

54



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

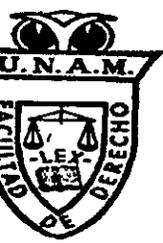
FACULTAD DE DERECHO

LA FACULTAD DISCRECIONAL DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS FEDERALES

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
JOSE RAYMUNDO ARENO HERNANDEZ

296771

DIRECTOR DE TESIS: LIC. PEDRO NOGUERON CONSUEGRA



MEXICO, D.F.

2001



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.

AGRADECIMIENTOS:

A Dios por haberme dado la vida y ser el aliento que inspira todos los actos de mi existencia.

A mis padres por haber sido coparticipes con el creador, para que yo conociera la dicha de vivir y así poder trascender a través de los estudios.

A mis hermanos por el apoyo que me brindaron y sin el cual nada de lo que tengo y soy pudiera ser realidad.

A mi familia por su comprensión y tolerancia sin la cual, este objetivo no hubiera podido alcanzar.

A mis amigos de toda la vida por su motivación para el logro de este objetivo

A mis profesores de toda la vida porque a pesar de mis fallas creyeron en mí.

**“ Podré no estar de acuerdo
con tu idea, pero daré la vida
por defender el derecho que
tienes de expresarla. “**

Voltaire.

LA FACULTAD DISCRECIONAL DE LAS AUTORIDADES
ADMINISTRATIVAS FEDERALES

INDICE

INTRODUCCIÓN-----	I
PROLOGO -----	III
CAPITULO PRIMERO	
ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES Y DOCTRINALES.	
1.1 CONSIDERACIONES GENERALES-----	1
1.2 CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE CÁDIZ -----	1
1.3 DECRETO CONSTITUCIONAL PARA LA LIBERTAD DE LA AMÉRICA MEXICANA -----	2
1.4 REGLAMENTO PROVISIONAL POLÍTICO DEL IMPERIO MEXICANO DE 1822-----	2
1.5 ACTA CONSTITUTIVA DE LA FEDERACIÓN -----	5
1.6 LEYES CONSTITUCIONALES DE 1836-----	6
1.7 CONSTITUCIÓN DE 1857-----	9
1.8 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917-----	17
1.9 ANTECEDENTES DOCTRINALES -----	27
MEXICANA -----	27
1.10 ALEMANA-----	28
1.11 FRANCESA -----	28
1.12 ESPAÑOLA -----	29

1.13	ITALIANA	-----	30
1.14	AUSTRIACA	-----	30

CAPITULO SEGUNDO

CONCEPTOS GENERALES

2.1.	FACULTAD	-----	32
2.1.1	FACULTAD DISCRECIONAL	-----	36
2.2	ATRIBUCIÓN	-----	39
2.3	COMETIDO	-----	46
2.4	FUNCIÓN	-----	48
2.5	DERECHO	-----	54
2.6	ADMINISTRACIÓN PUBLICA FEDERAL	-----	56

CAPITULO TERCERO

LA NECESARIA ELIMINACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD

ADMINISTRATIVA

3.1	CONSIDERACIONES GENERALES	-----	57
3.2	FUNDAMENTACION TEÓRICA	-----	57
3.3	NATURALEZA JURÍDICA DE LA DISCRECIONALIDAD	-----	60
3.4	EL CONCEPTO DE FACULTAD DISCRECIONAL	-----	63
3.5	RAZONES FÁCTICAS DEL PRESENTE ESTUDIO	-----	66
3.6	LA LUCHA CONTRA LAS ARBITRARIEDADES DEL PODER PUBLICO	-----	69

3.7 CONVENIENCIA E INCONVENIENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD-----	71
--	----

CAPITULO CUARTO

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA FACULTAD DISCRECIONAL

4.1 EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE PRINCIPIO DE LEGALIDAD-----	75
4.2 OBLIGADA ADECUACIÓN DE LOS ACTOS DISCRECIONALES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD-----	78
4.3 LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y LA FACULTAD DISCRECIONAL-----	81
4.4 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA FORMAL-----	86
NUESTRA PROPUESTA -----	94
CONCLUSIONES-----	
BIBLIOGRAFÍA-----	

INTRODUCCIÓN

En el capítulo primero veremos como a través de los tres siglos pasados la facultad discrecional o poder discrecional ha estado presente en los ordenamientos constitucionales que tuvieron vigencia en nuestro país. además, observaremos como a pesar de los cambios ideológicos se siguieron otorgando a las autoridades poderes discrecionales en distintas ramas de la actividad del Estado.

En el capítulo segundo analizaremos como la facultad discrecional no puede desvincularse del conjunto de conceptos del derecho administrativo , pues hacerlo, sería tanto como darle "carta de naturalización a la arbitrariedad ", por ello sostenemos durante el desarrollo de dicho capítulo nuestra adhesión a la opinión de los autores cuando definen a tal facultad como una competencia y no como u poder absoluto al margen del orden jurídico .

En el capítulo tercero analizaremos la facultad discrecional, su concepción, su naturaleza jurídica, las teorías que se han elaborado para tratar de explicar la naturaleza jurídica de dicha facultad, las razones de hecho que determinaron la realización de este trabajo, así como una breve reseña de la génesis del acto de gobierno o político y la similitud que existe entre ambas categorías, así como las consecuencia que su existencia genera en el ámbito de la actividad de la Administración Pública.

II

En el capítulo IV estudiaremos la relación entre el Principio de Legalidad y la Facultad Discrecional de las Autoridades Administrativas Federales, pues por definición para algunos autores este tiene como excepción la facultad discrecional idea que trataremos de demostrar como falsa, basados en la opinión de los autores, esto resulta a la luz de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que ha sostenido que el ejercicio de la facultad discrecional esta subordinado a la regla del artículo 16 de la Constitución. dicho principio será analizado desde dos puntos de vista el material y el formal, en torno al primero comprenderá los actos individuales que dictan los servidores públicos basados en preceptos que les otorgan facultades discrecionales. y en cuanto al segundo será analizado tomando como base la expedición de circulares, normas oficiales y reglamentos.

III

PROLOGO

La presente obra tiene como propósito presentar una alternativa que pueda remediar la situación que se genera al aplicar las normas jurídicas que otorgan Facultades Discrecionales. A las Autoridades Administrativas Federales. Si bien es cierto dicho poder o potestad hasta el día de hoy es necesario para ejecutar eficientemente las tareas que a las autoridades corresponde de acuerdo con el ordenamiento jurídico en vigor, sin embargo ello no obsta para que se ignoren las terribles consecuencias que el ejercicio de tal poder o potestad ha ocasionado a la nación a lo largo de su historia, ya que como lo prueban los hechos recientes, la discrecionalidad es una herramienta que por su propia naturaleza es susceptible de ser la piedra angular de la decisiones que dictan las Autoridades Administrativas Federales, además ocurre que por la estructura de la facultad discrecional dichas acciones quedan fuera del control jurisdiccional, por que si bien es cierto, el Poder Judicial Federal ejerce un control sobre dichas facultades discrecionales, también es cierto que dicho control resulta inexistente en tratándose de ciertos actos que se ejecutan como son las iniciativas de leyes. La promulgación de decretos. El retiro de permisos para impartir educación y las decisiones en materia de comercio exterior. Razón por la cual hemos tratado de construir una propuesta que pueda dar respuesta a uno de los grandes problemas que enfrenta nuestra nación al establecerse en la Constitución y leyes administrativas potestades o facultades discrecionales, que pueden usarse en detrimento de los intereses de la misma.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

CONSIDERACIONES GENERALES

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE CÁDIZ

DECRETO CONSTITUCIONAL PARA LA LIBERTAD DE LA AMÉRICA MEXICANA

REGLAMENTO PROVISIONAL POLÍTICO DEL IMPERIO MEXICANO

ACTA CONSTITUTIVA DE LA FEDERACIÓN

LEYES CONSTITUCIONALES DE 1836

CONSTITUCIÓN DE 1857

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917

ANTECEDENTES DOCTRINALES

MÉXICO.

ALEMANIA.

FRANCIA.

ESPAÑA

ITALIA.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

1.1 CONSIDERACIONES GENERALES.

En este apartado veremos como en algunos ordenamientos jurídicos que tuvieron vigencia en nuestro país, principalmente de rango constitucional, actas, leyes, reglamentos y decretos se concedieron a las autoridades administrativas, poderes o facultades discrecionales para ejercitarlos en el ámbito de su competencia.

También es necesario mencionar que durante la segunda mitad del siglo pasado y lo que va del presente; se elaboraron una serie de doctrinas acerca del poder discrecional, las que desde nuestro punto de vista, cumplen la misión de ubicar el concepto aquí estudiado en el desarrollo del ciencia del derecho administrativo.

1.2 Constitución Española de Cádiz. El primer documento jurídico de que tenemos noticia es la Constitución Española de 1812. Esta constitución, jurada en Cádiz el 18 de marzo de dicho año, entro en vigor en la Nueva España el 30 de septiembre de ese mismo año. Las disposiciones que establecieron poderes discrecionales a cargo de la autoridad administrativa en los artículos 366 y 367 que textualmente transcribimos en las líneas siguientes: le dan cumplimiento a lo expresado en las consideraciones generales.

TITULO IX

DE LA INSTRUCCIÓN PUBLICA

CAPITULO UNICO.

Artículo 366 En todos los pueblos de la monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en las que se enseñara los niños a leer, escribir, contar y el catecismo de la iglesia católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles.

Artículo 367. Asimismo, se arreglara y creara el número competente de universidades y de otros establecimientos de instrucción, que se juzguen convenientes para la enseñanza de todas las ciencias, literatura y bellas artes.

Como puede observarse, el artículo 367 de dicha Constitución, se refiere en forma directa a la facultad discrecional que otorgaba a la autoridad para arreglar y crear el número competente de universidades y de otros establecimientos que juzgue conveniente, hallándose en esta última expresión, la evidencia de que el precepto constitucional sujeto a estudio contenía un poder discrecional, pues dejaba a la autoridad un margen de libertad dentro del cual podía determinar si tal o cual número de establecimientos era conveniente o no. Pues como dice el autor Montiel y Duarte “ la carta de Cádiz estableció la obligación de crear el número competente de colegios y universidades que creyeren convenientes para la enseñanza de todas las ciencias, de la literatura y de las bellas artes, sobre las ciencias, de la formalidad en todo el país y bajo la dirección de una junta compuesta de personas nombradas por el gobierno, a quienes se sometía la inspección de la enseñanza publica”.

1.3 DECRETO CONSTITUCIONAL PARA LA LIBERTAD DE LA AMERICA MEXICANA. Este documento jurídico fue sancionado el 22 de octubre de 1814, se compone de 22 capítulos, siendo el octavo de ellos en donde se encuentran antecedentes de facultades discrecionales con que actualmente cuenta la Administración Pública en México, por ello reproducimos en las siguientes líneas la parte de tal capítulo octavo que se encuentra relacionado con nuestro tema y que se trata del artículo 116 el que textualmente dice:

1 Citado por Burgoa Orihuela Ignacio Las Garantías Individuales México Porrúa

Capítulo VIII

De Las Atribuciones Del Supremo Congreso

Artículo 116. Batir moneda determinando su material, valor, peso, tipo y denominación, y adoptar el sistema que estime justo de pesas y medidas.

Es menester en lo que se refiere a este artículo 116, decir que estableció una facultad discrecional atribuida al Supremo Congreso, en este punto es necesario tener en cuenta la opinión que sobre dicha Facultad o Atribución emitiera el autor De la Torre Villar, quien al respecto dice: “Las Atribuciones del Supremo Congreso quedan bien establecidas en el octavo capítulo, cuyo análisis revela no solo el espíritu de la Constitución, sino también el desequilibrio entre los tres poderes, la concentración de facultades en el Congreso, debido tal vez al temor de que el poder de un hombre pudiera colocarse por encima de la voluntad general. La fuerza tradicional del poder centralizador, peso considerablemente en el ánimo de los legisladores, quienes pensaron que sólo el órgano, más directamente representativo del pueblo, quien había hecho la revolución, debería concentrar en sus manos el máximo del poder, de ahí que al Congreso correspondiera ratificar y sancionar los votos del pueblo para establecer el sistema tributario, fiscal, monetario y de pesas y medidas”²

1.4 REGLAMENTO PROVISIONAL POLÍTICO DEL IMPERIO MEXICANO DE 1822

Dicho reglamento compuesto de ocho secciones, tiene desde el punto de vista de las facultades discrecionales, una gran importancia, pues en su sección cuarta, que más adelante reproduciremos se establecía a favor del Supremo Gobierno, la facultad de imponer multas, por esta última razón, es que en las siguientes líneas hacemos la

2 De La Torre Villar Ernesto La Constitución de Apatzingan y los Creadores del Estado Mexicano UNAM Inst. de Inv. Históricas, México. 1964 Página 60 y 61

transcripción antes señalada

Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1822

Sección Cuarta.

Capítulo VI

Del Gobierno Supremo Con Relación A Las Provincias Y Pueblos Del Imperio

Artículo 48. Hacer lo que prohíben, o no hacer lo que ordenan las leyes es un delito

El jefe político, cuyo principal objeto es el sostén del orden social y de la tranquilidad pública, usará todas sus facultades para prevenir el crimen y sostener la libertad, la propiedad y la seguridad nacional.

Artículo 49. A objeto tan importante, podrá imponer penas correccionales en todos los delitos que se induzcan infamante o aflictiva corporal, en cuyos casos entregara los reos el tribunal que designe la ley.

Artículo 50 Las penas correccionales se reducen a multas, arrestos y confiscación de efectos en contravención de la ley. Las multas en ningún caso pasaran de cien pesos, ni arrestos por un mes.

Con relación a los preceptos citados anteriormente, podemos concluir que constituyen precedentes de la facultad discrecional establecida en el numeral 21 de la Constitución de 1917. en este punto es necesario traer a colación lo que en lo referente al artículo expresa una obra colectiva del Instituto de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, que se pronuncia en los siguientes términos:

“ En el Reglamento Provisional Político del Imperio, sancionado en 1822 por el entonces emperador Agustín de Iturbide, se autorizó (artículo 48) al jefe político a usar

todas sus facultades para prevenir el crimen y sostener la libertad, la propiedad y la seguridad individual; el artículo 49 lo facultó para imponer penas correctivas en todos los delitos que “no induzcan pena infamante o afflictiva corporal, en cuyos casos se entregaría a los reos al tribunal que designe la ley”. Por último, el artículo 50 estableció que las penas correccionales estarían reducidas a multas que no pasarían de cien pesos, y arrestos que nunca excederían de un mes”.³

1.5 ACTA CONSTITUTIVA DE LA FEDERACIÓN.

Este instrumento jurídico preparó la entrada de nuestro país al Federalismo. Sin embargo por tener relación con el objeto de este estudio, sólo nos ocuparemos en lo que respecta a analizar las disposiciones constitucionales, como es el caso del artículo 18 de la mencionada Acta Constitutiva, mismo precepto cuyo texto dice:

Acta Constitutiva de la Federación

Artículo 18. Todo hombre que habita en el territorio de la Federación tiene derecho a que se le administre pronta, completa e imparcialmente justicia y con ese objeto la Federación deposita el ejercicio del poder judicial en una Corte Suprema De Justicia, y en los tribunales que se establecen de esta Suprema Corte.

También forman parte de este documento jurídico y constituyen antecedentes de facultades discrecionales los artículos 30 y 31 de dicha acta y cuyo texto de ambos preceptos dice:

3. Nuestra Constitución. Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana. México 1990 página. 143.

Artículo 30: La nación esta obligada a proteger por leyes sabias y justas los derechos del hombre y del ciudadano.

Artículo 31. Todo habitante de la Federación tiene libertad de escribir imprimir y publicar sus ideas políticas, sin necesidad de licencia revisión o aprobación anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad de las leyes.

Los anteriores preceptos del documento jurídico en comento; constituyen precedentes del artículo 33 de la Constitución de 1917, preceptos que contiene una facultad discrecional. Pero que al tiempo de la expedición de la mencionada Acta Constitutiva, es decir en 1824, nuestra nación practicaba, con relación a los extranjeros una política de asimilación entre estos y los nacionales. Esta afirmación encuentra apoyo en lo expresado por el maestro Arellano García, Cuando dice: “ la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros se preconiza en ese documento constitucional, a través de los artículos 30 y 31”.⁴

16 LEYES CONSTITUCIONALES DE 1836.

Este conjunto de leyes suscritas por los centralistas en 1836 estaba compuesta de siete estatutos conocidos como Constitución de las Siete Leyes, dicho instrumento jurídico contenía precedentes de facultades discrecionales en el artículo 45 de la tercera ley, cuyo texto dice:

Tercera ley constitucional.

Del poder legislativo, de sus miembros y de cuanto.

⁴ Arellano García Carlos. Derecho Internacional Privado. 9ª edición. Porrúa. México. 1989. Pag.386.

dice en relación a la Formación de las Leyes.

Artículo 45. No puede el Congreso General.

I. Dictar ley o decreto sin las iniciativa, intervalos, revisiones y demás requisitos que exige la ley y señala el reglamento del Congreso; siendo *únicamente excepciones* de esta regla las expresadas en el referido reglamento.

II. Proscribir a ningún mexicano ni imponer pena de ninguna especie directa o indirectamente.

A el sólo le corresponde designar con generalidad las penas par los delitos.

III. Privar de su propiedad directa ni indirectamente a nadie, sea individuo, sea corporación eclesiástica o secular.

A la ley le corresponde en esta línea establecer, con generalidad, contribuciones o arbitrios.

IV. Dar a ninguna ley, que no sea puramente declaratoria, con efecto retroactivo, o que tenga lugar directa ni indirectamente, en casos anteriores a su publicación.

La facultad discrecional de imposición de multas y arrestos que establece el actual artículo 21 de la constitución de 1917, tiene como precedente el artículo 45 de la tercera ley constitucional que hemos transcrito enteramente y acerca de este precepto se ha dicho en estudio efectuado por el Instituto Histórico de la Revolución Mexicana, el que al respecto se pronuncia así: “La Constitución de 1824 fue remplazada por las Leyes Constitucionales de la República Mexicana suscritas por los centralistas en 1836. En él artículo 45 de estas leyes se restringió las facultades del Congreso General. Este no podía desterrar ni imponer pena de ninguna clase a los mexicanos.

