues, las funciones administrativas comprenden los hechos y actos administrativos, en cuanto a los actos se dividen en discrecionales y reglados. Comúnmente las funciones de los órganos administrativos están regladas, es decir, han de ajustarse a ciertas normas dictadas por el mismo Poder Ejecutivo (reglamento) o Poder Legislativo (Ley); en tanto otras funciones se dejan a la discreción de los órganos de la Administración

Otra clasificación de las funciones administrativas es la que las divide en: COMUNES como las de representación, fe pública, registro, información y estadística, inspección y tutela, actividad técnica y económica, etc. ESPECIALES, que son las peculiares a la naturaleza de cada una de las ramas de la Administración.

Hay quienes clasifican en cuatro grupos las funciones que corresponden a la Administración:

1. Orden y Paz Pública: que tienen como finalidad garantizar la Seguridad esto es, proteger a las personas y a las cosas

contra la violencia, tal es el servicio que presta el Estado por medio del Ejército como brazo de poder civil y la política

2. **Administración de Justicia**, es decir velar por la utilidad colectiva, por la propiedad nacional, comunal y promover la cultura y educación moral
3. **Prestación de Servicios**, que consiste en distribuir los socorros públicos y organizar la beneficencia oficial, y
4. **Conducción eficiente de la Economía Política-Estatal**, que es realizar los servicios financieros o rentísticos tales como la distribución y recaudación de tributos, impuestos y contribuciones. (16)

Para Agustín A. Gordillo, el acto administrativo es: " el dictado en ejercicio de la función administrativa, sin interesar qué órgano la ejerce." (17)

Acto administrativo significa acto jurídico, pero también es hecho jurídico. El acto administrativo proviene de la potestad que tiene la autoridad administrativa en la Ley. Esto es que el acto administrativo está sometido al principio de la legalidad conforme al cual la

16) ALVAREZ GENDIN, Sabino. *Tratado General de Derecho Administrativo*. Tomo I. Editorial Bosch. Casa Madrid. 1975. p. 39

17) GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo*. Editorial Macchi. Buenos Aires 1979. p. 14.

autoridad administrativa sólo puede realizar los actos que la Ley le autorice.

SUS ELEMENTOS

Los elementos orgánicos del acto administrativo son

- a) Sujeto activo es el órgano o autoridad administrativa;
- b) Voluntad, equivalente al consentimiento en materia civil;
- c) Objeto, es producir efectos jurídicos.
- d) Motivo, que es el antecedente de hecho o de derecho en que se origina el acto;
- e) Fin, identificado con el propósito, objetivo o lo que pretende alcanzar la autoridad a través de esos efectos jurídicos; y
- f) Forma, que indica la expresión exterior de la voluntad de la autoridad administrativa que casi siempre se tiene por elemento esencial y no de simple validez

El acto administrativo está constituido por una serie de elementos que le dan forma y validez, por lo que la falta o irregularidad que se presente en ellos constituyen vicios que lo afectan

Los elementos del acto administrativo pueden agruparse en subjetivos, objetivos y formales (18)

18) DELGADILLO GUTIERREZ, Lusi H. *Elementos de Derecho Administrativo*. Editorial Noriega Limusa, México, D.F. 1991, p. 174 y 176

El elemento subjetivo está integrado por el órgano de la administración que tiene a su cargo la producción del acto, el cual debe reunir los requisitos establecidos por la Ley, por lo que debe ser emitido por una autoridad competente, es decir, por un sujeto de la administración, y que además la Ley otorgue facultades para pronunciarse en la materia

Los elementos objetivos son: el objeto, el motivo y el fin. El objeto se identifica como lo material del acto, el cual debe ser cierto y jurídicamente posible. El motivo, llamado "presupuesto de hecho" y "causa", está constituido por las circunstancias que la autoridad toma para emitir el acto. El fin es el propósito que se persigue con la emisión del acto, es el "para qué" de su emisión que en materia administrativa siempre corresponde a la satisfacción del interés público. (19)

El elemento formal del acto administrativo está integrado por la observancia del procedimiento prescrito para la elaboración del acto, su expresión por escrito y su comunicación a los interesados.

Como características del acto administrativo se tiene, en primer lugar, la voluntad escrita de la voluntad administrativa, generada a través de un procedimiento jurídico de la autoridad competente, dentro de un objeto física y legalmente posible, y con la debida

19) DIEZ, Manuel M. *El Acto Administrativo. Tomo I. Segunda Edición* Tipográfica, Editorial Argentina, S.A. 1961. p. 204.

fundamentación y motivación constituye el acto administrativo válido y eficaz. Válido en tanto que ha reunido los requisitos que la Ley establece, y eficaz en virtud de que siendo válido, ha sido notificado al particular. (20)

SU CLASIFICACION

Los actos administrativos tienen características de muy diversa índole, por ello los tratadistas las han agrupado en razón de ciertos aspectos que le son comunes. Los criterios fundamentales que se han tomado como base son: su ámbito de aplicación, la naturaleza de la decisión, las voluntades que intervienen en su elaboración, el margen de libertad para su creación, los efectos que producen en la esfera jurídica de los administrados y los que hacen constar. (21)

En cuanto a su ámbito de aplicación, se clasifican en internos y externos. Se consideran internos aquellos cuya existencia sólo se manifiesta dentro de la propia administración, por lo que puede producir efectos respecto de los particulares como la orden de un superior a un inferior jerárquico o la imposición de una sanción disciplinaria a un servidor público. Los actos administrativos externos trascienden la esfera de la administración.

20) *IBIDEM.* p. 177

21) *DELGADILLO GUTIERREZ, Luis H. OB. CIT. pp. 173 y 174.*

De acuerdo con la naturaleza de la decisión, los actos pueden ser de instrucción, de resolución o de ejecución, dependiendo de la fase del procedimiento en que se emita el acto.

Respecto de las voluntades que intervienen en su elaboración, pueden ser simples o complejas. Un acto simple es aquel que es emitido por un solo órgano, sin importar que sean varias las personas que hayan participado en la preparación del acto. Los actos complejos o colectivos se emiten por la concurrencia de diferentes órganos de la Administración Pública, identificados respecto de una misma materia y un mismo fin, como puede ser un Decreto del Ejecutivo en el que se conjuntan las voluntades del Presidente de la República

En cuanto a la libertad para su creación, los actos administrativos se clasifican en reglados y discrecionales.

Entendemos por reglados, aquellos actos que cumplen con lo establecido en la norma jurídica y que se emiten conforme a ésta, y por discrecionales los actos que no están determinados por la norma jurídica y que dejan una libertad de apreciación para dar una resolución, siempre y cuando no vaya en contra de la norma misma y del orden público.

En relación a los efectos que producen en la esfera jurídica de los administrados, se clasifican en actos que aumentan los derechos de los particulares y actos que los limitan, entendido así que los actos

administrativos que aumentan los derechos de los particulares son

- a) **La concesión, licencia o permiso.** Derecho que se otorga a un sujeto para el uso o explotación de bienes del Estado o la prestación de un servicio público, la cual implica un privilegio respecto de los demás gobernadores

- b) **La autorización, licencia o permiso.** Acto en razón del cual la Administración autoriza ejercicio de un derecho preexistente que ha sido limitado por razones de seguridad, tranquilidad u oportunidad y que una vez que constata que se satisfacen los requisitos establecidos para su ejercicio, la autoridad lo autoriza. Así tenemos las licencias de construcción, de manejo, de caza, etc.

- c) **La dispensa.** Es el acto por medio del cual se autoriza a los sujetos para no cumplir con una obligación o una carga que tenía establecida, como es el caso de las exenciones fiscales, la dispensa de la garantía del interés fiscal, entre otras.

- d) **La admisión.** Es el acto por el cual se autoriza el ingreso de un sujeto a un servicio público como es el caso de la inscripción a una escuela oficial, a un servicio de salud, etc.

Los actos administrativos que limitan los derechos de los particulares son:

- a) **Las órdenes.** Son manifestaciones de voluntad que obligan a

los particulares a realizar conductas positivas o negativas.

- b) **Los actos traslativos de derechos.** Son aquellos que transfieren coactivamente la propiedad o un derecho de un sujeto a otro que puede ser la propia administración. Ejemplo. la expropiación y el decomiso.
- c) **La sanción.** Es la manifestación unilateral de la voluntad de la administración que se emplea para castigar a los infractores de las normas legales y reglamentarias, y tiene carácter afflictivo y represivo.

En cuanto a lo que hacen constar, se clasifican en:

Certificaciones. Son manifestaciones que dan validez o autenticidad a constancias de registros de la vida civil de los particulares: constancias de registro, de propiedad, etc.

Registro. Inscripción en documentos o Instituciones Públicas de situaciones y derechos de particulares. Registro de transferencia de tecnología, de Proveedores del Gobierno Federal.

Notificaciones y Publicaciones. Implica la participación de conocimiento de actos y situaciones jurídicas.

Es así que el acto administrativo es la exteriorización de la resolución que se da a la aplicación de las facultades de la Autoridad Administrativa, todo esto apegado a la norma jurídica o Ley, esto es,

las autoridades sólo pueden hacer lo que la Ley les permite. El acto administrativo tiene su origen en la Ley que lo autoriza como acto propio de autoridad administrativa, pero en la vida económica, social y política de la administración pública se sirve para lograr los cometidos u objetivos de ésta, tanto de las leyes administrativas, civiles y mercantiles. Está sometido por las necesidades propias de la Administración contemporánea, a las normas de derecho público y a las normas de derecho privado, pero esta situación no le priva de su indole administrativa. En la práctica administrativa, es común observar que el acto administrativo tenga como régimen jurídico el de la ley administrativa.

C A P I T U L O S E G U N D O

LA FACULTAD DISCRECIONAL, ANALISIS DE LOS PRINCIPALES ASPECTOS TANTO DOGMATICOS COMO JURIDICOS

- 1. LA FACULTAD DISCRECIONAL**
- 2. SU FUENTE**
- 3. SU EJERCICIO**
- 4. SUS LIMITES**
- 5. LA FACULTAD REGLADA**
- 6. DISTINCION ENTRE FACULTAD DISCRECIONAL Y FACULTAD
REGLADA**

CAPITULO SEGUNDO

LA FACULTAD DISCRECIONAL, ANALISIS DE LOS PRINCIPALES ASPECTOS TANTO DOGMATICOS COMO JURIDICOS

1. LA FACULTAD DISCRECIONAL

Quando definimos el principio de legalidad, es decir, cuando ningún órgano del Estado puede tomar una decisión individual que no sea conforme a una disposición general anteriormente dictada, consideramos que se está frente a una disposición de carácter absoluto, pero en relación al principio de legalidad existe una excepción, por lo cual tal principio no es determinante. La excepción que se presenta como única particularidad a este principio es la facultad discrecional, por consiguiente, el principio de legalidad no es de carácter absoluto.

SU CONCEPTO

FORMULADO POR LA DOCTRINA

La facultad discrecional ha sido estudiada por diversos autores, que integran la doctrina contemporánea del Derecho Administrativo. En este sentido, se observarán conceptos al respecto.

Entre los administrativistas mexicanos, tenemos a Gabino Fraga, quien elabora el siguiente concepto:

"El acto discrecional tiene lugar cuando la ley deja a la administración libertad de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, o en que momento debe obrar o como debe obrar o en fin que contenido va a dar a su actuación." (22)

En la doctrina uruguaya, podemos citar a Enrique Sayagués Laso, quien sostiene que "La discrecionalidad es sólo la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa, dentro de sus límites. (23)

En la doctrina norteamericana James Hart formula la siguiente aportación. "La acción discrecional implica el ejercicio de una opción, basada no en la valoración de un conjunto de datos objetivos, sino en la valoración subjetiva de la conveniencia de alternativas, limitadas únicamente por la imprecisión de la norma de razonabilidad y por consideraciones accidentales a la acción administrativa" (24)

Por su parte, en la doctrina argentina encontramos varios tratadistas que se han preocupado por definir y estudiar la facultad discrecional,

22) FRAGA, Gabino. *OB. CIT. p. 104*

23) SAYAGUES LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Cuarta Edición. Editorial Labor. Montevideo, 1974. p. 406*

24) HART James. *An Intriduction to Administrative Law. Editado por Artherton Press. N.Y. 1940. p. 141.*

entre ellos podemos destacar a:

Benjamín Villegas Basavilbaso, quien formula el siguiente concepto: "La discrecionalidad es la libertad que el orden jurídico da a la administración para la elección oportuna y eficaz de los medios y el momento de su actividad, dentro de los fines de la Ley". (25)

Rafael Bielsa sostiene "Lo discrecional es la libertad que la Ley da a la autoridad para que elija el camino, los medios y el momento de su acción, precisamente para la mayor satisfacción del propósito de la Ley". (26)

Para dar por terminada la exposición de la doctrina argentina, citaremos el concepto que nos ofrece el administrativista Manuel María Díez: "Se ha sostenido, a nuestro juicio con razón, que existe actividad discrecional cuando el contenido o la modalidad del acto no está determinado, o lo está solamente con la referencia a elementos y condiciones relacionados con una apreciación subjetiva del interés público" (27)

