

00761
25



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y LOS DERECHOS HUMANOS

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE MAESTRO EN DERECHO

P R E S E N T A :

LIC. LUIS GERARDO RODRIGUEZ LOZANO

DIRECTOR: DR. JORGE FERNANDEZ RUÍZ



MEXICO, D.F.

Se autoriza a la Dirección General de Bibliotecas de la U.N.A.M. a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo, recibiendo a nombre de mi hijo, Luis Gerardo Rodríguez Lozano

2003
[Firma manuscrita]

2003



A



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.

DEDICATORIAS

A Dios por sobre todas las cosas, por haberme permitido llegar hasta el final.

A mis padres de quienes tengo el inapreciable valor de ser su hijo, así como también ser mi orgullo e inspiración a lo largo de esta modesta aventura intelectual, además mi total agradecimiento por todo su apoyo moral y por que no decirlo también económico.

A mis queridos hermanos Leonardo y Ruby, por su comprensión y ayuda.

Al mejor administrativista en la historia de México y de quien tengo el privilegio de ser su amigo y discípulo: Don Jorge Fernández Ruiz.

A mis abuelos María y Eusebio, Leonor y Cruz. In memoriam.

A Don Sergio Elías Gutiérrez Salazar, gran constitucionalista de México, pero mejor amigo.

A Don Cesar Luis Coronado Hinojosa, ejemplo de honestidad en un país tan falto de honestidad, así como también a su apreciable esposa Carmen Coronado.

A mi estimado amigo Edgar Medrano García.

A mis amigos de la infancia Eduardo Noriega y David García.

A mis amigos Claudia y Arturo Garza, por otorgarme su amistad.

A Víctor W. y a David por confiar en mí.

Al Padre Luis Rivera, en recuerdo a aquellos días.

Al Opus Dei por su gran ejemplo.

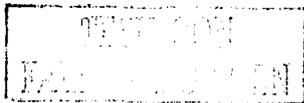
A mi amiga Paty Carrasco por haber animado mi partida a la Ciudad de México.

A mi novia Marcela Morales por su gran apoyo.

A mis amigos Julieta R, Francisco Cárdenas, José Antonio González, Alejandro Garza, Eduardo Sánchez, Carlos Solórzano, Aldo Rodríguez, Carlos Patoni, Cristina Amieva, Claudia Noguez, Deyanira Martínez, Gabriela Sedillo, Gustavo Moscoso, Orlando Montelongo, Miguel López Ruiz padre e hijo, a todos ellos muchas gracias por su amistad.

A los profesores, Javier Tapia R, Luciano Silva R, Rosalba Torre y Margarita Beatriz Luna R, distinguidos juristas mexicanos y amplios conocedores de la ciencia jurídica de quienes tengo la enorme satisfacción y orgullo de que conformen mi jurado.

A mi estimado amigo Víctor Figueroa quien fue una gran ayuda en la corrección y estilo de esta investigación.

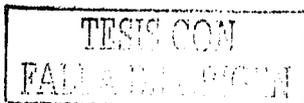


B

El Silencio Administrativo y los Derechos Humanos

Índice

Introducción	1
<i>Capítulo Primero</i>	
<i>El Silencio Administrativo</i>	
1. La indebida inercia de la administración pública	7
a) Un acercamiento al concepto de inactividad jurídica	7
b) La inactividad de la administración pública	9
c) Clases de inactividad administrativa	13
2. Atribución de efectos al silencio administrativo	16
3. El silencio administrativo	17
4. Naturaleza jurídica del silencio	21
5. El silencio negativo	23
6. El silencio positivo	26
7. Requisitos del silencio administrativo	31
a) La disposición expresa	31
b) Solicitud dirigida a la administración	32
c) El plazo	34
d) Inactividad de la administración	34
e) Posibilidad de resolver por parte de la administración	35
8. El silencio administrativo en Francia	35
a) La regla de la decisión previa	39
b) La demora del recurso	41
c) La decisión del juez	41



C

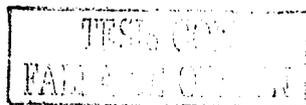
9. El silencio administrativo en España	42
a) Ley de Santa María de Paredes	44
b) El silencio administrativo en los estatutos municipal de 1924 y provincial de 1925.	47
10. La recepción del silencio administrativo en México	56

Capítulo Segundo
Los Derechos Humanos

1. La delimitación conceptual de los derechos humanos	61
2. Los derechos humanos y su concepto	64
3. Los derechos humanos y la dignidad del ser humano	65
4. La expansión de los derechos humanos	72
5. Los derechos humanos y sus categorías afines	76
a) Los derechos humanos como derechos naturales	76
b) Los derechos fundamentales	86
6. Perspectivas doctrinales sobre el carácter positivo de los derechos fundamentales	90
a) Postura del derecho natural	90
b) Postura del derecho positivo	91
c) Postura realista	92
d) Los derechos humanos como derechos subjetivos	92
e) Los derechos humanos y las garantías individuales	97
7. Los orígenes de las declaraciones de derechos	104
a) Los derechos humanos de primera generación	107
b) La segunda generación de derechos humanos	110
c) La tercera generación de derechos humanos	112
d) Los derechos humanos de la cuarta generación	113

Capítulo Tercero
La Protección Jurídica de las Particulares
Frente a la Administración Pública

1. Qué es el control	119
2. Para qué sirve el control	121
3. El control administrativo	126
4. Las características del control administrativo	127
5. La secretaría de contraloría y desarrollo administrativo	127
a) Fundamentos legislativos	128
b) Atribuciones de la secretaría de la contraloría y desarrollo administrativo	129
c) Responsabilidades administrativas	135
d) Procedimiento	139
6. Qué es el ombudsman	143
a) El ombudsman sueco	145
b) Designación del justiti-ombudsman	147
c) Término de mandato	148
d) Esfera de competencia	149
e) Cómo y quién tiene acceso al ombudsman	151
f) Forma de presentar la queja ante el ombudsman	152
g) Poderes de que está investido	153
7. El médiateur	155
a) Francia y su sistema de tribunales administrativos	155
b) Los tribunales administrativos y el ombudsman	156
c) La aparición del ombudsman en francia	160
8. La Creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos	164



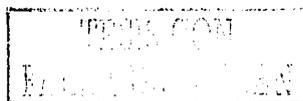
a) Competencia y funciones de la comisión	165
b) Instancia ante la comisión	167
c) Facultad investigadora	169
d) La facultad de recomendación	169
e) La comisión nacional de los derechos humanos y el silencio administrativo	170
9. El contencioso administrativo	172
d) Naturaleza jurídica	173
e) El contencioso administrativo y su concepto	173
f) El origen del contencioso administrativo como medio de defensa del silencio administrativo	174
g) El proceso contencioso administrativo	178
h) Transcurso del plazo	183
i) Posibilidad de entablar un recurso frente a la denegación presunta	184
j) El deber de resolver	185
k) Los recursos procesales contemplados por la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal	186
l) Los recursos procesales contemplados por el tribunal de justicia fiscal y administrativa	188
10. El recurso administrativo	190
a) La necesidad de los recursos administrativos	191
b) El recurso administrativo como mecanismo de control de los actos de la administración pública.	193
c) Clasificación de los recursos administrativos	194
d) Caracteres del recurso administrativo	196
e) Elementos del recurso administrativo	196
f) Requisitos de admisión de los recursos	198
g) La unificación de los recursos administrativos	202
h) Los recursos administrativos en la legislación federal	203

i) Los recursos administrativos previstos en la ley de procedimiento administrativo del distrito federal	206
11. El amparo como institución protectora de los administrados	207
a) El amparo como institución protectora de los derechos humanos	208
b) Instrumentos procesales del juicio de amparo	212
12. Procedimientos de amparo: indirecto y directo	215
a) El amparo indirecto	215
b) El amparo directo	216
c) El amparo administrativo	217
d) El amparo administrativo y el silencio administrativo	221
e) El tercero perjudicado en materia administrativa	222