Bajo la vigencia de las leyes Constitucionales de 1836, el presidente Antonio López de Santa Anna promulgó el 265 de octubre de 1842 un decreto en materia educativa. La expedición de dicha normatividad se debió a que perteneciendo Santa Anna al grupo conservador, era lógico dentro de su ideología política elevar a rango de norma fundamental ciertas materias entre las que se encontraban la educativa, esta ultima afirmación se apoya en la obra “Escuelas Laicas” cuando expresa: “ el sector conservador, después de la caída del presidente Gómez Farias no se concreto tan solo a destruir la obra de este gran liberal, sino que procedió a elevar a la categoría de constitucional el monopolio que tenia en materia educativa”.⁶

Ahora bien, con relación al tema central de este trabajo, cabe agregar, que el decreto mencionado, en su artículo once estableció una facultad discrecional cuyo ejercicio correspondía a los prefectos, subprefectos y jueces de paz, sobre este ultimo punto el maestro Burgoa Orihuela Ignacio nos dice: “es importante hacer notar que el citado decreto, estableció, la educación gratuita y obligatoria, constriñendo a los padres, tutores y “protectores de huérfanos” para mandar a las escuelas-que se colocaban bajo la protección de María santísima de Guadalupe- a todos los individuos de uno y otro sexo, desde la edad de siete años hasta la de quince, so pena de ser castigados alternativamente con una multa que no debiera exceder de cinco pesos o con prisión de ocho días, sanción que podían aplicar los prefectos, subprefectos o los jueces de paz”.⁷ en base a lo afirmado anteriormente podemos concluir que el concepto de la facultad discrecional ya era conocido en la época de las leyes constitucionales de 1836.

6. Citado por Cisneros Farias German El Artículo Tercero Constitucional Trillas .México.1970.Pág.22

7. Burgoa Orihuela Ignacio. Las Garantías Individuales 13ª edición, Porrúa. México. 1980 Pág. 453.

1.7 CONSTITUCION DE 1857.

Esta constitución, sancionada por el Congreso General el 5 de febrero de 1857, estuvo en vigor por espacio aproximado de 60 años, es decir, tuvo vigencia hasta el año de 1917, se considera que este instrumento jurídico definió el rumbo de la nación en cuanto a la organización, estructura y funcionamiento de los poderes, que son a saber ejecutivo, legislativo y judicial.

Al analizar las disposiciones que el constituyente de esta época plasmó en su documento jurídico, podemos apreciar la importancia que le confirió al poder o facultad discrecional con que debía contar la Autoridad Administrativa para poder cumplir satisfactoriamente con las funciones que le señala la norma fundamental y las leyes secundarias. Es por estas últimas razones, que debemos conocer las disposiciones constitucionales que establecieron poderes discrecionales, y que textualmente dicen:

Constitución política de la República Mexicana. Sobre las Indestructible Base de su Legítima Independencia, proclamada el 16 de septiembre de 1810 y consumada el 21 de septiembre de 1821.

Artículo Tercero. La enseñanza es libre. La ley determinara que profesiones necesitan título par su ejercicio.

Este precepto enarbola la libertad de enseñanza; fruto de la lucha del partido liberal de aquella época que se ocupó en retirarle el monopolio de la educación a la iglesia católica; de ahí que haya tomado como bandera de sus actos la libertad de enseñanza. Del contenido jurídico, de este Artículo Tercero, ha dicho el autor Alberto Morales en su obra La Constitución Mexicana de 1857 lo siguiente:

“ El Estado no podía postular ni las verdades científicas ni los dogmas religiosos de ninguna especie, y el estado, decían, no puede ser árbitro de la verdad, máxime que la verdad es cambiante como la corriente de un río”⁸

También hay que observar el hecho de que tal y como se encuentra redactado el precepto en cuestión, constituía una garantía individual y por lo mismo, podía protegerse vía el juicio de amparo.

Artículo 21. La aplicación de las penas propiamente reales es exclusiva de la autoridad judicial. La política o administrativa sólo podrá imponer como corrección de diez hasta quinientos pesos de multa, o desde ocho días hasta un mes de reclusión, en los casos y modo que expresamente determine la ley.

Como corolario histórico de éste precepto veintiuno de la Constitución de 1857, es oportuno traer a colación lo expresado por la obra del Instituto de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, que se manifiesta en los siguientes términos: “el proyecto de Constitución Política de la Republica Mexicana, fechado en junio de 1856 fue resultado del triunfo de la revolución de ayutla , movimiento armado cuyo objetivo fue, principalmente, salvar a México de la anarquía. El texto del proyecto se aprobó quedando como artículo 21”⁹

Este artículo veintiuno de este cuerpo constitucional, otorgo

8. Morales Jiménez Alberto. La Constitución Mexicana de 1857. Instituto Nacional de la Juventud Mexicana. México.1957.página. 96.

9 Instituto de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana. Op. Cit. Pág. 145.

a la autoridad administrativa la facultad discrecional de imponer multas y arrestos por infracciones a las leyes, razón por la cual consideramos que en dicha norma la discrecionalidad, es en demasía clara y tajante, pues, establece un marco de libertad, dentro del cual se puede mover la autoridad competente, en su aplicación.

Artículo 30. Son mexicanos.

I. Todos los nacidos dentro o fuero de la Republica de padres mexicanos.

II. Los extranjeros que se naturalicen de acuerdo a las leyes de la federación.

III. Los extranjeros que adquieran bienes raíces en la Republica o tenga hijos, siempre que no manifieste la resolución de conservar su nacionalidad.

Sin duda, este artículo 30 de la carta magna de 57, estableció en su facción segunda una facultad discrecional a favor de la Autoridad Administrativa en materia de adquisición de la nacionalidad mexicana. En este punto es en el que coincidimos con el maestro Arce que nos dice al respecto: "el artículo 30 de la Constitución de 57, declaraba que son mexicanos todos los que nacen dentro y fuera del territorio de la Republica de padres mexicanos, los extranjeros que se naturalicen y los que adquieran bienes raíces en la Republica o tengan, siempre que no manifiesten la resolución de conservar su nacionalidad extranjera".¹⁰

10. Arce G. Alberto. Derecho Internacional Privado. Universidad de Guadalajara. México. 1990. Pág.. 36

Pretendemos resaltar, que de las tres fracciones del precepto sujeto a estudio, la tercera de ellas, se torna interesante, pues, otorga al extranjero la posibilidad de adquirir la nacionalidad Mexicana, mediante la obtención de bienes raíces o la procreación de hijos, sobre este precepto nos dice el autor Arce en su obra ya anotada: “La Constitución de 57 en su artículo 30 fracción III, previno que fueran mexicanos los extranjeros que adquirieran bienes raíces en la República o tuvieran hijos mexicanos, si no manifestaban la resolución de conservar su nacionalidad. La ley de extranjería de 1886 reglamentó ese precepto constitucional y estableció además que se consideraría como mexicano a los extranjeros que sirvieran oficialmente al gobierno mexicano o que aceptaran de él títulos o funciones públicas”.¹¹

Artículo 33. Son extranjeros los que no posean la calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías otorgadas en la sección I, Título 1° de la presente Constitución, salva en todo caso la facultad que el gobierno tiene para expeler al extranjero o pernicioso. Tienen obligación de contribuir para los gastos públicos de la manera que dispongan las leyes, y autoridades del país, sujetándose a los fallos y sentencias de los tribunales, sin poder intentar otros recursos que los que las leyes conceden a los mexicanos.

Bajo la vigencia de este artículo, aparece el primer documento jurídico no

11. Arce G. Alberto. Op. Cit. Pág. 31.

Constitucional que regula la materia de los extranjeros, pero sobre la cuestión creemos necesario traer la opinión que respecto a tal documento expusiera el Maestro Pérez Nieto Castro, que nos dice: “El primer cuerpo legal que regula esta materia es el Derecho del Gobierno sobre Extranjería y Nacionalidad, expedida por el presidente Antonio López de Santa Anna el 30 de enero de 1850 y resultan de importancia principalmente los artículos 2 y 3, cuyos textos reproducimos en las siguientes líneas:

Artículo 2. Los extranjeros tendrán la obligación de pedir carta de seguridad, que Será renovada en el mes de enero de cada año, para poder gozar de los derechos civiles de la República. En caso de contravención, sufrirán por primera vez una multa conforme a las leyes vigentes o que se dieran en lo sucesivo, doble en caso de reincidencia, y por otra mayor serán expulsados del territorio nacional.

Artículo 3. Los extranjeros que se introdujeran al territorio nacional sin el correspondiente pasaporte y sin los requisitos de la ley serán detenidos en el puerto o primer lugar de su arribo, hasta que, dada cuenta al gobierno por el ministro de relaciones e interpuesto de las calidades del extranjero, disponga lo conveniente sobre su expulsión o liberación”.¹²

La discrecionalidad, estaba presente en él artículo aquí estudiado pues, al decir el precepto, que el gobierno tiene la facultad para expeler al extranjero pernicioso, le otorgaba a la autoridad –gobierno- el poder apreciar libremente que extranjero era pernicioso y cual no. Además, dicha norma establecía de acuerdo con el maestro Arellano García una posibilidad de impugnar la decisión de expeler un extranjero mediante el juicio de amparo, esta última afirmación encuentra apoyo en lo manifestado por el autor antes señalado que en su obra nos dice:

12. Pérez Nieto Castro. Derecho Internacional Privado. Harla. México. 1984. pág. 86.

“ La postura de la Constitución del 5 de febrero de 1857, en relación con los extranjeros, que se deriva del análisis de tres de sus preceptos, los artículos 1, 32 y 33. de la Constitución de 1857, en disposiciones especiales en las que se encuentran un trato diferencial, conforme al artículo 32, los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancia, para todos los empleos, cargos, o comisiones de nombramientos de las autoridades, en que no sean indispensables la calidad de ciudadano, el artículo 33 establece a favor del gobierno la facultad para expeler al extranjero pernicioso”. 13

Sin embargo y a pesar de estas especulaciones ordinarias, la Suprema Corte, en la ejecutoria que transcribimos mas adelante, deja la idea de que para ella el artículo 33 de la Constitución de 1857, establecía una acto de gobierno o político, ¹⁴ pues, sostuvo en la mencionada tesis: “ es indudable que el Presidente de la República hace uso de una Facultad Constitucional, cuando dispone la expulsión de territorio nacional, del extranjero a quien juzga pernicioso, en este caso no puede alegar violación de garantías la persona sobre quien ejercitara el Primer Magistrado de la nación la facultad que expresamente le concede el artículo 33 de nuestro pacto federal, la aprehensión de un extranjero y su remisión para ser embarcado, no afecta las garantías consignadas en los artículos 11 y 16 de la Constitución, puesto que la misma prerrogativa constitucional concede al Presidente de la República, trae imbíbida para hacerla efectiva por los medios de seguridad que se juzguen mas apremiantes”.15

13. Cisneros Farias German, ob. Cit. Pág. 80

14. categoría de actos de los cuales ha escrito la doctrina administrativa que en líneas aparte analizaremos con mas detenimiento.

15. Ejecutoria de diciembre de 1881, Amparo burduena y Fernández.

Bajo la vigencia del artículo 33 de la Constitución de 1857, aquí analizado se expidió en 1886, la ley de Extranjería y naturalización, habla el insigne Ignacio L. Vallarta, y de dicho ordenamiento podemos decir que dedicó todo él capítulo III a los derechos y obligaciones de los extranjeros en los artículos 30 al 40. sobre la ley antes citado el autor Algara José profirió: “El ordenamiento en cuestión atribuye plenamente para el extranjero todos los derechos civiles”.¹⁶ y el autor Arellano García, en relación a tal comentario del maestro Algara dice: “Esta afirmación en realidad no es tan absoluta por que, el artículo 30 de la ley a estudio, establecía la salvedad consistente en prerrogativas del gobierno para expeler al extranjero pernicioso”.¹⁷

Nosotros nos adherimos a la que sostiene este último autor, pues, consideramos que aunque la ley de 1886, estableció un número considerable de derechos a favor de los extranjeros, no les resguardaba del posible ejercicio que el Presidente de la República podía hacer del artículo 33, con ello evitar la expulsión del extranjero como opción frente al posible ejercicio, era la vía del amparo contra el acto de expulsión.

Artículo 72. El Congreso tiene facultad:

XXIII. Para establecer casas de moneda, fijar las condiciones que deba tener, determinar el valor de la extranjera y adoptar un sistema general de pesas y medidas.

El artículo 72 en la fracción XXIII de la Constitución de 1857, le concedió al Congreso la facultad discrecional de reglamentar mediante determinaciones

¹⁶ Citado por Arellano García Carlos. Op. Cit. Pág. 87.

¹⁷ Arellano García Carlos Op. Cit. Pág. 390

legislativas en el ramo de pesas y medidas, es decir, en materia económica. Al respecto de esta atribución ha opinado uno de los críticos mas agudos que han existido sobre la Constitución de 1857, y, es el maestro y autor Cosió Villegas quien nos dice: “ Del otorgamiento de esta facultad entre muchas otras recibe el señalamiento de que el Congreso tenia facultades excesivas por que debía afrontar problemas para cuya solución carecía de toda aptitud especial; por que se ocupaba de cosas insignificantes o negocios que, aun estando a su alcance, requería una solución pronta que no podía dar un órgano de gobierno cuya naturaleza deliberativa le imponía una marcha complicada y torpe la tenia excesiva”.¹⁸

Además, hay que advertir junto con el maestro Acosta Romero” no obstante la existencia de la facultad en cita, no se hizo uso de ella sino hasta después de promulgada la Constitución de 1857”.¹⁹

Comentando él artículo 72 de la Constitución de 1857 el Maestro Alberto Morales expone: “En la imposibilidad material de hacer, como se ha hecho, un comentario ligero del contenido de este artículo, cuya importancia es trascendental a juzgar por la lectura de las fracciones que la componen, sólo nos limitaremos a manifestar que el Poder Legislativo Federal, al igual que el Ejecutivo y en la imposibilidad material aludida no se puede ahondar mas en el comentario, sin perder de vista que los poderes ya mencionados y el judicial, tienen atribuciones claramente limitadas por la Carta Magna que las clasifica y señala de un modo expreso”.²⁰

18. Cosió Villegas Daniel. La Constitución de 1857 y sus Críticos. Hermes. México. 1957. Pág.154.

19. Acosta Romero Miguel. Derecho Administrativo Segundo Curso. Porrúa. 1989. Pág. 704.

20. Alberto Morales. Op. Cit. Pág. 97.

Vamos a exponer en nuestro concepto que razones constitucionales ocasionaron los contrastes durante la vigencia de la constitución que aquí estudiamos, y sobre de este aspecto dejemos que sea el autor Cosío Villegas quien expresa al respecto: “el carácter moderado de la Constitución de 1857, le impidió defender los ideales liberales de la “revolución social” defendido por Benito Juárez y Lerdo de Tejada quienes, para llevar adelante sus planes, requieran mayor concentración del poder, en el Ejecutivo y disminución de facultades del Legislativo Federal”.²¹.

1.8 CONSTITUCION POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917.

Promulgada el 5 de febrero de 1917, ha marcado la pauta de constitucionalismo actual, de dicho cuerpo normativo ha expresado el maestro González Cosío Arturo lo siguiente: “siempre vigente pero con reiteradas adiciones y modificaciones derivadas de la actividades del poder constituyente permanente, postula la relación de un Estado Democrático y Social de Derecho, como surge del juego de sus artículos 3, 5, 27, 28, 39, 40, 70, y 130, cuya orientación configura la “Primera Constitución Económica Social del Mundo”, la Constitución Federal Mexicana de 1917 –anterior, a la Revolución Soviética de 1918, a la Constitución alemana de Weimer de 1919 y a la de la segunda República Española de 1931- ha sido reconocida, en su papel precursor por la mas ilustre doctrina Europea. (Collard, Claude Albert. *Libertes Publiques*, 4ª edición,)”.²²

Esta Constitución de 1917 estableció antecedentes de la facultades discrecionales con que actualmente forman parte de la esfera de competencia de la autoridad

²¹.Citado por González Cosío Arturo *El Poder Público y la Jurisdicción administrativa en México*. Porrúa. México, Pág. 198.

²² Ídem.

administrativa federal en los artículos 3, 21, 30 y 33 incluyendo el artículo 73 como una especie especial, preceptos que textualmente expresan:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS

UNIDOS MEXICANOS

Artículo Tercero. La enseñanza es libre, pero Será laica la que se da en los establecimientos oficiales de educación, lo mismo que la enseñanza primaria., elemental y superior que se imparta en los establecimientos particulares.

Ninguna corporación religiosa ni ministro de algún culto, podrá establecer o dirigir escuelas de instrucción primaria. Las escuelas primarias particulares sólo podrán establecerse sujetándose a la vigilancia oficial.

En los establecimientos oficiales se impartirán gratuitamente la enseñanza primaria.

El precepto transcrito, contiene en su texto amplio campo para el ejercicio de facultades discrecionales, cuando expresa: “solo podrán establecerse sujetándose a la vigilancia oficial” y es precisamente en este aspecto en el que se encuentran los precedentes del poder discrecional con que hoy cuenta la administración pública en materia educativa. Sin embargo, haremos un análisis del origen de este artículo y al respecto podemos decir que cobro vida de las discusiones que brotaron en la Asamblea celebrada en el Congreso de 7 al 16 de diciembre de 1917. pero dejemos que sea el autor Félix. F. Palavicini el que nos diga como contesto al proyecto del diputado Vidal, el autor Palavicini le dice al diputado mencionado: “ Señores diputados; comencare por los argumentos del dictamen; la parte expositiva del mismo es una jeringonza incomprensible del mismo, allí se habla de muchas

cosas. menos del asunto esencial, que esta a debate, esto es, la libertad de enseñanza en el dictamen tantas veces calificado de jacobino. se habla de todo, menos de lo esencial; en el artículo se habla de gimnasia, de algunos racionales y no se otras cuestiones por el estilo. lamento señor Vidal, que usted no pueda hacer otra cosa que sisear en esta asamblea la parte expositiva del dictamen no es necesaria para la asamblea, sino al artículo tal como queda, por que la primera proposición del dictamen es una preposición dura, seca, breve, lapidaria, llameante, como el lenguaje de Isaías, pues dice así “ no se aprueba el artículo del Proyecto de Constitución”, o lo que es lo mismo; esta honorable comisión no aprueba el principio liberal de libertad de enseñanza que contiene el proyecto del primer jefe y reprobamos ese articulo y para substituirlo señores diputados, vais a oír el artículo tercero de la Comisión. Cuyo texto dirá”.²³

Expuesta la contestación referida daremos a conocer el contenido del Artículo Tercero de la comisión que textualmente dice:

“Articulo 3. Habrá libertad de enseñanza; pero será laica la que se de en los establecimientos particulares. Ninguna corporación religiosa ministros de algún culto o persona perteneciente a alguna asociación semejante, podrá establecer o dirigir escuelas primarias particulares sólo podrán establecerse sujetándose a la vigilancia del gobierno. La enseñanza primaria será obligatoria para todos los mexicanos y en los establecimientos oficiales será impartida gratuitamente”.²⁴

Este Artículo Tercero ha sufrido dos formas de reformas, cuyo contenido ideológico de dicho precepto obedeció a las tendencias político-jurídicas

23. Félix f. Palavicini. Historia de la Constitución . Tomo I. Consejo Editorial del Gobierno del Estado de Tabasco. México. 1980. Pág.245.