Ahora bien, entre los tratadistas italianos podemos mencionar a Renato Alessi, quien elabora un concepto de facultad discrecional,

25) VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. *Derecho Administrativo. Tomo II. Segunda Edición. Editorial Losada. Buenos Aires, 1950. p. 234.*

26) BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo. Tomo II. Sexta Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1972. p. 492.*

27) DIEZ, Manuel M. *OB. CIT. p. 69.*

según la valorización que pueda hacer la administración del interés público y nos señala: "En el caso de determinación precisa del interés público, la administración no tiene potestad alguna de valoración de éste en orden a la oportunidad de actuar o no por lo que su actividad se llama Reglada. En cambio en el caso de determinación imprecisa, a la administración le queda de cualquier modo, la potestad de valorar la oportunidad de actuar o no potestad que es más o menos amplia según los casos y precisamente más amplia a medida que se pasa de la primera a las últimas hipótesis expuestas; tal potestad de apreciación del interés público con el fin de decidir la conveniencia o no de la acción administrativa se llama potestad discrecional o discrecionalidad, mientras que la actividad discrecional es la actividad respecto a cuya realización existe una esfera de discrecionalidad". (28)

En la doctrina española, nos permitimos citar los conceptos que enuncian sobre la facultad discrecional los administrativistas como Carlos García Oviedo, quien nos dice que la administración puede obrar de dos maneras: Discrecional o Regladamente. "Obrar Regladamente significa tener que ajustar la actuación a requisitos o límites dictados por una norma o precepto anterior. Obrar Discrecionalmente equivale a obrar libremente, si bien acomodando la conducta a un fin público específico, fin fiscal, fin de policía..." (29)

28) ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo. Tomo I. Traducción de la tercera Edición italiana. Editorial Labor. Barcelona 1970. p. 188*

29) GARCIA OVIEDO, Carlos. *Derecho Administrativo. Volumen 2. Editorial E.I.S.A. Madrid 1968. p. 130.*

Por su parte, Rafael Entrena Cuesta sostiene que "Una potestad es pues, discrecional siempre que el ordenamiento jurídico no establece cuando debe ejercitarse cómo debe ejercitarse y en que sentido debe ejercitarse. Ello puede obedecer a una de dos circunstancias: a que no exista una Ley que regule los tres aspectos o momentos citados o a que existiendo en aras de la eficacia administrativa permite la discrecionalidad de los tres o alguno de aquellos" (30)

FORMULADO POR LA JURISPRUDENCIA

Nuestros tribunales federales a través de sus ejecutorias, han formulado Jurisprudencia en relación al concepto de facultad discrecional; así tenemos la Jurisprudencia emitida por el Primer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito que establece:

FACULTADES DISCRECIONALES

Se trata de facultades discrecionales cuando la norma legal preve una hipótesis de hecho, a la que autoridad puede aplicar o no, la consecuencia legal prevista en la propia norma. Es decir no basta que se satisfaga la hipótesis para que legalmente se pueda aplicar la consecuencia, sino que ésta queda a discreción de la autoridad. (31)

30) ENTRENA CUESTA Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. Quinta Edición. Editorial Reus. Madrid 1976. p. 123.

31) Poder Judicial de la Federación. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*. 1917-1975. Sexta Parte. *Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Jurisprudencial no. 24*. México. 1975. p. 45

Tomando como referencia los elementos del concepto de Facultad Discrecional:

- a) Que la fuente de la potestad discrecional es el derecho objetivo, considerando a éste integrado por la Constitución y las leyes ordinarias.
- b) Los límites de la facultad discrecional se encuentran en el derecho objetivo y deberá satisfacer el interés público previsto por la norma jurídica.
- c) El órgano administrativo en el ejercicio de su función propia deberá aplicar su facultad discrecional con criterio de oportunidad y conveniencia en la realización del interés público.
- d) El ejercicio de la facultad discrecional con el fin de satisfacer un interés particular, o bien ajeno al previsto por la norma jurídica, se convierte en ilegal y podrá ser anulado según los casos por desvío de poder.

CONCEPTO PERSONAL.

"La facultad discrecional es la potestad que el derecho objetivo otorga a un órgano del Estado, con el objeto de que éste aplique su libre apreciación sobre la emisión o bien el contenido de un acto determinado, siempre con el fin de satisfacer el interés público previsto en la norma jurídica".

2. SU FUENTE

En la doctrina no existe un juicio unánime sobre el origen de la facultad discrecional de la administración pública

Enrique Sayagués Laso sostiene: "que la mayor o menor discrecionalidad de la administración surge de los textos constitucionales o legales, en forma expresa o implícita". (32)

Para Miguel S. Marienhoff el origen de la facultad discrecional se encuentra en la legislación y no en la Constitución, así lo establece el siguiente texto: "He dicho que las facultades discrecionales del Ejecutivo surgen, no en la Constitución, sino en la legislación, cuando ésta se limita a señalar fines prescindiendo de la mención específica de los medios para lograr aquéllos. La Constitución no le otorga al Ejecutivo facultades discrecionales: lo único que hace la Constitución es atribuirle al Ejecutivo, frente a los otros dos órganos esenciales del Estado, la competencia funcional pertinente; la Constitución le atribuye al Ejecutivo competencia exclusiva para entender en determinados asuntos." (33)

32) SAYAGUES LASO, Enrique. *OB. CIT.* p. 407.

33) MARIENHOFF, Miguel S. *Derecho Administrativo. Cuarta Edición* Tipográfica. Editorial Argentina. Buenos Aires, 1966. p. 416.

Después de conocer las diferentes aportaciones que realizan diversos autores sobre la fuente de la facultad discrecional, consideramos que el origen de ésta se encuentra en el derecho objetivo, integrado por la Constitución y las leyes ordinarias. Un ejemplo vivo de esto es, partiendo de la Constitución, la existencia de varios artículos que otorgan facultades discrecionales al órgano Ejecutivo ya sea en forma expresa o implícita. En una jerarquía inferior, en la legislación administrativa existen varios ordenamientos que otorgan facultades discrecionales al órgano mencionado.

Mencionaremos algunos ejemplos sobre preceptos que la Constitución otorga, respecto a facultades discrecionales del Ejecutivo.

- a) El artículo 3o. en su fracción VI establece: "Los particulares podrán impartir educación en todos sus tipos y modalidades. En los términos que establezca la Ley, el Estado otorgará y retirará el conocimiento de validez oficial a los estudios que se realicen en planteles particulares en los casos de educación primaria, secundaria y normal, los particulares deberán, como se indica en el inciso b, obtener previamente en cada caso, la autorización expresa del poder público en los términos que establezca la Ley.

En este apartado encontramos una facultad discrecional, el Ejecutivo puede retirar el reconocimiento de validez oficial a los estudios hechos en planteles particulares. Naturalmente

por lo dispuesto en el artículo 14 Constitucional el retiro no podrá lesionar los derechos adquiridos por los particulares

- b) Otro vivo ejemplo que contempla nuestra Constitución en relación a la facultad discrecional, es el estipulado en el artículo 29 en el cual otorga facultades discretionales al Ejecutivo

El más trascendental de todos pudiera ser el caso contemplado por dicho artículo que dice:

"En los casos de invasión o perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad con grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de la República Mexicana, de acuerdo con el Consejo de Ministros y con la aprobación del Congreso de la Unión, y en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para ser frente rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y proseguirá la suspensión al individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación. Si la suspensión se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que los acuerde "

En el precepto anterior, se le otorgan al Presidente de la República facultades discrecionales en el procedimiento de suspensión de garantías. El alto funcionario de la Federación puede, según su libre apreciación, calificar los supuestos que el precepto establece para iniciar el procedimiento de suspensión y, en su caso, declarar la suspensión de garantías. Su poder, sin embargo, está sujeto a varios controles de tipo tanto político como jurídico.

- c) Otro ejemplo en el que se otorgan facultades discrecionales al Ejecutivo se encuentra en el artículo 33 Constitucional que dice: "Son extranjeros los que no posean las 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 exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

Como estos ejemplos, se presentan muchos de los preceptos que contienen facultades discrecionales, pero consideramos que con los casos ya señalados se comprueba que la fuente de la facultad discrecional es el derecho objetivo integrado por la Constitución y las leyes ordinarias.

En la legislación administrativa mexicana existen numerosos ejemplos de facultades discrecionales otorgadas por la Ley al órgano

Ejecutivo Señalaremos en forma ejemplificada algunos supuestos contenidos en la Ley General de Población (34)

- a) En el artículo 12 se establece "La Secretaría de Gobernación podrá cerrar temporalmente los puertos aéreos, marítimos y fronteras al tránsito internacional, por causa de interés público."

Este artículo otorga facultades discrecionales a la Secretaría de Gobernación para apreciar el interés público en el momento determinado y, por consecuencia, cerrar temporalmente los medios utilizados para el tránsito internacional

- b) En el artículo 38 de la Ley General de Población se presenta otro ejemplo de facultad discrecional.

"Es facultad de la Secretaría de Gobernación, suspender o prohibir la admisión de extranjeros, cuando así lo determine el interés nacional."

En este artículo, la Secretaría de Gobernación tiene la facultad discrecional para determinar el interés nacional y como consecuencia, suspender o prohibir la admisión a extranjeros.

34) LEY GENERAL DE POBLACION. Octava Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1994. p.16.

Después de haber analizado las fuentes de la facultad discrecional, a continuación expondremos como se ejercitan estas facultades.

3. SU EJERCICIO

La Administración Pública puede manifestar su facultad discrecional en dos ejemplos del acto administrativo: el Sujeto y el Objeto

"El Sujeto del acto administrativo es el órgano de la administración que lo realiza. En su carácter de acto jurídico, el acto administrativo exige ser realizado por quien tiene aptitud legal." (35)

Por aptitud legal debemos entender en derecho público, la competencia del sujeto, es decir, la medida de las facultades que corresponden a cada uno de los órganos de la administración.

Los autores señalan que la competencia tiene varias características. Una de ellas consiste en que su ejercicio es obligatorio, sin embargo, cuando la Ley otorga facultades discrecionales, la administración puede elegir el momento de su ejercicio, considerando la oportunidad en la realización del interés público.

En cuanto al objeto, se entiende por éste lo establecido por Miguel S. Marienhoff: " El contenido consiste en la resolución o medida concreta que mediante el acto adopta la autoridad, siendo ello lo que diferencia un acto de otro acto. De modo que el contenido de el acto

35) FRAGA, Gabino. OB. CIT. p. 273.

es lo que éste preceptúa: es el efecto práctico que el sujeto emisor se propone lograr através de su acción voluntaria; es en fin, lo que por dicho acto se dispone." (36)

La Ley puede determinar el objeto del acto administrativo o bien, otorgarle facultades discrecionales a la administración para que ella determine el objeto dentro de los límites que establezca la norma jurídica.

4. SUS LIMITES

ESTABLECIDOS POR LA DOCTRINA.

En la doctrina se han establecido los límites que el órgano administrativo tiene en el ejercicio de su facultad discrecional.

Expondremos a continuación algunas opiniones:

En el derecho mexicano Gabino Fraga establece: "La facultad discrecional debe distinguirse del poder arbitrario, pues mientras éste representa la voluntad personal del titular de un órgano administrativo que obra impulsado por sus pasiones, caprichos o preferencias, aquélla, aunque constituye la esfera libre de la actuación de una autoridad, tiene un origen legítimo, como lo es la actuación legislativa y un límite que en caso extremo en que no esté

36) *MARIENHOFF, Miguel S. OB. CIT. p. 418.*

señalado en la misma Ley o implícito en el sistema que ésta adopta existe siempre en el interés general que constituye la única finalidad que pueden perseguir las autoridades administrativas (37)

En el derecho uruguayo Enrique Sayagués Laso señala como límites de la facultad discrecional los siguientes: "Una primera limitación, de carácter general, surge del fin que debe prescindir toda actividad administrativa: los poderes discrecionales no se ejercen caprichosamente, ni para satisfacer fines personales, sino por motivos de interés público es decir, por razones atinantes al servicio. Por lo tanto, si media un fin extraño, el acto es ilícito y cabe su anulación jurisdiccional" (38)

En el derecho argentino encontramos a Agustín A. Gordillo, quien señala como los principales límites los siguientes: "La razonabilidad, la desviación del poder y la buena fe."

Respecto a la razonabilidad establece: "La decisión discrecional del funcionario será ilegítima, a pesar de no transgredir ninguna norma concreta y expresa, si es irrazonable, lo cual puede ocurrir fundamentalmente cuando: a) no de los fundamentos de hecho o de derecho que la sustentan o b) no tenga en cuenta los hechos acreditados en el expediente, o públicos notorios; o se funden en hechos o pruebas inexistentes; o c) no guarde una proporción adecuada entre los medios que emplea y el fin que la Ley desea

37) FRAGA, Gabino. OB. CIT p. 273.

38) SAYAGUES LASO, Enrique. OB CIT. pp. 408 y 409.

lograr o sea que se trate de una medida desproporcionada, excesiva en relación con lo que se quiere lograr."