Capítulo Cuarto

El Derecho De Petición

1. Antecedentes históricos	225
2. Concepto	230
3. El derecho de petición y sus figuras afines	233
a) El derecho de petición y la acción	233
b) El derecho de petición y el recurso administrativo	234
c) La diferencia entre petición y denuncia	235
4. Obligaciones de las autoridades en el derecho de petición	235
a) El examen material de la petición	236
b) La obligación de resolver las peticiones	236
c) La resolución debe estar motivada y producirse en plazo razonable	238
5. El contenido del derecho de petición	240
6. Naturaleza jurídica del derecho de petición	242



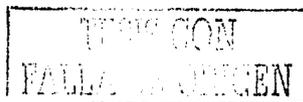
7. Panorama actual del derecho de petición	249
8. El derecho de petición en México	250
9. El derecho de petición en las constituciones mexicanas	251
10. Debate sobre el derecho de petición en el constituyente de 1856	255
11. Debates del constituyente de 1916	256
12. La protección del derecho de petición	262
13. Las técnicas de control	262
14. La responsabilidad administrativa, como consecuencia del silencio negativo	264
15. El futuro del derecho de petición	267
16. Conclusiones	271
Bibliografía	273

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es el resultado de un proceso de reflexión y análisis gestado en el seno del Departamento de Derecho Administrativo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, bajo la coordinación e impulso del profesor Jorge Fernández Ruiz; el tema objeto de esta investigación se bifurca para inscribirse, por una parte, en el ámbito del derecho administrativo --en lo que hace al silencio administrativo--, y por lo que respecta a los derechos humanos, atañe a la filosofía del derecho y al derecho constitucional.

El interés por estos temas, poco explorados en la bibliografía jurídica mexicana animó mi propósito de investigarlos, dada su inserción en las disciplinas jurídicas de mi predilección: derecho administrativo, derecho constitucional y filosofía del derecho.

Por lo que hace al objeto material de esta investigación, no es un mero examen inscrito exclusivamente en el campo del derecho administrativo, ya que en la elaboración de la presente investigación se ha pretendido situar el tema en una perspectiva más amplia, como es la conformada por el derecho constitucional y la filosofía de los derechos humanos; ésta vinculación se justifica porque el silencio administrativo representa una trasgresión a la garantía individual relativa al derecho de petición, misma que se encuentra consagrada en el artículo 8° de nuestra Carta Magna, por lo tanto, dicho silencio entraña una violación a una garantía constitucional que protege un derecho humano; además, como se desprende de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, en su artículo 24, cualquier persona tiene derecho a peticionar, a ser escuchado y a obtener pronta resolución a su petición; por lo tanto, el silencio administrativo encuentra su vinculación con los derechos humanos, en la pasividad de la autoridad a atender las peticiones de los particulares, ya que esta inercia administrativa sin duda alguna viene a ser una grave violación a los derechos humanos.



Para hacer el planteamiento del problema, diré que la indebida inercia de la administración pública obstruye el desarrollo del procedimiento administrativo y la consecución de los fines de la propia administración en perjuicio del interés público y también del afectado.

La hipótesis de ésta investigación, consiste en creer que los mecanismos jurídicos para subsanar el silencio administrativo conocidos como negativa ficta y afirmativa ficta no eximen de responsabilidad a los servidores públicos que incurrían en tal omisión.

En cuanto a la metodología, se puso especial énfasis en los aspectos históricos, de legislación, de derecho comparado y de doctrina jurídica; el aspecto histórico es importante destacarlo, porque nos permite ubicar la investigación en su contexto histórico, lo cual nos permite una mejor comprensión de su evolución. El derecho comparado se emplea para evaluar de mejor manera nuestro propio derecho. Especial atención se ha prestado a la doctrina, toda vez que es en ésta donde encontramos el conjunto de ideas que permiten darle cuerpo a éste trabajo, para lo cual se acudió a la doctrina nacional, así como también a la doctrina extranjera, entre la que destacan la doctrina española, argentina y francesa; en relación a la legislación se procuró seleccionar la más representativa, en razón de su importancia y vigencia, ya que es una herramienta de primera mano que nos permite comprender el tema en estudio desde una perspectiva teórico - práctica.

La parte central de este trabajo académico está contenida en cuatro capítulos, el primero de los cuales se ocupa de mostrar un panorama completo del silencio administrativo: su origen, clasificación, características y elementos, con un análisis de sus antecedentes en Francia, España y México.

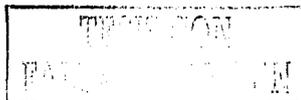
El capítulo segundo se destina al tema de los derechos humanos: su definición, su relación con la dignidad humana, su expansión, su internacionalización, su naturaleza, su relación con las garantías individuales, su reconocimiento en declaraciones formales internacionales y su evolución gradual a través de tales declaraciones que permiten distinguirlos por generaciones: primera, segunda, tercera y cuarta.

En el capítulo tercero se, aborda el estudio de los mecanismos protectores de los derechos humanos, para lo cual se estudian: el recurso administrativo, el amparo administrativo, el contencioso administrativo, y las instancias de la contraloría y el *ombudsman*, como medios de protección contra los efectos del silencio administrativo que perjudican los derechos humanos, como es, en la especie, el derecho de petición de los particulares.

El capítulo cuarto, se dedica al estudio del derecho de petición, y de su evolución histórica en el constitucionalismo mexicano y en el contexto internacional; además, se analiza la responsabilidad administrativa del servidor público que viola éste importante derecho del particular.

Complementan esta investigación, sus notas a pie de página, las conclusiones derivadas de los cuatro capítulos, la bibliografía empleada y el índice general.

*Aprobada como recomendación por la IX conferencia Interamericana, reunida en Bogotá del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948; fue incluida en el Acta Final de la Conferencia.



Capitulo Primero.

El Silencio Administrativo

- i.* La indebida inercia de la administración pública
 - a)* Un acercamiento al concepto de inactividad jurídica
 - b)* La inactividad de la administración pública
 - c)* Clases de inactividad administrativa

- ii.* Atribución de efectos al silencio administrativo

- iii.* El silencio administrativo

- iv.* Naturaleza jurídica del silencio

- v.* El silencio negativo

- vi.* El silencio positivo

- vii.* Requisitos del silencio administrativo
 - a)* La disposición expresa
 - b)* Solicitud dirigida a la administración
 - c)* El plazo
 - d)* Inactividad de la administración

e) Posibilidad de resolver por parte de la administración

viii. El silencio administrativo en Francia

a) La regla de la decisión previa

b) La demora del recurso

c) La decisión del juez

ix. El silencio administrativo en España

a) Ley de Santa María de Paredes

b) El silencio administrativo en los estatutos municipal de 1924 y provincial de 1925.

x. La recepción del silencio administrativo en México

CAPÍTULO PRIMERO EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

1. LA INDEBIDA INERCIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Es lugar común en la literatura jurídica definir al silencio administrativo como una especie de pasividad o inactividad de la administración pública. Y de manera más concreta y específica, como la falta de respuesta de la administración a una petición. Tal omisión se conoce en la doctrina como silencio administrativo.

A. UN ACERCAMIENTO AL CONCEPTO DE INACTIVIDAD JURÍDICA

Para el estudio de la inercia de la administración, es conveniente tratar antes el tema general de la inactividad jurídica en el que se inserta aquella, lo cual nos dará un panorama más amplio de la misma, porque el silencio de la administración es un ejemplo de lo que con carácter mucho más general podemos conceptualizar como inactividad jurídica, equivalente a una falta de toma de decisiones para producir consecuencias de derecho.