24. Ibidem. Pág. 249.

dominantes en cada una de las épocas en que se llevaron las reformas aludidas. Además dicha ideología y tendencias determinaron la orientación, alcance y naturaleza de las facultades que tenían en su ámbito de competencia la autoridad administrativa en relación a la ejecución derechos y obligaciones que genera dicho precepto ya formado, sin dejar de mencionar que en tales reformas, el artículo tercero, introduce facultades discrecionales en diferentes aspectos de la materia educativa. Para la vida jurídica del país haremos un estudio y análisis de dichas reformas en las líneas siguientes. Haciendo la advertencia de que sólo se transcribirá la parte del artículo tercero que contiene las facultades discrecionales comentadas.

A) Reforma de 1934. por decreto publicado el día 13 de diciembre de 1934 en el Diario Oficial de la Federación, que en su parte relacionada dice:

Artículo Tercero. La educación que imparte el Estado será socialista, y además de excluir toda doctrina religiosa, combatirá el fanatismo y los prejuicios, para lo cual la escuela organizara sus enseñanzas y actividades en forma que permita crear en la juventud un concepto racional y exacto del universo y de la vida social.

Sólo el Estado-Federación, Estados, Municipios- impartirán educación primaria, secundaria y normal. Podrán concederse autorizaciones a los particulares que deseen impartir educación en cualquiera de los tres grados mencionados, de acuerdo en todo caso con las siguientes normas.

III. no podrán funcionar los planteles particulares sin haber tenido previamente, en cada caso, la autorización expresa del poder público.

IV. El Estado podrá revocar en cualquier tiempo, las autorizaciones concedidas. contra la revocación no procederá recurso o juicio alguno.

Esta misma norma regirá la educación de cualquier tipo o grado que imparta a obreros o campesinos.

El Estado podrá retirar la discrecionalmente en cualquier tiempo el reconocimiento de validez oficial a los estudios hechos en planteles particulares”.²⁵

De este precepto, la parte que tiene importancia para el objeto de nuestro estudio; es la fracción IV y la parte en la que expresa : “ El Estado podrá retirar discrecionalmente en cualquier tiempo el reconocimiento de validez oficial a los estudios hechos en planteles particulares”.en dichas partes del artículo tercero de 1934, establece la discrecionalidad como atributo de la autoridad administrativa. La creación y expedición de estas facultades, es desde nuestro punto de vista, una acción legislativa que acarrea inequidad. Pero en respuesta a lo anterior exponen diputados en la fase denominada –Dictamen de la Comisión- cuando expresa: “A primera vista parece una falta de equidad no otorgar a los particulares ningún recurso o juicio contra las determinaciones del poder político que denieguen una autorización para impartir educación primaria, secundaria o normal o la de cualquier tipo o grado destinada a obreros o campesinos, pero adentrándose aunque sea ligeramente, en el problema se llega a la conclusión de que por razones de interés público es conveniente y justa tal medida, máxime que la responsabilidad de la educación, apartir de la reforma de Gómez Farias es exclusivamente del Estado”.²⁶

25. Los Derechos del Pueblo Mexicano. Congreso de la Unión, I Legislatura. Porrúa. 1983 México, Pág. 210.

26 Ídem

como prologo a la reforma antes referida de 1946 diremos que a poco tiempo de finalizar la segunda conflagración mundial. Manuel Ávila Camacho, Presidente Constitucional de México, entregó a la H Cámara de Diputados, el proyecto de reforma al Artículo Tercero constitucional.

B) reforma de 1946. publicada el día 30 de diciembre de 1946, en el Diario Oficial de la Federación.

“Artículo Tercero. La educación que imparta el Estado –Federación, Municipios– tendera a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentara en el, a la vez, el amor a la patria, y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

II. Los particulares podrán impartir educación en todos sus tipos y grados. Pero, por lo que concierne a la educación primaria, secundaria, y normal y a cualquier tipo o grado destinada a obreros y a campesinos, deberán previamente obtener, en cada caso, la autorización expresa del poder público dicha autorización podrá ser negada o revocada. Sin que contra tales resoluciones proceda juicio o recurso alguno.

V. El Estado podrá retirar discrecionalmente, en cualquier tiempo el reconocimiento de validez oficial a los estudios hechos en planteles particulares”²⁷

La facultad discrecional que se encuentra en las diversas partes del artículo que hemos transcrito, se basa en la idea de que el estado podía por razones de interés público, sin observar regla alguna, decidir si otorga o no una autorización para impartir educación una ya concedida, sin exponerse a que sus actos sean revisados por el Poder Judicial, en este punto coincidimos con el maestro Burgoa Orihuela Ignacio, cuando nos dice: “A Parte del aspecto ideológico que la educación estatal adscribe a este artículo tercero constitucional,

27. Cisneros Farias German. Ob. Cit. Pág. 245.

este mismo precepto establecía la posibilidad de que los particulares colaboraran con el estado en la función educativa, al proveerse la autorización oficial que al respecto puede otorgarse, en relación con la educación primaria, secundaria y normal y con la de cualquier tipo o grado destinada a obreros y campesinos, igualmente se dispone en el mencionado precepto que dicha autorización puede ser negada o revocada por la autoridad competente, sin que contra la negativa o revocación correspondiente proceda juicio o recurso alguno, lo que implica evidentemente, un caso por demás injusto, de improcedencia constitucional del juicio de amparo”.²⁸

Artículo 21. La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al ministerio Público y ala policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando de aquel. Compete a la autoridad administrativa el castigo de infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, el cual únicamente consistirá en multa o arresto hasta que se le hubiese impuesto, se permutara esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de quince días.

Este artículo tuvo como hechos consistentes en que en los años subsecuentes a la constitución de 1857, esta ley no sufrió ninguna alteración, fue hasta el Congreso Constituyente de 1916-1917 que se hizo una extensa revisión de este artículo Venustiano Carranza, en su mensaje y proyecto de constitución de 1916, expresó el respecto:

“Este precepto abrió una anchísima puerta al abuso, pues la autoridad administrativa se considero siempre en posibilidad de imponer sucesivamente y a voluntad, por cualquier falta imaginaria, un mes de reclusión, mes que no terminaba en mucho tiempo”.²⁹

28. Burgoa Orihuela Ignacio. Ob. Cit. Pág.967.

29 Cisneros Farias German. Ob. Cit. Pág. 145 y 146.

Estas proposiciones de Carranza, suscitaron inconformidades que el diputado Enrique Colunga intento solucionar, proponiendo el siguiente texto:

“La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al ministerio publico y al la policia judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquel. Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policia, el cual únicamente consistirá en la multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagara la multa que se le hubiese impuesto, se permutara esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de quince días”.³⁰

Por su parte, el diputado José Álvarez, expreso que de no protegiera a la clase menesterosa y garantizara los intereses del trabajo contra los posibles abusos de la autoridad, el articulo acarrearía graves males. En consecuencia Álvarez propuso que el articulo fuera completado con el párrafo siguiente:“ la multa que imponga la autoridad administrativa a los trabajadores o jornaleros, no podrá ser mayor, en ningún caso, que la mitad del salario mínimo correspondiente a 15 días”.³¹ Finalmente, el 13 de enero de 1917, el voto de Colunga y la adición propuesta por Álvarez fueron aprobados con un margen de 158 votos a favor y tres en contra.

Es de subrayarse que en este articulo 21 de la constitución de 1917 se establecieron facultades discrecionales a cargo de la autoridad administrativa, por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policia. La discrecionalidad se da cuando el propio articulo dice:-consistirá en multa o arresto hasta por treinta y seis horas, pero si el infractor no pagare la multa que se le

30. Los derechos del pueblo mexicano. Tomo IV Pág 250

31 Idem

Es de subrayarse que en este artículo 21 de la Constitución de 1917 se establecieron facultades discrecionales a cargo de la autoridad administrativa, por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía. La discrecionalidad se da cuando el propio artículo dice: -consistirá en multa o arresto hasta por treinta y seis horas, pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutara ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de quince días-, pues cuando dicha norma utiliza el termino "hasta y multa o arresto" refleja que hay un marco de libertad dentro del cual la autoridad puede moverse, para aplicar la sanción correspondiente.

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

Fracción XVIII. Para establecer casas de moneda, fijar las condiciones que esta deba tener, determinar el valor de la extranjera y adoptar un sistema de pesas y medidas.

La facultad que este artículo y fracción y específicamente en la materia de pesas y medidas, otorga al Congreso, ha sido usada a partir del año de 1928 por el Ejecutivo debido al decreto emitido por el Congreso el día 16 de enero de año antes aludido y publicado en el Diario Oficial de la Federación; por medio del cual, faculta al Ejecutivo para legislar en las ramas de pesas y medidas, control de la industria eléctrica, comercio, patentes y marcas. De tal decreto ha dicho el maestro Acosta Romero, lo siguiente: "por ello sin mayores consideraciones y sin duda alguna, tachamos a este ordenamiento de inconstitucional, aún cuando no ignoramos que en supuestos análogos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha determinado, que en el caso, no se reúnen dos poderes en uno y no hay una delegación del Poder Legislativo en el Ejecutivo, sino mas bien una cooperación o auxilio de un poder a otro" 32

32. Acosta Romero Miguel Ob Cit Pág. 704

también lo es que, cuando por circunstancias graves o especiales , no hacen uso de esa facultad, o de otras que le confiere la constitución, puede concederlas el Ejecutivo, para la marcha regular y el buen funcionamiento de la administración Publica, sin que se repunte anticonstitucional el uso de dichas facultades por parte de aquel, por ello no significa , ni la reunión de dos poderes en uno, pues no pasa al ultimo todas las atribuciones correspondientes al primero, ni tampoco, una delegación del poder legislativo en el Ejecutivo, sino mas bien una cooperación o auxilio de un poder a otro. El otorgamiento de facultades extraordinarias al ejecutivo, no restringen las facultades del ejecutivo, es decir, del legislativo para legislar y expedir leyes de ingresos y el presupuesto de egresos, sino que solo capacita a aquél poder para normar leyes que deban normar el funcionamiento de la hacienda publica, y que no son únicamente la ya dichas de ingresos y egresos; y sino obstante mas facultades extraordinarias, el poder legislativo, expide los presupuestos de ingresos y egresos, esto solo significa que el ejecutivo, a pesar de las facultades, queda incapacitado para legislar respecto de dichos presupuestos durante el año para el cual deben regir”.³³

Como podemos observar la suprema corte, admite que las facultades que concede la constitución al congreso bien pueden delegarse y con ello no se quebranta el orden jurídico. Por esto, es que en las líneas siguientes expondremos otra ejecutoria de dicho tribunal en que insiste en la posición antes señalada: “FACULTADES EXTRAORDINARIAS. La delegación de facultades legislativas a favor del ejecutivo, es una excepción al principio de división de poderes

33. Tesis 447. compilación de Jurisprudencia dela Suprema Corte de Justicia de la Nación, sustentada en sus ejecutorias desde el año de 1917 a 1945, México, 1955. Pág. 913. Imprenta Murguía.

Por su carácter excepcional, esta delegación produce la consecuencia de que, tanto la legislatura al otorgarla, como Ejecutivo al usar de ella, lo hagan con la justa medida y con la conveniente precisión. para no sobrepasar el margen de la excepción, por tanto si una constitución local fija el margen de la excepción; por tanto si una Constitución local fija los, limites de la excepción. los decretos que expida el Ejecutivo, rebasando esos limites, y la aplicación de esos decretos que expida el ejecutivo, rebasa esos limites, y la aplicación que de esos decretos se haga constituyente una violación al artículo 16 constitucional".³⁴

B) DOCTRINALES.

Vamos a exponer los puntos de vista que expresaron los autores acerca del poder o facultad discrecional y lo hacemos en los siguientes términos:

1.9 Mexicana. Al decir del autor Teodosio Lares, " para dar a cada uno de los atributos de la administración activa, un carácter distinto y propio, la hemos dividido en poder gracioso y poder contencioso, según que ofrende los intereses o hiere los derechos de los individuos. En el primero, la administración obra y razona para ilustrarse y determinar lo mas conveniente a los intereses generales y determinar lo mas conveniente a los intereses generales, en el segundo, forma averiguaciones para juzgar y decidir combinación el interés general con el derecho de cada uno, sin dañar este derecho o sacrificándolo si así fuera indispensable".³⁵

Así mismo, el maestro Carrillo Flores Antonio³⁶ expreso: "que en México el derecho empieza apenas a manifestarse, no por que la disciplina haya sido desconocida entre nosotros; pues ya en el siglo anterior hubo tratados de merito indudable que se ocuparon de ella sino por que su efectividad ante los tribunales ha sido muy limitada, principalmente por la ausencia de órganos estatales que

34. Compilación Ob.Cit. Pag.34

35. Lares Teodoncio. Lecciones de Derecho Administrativo. UNAM. Primera reimpresión. 1970,Pág.120.

36. Destacado Jurista Mexicano.

que reconozcan la necesidad de someter su acción a principio de derecho administrativo para no tener que aludir al motivo no jurídico de que un país en formación social no puede ser muy respetuoso de las normas legales establecidas.” 37

Sobre la facultad discrecional anoto el maestro y autor Gustavo Radbruch, lo siguiente: “ solemos ordenar la diversidad de las actividades estatales en tres grupos; legislación, justicia, y administración, la legislación crea el derecho; la justicia y la administración están subordinadas al mismo, pero de modo diverso; la justicia tiene por objeto la realización del derecho discutido, la administración, la realización del interés publico, dentro del marco del derecho, a la justicia querría el derecho, si pudiera prescribir, de modo univoco las decisiones que son conforme a derecho; en cambio, deja a la administración, la mayor de las veces, un amplio margen, dentro del cual puede moverse libremente, inspirando sus determinaciones por razones de conciencia o utilidad publica. para la funciona judicial el derecho es de ordinario un guía, un indicador taxativo; para la administración en cambio y generalmente, solo un avalla, una verja; el guía de esta es la razón de estado”.38

1.11. Francesa. El autor Michoud Expresa: “Los autores antiguos habían establecido una oposición fundamental entre las materias contenciosas y discrecional, en las cuales, las decisiones tomadas, no podían dar lugar mas que a aun recurso gracioso o jerárquico”.39

El autor Alibert Escribió en su obra lo siguiente acerca de la facultad discrecional:” Antaño el Consejo de Estado admitía los recursos dirigidos contra actos realizados por la administración

37. Carrillo Flores Antonio. Derecho Administrativo. México. 1979. Porrúa. Pag. 45.

38. Citado por Garcia Maynez Eduardo. Ob. Cit. Pág. 13.

39. Enciclopedia jurídica omeba. Ob. Cit Pág.810

en el círculo normal de sus atribuciones, en las que ninguna disposición legislativa o reglamentaria condicionaba su validez.

Rechazaba el recurso por exceso de poder de plano, en razón a la naturaleza del acto, estimando que en la realización de tales actos, la administración hacía más que usar poderes generales, ya que, desde el instante en que los usaba para el bien del servicio ninguna crítica de legitimidad podía concebirse, la jurisprudencia oponía por ejemplo la inadmisibilidad en los recursos intentados contra decretos de denegación de permisos de voirie.

Los actos de que se trataba eran actos administrativos como los otros su validez era condicionada raramente por disposición formales, de donde se requería que la mayor parte de los recursos, los que deba lugar eran declarados mal fundados”.^{39a}

Su nueva jurisprudencia debió ser aprobada sin reserva; , por que respecto de los actos en que ninguna regla formal condicionaba su validez, puede existir motivos de nulidad, desviación de poder y error de derecho”. ^{39ª}

1.12 Española: Fernando de Velásquez en su obra “ El Acto Administrativo” aparecido en Madrid durante el año de 1921, escribió: “ La discrecionalidad no es por lo tanto consecuencia de una misión o actividad anise legislativa o de una incapacidad o negligencia del legislador su existencia resulta técnicamente imprescindible, , la continuidad de la actividad administrativa, sino para la las mejor satisfacción de las necesidades publicas que esa actividad administrativa debe entender,

^{39ª} Citado por Álvarez Gendin. Tratado de Derecho Administrativo civiles. Madrid. Pag. 320.

40 Idem.

Con la anterior información aportada por la historia del Derecho Administrativo como instrumento de regulación de las actividades encaminada a satisfacer el interés público queda demostrado como antes las situaciones transitorias que se generan en la naturaleza humana y material que inciden en los sujetos de Derecho Público como son los administrados. Frente a tales situaciones en ente estatal tiene la potestad jurídica de determinar en tal o cual sentido la resolución de una situación concreta. Esto anteriormente era salvaguardado por los ordenes jurídicos con una libertad sin límites que constituía al monarca en un sujeto todo poderoso frente al cual ninguna voluntad podía desviar la decisión que este tomara, pues se consideraba al titular de la potestad antes indicada como una deidad que a su vez sólo podía transmitir su poder a otro incluyendo con él sus apreciaciones subjetivas que se traducían en criterios superfluos y en muy variadas ocasiones contradictorios entre sí. “Con el correr del tiempo la ciencia del Derecho Administrativo a dotado a los ciudadanos de los instrumentos jurídicos que permitan en su momento impugnar ante los tribunales competentes una decisión que se considere ilegal” y más modernamente dicho que transgreda el orden jurídico establecido por el estado de derecho que propugna nuestra constitución como la máxima protección del individuo en México frente al administrador quien en materia de Derecho Público pierde su carácter de autoridad para constituirse una parte más en un proceso administrativo.