Por lo que se refiere a la desviación de poder, el tratadista establece: "La decisión será también ilegítima si el funcionario actúa con desviación de poder, sea a) por actuar con un fin personal (venganza, favoritismo, etc.), b) con un fin administrativo, pero no el querido por la Ley, si la Ley lo autoriza, adopta determinada medida (por ejemplo el cobro de multas por ciertas infracciones), teniendo en vista una finalidad específica (en el caso evitar la comisión de nuevas infracciones), será desviado y con ello ilegítimo, el acto que la adopte con una finalidad distinta (por ejemplo para tratar de recaudar los mayores fondos posibles para determinadas obras comunales."

Por lo que se refiere a la buena fe, establece: "Igual caso sucederá si el órgano que se desempeña en el ejercicio de una potestad pública usa ésta de mala fe, utilizando artilugios o artimañas por acción u omisión, incluso el silencio para llevar a engaño o a error a un administrado: tal tipo de conducta es por cierto incompatible con lo que debe ser el ejercicio de la función administrativa, y es también ilegítima aunque la facultad que en el caso se ejerciera fuera discrecional" (39)

En la doctrina italiana, Renato Alessi establece varios límites a la facultad discrecional. Por una parte señala que la propia norma

39) GORDILLO, Agustín A. *OB. CIT.*, p. 200.

jurídica establece limitaciones a la facultad discrecional en el acto del otorgamiento de la potestad de actuación. Pueden establecerse otros límites a dicha discrecionalidad con posterioridad al otorgamiento de la potestad de actuación y ello por obra de la propia administración. Surge así el concepto de autolimitación del poder discrecional y señala que tales autolimitaciones se puede llevar a cabo de distintas formas: reglamentos, circulares administrativas, por la práctica administrativa y por último establece que la autolimitación de la potestad discrecional puede proceder también de los criterios de orientación determinados previamente como criterios a seguirse para guiar la actividad futura de los órganos colegiados

Por otra parte, Renato Alessi establece que: "pueden existir otras limitaciones por aplicación de los principios generales de derecho y de los principios de equidad, como el de la justicia e igualdad." (40)

Por último citaremos al administrativista español Fernando Garrido Falla, quien sostiene: "Evidentemente, la idea de fin significa un límite para la discrecionalidad administrativa, pero se trata de un límite que no destruye, ni mucho menos, la existencia de esta actividad. La única conclusión lícita que debe desprenderse de lo anterior es que el elemento fin del acto administrativo es siempre reglado, pero la discrecionalidad puede jugar y de hecho jugará en relación con el contenido u objeto de los actos administrativos." (41)

40) ALESSI, Renato. *OB. CIT.* p. 115.

41) GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo. Vol. I. Sexta Edición. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1986. pp. 243 y 244.*

ESTABLECIDOS POR LA JURISPRUDENCIA

Nuestros tribunales federales, através de sus ejecutorias, han formulado jurisprudencia en relación a los límites de la facultad discrecional.

La Suprema Corte de Justicia ha formulado la siguiente jurisprudencia:

"FACULTADES DISCRECIONALES. APRECIACION DEL USO INDEBIDO DE ELLAS EN EL JUICIO DE AMPARO".

El uso del arbitrio o de la facultad discrecional que se concede a la autoridad administrativa, puede censurarse en el juicio de amparo, cuando se ejercita en forma arbitraria o caprichosa, cuando la decisión no invoca las circunstancias que concretamente se refieren al caso discutido, cuando éstas resultan alteradas o son inexactos los hechos con los que se pretende apoyar la resolución, o cuando el razonamiento en que la misma se apoya es contrario a las reglas de la lógica. (42)

El Primer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, ha establecido en jurisprudencia lo siguiente:

42) Poder Judicial de la Federación. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. 1917-1975. Tercera Parte. Segunda Sala. Tesis Jurisprudencial no. 396. México 1975. p. 653.

"IMPORTACIÓN, FACULTADES DISCRECIONALES PARA EXIMIR DEL IMPUESTO DE "

La interpretación de los artículos 724 y 725 del Código Aduanero lleva a pensar que confiere facultades discrecionales a la autoridad para conceder las franquicias, de acuerdo con la conveniencia del interés público. Pero indudablemente, el uso de tales facultades no puede ser arbitrario o caprichoso, sino que debe ajustarse a la Ley y a la lógica (y está sujeto al control constitucional), atendiendo a ver si las importaciones se verifican en orden a la satisfacción de servicios públicos o de intereses meramente privados. (43)

Por otra parte, el mismo Tribunal Federal ha señalado:

**"SECRETARIA DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO"
"FACULTADES DISCRECIONALES EN LA EXENCIÓN DE IMPUESTOS A LA IMPORTACION".**

Si los artículos 724 y 727 del Código Aduanero determinan que es facultad de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público conceder la exención de impuestos a la importación cuando se satisfagan las condiciones establecidas para ello, debe tenerse en cuenta que esos preceptos otorgan facultades discrecionales a la Secretaría de

43) Poder Judicial de la Federación. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1975. Sexta Parte. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Jurisprudencial no. 29. México, 1975. p 56.

Hacienda y Crédito Público para conceder o negar la exención, pero tal facultad habrá de ejercitarse en forma razonable, justa y conforme a argumentos lógicos por parte de la propia Secretaría y si ninguna razón se alió en el caso en el que pudiera justificar la negativa de importación en franquicia solicitada por la actora, cabe concluir que fueron inexactamente aplicados los artículos 724 y 727 del Código Aduanero que al conceder facultades discrecionales a dicha dependencia del Ejecutivo, no se las da en forma arbitraria para conceder o negar las exenciones de acuerdo con un criterio subjetivo propio, sino que debe proceder de acuerdo con los requisitos y condiciones señalados en los preceptos que se mencionan con base en apreciaciones lógicas y razonadas del interés público, de los servicios a los que se destinan los bienes materia de importación de manera que se determine fundadamente la negativa de exención. (44)

OPINION PERSONAL

Consideramos que los límites de la facultad discrecional se encuentran establecidos en el principio de legalidad. En efecto la Administración Pública realiza su actividad discrecional subordinada a la Ley y con el fin de satisfacer el interés público previsto en la norma jurídica.

En la realización del interés público, la administración tiene que obrar en una forma razonable, conveniente y oportuna. Por ello, una

44) Poder Judicial de la Federación. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1975. Sexta Parte. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Jurisprudencial no. 45. México, 1975. p 80.*

actuación realizada con un fin distinto al señalado por la Ley o bien, inoportuna o irrazonable, sería ilegal y violaría en consecuencia el principio de legalidad.

5. LA FACULTAD REGLADA

A diferencia de la facultad discrecional (la cual deja a la autoridad administrativa una potestad de libre apreciación sobre la elección eficaz y oportuna de los medios y el momento de su actividad, dentro de los fines de la Ley), existe la facultad reglada. Esta se presenta cuando una norma jurídica señala lo que un órgano deberá hacer en una situación en específico.

Al respecto, debemos indicar el concepto de facultad reglada y las diferencias existentes entre éstas y la facultad discrecional.

SU CONCEPTO

Como lo establece Agustín A. Gordillo: "Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir, o sea cuando el orden jurídico establece de antemano que es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto". (45)

45) GORDILLO, Agustín A. OB. CIT. p. 118

Cuando las facultades de la administración son regladas, la Ley impone su conducta a seguir, es decir, el órgano administrativo no puede apreciar la oportunidad de su actividad en relación al interés público. Lo único que hace la administración es realizar el acto determinado por la Ley y con el objeto que la misma establece.

"En el acto reglado la Ley determina exactamente, no sólo la autoridad competente para actuar, sino también si ésta debe actuar y como debe actuar, estableciendo la mera ejecución de la Ley, el cumplimiento de una obligación que la norma impone a la administración cuando se han realizado determinadas condiciones de hecho." (46)

6. DISTINCION ENTRE FACULTAD DISCRECIONAL Y FACULTAD REGLADA

Respecto a la distinción entre facultad discrecional y facultad reglada, Miguel S. Marienhoff señala algunas diferencias entre el acto reglado y el acto o facultad discrecional.

- a) En cuanto a su emisión El acto reglado o vinculado, concurriendo los requisitos de hecho o derecho exigidos por la norma para su emisión, debe ser emitido. El acto discrecional puede o no ser emitido, pues la valoración de las circunstan-

46) ZANOBINI, Guido. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Quinta Edición. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1945. p. 231.*

cias que verifican su emisión depende de la apreciación subjetiva del órgano competente para emitirlo.

- b) En relación a los aspectos del acto en que inciden el carácter reglado y discrecional. El carácter reglado o vinculado puede referirse a cualquier aspecto del acto administrativo, vale decir que puede referirse tanto a la emisión del acto (voluntad del órgano que ha de emitirlo), como cualquiera de sus elementos; el carácter discrecional se refiere a la emisión del acto: eventualmente a su contenido y forma.
- c) El acto reglado o vinculado ha de ajustarse al fin concreto expresado en la norma. El acto discrecional si bien puede tener determinada su finalidad concreta, en el supuesto de que así no fuere siempre, deberá tender inexcusablemente a satisfacer exigencias del interés público, de lo contrario el acto resultaría viciado.
- d) En el acto reglado la valoración subjetiva que realiza el órgano emisor sólo valdrá como medio o presupuesto de hecho para la aplicación de la norma en cuestión, en cambio en el acto discrecional dicha valoración subjetiva es esencial para determinar el contenido del acto que se emite.

*Entre el acto obligatorio o reglado y el acto discrecional no existe una línea perfecta de separación. Entre ellos existe una infinita variedad en la que concurren los caracteres de uno y de otro en grados muy diversos. Esto se explica porque al concederse por Ley

facultades discrecionales a la autoridad encargada de realizar un acto, dichas facultades normalmente se refieren, más que a la realización del acto en su integridad, solamente a algunos de los elementos del mismo, tales como el motivo o el objeto del acto. De esta manera puede muy bien ocurrir que la Ley otorgue discreción para juzgar si existe motivo bastante que provoque la intervención de la autoridad, pero que obliga a ésta a realizar un acto determinado una vez que discrecionalmente se ha llegado a la conclusión de que el motivo existe, o bien por el contrario, que siendo la Ley la que fije los motivos se deje en libertad a la autoridad competente para determinar el contenido mismo de su actuación. (47)

47) FRAGA, Gabino. OB. CIT. 232.

C A P I T U L O T E R C E R O

LA FACULTAD DISCRECIONAL EN LA FUNCION ADMINISTRATIVA

1. LA FUNCION ADMINISTRATIVA
2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD
3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA FACULTAD DISCRECIONAL
4. OPINION PERSONAL

CAPITULO TERCERO

LA FACULTAD DISCRECIONAL EN LA FUNCION ADMINISTRATIVA

1. LA FUNCION ADMINISTRATIVA

La función administrativa es la base fundamental del Derecho Administrativo, que podríamos definir simplemente por exclusión, siendo tres las funciones del Estado, la que no sea legislativa o creadora de las leyes o judicial como vigilante de la aplicación de las mismas, tendría que ser forzosamente función administrativa.

La función administrativa puede apreciarse desde el punto de vista formal y desde el punto de vista material. Con el criterio formal, la función administrativa se define como la actividad que el Estado realiza por medio del Poder Ejecutivo. Desde el punto de vista material se conceptua como el fin que el Estado persigue al realizar una función encaminada a la ejecución de la Ley.

Desde el punto de vista formal, es la función que corresponde al órgano Ejecutivo. Por lo que se refiere a su naturaleza intrínseca, expondremos apenas algunas definiciones entre muchas que podríamos citar, dando preferencias por razones obvias a la doctrina mexicana.

Para Gabino Fraga la función administrativa: "Es la que el Estado realiza bajo un orden jurídico y que consiste en la ejecución de actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales." (48)

Andrés Serra Rojas sostiene: "La función administrativa es la actividad que normalmente corresponde al Poder Ejecutivo, se realiza bajo el orden jurídico y limita sus efectos a los actos jurídicos concretos o particulares y a los actos materiales, que trenen por finalidad la prestación de un servicio público o la realización de las demás actividades que le corresponden en sus relaciones con otros entes públicos o con los particulares, regulados por el interés general y bajo un régimen de policía y/o control." (49)

El francés Roger Bonnard dice: "Se puede definir a la función administrativa, en cuanto función estatal, como aquella que para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos se cumple a través de actos de alcance individual y actos materiales" (50)

Antonio Carrillo Flores dice que "La administración pública reclama en un Estado democrático la búsqueda constante del equilibrio entre el propósito político, la exigencia científica o técnica y el

48) *IBIDEM.* p.63.

49) *SERRA ROJAS, Andrés. OB CIT. p. 146.*

50) *BONNARD, Roger. Le Controle Jurictionnel de L'Administration. Editorial Lemus. Paris, 1934. p. 18.*

cumplimiento de la Ley que tutela las libertades de todos y promueve la justicia social para los más desvalidos. (51)

El tratadista español Jesús González Pérez, sostiene que la función administrativa es: "Aquella por la que el Estado como sujeto de derecho, satisface las necesidades públicas dentro de los límites del ordenamiento jurídico". (52)

El maestro italiano Guido Zanobini señala como características de la función administrativa las siguientes. a) es una actividad concreta; b) se desarrolla, por lo general de forma espontánea; c) es discrecional. (53)

Existen varias definiciones además de las ya mencionadas, pero analizando cada una encontramos que hay elementos comunes en especial la idea que la Ley, en sentido material, da el marco para el ejercicio de la función administrativa y otro muy importante. Que la Ley constituye un límite para la acción administrativa, pero que ésta procura un fin mediante la satisfacción de actos concretos, jurídicos o materiales del interés público.