El prestigiado profesor Héctor Fix Zamudio hace notar que tanto la compleja actividad administrativa, como la inactividad de la administración pública; es decir, las omisiones que con frecuencia se advierten en su actuación, pueden generar daños y perjuicios de mucha gravedad a los particulares participantes en los procedimientos administrativos si no son debidamente regulados, tal como señala a continuación:

Esta conducta omisiva de las autoridades administrativas ha dado lugar a la institución que se denomina silencio administrativo, que algunas leyes administrativas regulan en nuestro ordenamiento, pero en forma disímbola y sin un criterio preciso sobre sus efectos, a la inversa de lo que ocurre con otras legislaciones, que reglamentan la institución de manera adecuada, y



que, además, ha sido objeto de un amplio desarrollo doctrinal y jurisprudencial. Un ejemplo en esta materia lo podemos advertir en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia española¹.

Cuanta razón tiene el profesor Fix-Zamudio, al sostener que en el ordenamiento jurídico mexicano, el desarrollo de esta figura ha sido abordado de manera breve, por lo que se hace necesario una revisión a fondo de esta figura para estar en posibilidades de darle otro matiz más justo, que favorezca al ciudadano, que es quien soporta los abusos de la autoridad administrativa. De manera que otra importante expresión de la inactividad jurídica consiste en la inactividad normativa, en tanto se aprecia una abstención de actuar de un ente público competente para dictar las normas jurídicas pertinentes.

Para el profesor español César García Novoa, las primeras valoraciones de la inactividad normativa derivan de una defectuosa configuración liberal del ordenamiento jurídico². Así, en un primer acercamiento a la inactividad jurídica, coincidiendo con Bergbom, señala que lo no regulado expresamente por el derecho sería indiferente para el espacio jurídicamente vacío, entendiendo por tal al carente de derecho, al que se le llama no derecho³, propio del derecho civil, donde los preceptos se limitan a fijar el marco normativo de una actividad esencialmente libre, dando cobertura a través de preceptos dispositivos a la autonomía de la voluntad⁴.

En consecuencia, la ausencia de regulación podría interpretarse, no como un indiferente jurídico, sino como una auténtica conducta omisiva⁵.

¹ Fix Zamudio, Héctor, "La necesidad de una ley de procedimiento administrativo y de la responsabilidad patrimonial de la administración pública en el distrito federal", *Memoria del Colegio Nacional*, 1993, p. 250.

² García Novoa, César, *El silencio administrativo en derecho tributario*, Navarra, Aranzandi Editorial, 2001, p. 18.

³ Norberto Bobbio explica la teoría de Bergbom, en el sentido de que todo lo expresamente no regulado pertenece a los dominios de lo extrajurídico; ver *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1991, p. 230.

⁴ García Novoa, César, *op. cit.*, p. 18.

⁵ Sobre la conducta omisiva se ha manifestado Betti, E., en su libro *Teoría general del negocio jurídico*, p. 110, al señalar lo siguiente: "el efecto o suceso en sentido jurídico, se concreta en una posición del mundo exterior calificada por la diferencia, ya respecto a lo que era antes, ya con relación a lo que habría debido o podido ser después. Un efecto en este sentido puede ofrecerlo, en ciertas circunstancias, el silencio, o, en general, el comportamiento omisivo. Aunque nunca puede apreciarse la regla general de que el silencio vale como consentimiento".

En definitiva, la ausencia, de regulación⁶ la podemos apreciar como una especie de no-actuación de los poderes públicos, teniendo éstos capacidad para ordenar normativamente la realidad.

Para concluir con este punto podemos señalar que los deberes de actuación de los poderes públicos en el Estado social son especialmente relevantes respecto a la posición de la administración, como lo señaló Gómez Puente: "el Estado Social exige formular una teoría que, sin abandonar la perspectiva garantista ponga mayor hincapié en la necesidad de que se lleve a cabo el actuar administrativo"⁷.

B. LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En un primer acercamiento podríamos señalar que la inactividad de la administración es la consecuencia de una situación de pasividad o de inercia de la administración, la cual convierte dicha situación en una omisión por infracción de un deber legal en el cual pudiendo obrar no actuó⁸.

La inactividad debe definirse a partir de la omisión por parte de la administración de cualquier actividad, jurídica o material, legalmente debida y materialmente posible.

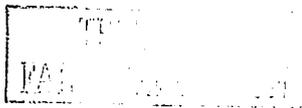
Así pues, la inactividad administrativa constituye, una de las modalidades más extensas y graves de la mala administración no sólo porque esa actitud pasiva de la administración viola los mandatos legales, sino también porque desconoce la posición servicial y la vocación dinámica y transformadora de la realidad social a que se encuentra llamada constitucionalmente en el modelo de Estado social.

En este contexto, la inactividad de la administración genera un grave problema de desconfianza institucional y hace crecer un sentimiento de fraude e injusticia

⁶ La ausencia de normación suele interpretarse como una voluntad no interventora. Ésta era la interpretación de la inactividad normativa que mejor se acomodaba a planteamientos liberales clásicos, todo esto desde la perspectiva garantista en favor del ciudadano y de desconfianza de la actuación de los poderes públicos. Sólo cuando, al amparo del Estado social, se asignan a los órganos públicos deberes positivos de actuar, puede comprenderse que el incumplimiento normativo tenga consecuencias jurídicas.

⁷ Gómez Puente, Marcos, "Defensor del Pueblo y administración tributaria", *Escritos Jurídicos en Memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Universidad de Cantabria, Facultad de Derecho, 1993, p. 240.

⁸ No obstante en ocasiones como aclara Gómez Puente, Marcos., no es posible hablar de inactividad administrativa cuando la inercia de la Administración "viene exigida por la legalidad misma, que le prohíbe o no le habilita para actuar", *La inactividad de la administración*, 2a. ed., Navarra, Aranzadi, 2000, p. 68.



que pone en cuestión la propia modalidad social del Estado de Derecho o cual puede poner en riesgo muchas de sus conquistas históricas⁹.

La existencia de una omisión administrativa a un deber de obrar es el dato más evidente para constatar la inactividad administrativa.

En el Estado de Derecho, la administración, como una parte integrante del Poder Ejecutivo del Estado, goza de privilegios jurídicos y de amplios poderes de actuación sobre los particulares. No obstante, su autonomía individual es mucho menor que la de los particulares. Se halla no sólo limitada sino también condicionada por la ley que se convierte así en fundamento de su actuación.

Para entender de mejor manera el concepto de inactividad definamos que se entiende por actividad material de la administración la cual expreso con suma claridad L. Duguit, al señalar que la administración se integra por el conjunto de innumerables operaciones materiales administrativas que llevan a cabo los agentes públicos para asegurar la correcta gestión de los servicios públicos, por lo que el autor señala que todas estas operaciones no tienen:

Carácter jurídico en el sentido de que no se realizan para crear por sí mismas una situación de derecho. Pero como son determinadas como un fin de servicio público cae bajo la acción del Derecho. Con gran frecuencia son la preparación de un acto administrativo jurídico. Y se ligan así distintamente a él. En fin, estas operaciones materiales administrativas pueden no referirse a ningún acto administrativo jurídico como las de programación o ejecución. Pero aun entonces no son indiferentes al Derecho, porque pueden ser la causa de una responsabilidad de la Administración o de los funcionarios para con los particulares¹⁰.

Con el objeto de delimitar la omisión que pueda ser constitutiva de inactividad material de la administración es conveniente precisar que actividad material es imputable a la administración en tanto sujeto.

⁹ Cfr. Bobbio, Norberto., N., Pontara G. y S. Vega, *Crisis de la democracia*, Barcelona, Ariel, 1985, pp. 5 a 25.

¹⁰ Duguit, León, *Las transformaciones del derecho público y privado*, trad. esp., Buenos Aires, Heliastra, 1975, pp. 102 y 103.