CAPITULO

SEGUNDO

CONCEPTOS

GENERALES

FACULTAD Y FACULTAD DISCRECIONAL

ATRIBUCIÓN.

COMETIDO.

FUNCIÓN.

DERECHO.

ADMINISTRACIÓN PUBLICA FEDERAL

CAPITULO SEGUNDO
CONCEPTOS GENERALES

2.1 Facultad. Esta palabra “viene del latin facultas- atis que quiere decir o significa aptitud, potencia física o moral, poder, derecho para hacer algo”.⁴² los romanos con el termino facultas, se refieren a la capacidad de celebrar un contrato, o de llevar a cabo un acto jurídico, ya que como dice el digesto:

“ qui in potestate parentis est, testamenti
faciendi ius habet, aedemittat, nihilominus
permanet testamentum”.⁴³

“ el que esta bajo la potestad de un ascendiente
no tiene el derecho de hacer testamento,
de tal manera que, su padre se lo permite, no
puede sin embargo testar en derecho”.⁴⁴

En el ámbito de derecho, de acuerdo con el autor Escriche, significa: “potencia o virtud, licencia, permiso autorización, y la libertad que uno tiene para hacer alguna cosa, la cedula real que se despachaba por la cámara para las fundaciones de mayorazgos o sobre los propios de las ciudades, villas, y lugares o arte de facultad de leyes”.⁴⁵

42. Diccionario de la lengua española. Real Academia Española. Madrid. 1984 Tomo I Pág.626

43 y 44 Digesto 28.1.6 (Kriegel Herman, Osenbreggen. Cuerpo de derecho civil Romano. Tomo III. Barcelona 1892. Pág. 336.

45. Escriche. Diccionario razonado de legislación y Jurisprudencia. Norbaja California. Ensenada 1974 Pág 71

Ahora bien, apoyados en la división del derecho entre público y privado, debemos decir, que en atención a la primera rama o sea, el derecho publico, caracterizado por poseer acepciones propias y en cierta forma exclusivas, tal es el caso termino -facultad-, que se encuentra en el campo del derecho publico identificado con la idea de competencia; en este punto coincidimos con el autor Tamayo Salmoran Rolando, quien al respecto nos Dice : “En el derecho público la noción de facultad se encuentra asociada a la noción competencia, competencia material, que se identifica con las facultades del órgano”.⁴⁶

Esta opinión se halla confirmada por el maestro y autora de Derecho Administrativo, Martínez Morales Rafael I, quien acerca de la facultad comenta : “es la aptitud o legitimación que se concede a una persona física (funcionario o empleado Público) para actuar según la competencia del órgano por parte del cual externa su voluntad. La facultad es, pues, la posibilidad legal que posee un servidor público de realizar los actos de competencia de un ente estatal”.⁴⁷

Además podemos observar que este concepto de facultas ha sido plasmado en las normas jurídicas de rango constitucional, pues, en los artículos que transcribimos en las líneas siguientes que da demostrado dicho argumento.

Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos

Capitulo: III

Del Poder Ejecutivo

Articulo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

46. Tamayo Salmoran Rolando. Diccionario Jurídico Mexicano. (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM). Porrúa. México. 1992 Pág. 1408.

47. Martínez Morales I Derecho Administrativo. Primer Curso. Harla México. 1994 Pág. 195.

I Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión. proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.

Sobre esta facultad entendida como el equivalente a competencia el pleno de la suprema Corte De Justicia de la Nación ha resuelto, un caso concreto especial, sin embargo, a nosotros lo que nos interesa de dicha teisis jurisprudencial es cuando reconoce que el articulo 89 fraccion primera concede al presidente una facultad, es decir, competencia. La tesis mencionada dice textualmente lo siguiente:

“BANCOS. LOS DECRETOS DE SU TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDADES NACIONALES DE CRÉDITO EN SOCIEDADES ANÓNIMAS SE UBICAN DENTRO DE LAS FACULTADES QUE EL ARTICULO 89, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, CONFIERE AL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA.

El Artículo 89, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contempla diversas facultades del presidente de la republica, a saber a) la de promulgar las leyes que expida el Congreso de la Unión, b) la de ejecutar dichas leyes, c) La de proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de tales leyes. Aparte de la primera facultad mencionada, en las restantes se localiza la facultad reglamentaria del titular del poder ejecutivo federal para expedir ordenamientos de naturaleza materialmente legislativa, pues se caracterizan por su impersonalidad, generalidad y abstracción, y tienen su razón de ser y sus limites en la propia ley que reglamentan, que llevan al detalle para su correcta aplicación; pero también se contiene la atribución del presidente de la republica para expedir decretos, acuerdos y otros actos necesarios para la exacta observancia de las leyes, lo que, a diferencia de los reglamentos mencionados, crean situaciones jurídicas concretas para el cumplimiento de tales leyes, como acontece en el caso de los decretos de transformación

de bancos, de sociedades nacionales de crédito en sociedades anónimas, pues fueron emitidos por el titular del Ejecutivo Federal en ejercicio de la facultad conferida por aquel precepto constitucional, siendo su finalidad proveer a la exacta observancia de la ley de Instituciones de Crédito que puede ejercer en cualquier momento cuando lo estime conveniente o necesario el Ejecutivo Federal”.⁴⁸

⁴⁸ Tesis P/J 57/97. Semanario Judicial de la Federación Y Gaceta. Tomo. Agosto De 1997. Pág. 34.

2.3. Facultad Discrecional. Es el poder de libre apreciación que la ley reconoce al las autoridades administrativas sobre el contenido de sus actos o de sus acciones

Estas Libertad, autorizada por la ley, puede ser de mayor o rango y resulta visible cuando la autoridad tiene la elección entre dos decisiones.

Antigua es la idea que sostuvo como concepto de discrecionalidad, la de poder arbitrario, hoy totalmente abandonada, discrecionalidad es acción que deriva de la ley, como respuesta coherente al régimen de legalidad que la prohíja; en cambio, arbitrariedad es la acción realizada completamente al margen de todo texto legal. Ejercer poder discrecional por las autoridades administrativas es actuar dentro del marco de la ley, hacer uso del poder arbitrario significa no partir de fuente legal alguna.

El Consejo de Estado francés, opina al respecto: poder, discrecional es el poder reconocido al la administración de apreciar, sin control la adaptación del hecho a la regla del derecho, criterio que ha evolucionado hacia la aceptación de competencia para ejercer ese control.

Al referirse a tal poder facultad discrecional el maestro Andrés Serra Rojas expresa: “Existen casos en el que la ley permite al servidor publico decidir con amplio margen, sobre el alcance de aplicación de la norma”.^{48a}

2.4. Arbitrio Administrativo. Al respecto opina Merkl, “ la ciencia Jurídica entiende bajo el concepto de arbitrio el fenómeno el fenómeno de la libertad jurídica del órgano estatal, una actividad del órgano que esta condicionada, o , por lo menos, lo esta de modo distinto que la restante actividad de los órganos por el objetivo, y que depende

^{48a} .Serra Rojas Andres. Derecho Administrativo. Primer Curso 18° edición. Pág. 354

Sin duda sería difícil ejecutar las acciones que el orden jurídico reclama a través de la sucesión casuística que los hechos de la naturaleza y humanos ocasionan a través de sus constantes modificaciones, en tanto este instituto, permite que el servidor público en ejercicio de la competencia que le confiere el orden jurídico, dicte actos que satisfagan las necesidades que la mencionada ocurrencia genera al incidir sobre los individuos o ciudadanos o en el ámbito del derecho público denominados los administrados.

En esta forma se justifica la existencia en el orden jurídico del arbitrio administrativo, como una necesidad para colmar la laguna que en su momento existe en la legislación. vacío o laguna que no debe, según la doctrina de derecho administrativo, interpretarse como consecuencia de la falta de conocimiento o diligencia de la actividad legislativa, sino que resulta de la propia clase de relaciones que regula la materia administrativa. La cual por tener como propósito realizar el bien común, concepto que por su misma naturaleza deberá determinarse en cada caso por el poder público no pudo por esta razón ser determinado previamente por el legislador al elaborar la ley administrativa, de donde resulta que será el poder público el que en el ámbito de su competencia determine en el caso concreto cual es la medida que se encuentra en concordancia con el concepto de bien público, que se tenga en ese momento. verbigracia:

El artículo 73 en su fracción XVI incisos 1 y 2 establece una facultad discrecional a favor del Consejo de Salubridad General de la República para que en uso de su arbitrio, dicte las medidas que hagan frente a las situaciones de peligro a que se refiere el texto del precepto en comento. el cual por su importancia transcribimos en las siguientes líneas.

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

XVI. Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, naturalización, colonización, emigración, e inmigración y salubridad general de la República.

1 El Consejo de Salubridad General de la República dependerá directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones serán obligatorias en el país.

2 En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, el Departamento de Salubridad tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República.

Dicho precepto demuestra como la propia constitución dota a la autoridad administrativa de un arbitrio, que no es otra cosa que un criterio de discrecionalidad en el que se apoyara para dictar las medidas que prevé el propio precepto, sin embargo, si observamos el texto de dicho artículo no percataremos que la calificación de que tal o cual situación es de "carácter grave" o no es competencia de la autoridad. Es decir aquí se encuentra el arbitrio administrativo de la mencionada autoridad.

2.2. Atribución. De acuerdo con el diccionario Larousse, esta palabra significa: “acción de atribuir, y el termino atribuir indica, aplicar, conceder, achacar, imputar, señalar una cosa a uno como de su competencia, reivindicarse o arrogarse algo”.⁴⁹

No es posible definir el concepto aquí estudiado, sin referirnos a la idea de actividad del estado, misma que define la doctrina del derecho Administrativo como: “el conjunto de actos materiales y jurídicos, operaciones y tareas que realiza en virtud de las atribuciones que la legislación positiva le otorga. El otorgamiento de dichas atribuciones obedece a la necesidad de crear jurídicamente los medios adecuados par alcanzar los finez estatales”.⁵⁰

Debemos mencionar, además que el concepto de actividad estatal, también comprende el termino de “funciones del estado” en este punto nos adherimos a lo expresado por el maestro Serra Rojas Andrés, cuando nos dice : “ la actividad del estado se expresa en nuestra Constitución, articulo 49, en las tres funciones clásicas, cuyos respectivos órganos ejercitan partes del poder estatal, que es único, aunque las funciones son múltiples y constituyen la forma de ejercicio de las atribuciones, No Aludiremos por tanto, a la separación de poderes, sino a la separación de funciones”.⁵¹ Esta misma idea se encuentra apoyada por el autor Sánchez Gómez, cuando nos dice: “ la actividad del estado se encuentra definida en razón del binomio atribuciones y fines del mismo que conforme a la Constitución Política Federal y demás leyes y reglamentos o disposiciones de carácter

49.Garcia Pelayo y Gross Ramon. Diccionario Larouse. Larousse. México. 1996. Pág. 33

50. Fraga Gabino. Derecho Administrativo. Revisada y actualizada. Por Fraga Manuel. 35ª edición. Porrúa. México. 1997. Pág. 13

51. Serra Rojas Andrés.Ob. Cit, Pág. 41

general precisa su órbita o campo de actuación, en donde es visible la actuación de la administración pública y privada”.⁵²

El término atribución que comprende las tareas o trabajos que el estado realiza, es preferido a algunos usados por la doctrina tales como: “derechos”, “facultades”, “prerrogativas”, “cometidos”, o “competencias”, pero el uso de estas expresiones encuentra dos vertientes, la primera, apoya la utilización del término atribución y la segunda se opone a dicha utilización. Por estas razones exponemos a continuación las doctrinas que apoyan una y otra postura, las cuales consisten en lo siguiente:

a) Criterios a Favor de la Utilización del Término Atribución.

1) el autor Sánchez Gomes Narciso dice al respecto: “ las atribuciones del estado son los instrumentos jurídicos de que dispone por voluntad y determinación del propio pueblo, para atender las distintas necesidades y aspiraciones sociales, para que de esta forma se alcancen los fines del mismo Estado”.⁵³

2) el maestro de la facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Gabino Fraga, refiere lo siguiente: “siendo las atribuciones medios para alcanzar determinados fines, es natural que el número y extensión de aquellos varían al variar estos. Los criterios para fijar unas y otras no constituyen cuestiones jurídicas sino que corresponde al campo de las ciencias políticas”.⁵⁴.

52. Sánchez Gómez Narciso. Derecho Administrativo. Primer Curso. Porrúa. México. 1998. Pág.7

53. Ibidem. Pág. 9

54. Fraga Gabino. Ob. Cit. Pág.14

3) El autor Delgadillo Gutiérrez Luis Humberto nos dice: “Las atribuciones son el contenido de las tareas asignadas al estado para la realización de sus fines”.⁵⁵

4) Roger Bonnard en su obra, *precis de Droit Administratif* nos dice: “Se encuentran en el Estado tres nociones esenciales, las atribuciones, las funciones, y los servicios públicos. Ellas forman la sustancia del Estado. Las atribuciones son las tareas, los trabajos que el estado realiza. Ellas constituyen los objetos de su actividad. Esta noción de atribución corresponde sensiblemente a la de profesión para los individuos. Cuando se dice que el estado es industrial, comerciante, profesor, se indica en esa forma la atribución realizada por el estado”.⁵⁶

b) Posturas en contra del uso del termino –Atribución–.

5) el autor y profesor de la facultad de derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Serra Rojas Andrés, nos dice al respecto opina: “El concepto de atribución es un concepto útil, pero no indispensable. Es un termino que no fundamenta las instituciones de Derecho Administrativo por que puede fácilmente omitirse, para una disciplina jurídica es útil contar con numerosos términos que permitan el mejor conocimiento y manejo de los problemas del derecho, sin darles un alcance mayor al estricto. El uso de términos de connotación muy general nos conduce por camino de incertidumbre. El concepto de Atribuciones del estado es de fácil empleo dentro de ciertos limites muy convencionales, pero no como un elemento básico, ni menos aceptarlo como un elemento necesario para definir las instituciones administrativas”.⁵⁷

55. Delgadillo Gutiérrez Luis Humberto. Lucero Espinoza Manuel Compendio De derecho Administrativo. Porrúa . 1997 . Pág. 293

56. Citado Por Serra Rojas Andrés. Ob. Cit. Pág. 293

57. Ibidem Pág. 21.

6) Sayagués Laso, formula la crítica del termino atribución considerándolo impreciso, pues, significa en su opinión “Cada una de las facultades que a una persona da el cargo que ejerce y propone en cambio, la palabra cometido de estado, que quiere decir comisión de cargo”⁵⁸.

7) El autor Fernández Ruiz Jorge, En su obra Derecho Administrativo expresa: “Otro crítico de la utilización del termino atribución es Enrique Sayagués laso, quien considera imprecisa tal determinación, proponiendo en cambio. Los Cometidos –afirma el profesor uruguayo- Son las diversas actividades o tareas que tienen a su cargo las entidades estatales conforme al derecho vigente”.⁵⁹

Existen, según nosotros sobre el empleo de la idea de atribución, para referirse a las tareas que realiza el estado, una serie de doctrinas que consideramos se ubican en una zona intermedia, y al definir la acepción atribución, se refiere también al termino –cometidos- dándonos a entender que los consideran la misma cosa, tales doctrinas son las siguientes:

8) El maestro y autor Miguel Acosta Romero, expresa al respecto lo siguiente: “Atribuciones o Cometidos: Son conceptos específicos que se refieren, a la actividad concreta de ciertos órganos del Estado que les esta señalado ó el orden jurídico y por las ideas filosóficas, políticas, y sociales de los gobernantes”.⁶⁰

58. Ibidem. Pág. 22

59. Fernández Ruiz Jorge. Derecho Administrativo. México. Porrúa Pág. 24

60. Acosta Romero Miguel. Teoría General del derecho Administrativo. Primer curso Porrúa. México. 1993. Pág. 699

9) el autor Martínez Morales Rafael I, dice en relación a dichos términos. “ Atribuciones o Cometidos.-Son las tareas que el Estado Decide reservarse, por medio del orden jurídico, los cuales están orientados a la realización de sus fines, es decir, son los grandes rubros de la actividad del poder publico tendiente a alcanzar sus fines. Por ejemplo, preserva el ambiente, tutelar a los trabajadores, resolver conflictos entres particulares, prevenir y sancionar conductas delictuosas, regular la actividad económica, etcétera”. 61

Las atribuciones de las autoridades administrativa federales deben estar previstas en las leyes , tal y como se desprende del articulo 524 que dice en forma textual:

“articulo 524. La secretaria del trabajo y previsión social y los departamentos administrativos y direcciones del trabajo tendrán las atribuciones (j) que les asignen las leyes orgánicas”.62

Así los artículos 553 y 557 le señalan a las autoridades antes citadas las atribuciones por ello los trascribimos en su parte relativa.

Articulo 553. el Presidente de la comisión nacional de los salarios mínimos tiene los deberes y atribuciones siguientes(j).

Someter al Consejo de Representantes el plan anual de trabajo preparado para la dirección técnica”.63

61. Martínez Morales. Rafael I. Ob. Cit. Pag 195

62. Ley Federal del trabajo. México, sista. Mexicano. 1994. Pág. 112

63 ibidem. Pág. 113.

El termino –atribución- esta presente en el conjunto de conceptos que conforman la ciencia de derecho administrativo como aquella rama que regula las relaciones juridicas entre las administración publica y loas administrados, de ahí que se hayan expuesto a través de sus respectivas obras, teorías algunas encontradas y otras acordes, sin embargo, lo que es importante en este concepto, es el echo de permitirnos ubicar las tareas del Estado-Administración Publica, como tareas y no como poderes graciosos, como en el pasado se consideraba, En este contexto Mencionaremos una tesis jurisprudencial en la que se hace hincapié que las “atribuciones deben estar previstas en el ordenamiento jurídico”.