51) CARRILLO FLORES, Antonio. *El Jurista en la Administración Pública. Revista de la Facultad de Derecho. Tomo XXV. Números 99-100 (julio-diciembre) México, 1975. p. 555.*

52) GONZALEZ PEREZ, Jesús. *El Procedimiento Administrativo. Editorial Tecnos. Madrid, 1964. p. 130.*

53) ZANOBINI, Guido. *OB. CIT. p. 24.*

De los elementos comunes que existen en las diferentes definiciones de función administrativa, cabe mencionar los siguientes:

- a) Es la función que el Estado realiza a través del Ejecutivo
- b) Promueve la justicia legal
- c) Se realiza bajo un orden jurídico preestablecido
- d) Por medio de ella se satisfacen las necesidades públicas, dentro del marco legal
- e) Consiste en la ejecución de actos materiales o actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales.

Como podemos observar, en los diferentes conceptos se indica que la ejecución de las leyes constituye la función administrativa. con base a esto, tomamos dos criterios para entender lo que es ejecución de la Ley, o se quiere indicar que la actividad se encuentra autorizada por una disposición legal, o bien, se entiende por tal ejecución la actividad necesaria para dar efectividad o realización práctica a la norma legislativa.

En el primer criterio encontramos que el principio dominante de nuestra organización constitucional es que los poderes públicos sólo pueden obrar en virtud de facultades expresas y limitadas; resulta que toda actividad del Estado debe encontrarse autorizada por una disposición legal y así, tanto la función administrativa como la legislativa y judicial deberían tener, dentro de este criterio, el carácter de funciones ejecutivas.

Por otra parte, no podemos entender por ejecutar la Ley a usar una autorización que ésta concede, porque si así fuese, tendríamos que afirmar que los particulares están ejecutando las leyes civiles cuando celebran un contrato o realizan cualquier acto que ellas prevén.

El uso de la capacidad legal y las facultades que la Ley otorga, no se ha considerado nunca como ejecución de la Ley.

Si seguimos el criterio de considerar que la ejecución consiste en realizar prácticamente las normas legales, entonces se incurre en el extremo contrario, pues en tal caso quedan fuera de la función administrativa la mayor parte de los actos jurídicos dejando solamente los actos materiales encaminados directa e indirectamente a dar efectividad a las disposiciones legislativas.

Sin embargo cuando el poder público obra con facultades discrecionales, cuando celebra contratos y en general, todos aquellos casos en que la Ley no impone una obligación, sino que se limita a autorizar determinadas actividades, no puede decirse propiamente que esté ejecutando la Ley, por más que esté obrando dentro de ella.

Es así que consideramos que el concepto de ejecución de las leyes no es útil para dar una idea de la función administrativa, ya que, o es muy amplio y abarca todas las funciones del Estado o, por el contrario es muy estrecho y ni siquiera agota toda la actividad administrativa.

Estimamos que la ejecución de la Ley puede confundirse con la noción de función administrativa, si por aquélla se entiende no sólo la ejecución material o concreta de las leyes, sino también la realización de otras tareas en que o bien, se hace uso de autorizaciones que da la propia Ley, o de las facultades discretionales que ella otorga. El término de ejecución de las leyes abarca una tarea más general, que es asegurar el mínimo de condiciones necesarias para la continuidad de la vida nacional, es decir, el mantenimiento del orden y la marcha de los servicios públicos.

Creemos que el criterio sustentado no contraria, sino que al contrario, se ajusta al que inspira nuestro derecho positivo.

En efecto, en el artículo 89 de la Constitución, que señala las facultades y obligaciones del Presidente de la República, enumera en primer lugar, el ejecutar las leyes, pero además consigna otras facultades, cuyo ejercicio no constituye propiamente la ejecución de la Ley, a pesar de ser funciones administrativas tales como nombramiento de funcionarios, civiles y militares (fracciones II, III, IV, XVI, XVIII, XIX), disposición de la Fuerza Armada y Guardia Nacional, (fracciones VI y VII), declaración de guerra (fracción VIII), dirigir las negociaciones diplomáticas (fracción X), habilitar puertos y establecer aduanas (fracciones VI y VII).

Es así que cuando se define la función administrativa como ejecución de las leyes es porque dicha ejecución implica la realización de los actos necesarios para concretar o hacer efectiva, en casos

determinados. la norma legal y consideramos que la función administrativa, desde el punto de vista de su naturaleza intrínseca, es la que el Estado realiza bajo un orden jurídico y que consiste en la ejecución de actos materiales o actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales.

De esta forma, y como lo exponemos anteriormente, podemos diferenciar la función administrativa de otras que realiza el Estado, esto es, con la legislación se realiza la diferencia, ya que por virtud de ésta nunca se realizan actos materiales ni se determinan situaciones jurídicas para casos individuales. La esencia del acto legislativo es la creación de situaciones jurídicas generales, abstractas e impersonales.

De la función jurisdiccional se distingue la administrativa porque en esta no se recurre a la idea del motivo y fin.

La función administrativa no supone una situación preexistente de conflicto ni tampoco interviene con el fin de resolver una controversia para dar estabilidad al orden jurídico. La función administrativa es una actividad ininterrumpida que puede prevenir conflictos por medidas de policía, pero cuando el conflicto ha surgido, se entra en dominio de la función jurisdiccional.

Si la función administrativa llega en algún caso a definir una situación de derecho, lo hace no como finalidad, sino como medio para realizar otros actos administrativos.

Es así que la función ejecutiva se puede considerar dentro de la función administrativa, ya que la administrativa es más amplia y no se reduce a ejecutar la Ley.

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Este principio es el más importante en toda la actividad estatal, y consecuentemente, de la administrativa, ya que la función administrativa constituye una función del Estado que se realiza mediante un orden jurídico. Este orden jurídico es el principio de legalidad, el cual consiste en que ningún órgano del Estado puede tomar una decisión que no sea conforme a una disposición general anteriormente dictada.

El principio de legalidad se puede entender desde el punto de vista material, en cuyo caso su alcance es el de que la norma en la que se funde cualquier decisión individual tiene que ser una norma de carácter abstracto e impersonal. Puede ser también tomado en su sentido formal, significándose entonces que además de ser una Ley desde el punto de vista material, la norma bajo la cual se realice el acto individual debe también tener los caracteres de una Ley desde el punto de vista formal, es decir, que debe ser una disposición expedida por el poder que conforme al régimen constitucional esté encargado de la formación de las leyes.

Conforme a la doctrina, el principio de legalidad que se refiere a la actividad administrativa, se integra con dos nociones: mérito y legitimidad.

Por mérito se entiende, como lo señala Caio Tácito: "La indagación de la oportunidad y conveniencia del acto, la zona libre en que la voluntad del administrador decide sobre las soluciones más adecuadas del interés público. Es la sede del poder discrecional del administrador, que se orienta por criterio de la utilidad". (54)

A través del mérito se busca que el acto administrativo sea oportuno, conveniente y razonable. Es decir, no basta que la administración pública actúe conforme a la Ley, sino que es necesario que su actuación sea oportuna al interés público.

Bartolomé A. Fiorini comenta al respecto, que cuando se analiza el valor del mérito en los actos administrativos, se tiene en mira ineludiblemente la satisfacción del interés público. Agrega que este valor se cumple cuando es útil a la colectividad sin restricciones injustificadas, ejecutado en tiempo oportuno y el que sea conveniente. (55)

El principio de legitimidad consiste simplemente en la conformidad del acto con la Ley. Si el acto es reglado - tratándose por ejemplo del cobro de un impuesto -, los conceptos de legalidad y legitimidad se identifican.

54) TACITO, Caio. *El Abuso del Poder Administrativo en Brasil*. *Revista de Administración Pública*. No. 15. (abril, mayo, junio de 1960) México, 1960, p. 21

55) FIORINI, A. Bartolomé. *Teoría Jurídica del Acto Administrativo*. Tercera Edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1969, p. 137.

Una vez expuestos los lineamientos generales del principio de legalidad conforme a la doctrina, consideramos necesario señalar como lo acoge nuestra Constitución.

ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL

El artículo 16 Constitucional incorpora el principio de legalidad en el siguiente texto: "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".

El principio de legalidad establecido en este artículo hace referencia a dos nociones: fundamentación y motivación. Por fundamento se entiende la existencia de una norma jurídica general que prevea el acto administrativo, es decir, que exista una Ley que autorice el acto en particular.

Por motivación se entiende la expresión del motivo del acto administrativo, es decir, las circunstancias de hecho y de derecho en virtud de las cuales la autoridad administrativa exteriorice el acto. (56)

56) OLIVERA TORO, Jorge. *Manual de Derecho Administrativo. Tercera Edición.* Editorial Porrúa, S.A. México, 1972. p. 156.

3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA FACULTAD DISCRECIONAL

En un Estado de Derecho, toda actividad que realiza el Estado está sometida al orden jurídico. Así lo hemos visto, el principio de legalidad establece la sumisión de la administración a la Ley

Fernando Garrido Falla señala que existen dos posturas sobre la posición que tiene la administración frente a la Ley, pues lo único que exige el Estado de Derecho es que la respete es decir, que actúe dentro de ella.

La segunda sostiene que las atribuciones y facultades administrativas tienen su apoyo inmediato en la Ley, siendo imposible todo tipo de actuación que no haya sido previamente encomendada a la administración pública por el legislador.

Por su parte, Fernando Garrido Falla adopta una postura ecléctica y dice: "la actividad administrativa no es homogénea. Junto a las facultades de gestión que a la administrativa se conceden, por ejemplo, para el establecimiento de un servicio público es también de la competencia administrativa resolver un recurso jerárquico interpuesto por un particular o reconocer el derecho al sueldo que esgrima un funcionario público. La postura de la administración en relación con la Ley no es la misma, ni mucho menos, en uno y otro caso. En los supuestos últimamente citados, el ordenamiento jurídico exige, cabalmente que la administración resuelva en ejecución de la Ley.

Es cierto, agrega, que el número de normas jurídicas que determinan cada vez más minuciosamente la organización, los fines a conseguir y los medios a utilizar por la administración pública se han multiplicado en los últimos tiempos. Se trata de normas dictadas para la tutela del interés público, por lo que suponen, en su definición, una imposición a la administración pública en cuanto a lo que, en relación con determinadas materias, es precisamente de interés público. Ahora bien, por muchas normas de este tipo que se dicten, la satisfacción del interés público es una tarea de la exclusiva incumbencia de la administración pública, siendo ella la única responsable de que el plan previsto en las normas tenga éxito o fracaso; a ella habrá de reconocerse el necesario poder de iniciativa.

La iniciativa administrativa, concluye, supone la concesión de poderes a la administración pública, el reconocimiento de una esfera discrecional..." (57)

En relación al punto en estudio, se desprende que: el principio de legalidad es el fundamento de la actividad del Estado. Por tanto, la Administración Pública al realizar la función administrativa deberá cumplir lo señalado en la Ley, sin embargo, el legislador no puede prever en la norma jurídica, todos los supuestos que demanda el interés público. Por ello, muchas veces atribuye facultades discrecionales a la Administración Pública. Ahora bien, esta facultad

57) GARRIDO FALLA, Fernando. OB. CIT. p. 243

no significa un poder arbitrario y deberá de ejercerse en estricto apego a la Ley con criterio de oportunidad y conveniencia al interés público.

Rafael Bielsa opina al respecto: "La Ley no puede prever todas las situaciones que han de presentarse al poder administrador: ella, en general señala reglas o normas relativas a la competencia a las atribuciones de los órganos administrativos, pero no puede prever hipótesis circunstanciales, hechos o complejos de hechos; de ahí que atribuya al poder administrador cierta facultad discrecional". (58)

Siendo la facultad discrecional una autorización que otorga el legislador, a continuación expondremos como se puede manifestar esa autorización en la Ley.