Así, la actividad material o técnica de los órganos o agentes administrativos no es, en sentido estricto, actividad material de la administración que cuando tiene repercusión "ad extra", externa a la misma organización; cuando la actividad de los órganos recae sobre otros sujetos jurídicos, individual o colectivamente, y puede serle imputada a la administración en tanto sujeto de derecho. En los demás casos, la actividad material de los órganos repercute sobre la misma organización administrativa y en ella agota su eficacia, por lo que, a falta de trascendencia externa, excluye su imputabilidad a la administración - sujeto jurídico.

Si la actividad material es consecuencia, pero también fuente, de la actividad jurídica de la administración, no es difícil comprender su importancia (constituye el sector más amplio de la actuación administrativa), esto es así, ya que la efectividad del orden jurídico depende de ella.

La inactividad material de la administración comprende: la omisión de actividades materiales, físicas o intelectuales, de alcance externo y carentes de naturaleza jurídica que constituyan la prestación de un servicio o realización de una función en atención de objetivos o satisfacción de intereses públicos.

En cambio, la inactividad interna la expresa con claridad Marcos Gómez Puente, al señalar:

La inactividad material orgánica o interna que, "ad extra", no resulta imputable a la administración (ni siquiera en el seno de relaciones especiales de sujeción) por circunscribirse a ella, puede tener que ver con la producción de situaciones de inactividad administrativa, formal o material, pero no se identifica con esta última. Puede suceder, en efecto, que a causa de una deficiente gestión de los recursos organizativos y de personal, éstos permanezcan inactivos y, en cambio, no se produzcan situaciones de inactividad. Como no es extraño, por el contrario, que los medios materiales y humanos que se adscriben a un servicio determinado no basten para afrontar sus necesidades de forma que, aun mediando una actividad



orgánica intensa, la Administración en cuanto tal se mantenga impasible, inactiva, ante una concreta necesidad¹¹.

La inactividad interna es, un problema de racionalización de la gestión administrativa - la falta de prontitud en el obrar a que en sentido estricto alude la noción de inactividad administrativa.

Planteada la inactividad en el marco de una mala administración o del comportamiento ilegal de la misma, podemos señalar que, para la construcción jurídica de su concepto no basta la simple percepción fáctica de su actitud indolente, es necesario, además, que esa conducta adquiera relevancia jurídica.

Es en ese momento que el derecho tomará cuenta de un no hacer de la administración y, confrontándolo con la norma, le atribuirá o no relevancia jurídica.

En este sentido, al solicitar a la administración, según sus deberes legales, la producción de un acto administrativo, o su ejecución, prestación de un servicio, la reparación del daño derivado, la negativa de la administración, o su actitud silente, dan a la omisión administrativa una entidad o consistencia jurídica de la que hasta entonces estaba desprovista y de la que se harán depender determinados efectos jurídicos tales como: la apertura del control administrativo o jurisdiccional.

La atribución de un valor negativo o desestimatorio al silencio o inactividad de la administración tiene su origen en la técnica del contencioso administrativo, entendido, éste como un proceso impugnatorio de actos previos, cuya legalidad es efecto de resolución a posteriori.

Frente a la relativa abundancia de literatura jurídica sobre la naturaleza, funcionamiento y efectos de la técnica del silencio administrativo que sirve para constatar jurídicamente la omisión y contribuye a contrarrestar parcialmente los efectos de algunos tipos de inactividad de la administración (formal principalmente), no es posible encontrar muchos estudios donde se aborde esta ficción jurídica desde una perspectiva integral o de conjunto y se clasifiquen sus distintas manifestaciones.

¹¹ Gómez Puente, Marcos, *op. cit.* p. 63.

C. CLASES DE INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.

Un estudio sobre las clases de inactividad de la administración, se debe a la pluma de Alejandro Nieto García. Fue él, quien primero detectó la dimensión real de la inactividad administrativa, la cual no quedaba circunscrita sólo a los supuestos en que la administración no contestaba a las peticiones o recursos del particular en el seno del procedimiento administrativo.

Esta primera distinción, ya clásica y extendida comúnmente en la doctrina, entre inactividad formal y material surge en los años sesenta y fue fruto de su esfuerzo clarificador e ingenioso¹².

Según Nieto García, la inactividad material es una pasividad, un no hacer de la administración en el marco de sus competencias ordinarias. La inactividad formal se refiere por su parte, a la pasividad de la administración dentro de un procedimiento, es la simple no-contestación a una petición de los particulares.

Sucede, en efecto, que la distinción apuntada entre inactividad formal y material se basa en la presencia de una petición o requerimiento particular de actuación, al que la administración tiene que dar respuesta en el seno de un procedimiento, sin que sea significativa la naturaleza objetiva de la omisión administrativa. Esto es, sin que se tome en consideración la conducta administrativa ilegalmente omitida de modo que, cualquiera que ésta sea, una vez que medie instancia o requerimiento del particular, el problema queda reducido a la producción real o presunta de un acto administrativo.

Lo que Alejandro Nieto denomina inactividad formal no es más que el silencio de la administración, la técnica reaccional a través de la cual se ha venido constatando jurídicamente la omisión administrativa ilegal para someterla al control jurisdiccional. En tanto que la inactividad material comprendería, en realidad, todo tipo de omisiones ilegales de la administración en ausencia de procedimiento administrativo en el que se inste su actividad jurídica o material. Por

¹² A él se deben dos trabajos clásicos sobre la materia que son de obligada consulta entre el escaso tratamiento general que ha recibido la inactividad administrativa; se trata de "La inactividad de la Administración Pública, y el recurso contencioso - administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 37, enero - abril, 1962, pp. 75 a 126, y "La inactividad material de la Administración: veinticinco años después", *Documentación Administrativa*, núm. 208, abril - diciembre, 1986, pp. 11 a 64.



lo tanto, al acreditar la convertibilidad natural de la inactividad material en formal a instancias del particular, lo que el autor puso de manifiesto fue la posibilidad de someter al control jurisdiccional, mediante la técnica del silencio administrativo, no sólo la ausencia de actividad formal, sino también la falta de actuaciones materiales de la administración exigidas por el ordenamiento jurídico, es por ello que la aportación de Nieto García fue muy importante para la reducción jurisdiccional de la inactividad.

De manera, que es posible afirmar que el silencio administrativo sirve, básicamente, para apreciar jurídicamente la omisión administrativa, para identificarla y dotarla de relevancia jurídica; (los de no-producción de un acto administrativo) la de contrastar la ilegalidad de la conducta administrativa, bien abriendo las puertas al control jurisdiccional (silencio negativo), o bien suponiendo la producción de un acto administrativo que contrarreste sus efectos (silencio positivo). Sin embargo, esta función reparadora tiene un alcance objetivo limitado, razón por la cual el silencio no resuelve por completo el problema de la inactividad, misma realidad que el legislador simula desconocer concentrando sus esfuerzos en la regulación del silencio, sin abordar el fenómeno de la inactividad desde sus verdaderas dimensiones, mas allá de las simples omisiones de actos administrativos.

Pensemos, por ejemplo, en la no-prestación de un determinado servicio material que resulte legalmente debido. Ante la petición del particular para que dicha actividad material se lleve a efecto caben las hipótesis siguientes: primera, que la administración le conteste expresamente en sentido favorable a su petición, pero que siga sin ejecutarse la prestación, por lo que subsistirá la inactividad material sin que se detecte el silencio administrativo; segunda, que la administración niegue expresamente su petición con lo que, pese al recurso del particular, por regla general, persistirá la inactividad material hasta que se dicte sentencia favorable o incluso después de ésta hasta su ejecución; y tercera, que la administración calle subsistiendo la inactividad material como en la hipótesis anterior si el silencio es negativo, y como en la primera si es positivo.

Esta falta de utilidad en la técnica silencial frente a la inactividad material la encontramos también en todos aquellos supuestos de inactividad formal en los que una presunción legal no integra la ausencia de declaración de voluntad administrativa, ni el juez puede suplir su producción sin exceder los límites declarativos de su competencia jurisdiccional.