“COMPETENCIA,. INVOCAR PRECEPTOS DEL REGLAMENTO INTERIOR DE LA SECRETARIA DE HACIENDA Y CRÉDITO PUBLICO PAR JUSTIFICAR LA COMPETENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL DE AUDITORIA FISCAL DEL CENTRO DEL DISTRITO FEDERAL DE LA SECRETARIA CITADA, CUMPLE CON LA GARANTÍA DE

Conforme a lo expuesto en los articulos 14 y 18 de la Ley Orgánica de la Administración Publica Federal, las autoridades y atribuciones que conforman cada secretaria de estado deberá enumerarse en el reglamento interior respectivo; consecuentemente si el presidente de la Republica, en uso de la facultad consignada en la fracción I del articulo 89 Constitucional promulgo el reglamento interior de la secretaria de hacienda y Crédito publico, en el cual se señala, entre otros, el nombre y atribuciones de la Administración Local de Auditoria Fiscal del Centro del Distrito Federal De la Secretaria de Hacienda y Crédito Publico, Resulta que si esta autoridad invoca como fundamento de su competencia dispositivos contenidos en el reglamento citado, cumple con la garantía de fundamentación consagrada en el articulo 16 constitucional” 64

Sin duda, el termino –atribución- tiene serias implicaciones, puesto que si la autoridad lleva acabo actos que no le corresponde, puede la autoridad

judicial declarar tal actuación inconstitucional, esto lo apreciamos de la jurisprudencia que citamos a continuación:

“ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS DE CARÁCTER FEDERAL, SU INCLUSIÓN EN EL ARTICULO 1º DE LA LEY FEDERAL DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO, ES INCONSTITUCIONAL.

El apartado B del artículo 123 constitucional establece las bases jurídicas que deben regir las relaciones de trabajo de las personas al servicio de los poderes de la Unión y del Gobierno del Distrito Federal, otorgando facultades al congreso de la unión para expedir la legislación respectiva que, como es lógico, no debe contradecir aquellos fundamentos porque incurrirían en inconstitucionalidad, como sucede con el artículo 1º de la ley Federal de la Unión y del Gobierno del Distrito Federal, sino también a los trabajadores de organismos descentralizados que aunque integran la administración Pública Federal descentralizada, no forman parte del poder Ejecutivo Federal, cuyo ejercicio corresponde, conforme a lo establecido en los artículos 80, 89 y 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al Presidente de la República, según atribuciones(j) que desempeña directamente o por conducto de las dependencias de la administración pública centralizada, como son las Secretarías de Estado y los departamentos Administrativos. Por Tanto, las relaciones de los organismos públicos descentralizados de carácter Federal con sus Servidores, no se rigen por las normas del apartado B del artículo 123 constitucional”.⁶⁵

Así como, en cuanto al termino atribución esta presente en jurisprudencia, también la legislación lo trata, tal y como se desprende del artículo 79 constitucional que dice en su parte relativa.

Artículo 79. la comisión permanente, además de las atribuciones(j) que expresamente le confiere esta constitución. Tendrá las siguientes....”.⁶⁶

65. Compilación. Ob. Cit. Pág. 180

66. Ley Federal del Trabajo. Ob. Cit. Pág. 43

2.3. Cometido. De acuerdo con el diccionario de la lengua española, dicho término significa: “Acción de encargar o encomendar a otro el desempeño de algún servicio o cosa”.⁶⁷

En la rama del derecho Administrativo, el primer autor que introdujo el concepto de “Cometido de Estado”, fue el autor Sayagués Laso Enrique, ya que, considera dicho autor. al término atribución como falta de precisión, pues, representa “cada una de las facultades que a una persona da el cargo que ejerce”. Y considera más conveniente el concepto de – Cometido de Estado- del que el autor antes mencionado dijo: “Entendemos el concepto en el sentido amplio de actividades prestacionales cumplidas por las entidades del poder público”.⁶⁸

El maestro Acosta Romero, señala al respecto: “En el sentido de las múltiples “misiones”, “tareas”, o actividades admitidas por la doctrina ilustre”. ⁶⁹

Acerca de este aspecto, el autor González Cosío Arturo, expresa lo siguiente: “La organización y ejecución de los cometidos del poder público en sus cuatro categorías de servicios esenciales, servicios públicos”Estrictu sensu” , servicios sociales, y actividades privadas a cargo de la administración”.⁷⁰

Al respecto el autor Fernández Ruiz, nos dice lo manifestado

67. Raluy Podevida Antonio. Diccionario de la lengua española. Porrúa. México. 1986. Pág. 180

68. Citado por Serra Rojas Andrés. Ob.Cit. Pág. 234

69. Acosta Romero Miguel. Ob. Cit. Pág. 345

70. Gonzalez Cosio Arturo. Ob. Cit. Pág. 169

Por el autor Sayagués Laso Enrique quien dice: “ los Cometidos de Estado, son las diversas actividades o tareas que tienen a su cargo las entidades estatales, conforme al derecho vigente”.⁷¹

y además sigue diciendo el autor Sayagués Laso : “Los cometidos esenciales son aquellos cometidos inherentes a su calidad de tal, que no se conciben sino ejercidos directamente por el mismo; las relaciones exteriores, la defensa nacional, la seguridad en lo interior, la actividad financiera, etcétera, en los Estados moderno, no cabe imaginar que tales cometidos puedan estar a cargo de particulares, ni aun en carácter de concesionario”.⁷²

Respecto a la proposición hecha por Sayagués Laso, el autor Solva Cimma Enrique expresa: “refiriéndose a la denominación propuesta con poco éxito por Sayagués Laso, estima que puede diferenciar tres conceptos distintos; en primer lugar el servicio: entendido como cuerpo orgánico; en segundo termino la actividad interpretada como acción desarrollada por ese servicio, con miras a conseguir un fin, y , por ultimo, el cometido consistente en el fin buscado por el servicio alcanzado por medio de la actividad”.⁷³

71.Citado por Fernández Ruiz Jorge. Ob. Cit. Pág. 45

72. Ibidem. Pág. 73

73. Ibidem. Pág. 76

2.4. Función. De acuerdo con el diccionario de la lengua española es: “Del latín – Functio, onis-. Capacidad de acción de un ser apropiada a su condición natural para lo que existe o al destino dado por el hombre (para lo que se usa), capacidad de acción o acción propia de los cargos y oficios, en ejercicio de su propio rango”.⁷⁴

Para definir y comprender la importancia que tiene la “función” como concepto de Derecho Administración, hemos de decir que, tal concepción, constituye un instrumento para realizar las atribuciones del Estado. Debido a lo anterior es necesario traer a colación la opinión que sobre el poder político expusiera el autor político Fernández Santillan y al respecto dijo: “Es necesario matizar las diferencias del poder político de otros tipos de poder, acercándose a Weber, filósofo italiano de Bombero, distingue el poder político (detentado de los medios de coacción), y el poder económico (detentador de los medios de producción), y el poder ideológico (detentador de los medios de persuasión), centrando nuestra atención en el poder político vemos que el solo monopolio de la fuerza física no es suficiente para caracterizarlo una vez mas es necesario que sea un poder legitimo es decir, que tenga algún ejercicio de la fuerza. En suma el poder político es exclusivo y autorización. De esta manera la legitimidad depende de los limites impuestos por la ley. En este sentido, se habla de la superioridad de la norma con respecto al poder que en la historia política vemos plasmada en la positividad de derechos naturales del hombre, en el constitucionalismo”.⁷⁵

Hay en relación al tema de Función, dos corrientes en la doctrina

74. Diccionario de la lengua española. Ob. Cit. Pág.

75. citado por Serra Rojas Andrés. Ob. Cit. Pág. 17

una considera que las funciones son los instrumentos necesarios para ejercer las atribuciones y la otra considera que las atribuciones son la forma de ejercitar las funciones, por estas razones en las líneas siguientes exponemos, las doctrinas de una y otra corriente:

a) El autor Bonnard dice al respecto” las funciones del estado son los medios que le permiten cumplir sus atribuciones. Así como las personas realizan ciertas operaciones para ejercer una profesión, así también el Estado ejecuta ciertas Funciones a efectos de cumplir sus fines”.⁷⁶

b) el maestro argentino Rafael Bielsa dice: “ El concepto de fundación constituye la base de este desarrollo, la misma etimología de la palabra función determina cumplidamente su concepto; proviene de “fungere” que significa hacer, cumplir, ejecutar, que a su vez deriva de finare, por lo que dentro del campo de las relaciones jurídicas de cualquier clase que ellas sean, la función significara toda actuación por el fin jurídico en su doble esfera de privada y publica”.⁷⁷

c) Fraga Gabino al tenor manifiesta: “ el concepto de función se refiere a ala forma de actividad de estado. Las funciones constituyen la forma de ejercicio de las atribuciones. Las funciones no diversifican entre si por el echo de que cada una de ellas tenga contenido diferente, pues todas pueden servir para realizar una misma atribución”. ⁷⁸

76. Citado por Serra Rojas Andrés. Ob. Cit. Pág. 76

77. Bielsa Rafael. Derecho Administrativo. Tomos I. Depalma..Buenos Aires. 1955. Pág 151

78. Fraga Gabino. Obra Citada Pág. 26

d) Acosta Romero, en su obra Derecho Administrativo. expresa al respecto. “entendemos, el ejercicio concreto de la competencia o poder jurídico de un órgano del Estado. La noción de función de la acción administrativa; la función es una operación telefónica, en el sentido que siempre es subordinada a la realización de un objeto o de una finalidad, de manera, mas concreta, ella sirve a designar una actividad o una acción que no se pueda concebir sin objeto o a un fin”.⁷⁹

e) también se entiende el termino función dice –el maestro Manuel Maria Diez, como actividades esenciales del estado contemporáneo fundadas en la idea de soberanía, cuya realización satisfacer necesidad de la administración Publica, necesidades del municipio, en fin, necesidades de los entes públicos, distintos por tanto, a la necesidad de carácter general; en suma de muchas necesidades individuales similares de los particulares”.⁸⁰

f) El autor Manuel Maria Diez, dice al respecto: “el termino función publico debe reservarse para designar los modos primarios de manifestarse la supremacía de donde la numeración primaria de los funcionarios del Estado, legislación, Ejecutiva y judicial”.⁸¹

En las líneas siguientes exponemos las teorías de la que considera a las funciones, como forma de ejercicio de las atribuciones y son:

79. Acosta Romero Miguel. Ob. Cit. Pág. 699

80 Fernández Ruiz Jorge. Ob. Cit. Pág. 77

81. Ibidem. Pág. 123.

g) El maestro Serra Rojas Opina: “El estado lleva a cabo la realización de sus fines por medio de las funciones propiamente el Estado divide sus funciones, no sus fines. Estas funciones se encomienda los poderes públicos”. –Además sigue diciendo el mismo autor- queremos insistir en un enfoque mas preciso de las funciones del Estado. Fraga Afirma que “ las funciones constituyen la forma de ejercicio de las atribuciones”, mas nos parece mas adecuadas la posición de Villegas Basavilbaso (Ob. Cit. T. L. Pág. 6). Cuando sostiene “ que las atribuciones constituyen la forma de ejercicio de las funciones”.⁸²

h) El autor Fernández Ruiz Manifiesta; “Es dable entender como funciones las actividades atribuidas a los órganos, diversos autores coinciden en considerar a las funciones como medios o formas de realización de ciertos fines, en las versión de Serra Rojas, en la tesis de Fraga; de los cometidos en el esquema de Sayagués Laso”.⁸³

nosotros nos adherimos a la primera corriente y en este sentido transcribimos la opinión que al respecto emitiera el maestro Martínez Morales, cuando nos dice: “funcion, significa cumplimiento de algo, de un deber, las funciones son los medios de que el estado se vale para ejercitar sus atribuciones, encaminados estos al logro de sus fines, el poder estatal, que es un solo, se estructura en órganos (legislativos, administrativo y jurisdiccional), con las modalidades y excepciones que veremos, de tal modo que las funciones del Estado son el sistema o medio que utiliza el poder publico para cumplir

82. Serra Rojas Andrés. Ob. Cit. Pág. 41

83. Fernández Ruiz Jorge. Ob. Cit. Pág. 76

con sus atribuciones, o realizar sus cometidos, destinado al logro de sus fines".⁸⁴ para ejemplificar como constitucionalmente se utilizara el termino función, en el sentido que venimos manejando vamos a reproducir una parte del precepto constitucional que se refiere a dicho concepto y se trata del articulo 21 que dice al respecto:

Artículo 21. La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad administrativa.

La Seguridad Pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal. Los Estados y los Municipios, en las respectivas competencias que ésta Constitución señala. La actuación de las instituciones policiacas se regirán por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalizo y honradez

De aquí se colige que la palabra o vocablo "función" se utiliza por la carta magna, para designar las tareas que tiene que llevar a cabo el estado en el ejercicio de los fines que le impone la propia constitución, y que corresponde ejecutar a al autoridad administrativa conforme a lo establecido en aquella, además se debe decir que la "función" de la seguridad publica se encuentra inmersa en amplio campo de la función administrativa de "policía" la cual se ejercita en base a la discrecionalidad administrativa, echo que, convierte a dicha función en una de las actividades de la autoridad administrativa donde tendrá que echar mano de apreciaciones dentro de

84. Martínez Morales. Rafael I. Ob. Cit. Pág. 195

El concepto de –función– es común en la actividad de la administración, puesto que, facilita el cumplimiento de los fines del Estado y que por disposición de la Constitución corresponde al *poder ejecutivo*, como ejemplo de esto es el artículo 89 fracción I que constituye una función así lo ha reconocido la jurisprudencia que transcribimos a continuación:

“REFRENDO. EL IMPUESTO POR EL SECRETARIO DE GOBERNACIÓN.

De conformidad con lo dispuesto en la fracción I artículo 89 constitucional, el presidente de la republica tiene, entre otras facultades, la de promulgar las leyes que expida el congreso de la unión, función que lleva a cabo a través de una de los actos que se señala el artículo 92 del ordenamiento legal en cita...”⁸⁵

Por su importancia citaremos a propósito de la tesis antes citada el artículo 92 constitucional, ya que, dicho precepto constitucional establece las formas que puede tomar o realizar los actos que dicte el Presidente de la Republica al ejercitarse el artículo 89 fracción I.

“ Artículo 92. Todos los reglamentos, decretos, acuerdos y ordenes del Presidente de la Republica deberán estar firmadas por el secretario de Estado o jefe de Departamento Administrativo a que el asunto corresponda, y sin este requisito no serán obedecidos.”⁸⁶

Otro precepto constitucional que maneja el concepto de función, nos referimos al artículo 28 que transcribimos en su parte relativa dice:

“Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos Quedan Prohibidos Los Monopolios, las practicas monopolicas, los estancos y las exenciones de impuestos que fijen las leyes...”⁸⁷.

No constituirá monopolios las funciones que el estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas; correos, telégrafos, y radiotelegrafía: petróleo y los demás hidrocarburos, petroquímica básica...”⁸⁷

85. Amparo directo 2074/ 95. servicios Operativos de Almacenes fiscalizados, S.A. de C.V. 9 de agosto de 1995. semanario Judicial De la Federación y su gaceta, Tomo II. Tesis a I, 4o. A. 38.A, Pág. 87

86 Constitución Política De los Estados Unidos Mexicanos. Ob. Cit. Pág. 47.

87 ibidem.pág 18.

2.5 Derecho. Al decir de García Maynez “El conjunto de reglas imperativo- atributivas que en una época y lugar determinado el poder público considera obligatorias”.⁸⁸

De la anterior definición se desprende que el derecho es el derecho del esto. Por lo que, cabe destacar dentro de esta tesis las diferencias acepciones bajo las cuales se manifiesta el concepto de derecho.

- a) Derecho Objetivo. Es un conjunto de normas. Trátese de conceptos imperativos- atributivos, es decir de reglas que, además de poner deberes, conceden facultades”⁸⁹
- b) Derecho subjetivo. De acuerdo con el autor kelsen, “derecho subjetivo es el mismo objetivo en relación con el sujeto cuya declaración de voluntad de esta, depende la aplicación del coactivo estatal señalado por la norma”.⁹⁰

Nosotros consideramos que el derecho subjetivo es una función del objetivo. Este es la norma que permite; aquel, el permiso derivado de la norma jurídica. En relación a lo anterior escribe el autor George Gurvith, lo siguiente: “el vínculo que media entre dos clases de derechos antes aludidos es igual al existente entre las superficies cóncava y convexa de un cono hueco; la última encontrarse determinada por la otra, que le oprime su forma peculiar, mas no se confunde con ella”.⁹¹

88. García Maynez Eduardo. Introducción al estudio del derecho Pág. 97

89 Citado por Eduardo García Maynez Ob. .Cit. Pág. 98

90 Ibidem. Pág.100

91. Ídem..

c) *Derecho Positivo*. Problema muy debatido por los juristas es el concerniente al llamado derecho natural, suele llamarse así a un conjunto de normas intrínsecamente justo o bueno, que existen al lado por arriba del derecho positivo. De acuerdo con los defensores del positivismo jurídico solo existe el derecho que efectivamente se cumple en una determinada sociedad y en una cierta época, esto se debe de acuerdo con los autores a que, el derecho positivo es caracterizado atendiendo a su valor formal, sin tomar en consideración la justicia o injusticia de su contenido, estas opiniones recibieron la crítica siguiente: “Para los formalistas solo hay un derecho, el positivo, es decir, la voluntad del legislador, porque la sanción le parece esencial. Fuera del orden emanado del legislador no hay derecho posible; el derecho se confunde con la ley.”⁹²

d) *Derecho Vigente*. El maestro y autor García Maynez Lo define como “Llamamos orden jurídico vigente al conjunto de normas imperativo- atributivas que en una cierta época y un país determinado la autoridad política declara obligatorias”.⁹³

2.6 *Administración Pública Federal*. Por la importancia que tiene este concepto, para la comprensión de nuestro estudio, analizaremos dicho concepto citado por su certeza la opinión que sobre ella emitiera el autor Garza García Carlos Cesar cuando se refiere: “Es el Conjunto de órganos, algunos del gobierno del estado, que dependen directamente o indirectamente del Poder Ejecutivo y que lo auxilian para que pueda ejercitar efectivamente sus facultades y cumplir sus obligaciones”.⁹⁴

⁹² Ibidem.pág. 143

⁹³ Idem.