Siguiendo a Gabino Fraga, quien señala que "Por lo general de los términos mismos de la Ley, podrá deducirse si ella concede a las autoridades una facultad discrecional". Así "normalmente, cuando la Ley use términos que no sean imperativos sino permisivos o facultativos, se estará frente al otorgamiento de un poder discrecional. Igual cosa ocurrirá en todos aquellos casos en que la Ley deje a la autoridad libertad de decidir su actuación por consideraciones principalmente de carácter subjetivo, tales como los de conveniencia, necesidad, equidad, razonabilidad, suficiencia, exigencia del interés u orden público, etc. Lo mismo que cuando en

58) BIELSA, Rafael. OB. CIT. p. 67

la Ley se prevean dos o más posibles actuaciones en un mismo caso y no se imponga ninguna de ellas con carácter obligatorio". (59)

4. OPINION PERSONAL

En relación a las diversas aportaciones que realizan diferentes autores acerca del principio de legalidad y de la facultad discrecional, consideramos que la facultad discrecional, la cual surge de la generalidad del ordenamiento jurídico o principio de legalidad, es el complemento mismo de la norma, que el legislador de una manera muy acertada, integra o faculta para que se ejerza y así, de una manera efectiva la Administración Pública, siendo ella la única responsable de que el plan previsto por las normas tenga éxito o fracase, la ejerza y sirva como medio para la resolución de un caso no previsto en forma concreta por la norma

Tomando esa generalidad del ordenamiento, estimamos que la facultad discrecional derivada del principio de legalidad, mantiene un lugar muy importante dentro de lo que es la esfera administrativa ya que, la facultad discrecional contribuye a que la unidad administrativa decida su actuación por consideraciones de carácter muy concreto que la norma mismo no prevé y a partir de esta facultad puede resolver determinada situación; a través de ésta se busca la flexibilidad de la norma para aplicarse en un caso en particular en favor del interés público siempre y cuando dicha flexibilidad no vaya más allá de lo que la propia norma establece.

59) FRAGA, Gabino. OB. CIT. p 238.

Asimismo consideramos que la autoridad debe tener una competencia ligada a la Ley y no un poder discrecional en todos aquellos casos referidos a las garantías individuales en que la Constitución exige que dichas garantías sólo pueden afectarse por mandato de la Ley. Es así, que en dichos casos si se otorgará una facultad discrecional traería como resultado que la Administración sustituiría al Poder Legislativo, violándose así el principio de "reserva de la Ley", según el cual es exclusiva de la competencia del poder que normalmente está encargado de legislar la regulación de ciertas materias por normas generales.

Desde el punto de vista de la función que desempeña la facultad discrecional, debemos decir que, dicha función consiste en dar flexibilidad a la Ley para adaptarla a circunstancias imprevistas o para permitir que la Administración haga una apreciación técnica de los elementos que concurren en un caso determinado o pueda, por último, hacer equitativa la aplicación de la Ley. El dominio de dicha facultad debe extenderse a aquellos casos en los cuales exista la posibilidad de muy variadas ocurrencias, en que realmente concurren elementos cuya apreciación técnica no pueda ser regulada de antemano y por último, el principio de igualdad ante la Ley quede mejor protegido por una estimación de cada caso individual.

Concluimos que combinando los diferentes factores acertadamente en cuanto al ejercicio de la facultad discrecional, la Ley tendría un mínimo de competencia ligada que sea la salvaguarda de los derechos de los particulares al lado de la competencia

discrecional y que sea estrictamente necesaria para evitar un sacrificio de los intereses públicos esenciales.

Es así que existiendo generalidad en la Ley y en la necesidad de resolver determinados casos en concreto, el ejercicio o aplicación de la facultad discrecional apegada al principio de legalidad, deberá considerar diferentes factores:

- a) Que sea aplicada o ejercitada cuando exista generalidad en la Ley y no resuelva un caso en concreto.
- b) Que se ejercite cuando sea necesario que la Ley sea flexible para determinadas situaciones, en circunstancias imprevistas o para permitir que la Administración analice técnicamente los factores que incurran en determinada situación
- c) Que se aplique cuando existan varias soluciones a determinada situación y sea necesario a discreción de la autoridad que se utilice la más adecuada, si debe obrar o abstenerse, en qué momento lo hará y como lo realizará.

Lo anterior basado en el principio de legalidad, el cual constituye la esfera de libre actuación de la autoridad, teniendo un origen legítimo, como lo es la autorización legislativa y un límite que, en caso que no esté señalado por la misma Ley o implícito en el sistema que dopta, existe siempre el interés general, que es el único fin que pueden perseguir las autoridades administrativas.

Un interés basado en la satisfacción de los intereses de la colectividad delimitados en un marco legal trasado por los propios legisladores, que de manera amplia han tratado de contemplar la solución a todos los casos que se presentan, pero día a día surgen nuevas situaciones que por la generalidad de la Ley no se especifica la solución para un caso individual. Es así que la propia legislación otorga dicha facultad para que, con criterio de imparcialidad y justicia, resuelva el juzgador tal situación

C A P I T U L O C U A R T O

CONTROL DE LA FACULTAD DISCRECIONAL, ARBITRARIEDADES

1. LA FACULTAD DISCRECIONAL. SU CONTROL.
2. CONCEPTO DE ARBITRARIEDADES
3. ARBITRARIEDAD ¿QUE ES DESVIO DE PODER?
4. DISTINCION ENTRE RESOLUCION DISCRECIONAL Y DECISION ARBITRARIA
5. ALGUNAS CAUSAS POR LAS QUE SE PRESENTA LA DECISION ARBITRARIA
6. OPINION PERSONAL

CAPITULO CUARTO

CONTROL DE LA FACULTAD DISCRECIONAL ARBITRARIEDADES

1. LA FACULTAD DISCRECIONAL, SU CONTROL

En forma general, el control es un acto o procedimiento por medio del cual una persona o un órgano debidamente autorizado para ello, examina o fiscaliza un acto realizado por otra persona u órgano, a fin de verificar si la preparación y cumplimiento de dicho acto se han observado todos los requisitos que exige la Ley.

La sociedad justa, que otorga y garantiza los derechos individuales, depende de la existencia de límites impuestos al ejercicio del poder por parte de sus poseedores, y es una actuación que debe realizarse dentro de esos límites, la que debe ser vigilada o controlada.

La naturaleza humana no es proclive, por lo común, a autolimitarse voluntariamente y de ahí que no pueda esperarse que quienes poseen el poder no caigan en el abuso de él. (60)

De manera particular, la discrecionalidad únicamente es controlable a través de los actos en que se concretiza la actividad de la

60) GARDELLA, Lorenzo Antonio. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Octava Edición. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1988. p. 304.

Administración Pública. En el siglo pasado se pensó en los actos administrativos producto de una actividad discrecional que no eran recurribles. En nuestros días, si bien la doctrina no es uniforme, la opinión dominante niega todo motivo y razón para excluir a priori de todo recurso a determinada clase de actos.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido la tesis, en sus ejecutorias (Central Michoacana de Azúcar S.A.) pág. 1007. Tomo CX, noviembre 5 de 1961, de que el ejercicio de la facultad discrecional que tengan las autoridades queda sujeta a control en los casos en que el juicio subjetivo en que se funden sea arbitrario, caprichoso, notoriamente injusto o contrario a la equidad. Puede añadirse también que dicho control es procedente cuando en tal juicio subjetivo no se hayan tomado en cuenta las circunstancias de hecho o sean alteradas injustamente, así como en los casos en que el juicio sea lógico o viole los Principios Generales de Derecho. (61)

La discrecionalidad, ha dicho Hans Huber: "es el caballo de Troya dentro del Estado de Derecho, aparece en efecto, como un resto irreductible del antiguo modo de gobernar que parece prescindir de la Ley y que consagra los juicios subjetivos de los gobernantes como criterio último de juridicidad". (62)

61) JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION. Sexta Epoca. Tomo CX. Segunda Sala. México, 1961. p. 1007.

62) GARCIA OVIEDO, Carlos. OB. CIT. p. 168.

Conforme a lo establecido en el *Semanario Judicial de la Federación*: "El uso de la facultad discrecional supone un juicio subjetivo de la autoridad que la ejerce. Los juicios subjetivos escapan al control de las autoridades judiciales federales toda vez que no gozan en el juicio de amparo de plena jurisdicción y por lo mismo, no pueden sustituir su criterio al de las autoridades responsables. El anterior principio no es absoluto, pues admite dos excepciones a saber: cuando el juicio subjetivo no es razonable sino arbitrario y caprichoso y cuando es notoriamente injusto e inequitativo. En ambos casos no se ejercita la facultad discrecional para los fines que fue otorgada, pues es evidente que el legislador no pretendió dotar a las autoridades de una facultad tan amplia que, a su amparo, se llegaran a dictar mandamientos contrarios a la razón y a la justicia. En estas situaciones excepcionales es claro que el Poder Judicial de la Federación puede intervenir, toda vez que no puede estar fundado en la Ley un acto que se verifica evadiendo los límites que demarcan el ejercicio legítimo de la facultad discrecional" (63)

El uso arbitrario sólo es legítimo cuando el funcionario que de él goza se apoya en datos objetivos, y partiendo de esos datos razona las conclusiones a que llega el ejercicio del mismo, y cuando no las razona, origina la arbitrariedad en sus actos, surgiendo la necesidad de controlarlos.

63) *SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Tomo 73. México, 1980. p. 5522.*

"El ejercicio de la Facultad Discrecional esta subordinado a la regla del artículo 16 Constitucional Federal en cuanto este precepto impone a las autoridades la obligación de fundar y motivar los actos que pueden traducirse en molestias a la posesión y derechos de los particulares. Aunque dicho ejercicio implica un juicio subjetivo del autor del acto, que no puede ni debe sustituirse por el criterio del Juez, si está sujeto al control de éste último, cuando menos cuando el juicio subjetivo no es racional, sino arbitrario y caprichoso, cuando es enteramente injusto a la equidad, y puede añadirse que dicho control es procedente cuando en el aludido juicio no se hayan tomado en cuenta las circunstancias de hecho o sean alteradas injustificadamente, así como en los casos en que el razonamiento sea ilógico o contrario a los preceptos generales de derecho " (64)

Para que el acto discrecional sea jurídicamente válido, se debe basar en los siguientes puntos:

- a) En las disposiciones legales que permiten un elemento móvil en su actuación para actuar de acuerdo con las circunstancias. La facultad discrecional debe estar consignada en forma expresa en la Ley. En algunos casos se desprenden de los mismo términos legales.
- b) El funcionario debe ser competente para realizar el acto administrativo.

64) JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION. Sexta Epoca. Tomo IV. Segunda Sala. México, 1961. p. 120.

- c) La Ley debe autorizar al funcionario para actuar con cierta libertad o abstenerse si así lo estima conveniente. Esos actos no escapan a la crítica y al control de la legalidad y pueden ser anulados jurisdiccionalmente.
- d) Es el propio funcionario el que está autorizado para fijar las diversas formas de su actuación. (65)

Al respecto Bonnard dice: "El poder discrecional no es susceptible de más o de menos. Es el o no es". Se requiere indicar con esto, que el poder discrecional, aunque subordinado a la Ley, no es susceptible de limitaciones o restricciones.

La indebida aplicación de la facultad discrecional nos lleva a la desviación del poder, arbitrariedad y abuso del poder. En el primer caso es una desviación involuntaria de los fines contenidos en la Ley, que establece la facultad discrecional; en el segundo caso es un actuar caprichoso e irrazonable, es notoriamente contrario a la equidad, y en el último caso es un actuar intencionadamente contrario a los intereses públicos. Debe insistirse en que discrecionalidad no es arbitrariedad. Nerkl agrega: "Siendo el arbitrio una carta en blanco concedida al órgano para expresar su propia voluntad dentro del marco presentado por una voluntad ajena, puede ocurrir el caso de que el órgano exprese la suya propia, ya sea porque desconozca aquella o que la interprete mal o la desate. El acto discrecional

65) SERRA ROJAS, Andrés. *OB. CIT.* pp. 208 y 209.

defectuoso, es un acto estatal vicioso, en el cual el vicio consiste en el uso antijurídico del arbitrio. Considerando que todo acto estatal contiene algo de arbitrio, se podrían indistintamente interpretar todo vicio como defecto en el arbitrio o como falta contra el vínculo jurídico, porque al violar el órgano el precepto jurídico que lo condiciona, se excede de su arbitrio y coloca su propia voluntad subjetiva estatal. En estas circunstancias, la limitación entre vicios del arbitrio y vicios de otra clase no es tan sencilla como suele creerse y de todos modos no deja de ser en cierto grado arbitraria" (66)

De todo lo anterior, determinamos que debido a la mala aplicación de la facultad discrecional, surgen en ella vicios conceptuados como el desvío del poder, los que pueden ser anulados por diversos medios de impugnación, que a continuación mencionaremos:

En primer lugar nos referiremos a lo previsto en el Artículo 228 del Código Fiscal de la Federación el que establece:

"Serán causas de anulación de una resolución o de un proceso administrativo

- a) Violación a la disposición aplicada o no haberse aplicado la disposición debida.
- b) Desvío del poder tratándose de sanciones. (67)

66) *IBIDEM*, p. 215.

67) *CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION*. Décima séptima Edición. Editorial Porrúa, S.A México, 1996, p. 125.

Otro medio de impugnación del acto administrativo lo constituye el juicio de amparo, por medio de él se controla la Constitucionalidad de los actos de autoridad. Estando el principio de legalidad consagrado en el artículo 16 Constitucional, cuando la Administración Pública utiliza sus facultades discrecionales para fines distintos a los señalados por la Ley, violaría el principio de legalidad y, por lo tanto, podrá impugnarse por medio del Juicio de Amparo.

Un ordenamiento más que nos menciona causas de nulidad a los actos de autoridad es la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal que en su artículo 77 Bis establece "Serán causas de nulidad de los actos impugnados de las autoridades demandadas.