La utilización generalizada de la técnica silencial no deja de ser, una solución un tanto ineficaz. Si en otros momentos sirvió, como aún sirve gracias a los esfuerzos de una jurisprudencia garantista, como embudo reductor de buena parte de conductas pasivas inmunes, hoy se hace necesario hacerle frente al problema de la inactividad desde otras perspectivas. En primer lugar, desde el de la financiación, organización y gestión de la actividad administrativa en un plano preventivo; pero también desde un plano reactivo, dándole a la jurisdicción administrativa los instrumentos adecuados para combatirla eficazmente donde se produzca, pues como se ha señalado el silencio administrativo, el cual resulta a todas luces violatorio de los derechos humanos.

Sin embargo, para efectos de la inactividad de la administración interesa más la inactividad formal, entendida ésta como la pasividad de la administración en el seno de un procedimiento administrativo, independientemente de que la inactividad haya sido intencionada o no.

El silencio de la administración, entendido como la falta de respuesta a una petición del particular, exige soluciones de parte del ordenamiento jurídico, lo cual supone que nos encontramos ante un tipo de inactividad que no podemos interpretar como un indiferente jurídico, sino todo lo contrario, estará dotado de cierta expresividad¹³.

La actuación de la administración, siguiendo este orden de ideas, puede consistir en limitar esa actividad, o de lo contrario, en otorgarle derechos o

¹³ Expresividad que se manifiesta en algunas de las soluciones que expone De la Garza, Sergio Francisco, al respecto, como puede ser la petición para que resuelva otra autoridad o que una segunda autoridad avoque, o bien que, expirado el plazo, se entienda por una ficción legal que la autoridad ha decidido afirmativamente, o, similar a la anterior, se entienda decidido en forma negativa, de manera que pueda el particular intentar los recursos administrativos o jurisdiccionales que procedan; *Derecho financiero mexicano*, México, Porrúa, 1986, pp. 667 y 668.

En mayor o menor medida, el silencio administrativo es, un silencio significativo. A pesar de ello, todavía es muy común encontrar en la doctrina respecto al carácter neutral del silencio de la administración, por lo que podemos afirmar que regular legalmente al silencio administrativo es institucionalizar la nada jurídica.



facultades a los administrados, liberándoles de una limitante o deber, a través de la institución por excelencia que en el derecho administrativo sería el acto administrativo.

Debemos recordar también que la simple inactividad de la administración no genera automáticamente la producción de efectos del silencio administrativo, sino que será precisa la concurrencia de otros requisitos, entre los que cabe resaltar el que se refiere a la necesaria actividad del interesado en determinados supuestos.

Por otra parte, González Pérez afirma: "la inactividad ha de darse desde el momento mismo en que se dedujo la petición hasta aquel en que se entiende desestimada por silencio."¹⁴

Por lo que, para poder hablar de inactividad de la administración, ésta debe conocer y poder resolver. Dicho de otra forma, para poder guardar silencio hay que poder hablar, por lo que, a su vez, se debe conocer lo que se pide, con los elementos de juicio necesarios para poder valorarlos.

2. ATRIBUCIÓN DE EFECTOS AL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Los efectos del silencio administrativos le serán diversos, esto en función de la norma, la cual mediante una respuesta ficta le da efectos afirmativos o negativos al silencio¹⁵. Sin embargo, de manera muy general, esta figura tiene la particularidad de producir una ficción jurídica que posibilitará el acceso a una posterior instancia (negativa ficta), o si se entiende otorgado lo pedido en la petición (afirmativa ficta):

Estudiando separadamente ambos silencios, podría decirse que la negativa ficta únicamente tiene efectos procesales, toda vez que su función radica en posibilitar el acceso a la siguiente instancia. Esto es así porque es inexacto concebir a la negativa ficta únicamente como una forma de abrir el acceso a la

¹⁴ González Pérez, Jesús, "El silencio administrativo", *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, número 3, 1975, página 763.

¹⁵ Es muy usual que la doctrina jurídica se refiera al silencio de la administración como silencio negativo o positivo, para efectos de este trabajo los efectos del silencio de la administración, son la afirmativa ficta o la negativa ficta, esto en razón de que darle efectos jurídicos al silencio de la administración es pretender institucionalizar la nada jurídica, ya que el silencio como tal no refiere nada, sino la expresión de pasividad de la administración ante la petición del particular.

etapa del contencioso administrativo ante la pasividad de la administración. Y ello porque también permite la interposición de recursos administrativos, abriendo las puertas a la instancia procedimental siguiente.

Esto adquiere una particular relevancia si admitimos que contra la desestimación por efecto del silencio administrativo aún cabe la interposición del recurso administrativo, si es que luego se desea acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Por el contrario, la afirmativa ficta produce efectos jurídicos sustantivos y no meramente procesales, pues no olvidemos que la afirmativa ficta da lugar a un verdadero acto presunto.

Por lo que estos efectos jurídico-sustantivos se traducen en que el peticionario vea estimadas sus pretensiones por efecto directo de la inactividad formal de la administración, y, en consecuencia se encontrara legitimado para poder actuar.

3. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

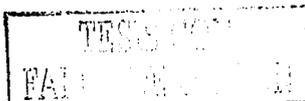
Para una mejor comprensión de los efectos jurídicos del silencio administrativo es pertinente llamar la atención sobre su significado, ya que de esta forma resultara más fácil comprender los efectos que la ley le da.

Atendiendo a lo anterior, quien ubica claramente esta indebida conducta omisiva por parte de la administración a la petición del particular, es el argentino Manuel María Díez, quien señala:

El silencio significa inercia, pasividad, ambigüedad, por lo que el silencio es siempre un comportamiento vago e incierto por lo que excluye toda declaración de voluntad, pero esa presunción por sí sola, resulta insuficiente para producir efectos jurídicos¹⁶.

Silencio es presunción de voluntad, pero es también sustitución de voluntad, para no dejar desamparado al reclamante. La norma positiva puede en

¹⁶ Díez, María Manuel, *El acto administrativo*, 2a. de., Buenos Aires Tipográfica Editora Argentina, 1961, pp. 200 y 201.



determinados casos prescribir a un sujeto el cumplimiento de un acto concreto con lo cual la inercia de aquél legitima una responsabilidad; pero esto no basta, es preciso obtener el punto de partida para proteger un derecho o un interés del ciudadano¹⁷. El silencio administrativo constituye una ficción de la ley establecida en beneficio del particular por lo que el silencio administrativo puede definirse como una respuesta ficta que la ley establece en beneficio del interesado, en virtud de la cual se considera desestimado (negativa ficta) o estimado (afirmativa ficta) la solicitud de aquél cuando la administración incumple el deber que tiene de dictar una resolución expresa y notificarla a aquél con los requisitos que la ley establece.

De manera que el silencio administrativo, tanto negativo como positivo, está establecido en beneficio del administrado, y, en consecuencia, es a él a quien corresponde utilizarlo para su conveniencia o desconocerlo cuando le perjudique. No le es lícito a la administración beneficiarse del incumplimiento de su deber de resolver expresamente, porque hay, en efecto, un principio general de derecho, según el cual ningún infractor puede alegar en su propio beneficio su incumplimiento de las normas, principio a través del cual se pretende introducir en el campo jurídico un valor ético.

Importante resulta la opinión del español Álvarez Gendín, ya que para éste, el silencio administrativo se puede entender en el siguiente sentido, cuando señala que: "no constituye una potestad más a añadir al haz de las que ya posee la Administración, es esto lo que errónea o, tal vez, dolosamente entienden algunos administrantes, sino un correctivo a la negligencia, e incluso al dolo, de los titulares del poder público que no tienen empacho en incumplir el deber de resolver que la ley impone"¹⁸.