⁹⁴ García Carlos César. *Derecho Constitucional*. Mexicano. Mc Graw-Hill, México. 1997. Pág.141

CAPITULO TERCERO

LA NECESARIA ELIMINACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD

ASPECTOS GENERALES

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

NATURALEZA JURÍDICA DE LA DISCRECIONALIDAD

EL CONCEPTO DE FACULTAD DISCRECIONAL.

RAZONES FÁCTICAS DEL PRESENTE ESTUDIO.

LA LUCHA CONTRA LAS ARBITRARIEDADES DEL PODER PUBLICO.

CONVENIENCIA E INCONVENIENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD

CAPITULO TERCERO

LA NECESARIA ELIMINACION DE LA DISCRECIONALIDAD DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS FEDERALES.

3.1 Consideraciones Generales. Es urgente que se eliminen de la Constitución General de la República los preceptos que contengan facultades discrecionales o un cierto grado de discrecionalidad cuyo ejercicio corresponde a las Autoridades Administrativas Federales como lo es el Presidente de la República, los Secretarios de Estado, Procurador General de la República, sin embargo, para llegar a esta conclusión se hace necesario primero estudiar la naturaleza jurídica de la discrecionalidad, la forma en la que esta se ejerce, el concepto de facultad discrecional, las consecuencias económicas, jurídicas y políticas que su ejercicio genera y por último las teorías que pugnan por la conveniencia e inconveniencia y las eclécticas, es decir, intermedias

3.2 FUNDAMENTACION TEORICA.

Consideramos que para el objeto de nuestro estudio es indispensable manejar eficientemente el concepto de discrecionalidad en el derecho administrativo, ya que, es frecuente encontrar en los textos, jurisprudencias y legislación, expresiones que revelan que existe una discrecionalidad, como es el caso del artículo 89 fracción primera que textualmente expresa.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Capítulo III

Del Poder Ejecutivo

Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes.

Fracción primera. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia “96.

En este contexto es oportuno citar la opinión que al respecto emitiera el autor Eduardo García de Enterría quien sostiene: “ la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elegir entre alternativas igualmente justas, o si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, por que la decisión se fundamenta en extremos criterios extrajurídicos de oportunidad, económicos, etc. No incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la administración “97

Sin embargo, también debemos admitir que la discrecionalidad por fundamentarse en conceptos o elementos meta jurídicos resulta difícil su connotación jurídica, así de este modo lo expresa el autor Miguel Ángel Bercainz cuando dice: “ la primera dificultad con que se tropieza al pretender definir discrecionalidad, tiene su origen en la impureza de sus elementos meta jurídicos que integran su contenido conceptual”98

96 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ob. cit. 47

97 Citado por Martínez Morales Rafael I. Ob. cit. Pág. 47

98 Enciclopedia Jurídica Omeba Ob. cit. Pág. 810

Si bien es cierto tal afirmación es compartida por nosotros, la cual aunque aprobamos sin reservas, no lo queremos dejar como algo incontrovertible, pues creemos sería a priori en estas alturas de nuestro trabajo, por ello es que citaremos también la definición que sobre discrecionalidad emitiera el autor que dijera que tal instituto jurídico esta compuesto de elementos meta jurídicos, y nos dice “la discrecionalidad es pues, una necesidad de la administración publica sometida en su ejercicio a los límites positivos y negativos que la divorcian de la arbitrariedad y consiguientemente del contralor jurisdiccional que aseguran su juridicidad”⁹⁹

Sobre la debatida cuestión se ha pronunciado el autor Fiorini quien sostiene “por la irrazonable pretensión de querer hacer convivir libre albedrío con orden juridico, arbitrariedad con derecho. Con ordenamiento “¹⁰⁰

Es necesario señalar que aun cuando los autores han admitido lo “irrazonable de dicha definición” en otro momento han dado la propia como es el caso de Fiorini quien nos dice “ la discrecionalidad es entonces la herramienta jurídica que la ciencia del derecho entrega a la administración para que la gestión de los intereses sociales se realice respondiendo a las necesidades de cada momento “¹⁰¹

Debido a que la anterior situación crea en nosotros cierta duda de si hasta nuestros días ha sido comprendida cabalmente la naturaleza de la discrecionalidad, es que estimamos oportuno analizar las teorías que se han expuesto para tratar de desentrañar la naturaleza jurídica de la discrecionalidad y para lo cual abriremos el siguiente parágrafo.

⁹⁹ Ibidem Pág 809.

¹⁰⁰ Idem

¹⁰¹ Idem

3.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DISCRECIONALIDAD

En estos momentos conviene traer a colación la opinión que acerca del tema esgrimiera el maestro Alfonso Nava Negrete quien sostiene. “ la discrecionalidad es acción que derivada de la ley, como respuesta coherente al régimen de legalidad “102

Conviene advertir que si analizamos detenidamente la postura anterior encontramos que hay una vinculación entre discrecionalidad y legalidad sin embargo, esta situación, será analizada en capítulo posterior.

En este contexto es necesario citar la opinión que sobre esta cuestión emitiera el tratadista Laun. Y que recopilará la Enciclopedia Jurídica Omeba, Dicha tesis consiste en lo siguiente.”Para Laun, sólo existe poder discrecional cuando el agente tiene un poder de elección de medios inmediatos a cumplir, no un poder de elección de medios para satisfacer un fin determinado por la ley, no existe, por cuanto el agente debe emplear siempre el medio más apto para la satisfacción del fin.

En este último caso, el agente obra en virtud de un razonamiento jurídico en el que la premisa mayor es el fin a satisfacer esta suministrado por la ley. pueden existir dificultades mas o menos grandes en determinar el medio a emplear, pero no existe poder discrecional propiamente dicho “103

Siguiendo con la exposición de la teoría de Laun dice el autor citado “ Al contrario, ese poder existe en el caso de elección del fin; en éste, el mismo agente determina la premisa mayor del silogismo; la ley no le suministra reglas, ella le confía el sentido de decidir lo mejor al interés general “ 104

A este respecto sostiene el autor Bernatzik “ El poder discrecional consiste en la libertad de determinar el sentido de una noción indeterminada por su propia naturaleza. Adoptando esta doctrina, agrega la antigua jurisprudencia de los tribunales austriacos. consideraba como nociones típicas del poder discrecional las de ”interés publico”, la “higiene publica” la importancia especial”etcétera.”105

También es importante el comentario que al respecto hiciera el autor Bhuler. para quien “existe poder discrecional en cada caso en que la Administración no se encuentra delante de un derecho subjetivo, lo cual rechaza en cuanto desplaza el problema que requiere la determinación previa de saber cuando existe un derecho publico subjetivo, rechazo que compartimos”106

103 Citado por Enciclopedia Jurídica Ormeba. Ob. Cit. Pág. 810

104 Ídem

105 Ídem.

106 Ídem.

Teoría de los motivos. Esta teoría nos dice el autor Miguel Ángel Bercainz “existe poder discrecional todas las veces que la ley no ha precisado de una manera suficiente los motivos del acto. Según esta doctrina, los motivos son situaciones de hecho que justifican cada vez la aplicación de la ley. Si esta situación objetiva es suficientemente precisada por la ley, Si la prueba de esta situación depende de una apreciación libre de la autoridad administrativa, hay poder discrecional”¹⁰⁷

Sin embargo, el autor Alessi sostiene: “ En particular, la determinación del interés de obrar por parte de la administración puede ser precisa o imprecisa ” ¹⁰⁸

A este respecto el maestro Miguel Angel Bercainz nos dice “ Nosotros estamos de acuerdo con Fiorini que en el proceso material de formación del acto administrativo, existe un momento que es donde tiene su imperio la discrecionalidad y en el que se decide por la Administración si debe o no producir el acto, y caso afirmativo, cual es el mas oportuno y eficaz que deba emitir para satisfacer las necesidades concretas de la colectividad”¹⁰⁹

¹⁰⁷ Ibidem. Pág. 811

¹⁰⁸ Ibidem. Pág. 812

¹⁰⁹ Ídem.

3.4 EL CONCEPTO DE FACULTAD DISCRECIONAL

Nos dice el maestro español Rafael Entrena Cuesta “ una facultad es discrecional siempre que el ordenamiento jurídico no establece cuando debe ejercitarse, como debe ejercitarse , ello puede obedecer da una de dos circunstancias a que no exista una ley que regule los tres aspectos o momentos contados, o a que existiendo , en aras de la eficacia administrativa, permita la discrecionalidad de los tres o alguno de aquellos”¹¹⁰

Cobra importancia para el objeto de nuestro trabajo de investigación el hecho de que en el artículo 131 de la Constitución General de la República se otorgue una facultad discrecional, sin embargo, debido a esa extrañeza es necesario estudiar dicha facultad por lo cual la trascibimos en los siguientes renglones:

Constitución política de los Estados unidos Mexicanos

Titulo VII

Previsiones Generales

Articulo 131. Es facultad privativa de la federación gravar las mercancías que se importen o exporten, o que pasen de tránsito por el territorio nacional, así como reglamentar en todo tiempo y aun prohibir, por motivos de seguridad o de policía, la circulación en el interior de la Republica de toda clase de efectos, cualquiera que sea su procedencia; pero sin que la misma federación pueda establecer ni dictar, en el Distrito Federal. los impuestos y leyes que expresan las fracciones.

¹¹⁰ Citado por Martínez Morales, Rafael. Ob Cit Pág 308.

VI y VII del artículo 117.

El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación o importación expedidas por el propio Congreso, y para crear otras, así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando los estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquiera otro propósito en beneficio del país. El propio Ejecutivo, al enviar al Congreso el presupuesto fiscal de cada año, someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida”¹¹¹

De este precepto constitucional que contiene una facultad discrecional a favor del Ejecutivo Federal sostiene la maestra Aurora Arnaiz Amigo lo siguiente: “ De excepcional importancia para las facultades discrecionales del Poder Ejecutivo es el artículo 131. En él figura una tercera facultad discrecional del Poder Ejecutivo, en la que se declara “el ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión, para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación o importación expedidas por el propio congreso puesto que si se analiza este párrafo se comprenderá que hay en el dos facultades discrecionales, la primera que podemos denominar como originaria pertenece al Congreso, ya que son las dos cámaras las que podrán autorizar al Ejecutivo para las tareas que acabamos de señalar y podríamos considerar que el Ejecutivo podrá aceptar o no la facultad acordada por el Congreso, pero sin embargo, desconcierta el que en el último punto del artículo.

¹¹¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ob. Cit. Pág. 84

se diga que “ el propio Ejecutivo al enviar al Congreso el presupuesto de cada año, se someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida “ 112.

La misma autora nos dice en párrafos adelante “ si se interpreta la facultad discrecional del Congreso a favor del Ejecutivo, en este caso habría que afirmar que el Congreso tiene un control de revisión sobre la aplicación concedida. Sin embargo, el término “uso” es ambiguo, puesto que, el Ejecutivo de aceptar la comisión el Congreso revisara la aplicación de la facultad concedida. De aquí, consideramos la redacción del artículo 131 en su punto segundo, como ambigua por no especificarse que el Ejecutivo habrá o tendría que aceptar; contraria o podía aceptar la autorización del congreso, por lo tanto, hay, en el primer caso, una subordinación del Poder Ejecutivo al poder Legislativo, pues se trataría de una desconcentración administrativa y no de descentralización de facultades, por lo que las atribuciones del órgano legislativo quedarían como originarias.

De esta Postura nosotros concluimos que la facultad concedida al Poder Ejecutivo tiene carácter discrecional, sin embargo ésta, como otras que establece nuestra Carta Magna, consideramos son obsoletas y negativas, ya que bajo su tenor se ha dictado cierto número de actos atentatorios del sistema democrático que posee la constitución.

112 Amaiz Amigo, Aurora. Facultades Discrecionales del Poder Ejecutivo según la constitución. Revista Ius, Pág. 32.

3.5. RAZONES FÁCTICAS DEL PRESENTE ESTUDIO.

El ejercicio de la discrecionalidad administrativa por parte de la Administración Pública Federal crea una serie de situaciones antijurídicas, puesto que, transgreden el Estado de Derecho, que establece nuestra Constitución, esto se afirma en razón de que el Presidente de la República realiza actos que no afectan la esfera jurídica de los particulares entre los que podemos contar a las iniciativas de leyes, nombramientos de servidores públicos, etcétera. por lo tanto quedan fuera del control por parte de los Tribunales de la Federación, sin embargo, ello no obedece a que se deniegue justicia, sino que, para que aquella pueda intervenir se requiere como elemento *sine qua non* la afectación a la esfera jurídica del particular. Entre tales actos podemos citar además de los anteriores a la promulgación de leyes y al veto.

Hay que decir que los actos mencionados reciben por la doctrina la denominación “actos de gobierno o políticos”, sin dejar de mencionar que en México el maestro Acosta Romero Miguel califica a dichos actos como facultades discrecionales.¹¹³

Sin embargo, resulta necesario explicar porque estudiamos y sobre todo por que criticamos los actos mencionados renglones atrás. Se debe esencialmente a que para algunos autores como Acosta Romero Miguel tales actos tienen carácter discrecional y además el autor Roberto Ríos Elizondo refiriéndose a los actos que ejecuta el Presidente de la República nos dice: “pero ocurre que en la practica aplica o ejecuta normas jurídicas de los particulares, con lo cual sobra decirlo no se ocasionan reacciones que den lugar a situaciones contenciosas ni en el orden administrativo ni en el civil.

¹¹³ Así lo establece dicho autor, opinión que apoya en gran medida nuestra postura.

los tribunales se niegan a conocer de las demandas” 114

Nos dice el autor antes citado “Históricamente podemos ubicar la génesis del acto político o de gobierno en la sentencia dictada por el consejo de estado el día 24 de mayo de 1822.

“Fue creado por él artículo 52 de la constitución por régimen consular del día 22 de febrero de 1799. Dicho precepto establecía “ SOUS LAS DIRECCION DES CONSULS, UN CONSEIL DE ETAT EST ESCHANGE DE REDIFGERE LES PROJETS DE LOIS EST LES REGLAMENTS D ADMINISTRATION PUBLIQUE”

Esa decisión corresponde al famoso “arret Lafitte ” cuya explicación puede sintetizarse como sigue, según el profesor Guaita “la ley de 12 de enero de 1816 dispuso se confiscaran los bienes adjudicados a título gratuito o privación de rentas del estado cuyos titulares fueran miembros de la familia Bonaparte, ahora bien, Burghese y hermana de Napoleón, había cedido al banquero Lafitte, en forma onerosa sus derechos a una renta de 670,000 francos que venía percibiendo por ordenes del emperador, por lo cual se vio afectado por la citada ley. No conforme con esto Lafitte impugnó ante el Consejo de Estado la negativa del ministro de finanzas a pagarle las cuotas de las rentas vencidas con anterioridad a la citada ley , la que fue rechazada, evitando así entrar al fondo del asunto.

114 Ibidem Pág. 419.

...Con el argumento de que la reclamación Du sieur Lafitte tient a una question politique dont la decisión esclusivamente du gouvernement " tratando de explicarnos el proceso de la génesis del acto de gobierno nos dice el autor antes citado "a lo largo del siglo XIX las decisiones jurisdiccionales se vieron influidas notablemente por dos teorías la del móvil, hasta el 24 de mayo de 1872 en que se expidió la ley que...facultaba al Consejo de Estado para resolver por delegación los recursos contenciosos administrativos y al desaparecer el sistema de justicia retenida, según la teoría del móvil, lo que determina si un acto es de gobierno es el "fin " propuesto por su autor. La segunda teoría se denomina la de la naturaleza intrínseca del acto la cual se refiere como su nombre lo indica, al contenido o aspecto substancial del acto de gobierno, el cual permite, según el propio jurista español distinguir la función administrativa de la gubernativa" 115

3.6 LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER PUBLICO

Cobra importancia para los efectos de nuestro estudio lo atendible a la policía administrativa en el ámbito denominado de ejecución de leyes administrativas la que como nos dice Serra Rojas “Hay que deducirla de facultades generales contenidas en los textos de la constitución, como él artículo 89, fracción I, o el artículo 73 fracción XXX de la misma”

Artículo 89. Son facultades y obligaciones del Presidente de la Republica

Fracción I. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso.

Artículo 73. El Congreso tiene Facultad.

Fracción XXX. Para expedir todas las leyes que sean necesarias”¹¹⁶

Sobre esta facultad ha dicho la Suprema Corte “ por último, si bien la fracción XXX del mismo precepto concede al Congreso la facultad de expedir todas las leyes que sean necesarias a fin de hacer afectivas las facultades a que se refiere, esto significa que el Congreso, cuando se incluya en la fracción XXIX lo relativo a cemento, podrá legalmente expedir todas las leyes para hacer efectiva la facultad de establecer contribuciones sobre lo que se relacione con el cemento, pero antes no” ¹¹⁷

Ahora bien, respecto al artículo articulo 89 fracción I ha dicho la jurisprudencia que resolvía sobre la constitucionalidad de un decreto que convirtió a las sociedades nacionales de crédito en sociedades anónimas que ” en efecto , si el titular del Ejecutivo Federal expidió los decretos de transformación de bancos, en su sociedades nacionales de crédito

¹¹⁶ Serra Rojas, Andrés. Ob. Cit. Pág. 396.

¹¹⁷ Citado por Serra Rojas Andrés .Ob. Cit Pág. 397

Por ello no puede decretarse su invalidez. porque su existencia jurídica proviene de las facultades del Presidente de la República, que derivan no de la ley en que se contiene el referido artículo séptimo transitorio. sino de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuanto consigna una atribución presidencial para ejecutar la Ley de Instituciones de Crédito de referencia, y proveer en la esfera administrativa a su exacta observancia, pudiendo ejercerse esa facultad en cualquier tiempo, ya que, emana de la propia Constitución Política, por tanto, aun cuando el citado precepto transitorio no estuviera consignado expresamente en la ley mencionada, tal omisión de modo alguno implicaría la carencia de facultades del Presidente de la República para emitir en cualquier momento los decretos de transformación bancaria respectivos, pues ello era indispensable para el debido acatamiento de la ley, en ejercicio de la atribución conferida constitucionalmente”¹¹⁸

Esta tesis manifiesta el carácter discrecional de la facultad del Presidente de la República de dictar decretos en el momento que el considere pertinente, con lo cual consideramos se ocasionan serios problemas a la seguridad jurídica de los ciudadanos, ya que. en uso de dicha competencia puede tomar las medidas que quiera cuando quiera colocándose en una posición de privilegio y hasta por ciertos momentos por encima del marco jurídico.