- Fracción III. Violación de la Ley o no haber aplicado la debida.
- Fracción IV. Arbitrariedad, desproporción, desigualdad, injusticia manifiesta o cualquier otra causa similar. (68)

De lo anterior deducimos

- a) Que la facultad discrecional no es controlable, ya que se estaría limitando la analogía de la autoridad

68) LEY DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Décima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1995. p. 76.

- b) Lo que es controlable son los vicios (dígase arbitrariedad, abuso y desvío del poder), resultado de la mala aplicación de la facultad discrecional
- c) Los medios de impugnación a los vicios de la facultad discrecional son el Juicio de Amparo y el Recurso Administrativo de Nulidad.

2. CONCEPTO DE ARBITRARIEDADES

Aún sin dejar de tener en mente la consideración de lo que el poder discrecional es, su desarrollo, cambio y transformación hasta llegar a la apreciación de que nuestro derecho vigente que él se hace, la forma de control y medio de defensa que en el Derecho Administrativo Mexicano existe. El desarrollo en nuestro medio jurídico, como en todos los demás del poder discrecional, está inseparablemente vinculado, es paralelo con el que la Administración Pública ha llevado a cabo como actividad del Estado que es, en atención a lo cual, aquello no ha hecho sino seguir los pasos que ésta ha dado, guiado por las directrices y lineamientos que el orden jurídico que regula su actividad le ha señalado

Sobre este punto ya nos hemos referido, a la forma de concebir a la Administración Pública de nuestros antepasados como una actividad absolutamente desligada del derecho, por lo que la totalidad era pura discrecionalidad.

Es por eso que se presenta la errónea concepción de la Función Administrativa, que trae como consecuencia la falta de regulación jurídica en la facultad discrecional originando las arbitrariedades y el despotismo que sufrían los administrados por parte de la autoridad, que al dar una resolución con fines de supuesta justicia, resultaba ser arbitraria. Esta situación persistió no obstante las conquistas que había alcanzado el Régimen del Estado de Derecho en virtud de la separación radical y absoluta que había entre actos discrecionales y actos reglados, supeditándose la procedencia de los recursos a la presencia de los últimos y dejando sin ningún control la realización de los primeros, en atención a que se consideraba que la Autoridad Administrativa al actuar en uso de una facultad discrecional, lo hacía con entera y absoluta libertad sin limitación alguna ni inmediata ni remota y obediendo únicamente a lo que su conciencia le dictara como conveniente.

En la historia de los regímenes estatales dice "Don Luis Recasens" citando a Lippmann el progreso se señala por una serie de procedimientos y de instituciones con las que se trata de evitar la arbitrariedad y de asegurar la legalidad de los mandatos de los titulares del poder público (69)

Cuando un acto administrativo es dictado en función de la facultad discrecional que la Ley otorga a la administración, tiene necesariamente que expresar su finalidad, la cual ha de justificarse

69) RECASENS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho. Séptima Edición. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1951. p. 216.*

con el objeto a alcanzar: tiene además que expresar su motivación y su caso. El acto administrativo que careciese de estas condiciones, no será ya discrecional sino arbitrario

A continuación daremos unos conceptos de diversos tratadistas acerca de la arbitrariedad

Arbitrariedad: (del latín *arbitrium* arbitrario, facultad de regir la propia conducta) Es la inadecuación que tiene un acto o mandato imperativo e inapelable emitido por un órgano de autoridad con respecto a una o varias normas de carácter general que debe regir en la situación en que dicho acto se produce

Un acto arbitrario es aquel que establece para una situación concreta una solución no prevista en una regla general. Es decir, va contra la esencia del derecho que siempre está basado en normas de carácter general aplicables a una infinidad de casos particulares. Por el contrario el acto arbitrario no sigue ningún criterio fijo o preestablecido. Es por eso que la arbitrariedad es radicalmente antijurídica. Sin embargo, nos encontramos con un gran número de hechos antijurídicos que, aún siendo producto de la acción de órganos del Estado, no podemos calificar de arbitrarios por la sencilla razón de que una nota básica de una resolución arbitraria es imponerse coactivamente, no admitiendo recurso alguno en contra. Por lo tanto debe provenir normalmente de un órgano estatal de máxima jerarquía para no poder ser revisada por una instancia superior.

Es conveniente aclarar que la arbitrariedad se origina en un órgano legítimo de poder que viola un orden jurídico del que él mismo deriva. Ahora bien, sería un lamentable error hacer sinónimos los conceptos de arbitrariedad y justicia, ya que el primero sólo se refiere al desajuste de un acto en relación a una norma, mientras que el segundo ya implicaría un juicio sobre la bondad intrínseca de aquella, o sea, si la norma es injusta el acto arbitrario que la violente puede ser correcto a la luz de valores metajurídicos (sociales, económicos, éticos) (70)

Por último, para Stammler tanto la arbitrariedad como el derecho, consisten en un querer entrelazante y autárquico es decir, son mandatos que se imponen a aquellos a quienes van dirigidos, pero se diferencian en que en la primera la vinculación se da en forma caprichosa según cada caso concreto, y en el segundo se da de manera uniforme y permanente. Así la arbitrariedad sería un querer entrelazante, autárquico y violable, mientras que el derecho es un querer entrelazante, autárquico e inviolable.

Otro concepto es el que considera a la arbitrariedad como el acto, conducta proceder contrario a lo justo, razonable o legal, inspirado sólo por la voluntad, el capricho o un propósito maligno con abuso de poder, fuerza, facultades o influjos (71)

70) DE PINA VARA, Rafael. OB. CIT. pp. 204 y 205.

71) GARDELLA, Lorenzo Antonio. OB. CIT. p. 108.

También se considera arbitrariedad, el acto o proceder contrario a la justicia la razón o las leyes, emitido sólo por la voluntad o el capricho arbitrario. Es lo irrazonable o injusto oposición a lo razonable, lo justo, proporcionado, equitativo. (72)

Normalmente, todo derecho se cristaliza en un sistema de legalidad. La arbitrariedad es la negociación del derecho como legalidad, cometida por el encargado de custodiarla. El poder público y sus distintos órganos. En otras palabras, arbitrariedad es la conducta antijurídica de los órganos del Estado

El derecho como ordenación permanente de la vida social que nutre la legalidad debe mantenerse: en contraposición a una nueva relación para cada caso, a tenor de las veleidades o caprichos del depositario del poder. Lo jurídico, desde el punto de vista de su contenido, no es una expresión vacía, sino que expresa un punto de vista sobre la justicia y, por consiguiente, conlleva una proporción, una igualdad y una generalidad; o sea, todo lo contrario del capricho de la voluntad sin sustento normativo. La antijuricidad de los órganos del Estado, al actuar arbitrariamente, viola el derecho en cuanto a su legalidad

La arbitrariedad, como concepto, constituye una distorsión del proceso del juicio de razón, que puede incidir sobre los distintos elementos del acto administrativo. Para que exista arbitrariedad, debe haber un desajuste en el proceso del juicio entre sus elementos

concurrentes (prueba, norma o decisión)

Toda arbitrariedad es error grande e inexcusable, sea de procedimiento o de fondo. La grave injusticia constituye arbitrariedad, aunque medie legalidad y ello encuentra fundamento suficiente en la necesidad de evitar flagrantes injusticias.

3. ARBITRARIEDAD. ¿QUE ES DESVIO DEL PODER?

Al surgir, en lenta elaboración de facultades del Poder Ejecutivo y de los órganos administrativos en general, el procedimiento Contencioso-administrativo, el embate inicial para revocar lo antijurídico de tal procedencia, se limitó a los actos reglados, es decir, cuando una actitud o disposición de la administración infringía un precepto o norma previa y claramente preestablecida. Los órganos ejecutivos mantenían aún una especie de carta blanca para actuar en materia de actos discrecionales. No tardó en advertirse que, incluso en ese ámbito, se irrogan perjuicios económicos y lesiones jurídicas de toda suerte a los particulares, por un enfoque similar al que condujo en dominio y otras razones, al constituir la tesis del abuso del derecho.

Como se observa, el acto administrativo, pudo haber sido emitido por el órgano competente, ajustándose a las reglas de fondo y de forma, siendo aparentemente correcto, pero si la administración persigue un fin que no es debido, el acto será inválido por desviación del poder". Este concepto es de suma importancia para penetrar en el fondo mismo de la intención del administrador, oculta

bajo una apariencia de legalidad que procura de esa manera que no trasluzca. No obstante, el experto puede ponerlo en evidencia rastreando en la documentación administrativa en la que generalmente quedan huellas.

Normalmente los órganos estatales actúan de acuerdo con una determinada conducta querida por la Ley para alcanzar la finalidad prevista por la norma (interés público, bien público, interés general), para lo cual se le asigna competencia. Esa finalidad debe ser verdadera, no encubierta ni falsa, ni distinta de la que corresponde al objeto o contenido del acto. Si así no fuere, el acto tendría vicio de desviación de poder, vicio que lo afecta específicamente en su elemento de "finalidad" y en la "voluntad", ésta última en la medida en que se vincula a todos los elementos del acto.

Para que el acto resulte viciado, no es necesario e imprescindible que la Ley o la norma hagan referencia expresa a este vicio. "Se trata de una expresión implícita de ilegitimidad, de una violación de la Ley específicamente denominada por la doctrina como "desviación del poder": vicio que faculta al órgano judicial ante el cual se recurra para pronunciarse sobre la validez del acto impugnado". (73)

La doctrina sobre desviación de poder no es unánime, pues son muy diferentes los criterios con los que se le encara. Así, Hariou la

73) MARIENHOFF, Miguel S. *OB. CIT.* p. 301.

define como "el hecho de una autoridad que realizando un acto de su competencia y observando las formas, o sea, sin cometer violaciones formales a la Ley; usa sus poderes con fines distintos de aquellos para los cuales le han sido conferidos. (74)

Otra definición de desviación de poder es la que lo considera como el "vicio de un acto que, emitido formalmente dentro de la competencia del órgano y de los límites de su poder, sirve para fines distintos de lo establecido por el legislador, distintos de los propios del poder que se ejerce". (75)

El desvío del poder se ofrece cuando una autoridad administrativa realiza un acto de su competencia, o usa de sus poderes legales pero con una finalidad diversa de aquella que se desprende de la intención del legislador o de la misma expresión de la norma jurídica. (76)

Existe desviación de poder, cuando la administración pública usa las potestades de las que está dotada para fines distintos de los previstos por el ordenamiento jurídico. (77)

74) *DICCIONARIO JURIDICO ESPASA, Segunda Reimpresión, Editado por Fundación Tomas Moro Espasa, Madrid, 1991, pp. 233 y 234*

75) *DIEZ, Manuel M., OB. CIT., p. 304*

76) *SERRA, ROJAS, Andrés, OB. CIT., p. 208.*

77) *FRAGA, Gabino, OB. CIT., p. 196.*

Se considera desvío del poder el vicio de un acto administrativo consistente en que su autor ha perseguido una finalidad que no se conforma con la Ley de servicio. (78)

En virtud de la existencia de varios vicios por la mala aplicación de la facultad discrecional, tenemos la desviación de poder y el abuso de poder, los cuales son frecuentemente confundidos; para evitar tal confusión, a continuación mencionaremos algunos conceptos de abuso de poder.

El abuso de poder se define como el exceso de mando, jefatura o potestad, ya sea en su ejercicio o en sus manifestaciones privadas, se denomina también abuso de las funciones públicas.

En lo administrativo se produce el abuso de poder por parte de cualquiera de las autoridades que integran el Poder Ejecutivo o la Administración Pública, cuando se lesiona un derecho individual ya por extralimitación en las atribuciones (por ejemplo, en la policía, que puede detener pero no retener más de 36 horas) o por arrogarse poderes que no le corresponden (como la percepción de una multa por quien solo puede imponerla o denunciar la infracción). Toda persona está habilitada para ejercitar, en principio, los derechos que las leyes le conceden, y también para ser cuanto no esté prohibido explícitamente o por las normas de respeto al prójimo, de sus lícitos intereses y de la causa; y cuando los funcionarios públicos limitan,

78) DICCIONARIO JURIDICO ESPASA. OB. CIT. p. 306.

cercenan o disminuyen tales facultades jurídicas, existe abuso de poder, susceptible de configurar falta administrativa e incluso, delito común.