El silencio administrativo se instala para evitar que la pasividad de la administración determine el agravio o desconocimiento de los derechos del particular o la permanencia de situaciones jurídicas inestables o confusas; por lo

¹⁷ Álvarez Gendín, Sabino, *Tratado general de derecho Administrativo*, tomo V, Barcelona, Bosch, 1958, p. 332.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 1216 y 1217.

tanto, la finalidad del silencio es buscar el efecto procesal para posibilitar la iniciación de la vía del recurso contra la administración.

Hechas las consideraciones anteriores, podría definirse al silencio administrativo en sentido estricto como una presunción o ficción legal por virtud de la cual, transcurrido cierto plazo sin resolver la administración, y producidas además determinadas circunstancias, se entenderá denegada u otorgada la petición o el recurso formulado por los particulares u otras administraciones.

Por otra parte Federico C. Sáenz de Robles, establece: "el silencio administrativo no es, en el plano de la realidad nada. Una cosa es que haya que contar con esa nada para que no padezcan las garantías del ciudadano y otra muy distinta la que ofrece la observación de aquella realidad. Se verifica con facilidad que no se observa nada"¹⁹.

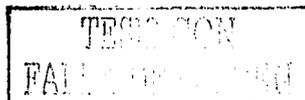
Por lo que al no dar respuesta a un determinado requerimiento, la administración falta a su deber, el cual debe ser señalado como una conducta inconstitucional, pero de esa negativa se desprenden las defensas del administrado, por lo que siendo el silencio una nada, al mismo tiempo no lo es.

Por su parte, Juan José Díez Sánchez observa que "la caracterización del silencio administrativo como una técnica prevista en favor del administrado para solventar los prejuicios que podrían ocasionársele como consecuencia de la inactividad de la Administración, especialmente dado el carácter revisor de la jurisdicción Contencioso - Administrativa, favorece su adecuada inclusión como garantía propia incorporada al derecho a la tutela judicial efectiva"²⁰.

Vale la pena resaltar que el silencio administrativo entraña variados problemas al plantearse en sede jurisdiccional, como por ejemplo cuando el ciudadano ha de comparecer como demandante sin conocer ninguna de las razones de la denegación presunta de que ha sido objeto; como el que tras una vía administrativa previa, ya muchos ciudadanos renuncian a plantear litigios en donde de entrada están como perdedores; de aquí que a esta institución se le

¹⁹ Sáenz de Robles C. Federico, "El silencio administrativo en la ley", Tapia, Madrid, número 69, marzo - abril de 1993.

²⁰ Díez Sánchez, Juan José, *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Madrid, Civitas, 1992, p. 285.



pueda señalar de aberrante, en tanto que si bien es cierto, como se ha dicho, busca proteger al ciudadano, termina defendiendo más a la administración.

Sin lugar a dudas, la figura del silencio es una manifestación de carácter esencialmente negativo; todo esto, en tanto que el silencio administrativo no es sino una demostración de la incapacidad de la administración para resolver, de tal forma que todo esto el legislador lo acepta, de manera que lo dota de efectos jurídicos para favorecer al ciudadano; sin embargo, esta figura constituye una conducta asumida por la administración para omitir sus respuestas porque no siente el estímulo del riesgo al encontrarse rodeada de diversos privilegios de hecho y de derecho.

El silencio se refiere, pues, a una mera situación fáctica, que recae sobre un simple *factum* consistente en la inactividad de una decisión transcurrido cierto tiempo y cumplidas las condiciones objetivas para poder estar en presencia de dicha ficción, por lo que a través del silencio administrativo la ley pretende restar trascendencia al incumplimiento del deber legal de resolver, tutelando la posición jurídica de los interesados en la resolución pendiente. Es por eso que se afirma que el silencio es una ficción concebida en beneficio del administrado, sin que por ello pueda pensarse que no reporta beneficio alguno para el interés público, ya que si bien éste puede verse afectado negativamente, también puede contribuir a garantizar la legalidad, la seguridad jurídica y la eficacia administrativa allí donde son cuestionadas por la falta de actividad, ya sea que se hable sobre silencio positivo o negativo.

Pese a las innumerables críticas que se le puedan formular al silencio administrativo, por la inseguridad jurídica que le trae al peticionario, el carácter eficaz del silencio administrativo se manifiesta por medio de la respuesta ficta, ya que la administración esta obligada a dar respuesta a la petición del particular, por lo que la ficción que crea el legislador tiene por objeto apurar o forzar la respuesta por parte de la administración, por lo que para el argentino Miguel S. Marienhoff, la obligación de dar respuesta a las peticiones del particular encuentra su justificación:

Todo derecho se traduce en un conjunto de deberes de los terceros, en general, hacia el titular de aquél; y en este caso concreto el derecho del administrado de peticionar a la Administración Pública, se traduce en el deber inexcusable de ésta de resolver o decidir la petición del administrado, de lo contrario el derecho de éste quedaría burlado y sin respeto por quien, en la especie, hállese particularmente obligado a ello, por lo que el derecho del administrado quedaría a merced de la administración, el derecho de peticionar como todos los otros que la Constitución consagra, implica uno de los tantos medios establecidos en beneficio de los administrados para evitar o corregir los perjuicios de posibles abusos o errores de los poderes públicos, la Administración entre éstos. Tal derecho no puede, pues ser desconocido, ni transformado en algo ineficaz²¹.

Por lo que, como principio general, la administración tiene el deber de pronunciarse sobre las cuestiones que le planteen los peticionarios y resolver éstas.

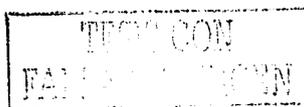
Efectivamente el silencio es una ficción que la ley establece en beneficio del peticionario, para que pueda entender desestimada su reclamación y deducir frente a la denegación presunta la impugnación favorable al caso particular, o esperar en caso contrario a que la administración cumpla su deber dictando una resolución expresa, aunque sea tardía.

4. NATURALEZA JURÍDICA DEL SILENCIO

Es importante señalar la dificultad de dar una definición unitaria del silencio administrativo en sentido estricto, debido esto a las diferencias intrínsecas que existen entre el silencio en su vertiente positiva y negativa.

Es aquí, al delimitar la naturaleza jurídica de ambas categorías de silencio, cuando se aprecia un mayor distanciamiento en su técnica, lo que repercutirá sensiblemente sobre los distintos efectos producidos por uno y otro tipo.

²¹ Marienhoff S, Miguel, *Tratado de derecho administrativo, 3a. de.*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982, pp. 752 y 753.



Normalmente la doctrina se muestra favorable a resaltar las diferencias entre uno y otro silencio, para terminar señalando que no existe unanimidad al respecto, por lo que es insostenible mantener una distinta naturaleza jurídica sólo por que el texto legal diga "se estimara" en lugar de "se desestimara", de manera que es obvio que estamos hablando de una sola figura jurídica: el silencio de la administración, que tiene en ambos casos la misma naturaleza jurídica; será la ley la que desde luego les atribuya distintos efectos.

Por lo que al tener ambos tipos de silencio el mismo origen: la ley, el alejamiento entre estos dos tipos de silencio se produce básicamente por los distintos efectos otorgados a uno y a otro por el orden jurídico y su distinta configuración legal; por ejemplo en relación con el silencio positivo, una vez producidos sus efectos, la administración no tiene el deber de resolver expresamente, sino todo lo contrario. El distanciamiento hay que buscarlo en la necesidad de interpretarlo de forma siempre más benigna para el administrado, en cuyo favor, definitivamente está previsto.

A través del silencio administrativo, la ley busca restarle importancia al deber de resolver, tutelando la posición jurídica de los interesados en la resolución pendiente. Por lo tanto, se afirma que el silencio administrativo se concibe en favor del administrado, sin que eso omita pensar que no reporta interés alguno para el interés público. Si bien éste puede verse afectado negativamente, es posible que el silencio contribuya a garantizar la legalidad, la seguridad jurídica y la eficacia administrativa allí donde son cuestionados por la falta de actividad.