118 Tribunal Pleno. Semanario judicial de la federación su gaceta. Tomo VI. Agosto de 1997.tesis p.j 56'97pag 5 .

3.7. CONVENIENCIA E INCONVENIENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD

Si bien es cierto las autoridades administrativas federales requieren para su actuación de instrumentos que les permitan cumplir con los objetivos o fines que establece la Constitución y el orden jurídico en general sin embargo, la experiencia ha demostrado que no todos los instrumentos son de utilidad para alcanzar dichos fines, nos referimos a la llamada facultad discrecional, pues consideramos que las mencionadas autoridades y entre ellas el Presidente de la República, los Secretarios de Estado, Procurador General de la República, Oficiales Mayores de dichas dependencias, apoyados en dicha facultad dictan actos que ponen en peligro a la nación y dañan los intereses del pueblo.

Por la idea anterior es importante mencionar que dicha categoría de actos también comprende según el maestro Miguel Acosta Romero aquellos que la doctrina de derecho administrativo denomina como actos de gobierno o políticos, puesto que estos aunque de origen diverso, también poseen naturaleza discrecional siendo característica común en ambas categorías de actos que crean situaciones injustas, debido a que se sitúan en una zona de inmunidad jurisdiccional, sin embargo, es necesario clasificar estos actos y desentrañar su naturaleza, la cual encierra para nosotros en esencia un poder arbitrario, por lo cual pedimos su desaparición del orden jurídico mexicano.

Esta discrecionalidad tiene opiniones a favor, otras en contra, y algunas intermedias. Razón por la cual expondremos las que están a favor.

destaca la opinión del maestro Martínez Morales Rafael I. quien nos dice “Se afirma que el exceso de discrecionalidad es una postura de los regímenes de corte autocrático en que la voluntad o gracia del gobernante (monarca) era la determinante para el contenido y la emisión del acto; por otro lado, el dinamismo de la vida actual y los avances tecnológicos, plantean la necesidad y conveniencia de otorgar mayores márgenes de movimiento y opciones a la actividad de la administración pública, la que no puede someter la atención de los acontecimientos a los rígidos moldes que suponen las facultades regladas o vinculadas, de ahí los requerimientos de discrecionalidad“ 119

Ahora bien, citaremos la opinión que al respecto esgrimiera el autor Fiorini quien dijo: “La ley como norma de contenido general de validez absoluta y prolongada, se halla inhibida para ser el instrumento legal capaz de regular la realidad inestable, la vida real es una lección incesante del devenir permanente que fluye en el proceso del tiempo, la discrecionalidad es entonces la herramienta jurídica que la ciencia del derecho entrega a la administración, para que la gestión de intereses sociales se realice respondiendo a las necesidades de cada momento “120

119 Martínez Morales, Rafael. I. Ob. Cit. Pág. 313.

120 Citado por la Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. Cit. Pág. 809.

Nos referiremos ahora a las opiniones de los autores que sustentan la inconveniencia de la discrecionalidad y al respecto nosotros consideramos que la discrecionalidad de algunos preceptos debe desaparecer, puesto que, sólo causan daño a los intereses de la nación, así lo reconoce la Revista hacienda federal que publicó un artículo acerca del tema intitulado “ simplificación administrativa “ en el cual se escribió “ En este contexto, el 13 de abril de 1994 la Lic. Maria Elena Vázquez Nava, titular del la Contraloría General de la Federación, conjuntamente con el jefe de Departamento del Distrito Federal Lic. Manuel Aguilera Gómez, pusieron en marcha el programa de modernización, simplificación y atención ciudadana del Departamento del Distrito Federal que sienta las bases del nuevo perfil del servicio publico, sustentado en la transparencia y sencillez de los procesos y que busca mejorar esquemas burocráticos y deficientes y CONDUCTAS DISCRECIONALES y gestiones complejas que tanto agobian a la población “ 121

121 Valera Benito José Luis “ Simplificación Administrativa “ REVISTA HACIENDA FEDERAL año XXIII, fascículo, CXXXIII, agosto 1994.Pág. 59.

CAPITULO

CUARTO

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA FACULTAD DISCRECIONAL

EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

OBLIGADA ADECUACIÓN DE LOS ACTOS DISCRECIONALES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y LA FACULTAD DISCRECIONAL.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA FORMAL

4.1. EVOLUCION DEL CONCEPTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad se encuentra consagrado como derecho fundamental en el orden jurídico mexicano, artículos 103 y 107 de la Constitución.

Sus antecedentes inmediatos provienen de la constitución de 1857, la cual se inspiró en el debido proceso legal (due process of law) contemplado por la enmienda V Y posteriormente la XIV, sección I de la constitución de los estados unidos, con cierta influencia también de la antigua audiencia hispánica.

Sin embargo, dicho dogma o principio en su forma actual es como dice el autor español Eduardo García de Enterría “ con toda claridad consecuencia del dogma rousseauiano de la voluntad general, en virtud del cual no se aceptan ya poderes personales, todo poder es de la ley, toda autoridad que pueda ejercitarse es la propia de la ley “¹²²

Antes de entrar a estudiar el concepto mismo del llamado dogma de la legalidad, veamos que de acuerdo con el maestro Antonio Carrillo Flores para ciertos autores extranjeros tal principio no tiene el mismo ámbito que para nuestro país, pero dejemos que sea el mismo autor quien nos explique dichas diferencias para lo cual transcribimos su opinión que consiste en lo siguiente:

“ En México el artículo 16 constitucional habla de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la “causa” legal del procedimiento “De ahí se infiere que entre nosotros la “causa” no puede restringirse como quieren Hauriou y Vedel, a los presupuestos de hecho, ni tampoco sólo, como pretenden los Italianos, al motivo, sino que, en derecho público mexicano hay que referirlo

122 García de Enterría Eduardo. *La Lucha Contra las Inmunidades del Poder Público*. Civitas.Madrid.,Pag. 14.

Tanto al presupuesto de hecho como a los distintos elementos que determinan la subsunción de esos hechos a la norma legal y entre ellos al motivo “123.

Hecho lo anterior, procede dar una definición del concepto aquí estudiado y al respecto nos dice el maestro Jesús Orozco Henríquez “ dicho principio establece que todo acto de los órganos del estado debe encontrarse fundado y motivado por el derecho en vigor “ 124

Ahora bien, el autor Gabino Fraga nos dice que el principio de legalidad puede ser visto desde dos puntos de vista a saber: el material y el formal mismos que tienen diferentes consecuencias jurídicas las cuales precisa en los siguientes términos:

“ Desde el punto de vista material, en cuyo caso el alcance es el de que la norma en la que se funda cualquiera decisión individual tiene que ser una norma de carácter abstracto e impersonal. Puede también ser 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 realiza el acto individual debe también tener los caracteres de una ley desde el punto de vista formal”125

123 Carillo flores Antonio, Derecho Administrativo, México, Porrúa, Pág.123.

124 Diccionario Jurídico Mexicano. Ob. Cit. Pág. . 2535.

125 Fraga Gabino Ob. Cit. Pág. 99.

Ahora bien, el autor Raúl Rodríguez Lobato establece " que el principio de legalidad " consiste como dice León Duguit en que ningún órgano del Estado puede tomar una decisión individual que no sea conforme a una disposición general anteriormente dictada y nos dice este mismo autor que para el maestro de la facultad de derecho Gabino Fraga ".. la idea de Duguit tiene en todos los estados modernos un carácter casi absoluto, pues salvo el caso de facultad discrecional, en ningún otro y por ningún motivo es posible hacer excepción de este principio fundamental"¹²⁶

Nosotros estimamos, conjuntamente con el maestro Raúl Rodríguez Lobato, que el Principio de Legalidad "no es casi absoluto, sino absoluto, pues aun en el caso de Facultad Discrecional la hipótesis respectiva esta prevista en las ley y la autoridad sólo puede ejercerla en los términos y dentro de los límites permitidos por la ley, tanto en el caso en que la facultad discrecional supone únicamente la apreciación de una situación para comprobar si hay o no hay una adecuación a un presupuesto normativo para que se produzcan los efectos jurídicos previstos por la ley, como es el caso en que además de esa apreciación la autoridad ejerce su arbitrio para decidir la manera y términos en que ha de aplicarse la ley, así como el alcance de sus efectos jurídicos "¹²⁷

Esta afirmación se puede ilustrar con el siguiente criterio de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando sostiene:

¹²⁶ Rodríguez Lobato Raúl. Derecho fiscal. México. Harla. 1994. Pág. 42.

¹²⁷ Citado por Rodríguez Lobato Raúl

4.2 OBLIGADA ADECUACIÓN DE LOS ACTOS DISCRECIONALES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El Estado de Derecho implica que se anteponga la ley a los intereses personales ya sean de grupo o individuales, por ello creemos que este dogma no es mas que una afirmación, ya que si se colocara como teoría, equivaldría a menoscabar el mencionado Estado, esto proviene de la idea de que nuestra organización política y jurídica se funda en una serie de instituciones a nivel jurídico que permiten hacer realidad la preponderancia de la ley a los intereses personales, si embargo, dicho principio, no tendría lugar sin la llamada teoría de la división de poderes y su adaptación que de ella se ha hecho en nuestro país, pero dejemos que sea el maestro Jacinto Falla Viesca quien nos explique esta situación.

"En México, la teoría de la división de poderes viene a situarse en la Constitución como el documento fundamental para crear las instituciones del Estado y repartir las competencias en nuestro país ha sido posible, en base a la Constitución el desarrollo flexible del derecho administrativo, según las cambiantes circunstancias sociales y económicas. Lo cierto es que en México el ámbito de la Administración Publica se ha fortalecido y extendido cada vez más. Pensamos que lo importante no estriba en limitar la actividad de la Administración Publica sino en vigilar que la administración no exceda la esfera de sus atribuciones.. En la medida que esto suceda nuestro país contara con un derecho administrativo congruente con nuestra realidad que determine la efectiva función del derecho administrativo como un instrumento real de cambio, en beneficio de la sociedad en general"^{127a}

127^a Falla Viesca Jacinto. La Administración Publica en México. México. Porrúa .

Es importante recordar que el Principio de Legalidad, que implica un conjunto de garantías, conlleva la de fundamentación entendiéndose por ella de acuerdo con el maestro Miguel Acosta Romero “la garantía de fundamentación de los actos de autoridad es no sólo el precepto que sirva de fundamento al ejercicio de la competencia otorgada por la ley, sino también la fundamentación expresa del acto discrecional, o los preceptos que sirvan de base para el” 128 .

En este tenor sostiene el maestro Alberto del castillo del Valle “ la ultima subgarantía de legalidad, ordena que todo acto de autoridad este legalmente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero (fundamentación legal) el señalamiento que hace la autoridad emisora del acto, de los preceptos legales que le dan competencia para emitir el acto, así como aquellos que prevean el mismo, en tanto que motivación legal es el adecuamiento del caso concreto al texto legal o a la hipótesis prevista en la ley, debiéndose sostener en el mandamiento escrito las razones por las cuales considera que hay tal adecuamiento en el caso concreto, ósea, en el acto de molestia que esta emitiéndose” 129.

Lo anterior tiene gran trascendencia, porque la autoridad administrativa no podrá dejar de mencionar como fundamento de un acto discrecional, sino aquel que le de competencia.

128 Acosta Romero Miguel .Ob. Cit. Pág. 1095.

129 Del Castillo Del Valle Alberto. Garantías Individuales y amparo en Materia Penal México. Editorial Duero, 1992. Pág. 33.

so pena de ser anulado por la autoridad judicial, ya que como lo sostiene la jurisprudencia, la facultad discrecional es controlable en el amparo, razón por la cual transcribimos la tesis que así lo manifiesta. Y cuyo texto dice:

“ FACULTADES DISCRECIONALES. Su control en el amparo. El ejercicio de la facultad discrecional esta subordinado a la del artículo 16 de la Constitución Federal, en tanto 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 esta sujeto al control de este ultimo por lo menos cuando el juicio subjetivo no es racional, sino arbitrario y caprichoso, y cuando es enteramente injusto o contrario a la equidad; y puede añadirse que dicho control es procedente cuando en el aludido juicio no se hayan tomado en cuenta las circunstancias de hecho, o sean alteradas injustificadamente, así como en los casos en que el razonamiento sea ilógico o contrario a los principios generales del derecho” 130.

4.3 LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y LA FACULTAD DISCRECIONAL

Las Autoridades Administrativas Federales, a saber, el Presidente de la República y su auxiliar la Administración Pública Federal cuentan de acuerdo con la Constitución General de la República y las leyes con facultades discrecionales en el ámbito de las garantías individuales, esto esta corroborado por el maestro Miguel Acosta Romero cuando nos dice:

“ En materia de garantías individuales o derechos públicos subjetivos, agregados en los artículos 1 al 28 de la Constitución, se hace referencia a materias muy diversas, en las cuales creemos existen facultades discrecionales, como por ejemplo, en materia educativa (artículo 3) libertad de trabajo, profesiones (artículo 5) derecho de petición (artículo 8) libertad de expresión (artículo 9) infracciones administrativas dan lugar al poder sancionador de la administración (artículo 21) , todas las materias derivadas del artículo 27, como son la propiedad , explotación de recursos naturales renovables y concesiones, en aquellos casos en que la propia constitución las permita, adquisición de inmuebles por parte de extranjeros y sociedades” 131.

Como ejemplo de lo anterior, el artículo 8 constitucional dice textualmente:

Artículo 8. Los funcionarios y empleados públicos respetaran el ejercicio del derecho de petición, siempre que esta se formule por escrito, de manera pacífica y

131 Acosta Romero Miguel Ob. Cit. Pág. 1094.

respetuosa, pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República.

A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve termino al peticionario”¹³²

Como vemos, el artículo 8 constitucional no establece un termino para que la autoridad conteste una petición, y a mayor abundamiento la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que la autoridad tiene el plazo de cuatro meses para contestar , con lo cual se otorga el “ margen de libertad “ que caracteriza a la facultad discrecional de acuerdo con la doctrina de derecho administrativo .

Ahora bien, en relación con el artículo 7 de nuestra carta magna debemos decir conjuntamente con el maestro miguel Acosta Romero, que constituye un ámbito donde la autoridad administrativa posee facultades discretionales, sin embargo, para no hacer manifestaciones de carácter apriorístico citaremos el texto integro del mencionado precepto.

Artículo 7. Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos de cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene mas límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz publica. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito”¹³³

¹³² Constitución. Ob. Cit. Pág. 8.

¹³³ Ibidem Pág. 14

Las leyes orgánicas dictaran cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que so pretexto de las denuncias por delitos de prensa, sean encarcelados los expendedores, “papeleros “, operarios y demás empleados del establecimiento de donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquellos” 134

Este precepto contiene la garantía de libertad de expresión escrita, sin embargo, dicha libertad tiene una condicionante que ésta se ejerza sin atacar la vida privada, la moral y la paz publica, conceptos que entrañan desde luego una situación que tendría que ser determinada por la autoridad administrativa de forma discrecional, pues aunque el código penal tipifica esos delitos, la determinación de que tal publicación daña la paz publica es una cuestión que le compete a la autoridad administrativa.

134 Ibidem. Pág. 4.

El artículo 21 de la Constitución dice textualmente.

“ La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público el cual se auxiliara con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutara esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día.

Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa no excederá del equivalente a un día de su ingreso “135

Este precepto da lugar a lo que se denomina poder sancionador del Estado, esto es, aquí se encuentra el fundamento constitucional de las infracciones administrativas, destacándose entre ellas a la multa cuya aplicación puede dar lugar a una violación al principio de legalidad si en su resolución la autoridad administrativa, hace un uso inadecuado de la facultad discrecional que implica el poder sancionador .

El artículo 27 dice textualmente: La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la nación.

La cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyéndose la propiedad privada.

Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causas de utilidad pública y mediante indemnización” 136

En este precepto se habla de expropiación, la que de acuerdo con la doctrina de derecho administrativo es una facultad discrecional libre, así lo sostiene el maestro Rafael Martínez Morales cuando dice ” en este supuesto el órgano puede o no realizar la actividad que le permita la ley, es decir, existe una total libertad para actuar o no y también para determinar el sentido y alcance de la declaración unilateral de voluntad. Este tipo de facultades y los actos derivados de su ejercicio son llamados discrecionales absolutos o totales. Una gran parte de las operaciones materiales caen dentro de este supuesto, así como determinados nombramientos, inversiones, algunos actos en las relaciones diplomáticas y la mayoría de las expropiaciones “137.

Sobre lo anterior, estimamos que lo medular se ubica en que ésta facultad discrecional debe ser revisada cuidadosamente, ya que, a su tenor se han ocasionado daños a la nación, como lo es la expropiación de la banca

136 Ibidem. Pág. 11

137 Martínez Morales Rafael I Ob. Cit. Pág. 312.

4.4. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA FORMAL Y LA FACULTAD DISCRECIONAL.

Aquí será útil precisar los linderos de nuestro estudio a fin de no cometer errores de ubicación, significa lo anterior que nos hemos de enfocar en esta parte a indagar sobre las relaciones entre la ley y el reglamento y entre esta y la constitución, siendo oportuno señalar la opinión del maestro Jesús Orozco Henríquez que nos dice “ las garantías de la legalidad de los reglamentos y las de la constitucionalidad de las leyes son, entonces, tan concebibles como las garantías de la regularidad de los actos jurídicos individuales “138

Si bien las funciones de cada Poder del Estado están constitucionalmente definidas, nos encontramos en la practica una serie de disposiciones de carácter general, como son las leyes, reglamentos que ponen en entredicho la vigencia de la norma fundamental, sin dejar de mencionar que se emiten por servidores públicos de distinto rango las llamadas circulares, instrumentos que llegan a convertirse en disposiciones de carácter general, con lo cual , quienes las emiten, llevan acabo actos que son propios del Poder Legislativo. Cuando constitucionalmente no tienen la más mínima competencia para hacerlo.