Para no confundir desviación con abuso de poder, señalamos que en el primero se da involuntariamente de los fines contenidos en la Ley que establece la facultad discrecional y en el segundo caso, es un actuar intencionadamente contrario a los intereses públicos

Al haber estudiado los conceptos de arbitrariedad y desvío de poder, deducimos que son diferentes, ya que el desvío de poder se da involuntariamente rebasando lo establecido por la Ley, dando un fin distinto sin cometer violaciones formales de la Ley, es decir, tal acto sirve para fines distintos de lo establecido por el Legislador, distinto de los propios del poder que se ejerce. En tanto que la arbitrariedad obedece al criterio irracional e injusto de la autoridad, y se da por la no aplicación de los preceptos establecidos en la Legislación y la resolución del acto es a capricho del juzgador y que va en contra del interés y del bien público en general

4. DISTINCION ENTRE RESOLUCION DISCRECIONAL Y DECISION ARBITRARIA

De todo lo dicho hasta ahora, se desprende que el derecho es esencialmente una forma de vida objetivada, de carácter social, con pretensión normativa referente a la exterioridad de la convivencia y de la cooperación colectiva, con mando de imposición inexorable, el

que puede ser jurídico y arbitrario. El jurídico es el apegado a la norma, a lo establecido por las leyes, por los lineamientos jurídicos. El arbitrario se presenta cuando nos hallamos ante mandatos que van provistos de una fuerza de imposición irresistible, a los cuales negamos carácter jurídico y son las llamadas decisiones arbitrarias. De esto se desprende lo que denominamos arbitrariedad, la cual consiste en que el poder público, con un mero acto de fuerza, salta por encima de los que es norma o criterio vigente en un caso concreto y singular, sin responder a una regla de carácter general y sin crear una nueva regla de carácter general que anule la anterior y la sustituya.

El mandato arbitrario consiste en actos de fuerza que no se fundan en un principio general aplicable a todos los casos análogos, sino que responde a un simple porque sí, porque me da la gana, en suma a un capricho o antojo que no dimana de un criterio general. En cambio el mandato jurídico es el fundado en normas o criterios objetivos de una manera regular que tienen validez para todos los casos iguales que se presentan.

El poder jurídico está ligado por las normas vigentes y sólo obra jurídicamente en la medida en que se acomode a ellas y dentro de las facultades que las mismas le conceden. Es pues, característico del derecho, constituir una ordenación regular, inviolable, estable (en tanto no sea derogada) que, mientras rige, ata por igual al súbdito y al poder. Por el contrario, el mandato arbitrario consiste en actos de fuerza que no se fundan en un criterio previo general, sino que

obedecen a un fortuito antojo de quien dispone del poder; se caracteriza por situarse por encima de toda norma, haciendo prevalecer sobre ella un capricho, esto es, algo no reductible a criterio fijo.

Refiriéndonos al tema en particular, no hay que confundir la decisión arbitraria con la resolución discrecional. En lo arbitrario se da por un puro capricho que no responde a ninguna regla o principio general. Por el contrario, el poder discrecional de muchos órganos de derecho (llámese jueces, gobernadores, etc) está sometido a normas tan inviolables como las reglas expresamente determinadas. Lo que ocurre es que algunas veces las normas jurídicas formuladas (llámese Ley, reglamento, costumbre, etc) en atención a la complejísima variedad de factores que intervienen en determinadas relaciones, en lugar de prever precisa y minuciosamente la solución que se debe dar a cada tipo de casos, confían en una autoridad la misión de que anteceda y conjugue con los elementos de ésta con principios generales, y de esa manera obtenga la solución adecuada. Así, en los casos de facultades discrecionales, el poder no tiene prefijada su decisión por un previo precepto detallado, sino ante cada una de las situaciones sometidas a su jurisdicción, debe determinar el precepto más justo y adecuado; pero no debe hacerlo de ninguna manera por capricho singular, antes bien, atendiendo a directrices y a criterios objetivos, que son los mismos que deben ser aplicados a todos los demás casos análogos que se presentan. Actuar discrecionalmente no quiere decir actuar arbitrariamente, sino regirse por principios generales, aplicados a las particularidades de cada caso en concreto, y sacar las consecuencias. Tanto es así, que como

ya mencionamos, en nuestro sistema jurídico existe el recurso contencioso administrativo por desviación de poder, así como el juicio de amparo en los casos específicos, es decir, estos recursos se aplicarán contra la administración pública por un acto de la misma en el cual, aún cuando no se haya infringido ninguna Ley ni reglamento y haya obrado la administración en el ejercicio de sus facultades discrecionales, lo ha hecho de un modo que contradijo la finalidad para la cual se otorgaron dichas facultades discrecionales.

La diferencia entre arbitrariedad y discrecionalidad consiste, en suma, en la diferencia entre dos tipos de decisiones esencialmente diversos. La primera es un vicio que surge a raíz de la indebida aplicación de la facultad discrecional, extralimitándose a lo establecido por la Ley cuando la autoridad aplica dichos actos, convirtiéndose exclusivamente en la voluntad del superior y concibe la relación entre éste y su súbdito, librada exclusivamente al antojo del primero, como basada tan sólo en la supremacía de un hombre sobre otro hombre.

La segunda es el actuar fundado sobre una norma y regulado impersonalmente por ésta; esto es, la decisión discrecional debe estar apegada a la Ley subjetivamente; la autoridad debe tener competencia suficiente para poder aplicar dicha facultad, la cual debe estar apegada a la regla de legalidad, ya que la discrecionalidad es un actuar con libertad para tomar decisiones y dar resoluciones justas y apegadas a derecho.

"En la historia de los regimenes estatales, el progreso se señala por una serie de procedimientos y de instituciones con las que se trata de evitar la arbitrariedad y de asegurar la legalidad de las decisiones o resoluciones de los titulares del poder público. Las declaraciones de derechos y las garantías constitucionales de éstos, la norma de que el Gobierno es responsable de sus actos, la institución de un poder judicial independiente, las reglas de procedimientos a que deben acomodarse sus actuaciones los cuerpos legislativos, los funcionarios administrativos y los tribunales constituyen medios ideados para extirpar la arbitrariedad en el Estado" (79)

5. ALGUNAS CAUSAS POR LAS QUE SE PRESENTA LA DECISION ARBITRARIA.

Al existir la figura de autoridad, se tuvo la certeza de que ésta va a proteger y dirigir a la comunidad, encausar el esfuerzo particular hacia el progreso social, a garantizar los derechos y bienes de cada cual, estableciendo un orden eficaz y por ende, creando un derecho eficaz, es consecuencia lógica que los gobernados se sienten inmersos en un ambiente de seguridad, paz y progreso y por razón de esa seguridad, cada individuo se aboca a su tarea de producción, logrando su bien y por suma de los particulares la consecución del bien común o bienestar general.

En una sociedad donde no reine tal certeza, el sujeto gobernado

79) *RECASEN SICHES, Luis. OB. CIT. pp. 218 y 219.*

carece del sentimiento de seguridad. viéndose atrapado en un estado de incertidumbre que le impide producir bienes y servicios con la dedicación y tranquilidad que le daría un ambiente de seguridad jurídica, existiendo un entorpecimiento de la evolución del individuo y de la misma comunidad. Este sentimiento de inseguridad e incertidumbre respecto a su seguridad y a la de todo lo que le rodea, crea en el ser humano un sentimiento de descontento, de resistencia a la autoridad y a su normatividad jurídica ineficaz, ataca la noción de orden y se traduce en un sentir de represión y de degradación que se expresa en el gobernado como sentimiento de daño, un sentimiento de daño que en cierto modo no se puede atribuir a las lagunas que existen en el ordenamiento jurídico que da lugar a que la autoridad aplique su propio criterio cuando la norma no resuelve un caso concreto, sino que existen situaciones que la norma regula perfectamente y que sin embargo su aplicación no es justa, la contemplada por la Ley, esto es, el juzgador muchas veces resuelve con justicia y otras lo hace arbitrariamente consciente del alcance de las facultades que el orden jurídico le otorga, yendo más allá de éstas, que en lugar de dar una resolución que sea justa, apegada a la Ley, da una resolución arbitraria, injusta, en la que aplicando su voluntad lesiona los intereses jurídicos de los gobernados. Ahora bien, ¿cuales son las normas que influyen en el ánimo del juzgador para actuar arbitrariamente?

En respuesta a la interrogante antes planteada, deducimos que la capacidad racional del hombre está sujeta a las leyes de la naturaleza humana, y aunque sus funciones intelectuales y espirituales sean elevadas, existe una diversidad infinita de

circunstancias que individual o conjuntamente provocan el error. Este error o posición errónea, es la causal que deriva de una conducta no apegada a la verdad un conocimiento falso, un actuar equivocado y arbitrario. Por tanto el ser humano tiene fallas o comete errores en todos los círculos de su mundo social, pero es por su importancia fundamental en el desarrollo común, su esfera productiva o profesional en donde las fallas repercuten acrecentándose.

Es por esto que el hombre ha buscado desde los tiempos primitivos, la convivencia y el auxilio de sus semejantes y precisa, ineludiblemente, del gran apoyo; es normal que la sociedad requiera de su labor, un campo definido. Cada cual tiene asignada una función en la sociedad, y en una sociedad perfeccionada como la sociedad estatal, esta especificación de funciones precisa que sus miembros en su tarea estatal cometan un mínimo de errores. De ahí deriva que las instituciones deben ser eficaces y los gobernadores verdaderos servidores públicos, abocados a lograr el bien común y en el caso concreto de los administradores de justicia, el error, la falta, la equivocación, generan un estado de injusticia, una alteración de la seguridad jurídica, un menoscabo al bienestar general, una violación a la dignidad y derechos de los gobernados y por extensión, un trastorno en el orden social. De ahí que la exigencia para que un juzgador realice su función sin cometer errores, sea imperante

Toda autoridad debe pues, intentar ser perfecta, emitir resoluciones justas, actuar apegada a la norma jurídica a la vez que sujetarse a los preceptos del derecho vigente, resolver mediante el justo medio o justicia distributiva beneficiando al orden público, en fin, lograr integramente la consecución de los fines jurídicos o valores de derecho. Es por eso que la autoridad debe tratar de no caer en las diversas causas que provocan la decisión injusta involuntaria o equivocada al aplicar la facultad discrecional, considerando como algunas causas que influyen para que se dé la decisión arbitraria en la resolución de actos, las siguientes:

- a) Una mala aplicación de la Ley
- b) La susceptibilidad por parte de la autoridad a cometer errores
- c) Por negligencia y malos manejos
- d) Por ignorancia y corrupción de los funcionarios
- e) Por la apreciación falsa de la realidad
- f) Por la intervención de intereses personales

Entendemos por una mala aplicación de la Ley, cuando el ejecutor de la misma da una aplicación distinta a la que el Legislador contempló para determinadas situaciones. La susceptibilidad por parte de la autoridad a cometer errores, es derivada de la falibilidad del hombre como ser pensante, que no es perfecto en todo su actuar que da como consecuencia que la autoridad emita resoluciones erróneas. Se presente negligencia o malos manejos, cuando en la administración de justicia el juzgador sabe que pudiendo evitar una conducta que no este apegada a derecho, la realiza creando así una resolución arbitraria.

Podemos entender por ignorancia la falta de conocimientos jurídicos, así como la falta de tacto en la aplicación de las normas jurídicas en los actos específicos. Se presenta la corrupción cuando aunada la ignorancia a la mala fe, o existiendo únicamente mala fe por parte de la autoridad, se llega a configurar una conducta fraudulenta.

Siendo derivada del abuso de autoridad la idea de corrupción administrativa, está finalmente en el trasfondo de las conductas punibles, en todas las cuales el servicio público obra a sabiendas de autorizar una situación que no es real, sino generalmente con perjuicio patrimonial del Estado, o bien porque obtiene un lucro indebido por parte del particular, esto con el fin de dar una solución que satisfaga el interés de alguna de las partes, creando así una resolución arbitraria.

Así el juzgador se inclina por una de las partes; se desvirtúa su papel de administrador de justicia, ya que es él mismo quien la ataca, socavando su principio fundamental: la igualdad. El desequilibrio generado por la corrupción existente en la administración de justicia va a afectar a la comunidad, desplazando a la seguridad jurídica, sostenedora del orden, y afecta de igual modo el bienestar general.

La apreciación falsa de la realidad, no es generada exclusivamente por mal planteamiento o por razonamientos incompletos del juzgador, sino por intervención de las exámenes indebidas de la secuela procesal y los elementos formativos de criterio: por ignorar los preceptos jurídicos relacionados con el litigio; por una razón

equivoca o mal razonada entre la tabla de valores y en el caso concreto, por la falta de bases idóneas para el análisis del mismo.

La intervención de intereses personales se presenta cuando el sentimiento o ánimo, que respecto a cada una de las partes, alberga el juzgador. En el ser humano, existe siempre presente, el animus relacional o sentimiento de relación: por medio del mismo puede descubrir en otro individuo uno o más rasgos, que existe o él cree que existen comunes a ambos, el sujeto valorizador experimenta una adhesión hacia el valorado; por el contrario, si descubre valores negativos u opuestos a los que él estima, su ánimo será de rechazo, lo que influirá en el momento de decidir la resolución en un acto discrecional.

6. OPINION PERSONAL

La facultad discrecional, desde nuestro punto de vista, no es controlable, ya que al hablar de discrecionalidad el propio juzgador no debe de estar limitado para emitir una resolución: debe de actuar libremente, entendiendo por esta libertad que la autoridad no esté reprimida en dar soluciones justas: es así que el juzgador deberá de actuar con inteligencia y voluntad de justicia, apegada a derecho a la Ley. De esta forma, sostenemos que la facultad discrecional no es controlable, sino que, cuando no se resuelve con justicia al aplicarla, surgen nuevas figuras, vicios que tienen su origen precisamente en la mala utilización de esa facultad conferida por nuestra legislación: es así pues que cuando la resolución surgida a discreción de la autoridad que la emite no satisface el interés público, justo se está

en presencia de tales vicios: de la arbitrariedad, del abuso y del desvío del poder, que a nuestro ver son los que son controlables.