Con este objeto, la técnica del silencio administrativo viene a veces a suplantar la decisión omitida. Por imperativo legal, tienen lugar determinados efectos jurídicos característicos de una resolución administrativa ejecutiva, aunque ésta no se haya dictado realmente. La ley anticipa el efecto a su causa, absurdo que el derecho resuelve mediante la técnica de la "ficción" esto es, fingiendo la existencia de una decisión administrativa ejecutiva. Ahora bien, el alcance de esta ficción es variable: la existencia de un acto se finge, en unos casos, a los solos efectos de autorizar la revisión administrativa o jurisdiccional creada por la inactividad. Es el caso del silencio negativo, que presupone una respuesta negativa, sin que este

acto ficticio pueda asociar otras propiedades jurídicas de las resoluciones administrativas. En otros casos, por el contrario, la ley finge la existencia de un acto a todos los efectos, como es el caso del silencio positivo²².

Este quiebre del sistema de garantías es la causa y origen de la técnica del silencio administrativo, instaurado en Francia por la ley de 17 de julio de 1900.

El resultado final ha sido un progresivo distanciamiento entre ambos tipos de silencio, por lo que su alejamiento se produce al responder a la siguiente cuestión: ¿dan lugar ambos tipos de silencio administrativo a nuevos actos?, por lo que la solución a esta interrogante exige tratarlos aparte, como lo haremos a continuación.

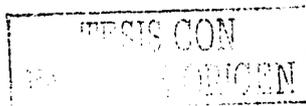
5. EL SILENCIO NEGATIVO

El darle contenido negativo, desestimatorio, al silencio o inactividad de la administración, tiene un origen y un funcionamiento muy concreto, el cual se relaciona directamente al recurso contencioso - administrativo, como una forma de revisar a posteriori la legalidad de un acto previo, pues como señala el español Jesús González Pérez:

El silencio administrativo negativo aparece, pues, como una simple presunción legal, como una ficción que la ley establece a favor del administrado, que puede entender desestimada su petición o recurso, a los solos efectos de poder deducir frente a la denegación presunta la pretensión admisible. El silencio administrativo no tiene otro alcance que el puramente procesal de dejar abierto el plazo a los tribunales, considerándose cumplido el requisito previo, pese a la inactividad de la Administración²³.

²² García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Tomo I, 4a. ed., Madrid, Civitas, 1999, p. 550 551.

²³ González Pérez, Jesús, *Derecho procesal administrativo mexicano*, México, Porrúa, 1997 p. 149.



Por lo que en el silencio negativo no surge estrictamente acto administrativo alguno, toda vez que ni siquiera concurre la voluntad de la administración, ni la ley la sustituye de manera directa, no se trata de manera alguna que la ley presuma la voluntad de la administración cuando ésta no responda a las peticiones que se le formulen, y a la vez no está previsto el silencio positivo, por lo que el efecto que la ley le atribuye a éste por el hecho de no resolver en determinado plazo es la desestimación de la pretensión.

Esta ficción administrativa constituye un vicio que asume la administración para mantener ocultas sus respuestas, o por lo menos representa una administración que no siente el estímulo del riesgo porque se encuentra protegida por cuantiosos privilegios de hecho y de derecho, ya que la omisión de la administración se considera simplemente como un remedio procedimental mediante la respuesta ficta que da le ley ante la inactividad de la administración

Como muy acertadamente señala el tratadista español Fernando Garrido Falla, "no puede haber problema de interpretación de la voluntad de la Administración cuando justamente lo que falta es la voluntad administrativa"²⁴.

Por lo tanto, se trata de una simple ficción²⁵ jurídica que le permite a los interesados el acceso al contencioso administrativo como vía jurisdiccional, ante la falta de resolución expresa de parte de la autoridad²⁶, sin embargo, vale la pena señalar que este derecho se extingue una vez obtenida la resolución judicial, ya sea otorgando o negando las pretensiones establecidas en el procedimiento y siempre que se hayan respetando las garantías en el procedimiento²⁷.

Es en este sentido que el maestro Gabino Fraga comenta lo siguiente:

²⁴ Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, volumen I, 12a. ed., Madrid, Técnos, 1994, p. 91.

²⁵ Las ficciones jurídicas son construcciones ideales que se hacen en las normas de derecho, a las que se les asigna un valor hipotético o instrumental, debido a su aptitud para facilitar una concepción jurídica o para provocar una realidad deseada e inexistente, considerada preferible a la actual y con la finalidad de facilitar la aplicación de los preceptos jurídicos. Son instituciones de la regla jurídica, legal o consuetudinaria, en virtud de la cual se simula que sucedió algo no sucedido o que aconteció aquello que realmente tuvo lugar. Es una mentira convencional que engendra una especie de verdad jurídica, más positiva y menos discutible que la verdad real. *Diccionario Jurídico Mexicano* del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa – Universidad Nacional Autónoma de México, 12a. ed., México, 1998, p. 1440 y 1441.

²⁶ Cfr. González Navarro, Francisco, *Derecho administrativo español El acto y el procedimiento administrativo*, Navarra, Eunsa, 1997, p.1197.

²⁷ Cfr. Díaz Sánchez, José Juan, *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Madrid, Civitas, 1992, 284.

Nuestro sistema legal se ha limitado, con muy contadas excepciones, a establecer como una garantía individual la obligación de las autoridades de hacer recaer un acuerdo escrito a toda petición de los particulares formulada por escrito de manera pacífica y respetuosa, y de hacer conocer en breve término al peticionario. De esta manera el silencio prolongado de la Administración no tiene más que un remedio directo: el de pedir amparo ante la Justicia Federal, lo cual significa que hasta después de la dilatada tramitación del juicio correspondiente el particular podrá en ejecución del fallo presionar a la autoridad para que dicte su resolución, por lo que prácticamente se le deja en una situación poco satisfactoria²⁸.

De manera que del silencio negativo no surgen actos presuntos²⁹, ya que como se ha señalado anteriormente, no existe la voluntad de parte de la administración, ni sustitución alguna por la ley, de tal forma que no estamos en presencia de acto administrativo alguno.

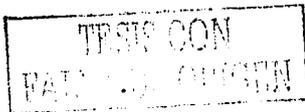
De lo anterior se infiere que ante la negativa de la autoridad a responder a una petición, no debe existir plazo alguno; todo esto con objeto de darle mayor protección al particular frente a la administración. Sin embargo, este supuesto sólo se entenderá en tanto la administración no dicte resolución alguna. Y todo esto, en tanto el silencio no es un acto propiamente dicho, ni un modo de finalizar el procedimiento.

Está claro que este tipo de silencio no se concibe como una forma de expresar la voluntad administrativa. Ésta, sencillamente, no se ha producido o, al menos, no consta, por cuanto nada se ha notificado o publicado al respecto, por lo que subsiste el deber de la administración de pronunciarse.

La importancia del silencio negativo radica en que de no existir tal silencio, como expresión denegatoria administrativa de carácter tácito, la reclamación del particular, sostenida en sede administrativa, se transformaría en una indefensión

²⁸ Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, 41ªed. México, Porrúa, 1998, p. 273.

²⁹ El silencio administrativo tiene más inconvenientes que ventajas, básicamente porque se aparta de la realidad y se establece en el mundo de la ficción.



para el particular, porque el acto de la administración demorado impediría el acceso a la vía judicial. La discrecionalidad del Estado, que es un privilegio suyo, encuentra así su limitación en una manifestación expresa o afirmativa de voluntad, de manera que a la doctrina del silencio administrativo, aunque se le tilde de poco benéfica, es muy expresiva.

Respecto al futuro que le espera al silencio negativo, podemos señalar que es imposible pensar en la desaparición de esta figura, en tanto se sostenga el carácter revisor, ya que, para abandonar esta institución sería necesario romper con ciertos esquemas jurídicos tradicionales, por lo que la supervivencia de éstos impide la desaparición del silencio negativo.