Sin embargo, queremos primero plantear algo sobre las leyes administrativas, caso concreto de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, porque esta ley, otorga la facultad de delegar competencias.

Para el objeto de nuestro estudio adquiere relevancia el artículo 89 fracción primera el cual contiene la llamada facultad discrecional reglamentaria, dicho artículo dice textualmente:

Artículo 89 fracción I Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

I Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia “139

Sobre este precepto en cuanto a lo que se refiere a la promulgación y publicación la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho: ”

“LEYES. PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LAS. La promulgación no es otra cosa que la publicación formal de la ley y ambas voces se emplean como sinónimas, tanto en el lenguaje común como en el jurídico, sin que sea obstáculo para llegar a esta conclusión, el que en la doctrina, existe una corriente de opinión que pretende encontrar diferencias entre la promulgación y la publicación de las leyes, pues tales diferencias son meramente teóricas, al resultar que la ley fundamental emplea palabras con el mismo significado, según se desprende de la consulta, entre otro de los artículos 70 ,72 inciso a) , y 89 fracción I de la propia Constitución” 140

Sobre esta facultad reglamentaria ha dicho el maestro Fraga “ desarrolla y detalla los principios generales contenidos en ella para hacer posible y practica la aplicación de la ley, pero también se convierte en una fuente de derecho, puesto que el reglamento,

139 Constitución Ob. Cit. Pág. 47y SS

140 Citado por Rodríguez Lobato Raúl Ob. Cit. Pág. 57

por ejemplo, en materia fiscal, que es un ámbito de la actividad de la Administración Pública, de acuerdo con el maestro Raúl Rodríguez Lobato contiene normas sobre la naturaleza y efectos de los elementos esenciales del tributo crea situaciones generales y abstractas por indefinición no previstas en la ley “ 141

Esto ocurre porque el Poder Ejecutivo se arroga facultades que competen al Poder Legislativo o por que este indebidamente las delegue en aquel. Esta facultad reglamentaria tiene de acuerdo con la doctrina características de facultad discrecional. La Suprema Corte ha dicho:

“REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS, NATURALEZA QUE DEBEN TENER. Es indudable que la facultad reglamentaria de las autoridades administrativas no puede extenderse hasta tergiversar la ley que se trata de reglamentar, y las reglamentaciones que se hagan de una disposición legal, en manera alguna pueden apartarse de su texto, espíritu y finalidad” 142

141 Rodríguez Lobato Raúl Ob. Cit. Pág.

142 Citado por Rodríguez Lobato, Raúl. Ob. .Cit Pág

También podemos advertir que existe una ley que viola el principio de la división de poderes, nos referimos específicamente a la ley de Metrología, debido a que este cuerpo legal otorga a ciertos servidores públicos la facultad de dictar normas oficiales, entendiéndose por estas según el maestro Acosta Romero lo siguiente:

De este ordenamiento, podemos advertir que se trata de competencia para decidir dentro de un cierto margen el contenido de una situación específica, lo que caracteriza o distingue a la facultad discrecional, sin embargo, creemos que la inconstitucionalidad de este cuerpo normativo es innegable, porque de acuerdo con lo que sostiene el artículo 73 de la constitución es facultad del Congreso de la Unión el que textualmente expresa

“Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

XVIII. Para establecer casas de moneda, fijar las condiciones que este deba tener, dictar reglas para determinar el valor relativo de la moneda extranjera y adoptar un sistema general de pesas y medidas “143

Respecto a esta ley, al haber sido aprobada por el Congreso en contravención a lo dispuesto por la Constitución, debió haber sido declarada de inconstitucional por la

Suprema Corte de Justicia de la Unión, ya que, tal decisión contradice lo sustentado por la jurisprudencia de dicho tribunal cuando sostuvo en una ejecutoria lo siguiente:

“FUNDAMENTACION Y MOTIVACIÓN. DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD LEGISLATIVA. Por fundamentación y motivación de un acto legislativo, se debe entender la circunstancia de que el Congreso que expida la ley, constitucionalmente este facultado para ello, ya que estos requisitos, en tratándose de actos legislativos, se satisfacen cuando aquel actúa dentro de los límites de las atribuciones que la constitución correspondiente le confiere (fundamentación), y cuando las leyes que emite se refieren a las relaciones sociales que reclaman ser jurídicamente reguladas (motivación); sin que esto implique que todos y cada uno de las disposiciones que integran esos ordenamientos deben ser necesariamente materia de una motivación específica (tesis 36 de la primera parte del Semanario Judicial de la Federación)”¹⁴⁴.

144 Citada por Del Castillo Del Valle Alberto. Ob. Cit Pág. 70.

Retomando la cuestión de las circulares, es necesario mencionar que existe un número considerable de ellas, las cuales se emiten por las autoridades federales tales como el Presidente de la República, los Secretarios de Estado, Directores Generales, existen dos formas de las circulares a saber; la primera que consiste en que la circular contiene disposiciones administrativas, en algunas ocasiones de carácter puramente interno de la dependencia del Poder Ejecutivo y otras que son verdaderas fuentes de derechos y obligaciones, como ejemplo, del primer tipo de circulares tenemos las que dictan los funcionarios fiscales y que están previstas por el artículo 35 del Código Fiscal de la Federación el cual de acuerdo con el maestro Raúl Rodríguez Lobato “prevé que los funcionarios fiscales facultados debidamente podrán dar a conocer a las diversas dependencias el criterio que deben seguir en cuanto a la aplicación de las disposiciones fiscales, sin que de ello nazcan obligaciones para los particulares y únicamente derivaran derechos de los mismos cuando se publiquen en el Diario Oficial de la Federación”¹⁴⁵. y respecto al segundo tipo tenemos las que dictan los servidores públicos de las dependencias y que encuentran como fundamento al artículo 3 del Código Civil para el Distrito Federal.

¹⁴⁵ Rodríguez Lobato Raúl Ob. Cit. Pág. 81.

Ahora bien, en la segunda forma que puede adoptar la circular encontramos la circular como fuente de derecho, la cual se considera de rango análogo a la del reglamento esto de acuerdo con el artículo 4 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en la materia federal, el cual dice textualmente:

“Disposiciones Preliminares

Artículo 4. Las leyes, reglamentos, circulares o cualesquiera otras disposiciones de observancia general para el Distrito Federal, obligan y surten sus efectos tres días después de su publicación en la Gaceta Oficial”¹⁴⁶

Acerca de este tipo de circulares ha dicho la jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Federación.

CIRCULARES. Como la Constitución consagra la facultad reglamentaria tanto en la fracción primera del artículo 89 sin determinar la forma que deban revestir los reglamentos, consideramos que validamente han podido los códigos civiles de 1870, 1884 y 1928, admitir que los reglamentos del ejecutivo asuman la forma de circulares.

Es claro que una vez que se equipare a las circulares con los reglamentos habrá limitaciones tanto para la validez

¹⁴⁶ Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y en Materia Federal para toda la República Mexicana. México. Sista. Pág. 14.

como para la eficacia de aquellos la valides de los reglamentos estará limitada por los mismos conceptos que restringen la validez de los reglamentos. La circular debe concretarse a proveer a la ejecución de una norma contenida en la ley no debe contradecir disposición alguna de la jerarquía superior ni invadir una materia reservada a la ley, en el sentido formal, por estas razones como lo ha fijado la suprema corte la circular no puede constituir el único fundamento para que la autoridad administrativa dicte un *mandamiento* que afecte a un particular. Frente a los particulares la circular solo puede tener el valor de una disposición que fija la manera como ha decidido la administración publica realizar actos que por ley esta ya facultada para efectuar; pero sin agravar las cargas que pesen sobre el obligado: La determinación de la forma de ejercicio de una *facultad discrecional* será, por ello, el contenido normal de las circulares como fuente de derecho objetivo frente a los particulares.

El problema de la competencia, por lo general, no se suscita en los reglamentos propiamente dichos, En cambio en las circulares si es importante estudiarlo; es preciso que la autoridad que dicte la circular tenga *competencia* para ejecutar la norma superior en que la circular se apoye; en otras palabras, es preciso que tenga funciones representativas dentro del poder ejecutivo”¹⁴⁷.

147 Citado por Rodríguez Lobato Raúl. Ob. Cit Pág.

NUESTRA PROPUESTA

Nuestro trabajo tiene como base la opinión del maestro Miguel Acosta Romero. cuando califica a las facultades del Presidente de la República como discrecionales, esto significa que para nosotros la diferencia que se da entre los actos políticos o de gobierno y los discrecionales no es trascendental, por lo que buscamos se haga una reforma a los artículos 3, 33, 71, 89 fracción I y 131 de la Constitución General de la República. por considerar que dichos preceptos son ya obsoletos, además de constituir el fundamento jurídico de actos que ocasionan males económicos, políticos, y jurídicos a la sociedad en general, sin dejar de mencionar que el reclamo mas frecuente de esta hacia el Estado es precisamente un marco jurídico que cuente con los instrumentos idoneos para lograr el tan anelado bienestar común, por lo cual este trabajo pretende erradicar instituciones tan inoperantes para nuestro sistema de derecho administrativo.

ARTICULO TERCERO

El Artículo dice actualmente

ARTICULO 3. Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado- Federación, Estados y Municipios- impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La secundaria será obligatoria.

VI. Los particulares podrán impartir educación en todos sus tipos y modalidades. En los términos que establezca la ley, el Estado otorgará y retirará el reconocimiento de validez oficial a los estudios que se realicen en planteles particulares. En el caso de la educación primaria secundaria y normal, los particulares deberán ...

Dicho precepto por las razones citadas en el desarrollo de este trabajo debe decir:

Artículo 3 Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado –Federación– Estados y Municipios- impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación primaria y la secundaria son obligatorias.

VI.-Los particulares podrán impartir educación en todos sus tipos y modalidades. En los términos que establezca la ley, el Estado otorgara y retirara el reconocimiento de validez oficial a los estudios que se realicen en los planteles particulares en los casos y por las causas que establezca la ley...

ARTICULO 33

El Artículo dice actualmente:

Artículo 33. Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, Título primero, de la presente Constitución, pero el Ejecutivo de la Unión tendrá facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

De acuerdo con nuestra propuesta debe decir dicho artículo lo siguiente:

ARTICULO 33. Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, Título Primero, de la presente Constitución, pero el Ejecutivo de la Unión tendrá facultad exclusiva de hacer abandonar territorio nacional a todo extranjero que de acuerdo con las leyes sea considerado pernicioso.

ARTICULO 71

El Artículo 71. El derecho de iniciar leyes o decretos compete:

I. Al Presidente de la República

II A los Diputados y Senadores al Congreso e la Unión

III A las Legislaturas de los Estados.

Las iniciativas presentadas por el Presidente de la Republica, por las Legislaturas de los Estados, o por las diputaciones de los mismos, pasaran desde luego a comisión. Las que presenten los diputados o los senadores se sujetaran a los trámites que designe el reglamento de debates.

Dicho artículo debe decir:

Artículo. 71. El derecho de iniciar Leyes o decretos compete:

I. Derogado.

II. A los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión.

III. A las Legislaturas de los Estados.

Las iniciativas presentadas por las Legislaturas de los Estados, o por las diputaciones de los mismos, pasaran desde luego a comisión. Las que presenten los diputados y senadores se sujetaran a los trámites que designe el reglamento de debates.

ARTICULO 89 Fracción I.

ARTICULO. 89 Las facultades y obligaciones del Presidente e la República son las siguientes

I Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de Unión, proveyendo en la esfera *Administrativa a su exacta observancia*

dicho articulo debe decir

Articulo 89 Las facultades y obligaciones del Presidente de la República son las siguientes

I Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera *administrativa a su exacta observancia en los términos y plazos que determinen las leyes*

ARTICULO 131

El Artículo 131 dice actualmente:

Artículo 131 Es facultad privativa de la federación gravar las mercancías que se importen o exporten, o que pasen de tránsito por el territorio nacional, así como reglamentar en todo tiempo y aun prohibir, por motivos de seguridad o de policía, la circulación en el interior de la República de toda clase de efectos, cualquiera que sea su procedencia, pero sin que la misma federación pueda establecer en el Distrito Federal, los impuestos y leyes que expresan las fracciones VI y VII del artículo 117.

El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación expedidas por el propio Congreso, y para crear otras; así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquiera otro propósito en beneficio del país. El propio Ejecutivo, al enviar al Congreso el presupuesto fiscal de cada año, someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida.

ARTICULO 131

Dicho Artículo 131 debe decir:

Artículo 131. Es facultad privativa de la federación gravar las mercancías que se importen o exporten, o que pasen de tránsito por el territorio nacional, así como reglamentar en todo tiempo y aun prohibir, por motivos de seguridad o de policía, la circulación en el interior de la República de toda clase de efectos, cualquiera que sea su procedencia, pero sin que la

misma federación pueda establecer en el Distrito Federal los impuestos y leyes que expresan las fracciones VI y VII del artículo 117.

El legislativo será el único autorizado para expedir las leyes concernientes al comercio exterior, sin que dicho poder pueda bajo ninguna circunstancia delegar en ningún otro poder.

CONCLUSIONES:

PRIMERA. Las Facultades Discrecionales con que hoy cuentan las Autoridades Administrativas Federales han estado previstas a lo largo de los ordenamientos jurídico-constitucionales que tuvieron vigencia en nuestro país, esta circunstancia se afirma en virtud de que muchas de las estructuras que presentaba la constitución de Cádiz, han estado presentes aun en nuestros días, si bien, con nuevos matices pero ahí están, nos referimos a la figura del rey, figura que en tiempo de la constitución de Cádiz, poseía un cúmulo de potestades discrecionales.

SEGUNDA. Para el objeto de nuestro estudio cobra importancia decir, que debido a las áreas en que a través de la Constitución es que organizaron y regularon el incipiente gobierno mexicano en sus primeros años de vida independiente, se atribuyeron facultades discrecionales a las autoridades administrativas, fueron la educación, pesas y medidas, multas, expulsión de extranjeros, con lo cual se intuye que las constituciones mencionadas van otorgando esa discrecionalidad en áreas que tienen una esencial importancia para la actividad de estado y particularmente de la administración pública federal

TERCERA. El poder discrecional ha sido objeto de estudios para determinar primero su utilidad, determinando en muchos casos, la opinión de los tratadistas para la elaboración de las leyes u ordenamientos que los prevén, pues como lo dejamos establecidos en líneas arriba, se le llegó a concebir como poder gracioso del titular del poder político, hasta llegarlo a *considerar como un poder o potestad sujeto a un régimen de derecho.*

CUARTA. Debemos tener presente que lo discrecional no debe apartarse de el universo de los conceptos del derecho administrativo, pues hacerlo así, seria, darle admisión a los poderes absolutistas que caracterizan a los gobiernos monárquicos, es decir, debemos pronunciarlos siempre por que se establezca, la supremacía de la ley a los intereses personales, por ello, insistimos en que la facultad no es un poder absoluto, sino una competencia, la cual en cuenta apoyo mas que en la letra en el espíritu de la Constitución pues esta, por sus orígenes, es eminente ajena a los poderes reales.

QUINTA. Lo discrecional, creemos no es poder que faculte a las Autoridades Administrativas Federales para llevar a acabo actos con una total libertad apartándose del marco jurídico que regula la actividad de aquellas, pues existen, medios jurídicos al alcance del administrador para impugnar una decisión tomada en uso de ese tipo de facultades, nos referimos a los actos que pueden en un momento afectar la esfera jurídica de los medios de defensa ordinarios y extraordinarios que establece la ley y la constitución.

SEXTA. Si también es posible que a través de el ejercicio de facultades discrecionales se causen graves daños a la nación, nos referimos a ciertos artículos que poseen naturaleza discrecional como el II, 89 Fracciones I, II, 133, Los perjuicios que se causan no es difícil crearlos, como son crisis, reglamentos extralimitados, circulares, iniciativas de leyes contraproducentes y a todas luces beneficiarios de un sólo sector de la sociedad, como ejemplo de esto la pretendida reforma de la constitución general de la republica en su articulo 28. cuya pretendida reforma rechazamos pero lo hacemos atacando la discrecionalidad que poseen los artículos constitucionales que facultan al Presidente de la República para hacerlo mediante una iniciativa

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS

- ÁLVAREZ GENDIN, TRATADO de DERECHO ADMINISTRATIVO, Madrid Civitas. 1965
- ACOSTA ROMERO Miguel. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO . México. Porrúa..1994. .
- ARCE G Alberto DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO México Universidad de GUADALAJARA 1990.
- ARELLANO GARCIA Carlos. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO MÉXICO. Porrúa 1989..
- BIELSA Rafael, DERECHO ADMINISTRATIVO . Argentina, La Ley. 1964
- BURGOA ORIHUELA Ignacio. LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES MÉXICO. Porrúa. 1986.
- CARRILLO FLORES Antonio. DERECHO ADMINISTRATIVO MÉXICO. Porrúa . 1937
- CISNEROS FARIAS German EL ARTICULO TERCERO CONSTITUCIONAL MÉXICO Trillas. 1970-
- COSÍO VILLEGAS Daniel, LA CONSTITUCIÓN DE 1857 Y SUS CRÍTICOS. México. Hermes 1957.

PALAVICINI Félix F HISTORIA DE LA CONSTITUCIÓN TOMO I CONSEJO EDITORIAL DEL ESTADO DE TABASCO , México 1980

PEREZNIETO CASTRO DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO México Harla. 1984.

RODRÍGUEZ LOBATO Raúl, DERECHO FISCAL México Harla 1992.

SÁNCHEZ GÓMEZ Narciso DERECHO ADMINISTRATIVO PRIMER CURSO México. Porrúa 1998

SERRA ROJAS Andrés DERECHO ADMINISTRATIVO México. Porrúa. 1990.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917, México. Sista 1992.

LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL MÉXICO. Porrúa 1990.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL. México.. Sista. 1999..

LEY FEDERAL DEL TRABAJO MÉXICO. Sista , 1994,

JURISPRUDENCIA

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN TOMO SEXAGÉSIMO PRIMERO, QUINTA ÉPOCA pagina 6419, tomo XLI.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992.

DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA. Escriche, México Norbaja Californiana de Ensenada. 1979.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA, OMEGA. Obra Colectiva. Buenos Aires, Tomo III
1965

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Raluy podevida Antonio México
1986.