La autoridad que representa o ejerce el servicio público, necesariamente ha de aplicarse conforme a derecho, por tal motivo al existir una laguna de Ley que no especifica la solución de determinado acto, se deja al juzgador un margen de libre apreciación; es así que consideramos que la facultad de utilizar la discrecionalidad para resolver algún acto del cual la Ley no especifica solución, no es la controlable, sino lo controlable son los vicios que surgen de su mala aplicación cuando la resolución es excesiva, injusta, caprichosa, no se resuelve con apego a la Ley, esto por ignorancia, extralimitación, arbitrariedad, así como por desvío y abuso de poder.

La Ley establece claramente las funciones por desempeñar del servidor público; el abuso consiste en excederlas, por eso se habla de arbitrariedad, que implica injusticia si existe lesión a un derecho.

Injusto es lo contrario a derecho; en consecuencia, los actos de abuso de autoridad, de arbitrariedad y de desvío de poder deben tener esa nota: sólo pueden valorarse considerando su esencia, se confronta la situación tachada de injusta con tutela que al derecho le otorga la Ley; de este proceso debe aparecer la injusticia contra la colectividad social y el bienestar general.

Es así que entendemos que el núcleo de la acción se comprende en el hecho del exceso. esto es, cuando se actúa discrecionalmente y esta actuación va más allá de la que la Ley estipula. estamos en presencia del exceso pues en el momento en que se va más allá de la competencia se hace un uso indebido de la autoridad conferida; en este sentido un elemento constitutivo de los excesos que surgen del resultado de la aplicación de la discrecionalidad, o de los vicios, en la actitud encaminada, consciente o inconscientemente a causar un perjuicio al orden público.

Lo arbitrario no depende de la Ley, sino únicamente del capricho del servidor público. exceso, arbitrariedad, injusticia, perjuicio, extralimitación, son conceptos que indican la actuación del servidor público cuando se da una resolución injusta, cuando se presenta el abuso de autoridad, el desvío del poder.

Ahora bien, respecto de los medios estipulados para impugnar este tipo de resoluciones tenemos el recurso administrativo de nulidad, siempre que se establezca en el derecho objetivo que procede en los casos de inoportunidad de la acción discrecional y otro medio de impugnación es el juicio de amparo, en el que se puede apreciar la oportunidad de la acción administrativa. Esto es, que la facultad discrecional se debe ejercer en forma razonable y justa, es decir, se debe de aplicar un criterio de convencimiento y eficacia al interés público.

C O N C L U S I O N E S

1. La facultad discrecional se justifica en un Estado de Derecho por ser el medio idóneo para la satisfacción del interés público
2. El legislador no puede prever en la norma jurídica todos los supuestos que demanda el interés público, por lo cual deja al órgano ejecutivo una libertad de libre apreciación en cuanto a la oportunidad y conveniencia en la realización del interés público. Esta libertad de actuación que se otorga al ejecutivo es denominada facultad discrecional.
3. En lo referente a las fuentes de la facultad discrecional, es decir, a su origen, nos permitimos disentir de la opinión sostenida por Miguel S. Marienhoff: "la constitución no le otorga al Ejecutivo facultades discrecionales, ya que consideramos que la fuente de la potestad discrecional es el derecho objetivo, integrado por la Constitución y las leyes ordinarias.
4. En lo referente a los límites de la facultad discrecional, sostenemos que éstos se encuentran establecidos en el principio de legalidad

Dicho principio establece el deber de la administración de subordinarse a la Ley, satisfaciendo así el interés público previsto en la norma jurídica

5. En referencia al mérito, establece que el acto administrativo debe ser oportuno, conveniente y razonable.
6. A través de la legitimidad se busca la conformidad del acto con la Ley.
7. Concluimos que ambos méritos (legitimidad y mérito) establecen el límite en el ejercicio de la facultad discrecional del órgano administrativo y que cualquier actuación realizada con un fin distinto al señalado por la Ley o bien, inoportuna e irrazonable, sería ilegal y violaría, en consecuencia, el principio de legalidad; se caería en desvío del poder o en vicios que surgen con la aplicación de la facultad discrecional.
8. Es indiscutible que la función administrativa ejecuta leyes, pero consideramos que tal función no se limita únicamente a la ejecución, sino también a la de conservar el bienestar material y moral del pueblo, así como de proteger a la población y el territorio del Estado, esto a través de autorizaciones que da la propia Ley o de facultades discrecionales que ella otorga.
9. También concluimos que cuando se define la función administrativa como ejecutora de leyes, es debido a que se

manifiesta porque la ejecución implica la realización de los actos necesarios para concretar para hacerla efectiva en casos determinados por la norma legal.

10. Se habla de control jurídico para la facultad discrecional; consideramos que lo controlable no es dicha facultad, sino los vicios que surgen por la aplicación de ésta de una manera irrazonable. El control jurídico que existe se da através de los medios de impugnación del acto.
11. Los casos de anulación de un acto discrecional son el desvío de poder y los vicios que afectan el mérito del acto. Estas causas responden a distintos motivos; así mientras el desvío del poder se da involuntariamente, se rebasa lo establecido por la Ley. Los demás vicios que se presentan con la aplicación de tal facultad discrecional surgen cuando la actuación administrativa es inoportuna e irrazonable.
12. Mediante el Juicio de Amparo se puede impugnar un acto que contiene desvío de poder. En efecto, estando el principio de legalidad consagrado en el artículo 16 Constitucional : cuando la Administración Pública utilice sus facultades discrecionales para fines distintos de los señalados por la Ley, violaría el principio de legalidad y, por tanto, se podrá impugnar por medio del Juicio de Amparo.

13. Por lo que se refiere a los vicios en la oportunidad del acto administrativo, éstos se pueden impugnar por medio del recurso administrativo cuando así lo establezca el derecho objetivo y, mediante el Juicio de Amparo, se puede juzgar la oportunidad, conveniencia y razonabilidad del acto discrecional.

14. Consideramos que si nuestros gobernantes y autoridades al aplicar las leyes (en casos concretos al encuadrar situaciones en los preceptos jurídicos, al utilizar la facultad discrecional que la misma Ley confiere) lo hicieran de manera consciente, razonable, equitativa y justa, atendiendo los intereses de la colectividad dentro del margen de legalidad, que únicamente realizarán la función por y para la que fueron creados, sin excederse ni limitarse en el ámbito de ejercer y aplicar la justicia, sin la intervención de intereses personales ni ajenos, y existiendo una verdadera aplicación de la Ley definiendo el sentido real que los legisladores le han dado a la misma, estaremos en presencia de un derecho real que satisface un deseo de certeza, seguridad, equidad y justicia en las relaciones entre gobernado y gobernante, confianza en las relaciones sociales, en las relaciones con nuestras autoridades, confianza que tarde o temprano se ha perdido, creando así un ambiente de inseguridad y de injusticia entre el pueblo y sus dirigentes

B I B L I O G R A F I A

DOCTRINA.

ACOSTA ROMERO, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo. Novena Edición. Editorial Porrúa. S A México. 1986. 987 pp

ALVAREZ GENDIN Sabino. Tratado General de Derecho Administrativo. Tomo I. Editorial Bosch. Casa Madrid. 1975. 39 pp

ALESSI, Renato. Instituciones de Derecho Administrativo. Tomo I. Traducción de la Tercera Edición Italiana. Editorial Labor. Barcelona. 1970. 403 pp.

BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Tomo II. Sexta Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1972. 633 pp

BONNARD, Roger. Le Controle Jurictionnel de L'Administration. Editorial Lemus. Paris. 1934. 288 pp

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Garantías Individuales. Vigésimo Segunda Edición. Editorial Porrúa. S A. México. 1986. 758 pp

CARRILLO FLORES, Antonio. La Constitución, la Suprema Corte y los Derechos Humanos. Editorial Porrúa. S A. México. 1981. 366 pp

DELGADILLO GUTIERREZ, Luis H. Elementos del Derecho Administrativo. Editorial Noriega Limusa. México. D. F. 1991. 633 pp.

DIEZ, Manuel M. El Acto Administrativo. Tomo I. Segunda Edición. Tipográfica. Editorial Argentina, S. A. 1961. 788 pp.

- ENTRENA CUESTA, Rafael. Curso de Derecho Administrativo. Quinta Edición. Editorial Reus, Madrid, 1976. 522 pp.
- FIORINI A. Bartolomé. Teoría Jurídica del Acto Administrativo. Tercera Edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1969. 632 pp.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo F. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. Editorial UNAM. México, 1971. 406 pp.
- FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. Décimo Séptima Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1977. 522 pp.
- GARCIA OVIEDO, Carlos. Derecho Administrativo. Volumen 2. Editorial EISA. Madrid 1968. 1928 pp.
- GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Sexta Edición. Editado por el Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1986. 654 pp.
- GONZALEZ PEREZ, Jesús. El Procedimiento Administrativo. Editorial Tecnos. Madrid, 1964. 330 pp.
- GORDILLO, Agustín A. Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Macchi, Buenos Aires, 1979. 364 pp.
- HART, James. An Introduction to Administrative Law. Artherton Press. Nueva York, 1940. 441 pp.
- MARIENHOFF, Miguel S. Derecho Administrativo. Cuarta Edición Tipográfica. Editorial Argentina. Buenos Aires 1966. 616 pp.
- OLIVERA TORO, Jorge. Manual de Derecho Administrativo. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1972. 386 pp.

RECASEN SICHES, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. Séptima Edición. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1951. 366 pp.

RIVES SANCHEZ, Roberto. Elementos para un Análisis Histórico de la Administración Pública Federal en México. 1821-1940. Editorial INAP. México. 1984. 263 pp.

SAYAGUES LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo Tomo I. Cuarta Edición. Editorial Labor. Montevideo. 1974. 603 pp.

SERRA ROJAS, Andrés. Derecho Administrativo. Novena Edición. Editorial Porrúa. S.A. México. 1979. 849 pp.

SERRA ROJAS, Andrés. Trayectoria del Estado Mexicano. Décima Edición. Editorial Porrúa. S.A. México. 1991. 463 pp.

VILLEGAS BASALVIBASO, Benjamín. Derecho Administrativo. Tomo II. Segunda Edición. Editorial Losada Buenos Aires. 1950. 395 pp.

ZANOBINI, Guido. Curso de Derecho Administrativo Tomo I. Quinta Edición. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1945. 346 pp.

LEGISLACION

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 105a. Edición. Editorial Porrúa. S.A. México. 1995. 134 pp.

CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION. Décimo séptima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1996. 183 pp.

LEY ORGANICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL. Segunda Edición. Editorial Delma. México. 1995. 137 pp.

LEY DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Décima Edición
Editorial Porrúa, S.A. México, 1995. 106 pp.

LEY GENERAL DE POBLACION. Octava Edición. Editorial Porrúa. S A
México, 1994. 46 pp.

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION
Sexta Epoca Tomo CX Segunda Sala México 1961 p 1007

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION
Sexta Epoca Tomo IV Segunda Sala México 1961. p 120.

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION
Sexta Epoca. Tes 54. Segunda Sala. México. 1917. p 115.

**Poder Judicial de la Federación. Apéndice al Semanario Judicial de la
Federación. 1917-1975 Sexta Parte. Tribunales Colegiados de Circuito Tesis
Jurisprudencial Número 24. México 1975. p. 45**

**Poder Judicial de la Federación Apéndice al Semanario Judicial de la
Federación. 1917-1975. Sexta Parte. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis
Jurisprudencial Número 45. México 1975 p. 80**

**Poder Judicial de la Federación Apéndice al Semanario Judicial de la
Federación. 1917-1975. Sexta Parte. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis
Jurisprudencial Número 29. México 1975. p. 56.**

**Poder Judicial de la Federación. Apéndice al Semanario Judicial de la
Federación. 1917-1975. Tercera Parte. Segunda Sala. Tesis Jurisprudencial
Número 396. México 1975. p. 653.**

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Tomo 73. México. 1980. p. 552.

O T R A S F U E N T E S

CARRILLO FLORES, Antonio. El Jurista en la Administración Pública. Revista de la Facultad de Derecho Tomo XXV Números 99-100 (julio-diciembre). México. 1975. 555 pp.

DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. Décimo Quinta Edición Editorial Porrúa, S.A. México. D.F. 1980

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ANAYA. Editado por la Fundación Cultural Televisa A.C. México. D.F. 1981

DICCIONARIO JURIDICO ESPAÑA. Segunda Reimpresión. Editado por la Fundación Tomás Moro Espasa Madrid 1991. 333 pp.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Editado por las Instituciones de Investigaciones Jurídicas de la UNAM México. 1983. 346 pp.

GARDELLA, Lorenzo A. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Octava Edición Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1986 304 pp.

PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Décimo Octava Edición. Editorial Porrúa. México. 1988 632 pp.

TACITO, Caio. El Abuso del Poder Administrativo en Brasil Revista de Administración Pública. No. 15. (abril, mayo, junio de 1960) México. 1960. 410 pp.