De tal guisa, que el fundamento del silencio negativo hay que buscarlo necesariamente en la exigencia de un acto previo, que le posibilite al particular acceder a la jurisdicción contencioso – administrativa.

Se traduce esto, en un mero instrumento procesal a favor del administrado, que ni siquiera da lugar al nacimiento de un verdadero acto administrativo, pero cuya trascendencia y finalidad son fundamentales, ya que el silencio administrativo es objeto de continuos abusos por parte de la autoridad, ya que por un lado, por lo abultado del número de veces no responde a la petición pese a tener obligación de hacerlo; y, por otra parte, en ocasiones llega a situaciones irónicas de verdadero abuso, por lo que es indispensable mantener esta figura para proteger el derecho de petición establecido en nuestra carta magna en el artículo octavo constitucional, y del cual comentaremos más adelante.

6. EL SILENCIO POSITIVO

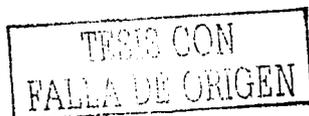
El silencio positivo sólo se encuentra previsto por la falta de resolución de determinadas peticiones o solicitudes, sin que fuera operativo, respecto de los recursos. Reservado a las peticiones, vale también aquí la distinción apuntada entre solicitudes deducidas del propio ordenamiento jurídico - administrativo determinantes de la apertura de un expediente administrativo y las que se fundan únicamente en el derecho fundamental de petición.

En el caso del silencio positivo es preciso que se aporten una serie de requisitos para que la respuesta positiva ficta obre en favor del particular, y es el español Marcos Gómez Puente quien al respecto señala que:

La petición debía acompañarse los documentos legalmente exigidos. Esto era una exigencia irrelevante respecto del silencio negativo, puesto que jugaban lo mismo se hubieran presentado o no. La falta de aportación de documentos no justificaba la ausencia de resolución de la Administración, a quien competía reclamarlos y, de no ser aportados, denegar lo solicitado o declarar caducado el expediente. Resultado que, a los solos efectos del recurso, puede considerarse equivalente a la resolución presunta. Pero cuando se trata del silencio positivo, la aportación de los documentos necesarios constituye una condición "sine qua non", lo que tiene que ver con su objeto y finalidad. Como el negativo, el silencio positivo persigue la tutela de la posición subjetiva del interesado frente a la falta de resolución de la Administración y está concebido en beneficio de aquél. Su objeto, en cambio, es suplir la actividad omitida por la administración desplegando los mismos efectos que habría de desplegar el acto administrativo omitido, pero sin obviar los presupuestos fácticos y jurídicos de éste. El silencio suple la omisión de la administración, pero no suple ni sana las omisiones del interesado, ni exime a éste ni aquélla del cumplimiento de la legalidad. De modo que, si el interesado no ha cumplido todos los requisitos exigibles en el caso concreto, el silencio será ineficaz³⁰.

Vale la pena señalar que este silencio da lugar al surgimiento de un acto presunto, y, como tal, a un acto administrativo, por lo que el silencio positivo es justamente lo contrario del silencio negativo; ya que configura, en primer lugar un verdadero acto administrativo, de manera que como señala el español Calvo Murillo, "tiene el valor de acto expreso, lo que implica la imposibilidad para la administración de dictar un acto denegatorio de la instancia, al extinguir el acto

³⁰ Gómez Puente, Marcos, *op. cit.* p. 612.



dictado a través del silencio, salvo los casos en que el mismo ordenamiento, en vista de circunstancias especiales, le permita hacerlo"³¹.

Por la misma razón, el contenido de la petición debe ser conforme a derecho, respetuoso de la ley, pues el silencio estimatorio no puede autorizar pretensiones ilegales.

Como afirma Gustavo Penagos en su ensayo sobre los "Efectos positivos y negativos del silencio administrativo": "El silencio positivo constituye una técnica de autorización o aprobación administrativa. En rigor el silencio positivo viene a ser un voto susceptible de ejercitarse durante un plazo determinado, pasado el cual lo pedido por el requeriente se entiende otorgado"³²

Por otro lado, para los españoles Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, el silencio positivo tuvo siempre un sentido y una funcionalidad diferente al negativo, ya que lo refirió a los supuestos de autorizaciones y a los de aprobaciones que hubieran de acordarse en ejercicio de funciones de fiscalización y de tutela de los órganos superiores sobre los inferiores, por lo que para estos autores:

En casos de control, preventivo o a posteriori de la regularidad de ciertas actuaciones de los particulares o de órganos o de entidades administrativas inferiores cuya voluntad debiera ser integrada por otra administración superior. En este marco se comprende sin dificultad que el silencio de la administración llamada a otorgar la autorización o aprobación pudiera sustituir a éstas pura y simplemente, suavizando así el rigor propio del control, policial o de tutela, instrumentado por la norma, pues conocida la actividad a controlar y transcurrido un tiempo prudencial sin que se formulase objeción alguna por el órgano llamado a ejercerla, era lógico suponer el *nihil obstat*, la inexistencia del veto"³³.

³¹ Calvo Murillo, Virgilio, "El silencio positivo de la administración pública. Aspectos doctrinales-jurisprudenciales y legales", *Revista de Ciencias*, San José, 37, 1998, Costa Rica, p. 75.

³² Penagos, Gustavo, *Nueva Época*, Colombia, julio - agosto - septiembre de 1994 N° 4, P. 73.

³³ García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón, *op. cit.*, 503 y 504.

De aquí se infiere que este tipo de silencio se considera desde un primer momento como un verdadero acto administrativo, equivalente en todo a la autorización expresa a las que suple. Una de las dificultades de este silencio es que una vez producido aquél, no le era posible a la administración resolver de forma expresa en sentido contrario al otorgamiento presunto de la autorización o aprobación instada; en suma, el silencio positivo es un verdadero acto administrativo, equivalente a esa autorización a la que sustituye.

De manera que más que presumir la voluntad de la administración, la ley la sustituye directamente.

Es la norma la que produce directamente el acto, ya que, en cualquier caso, nunca podría acudirse para interpretar el acto a la voluntad declarada de la administración, pues no ha existido ni siquiera por presunción.

Del silencio positivo surge un verdadero acto presunto³⁴ (administrativo), al cual le será aplicada la teoría sobre los mismos, salvo, por supuesto, aquéllas particularidades muy específicas de su propia naturaleza. Así, vemos que una vez que surge el acto presunto por el silencio positivo, no podrá la administración, dictar un acto posterior de signo contrario, ni mucho menos retirarlo del mundo jurídico, salvo que esto se dé por las vías legales previstas.

De cualquier manera actualmente hay que referir la peligrosidad del silencio positivo, más que a la administración y, al interés público, por la inseguridad que ocasiona en los interesados, que tendrán que decidir por sí mismos si ha surgido o no el acto administrativo que les legitime para actuar.

Como podemos ver, la configuración del silencio administrativo positivo como técnica que tiene el límite en su adecuación con el ordenamiento jurídico, coloca al interesado en el dilema de tener que decidir por sí mismo sin ayuda alguna de la administración que incumple sobre si su petición es o no acorde con la legalidad, por lo que tendrá que decidir unilateralmente si hay acto presunto o no, lo cual se comprende fácilmente, como de gravedad extrema, habida cuenta que si no acierta, se verá sometido a las correcciones que en derecho correspondan como

³⁴ Quizá sería conveniente señalar que el silencio positivo vale como un acto, y, que por lo tanto sus efectos equivalen al surgimiento de un verdadero acto o tiene el valor de acto. De cualquier forma, al menos desde una visión práctica, el resultado será el mismo.

consecuencia alguna de haber adoptado una conducta con ausencia de acto administrativo de soporte.

Desde la perspectiva del interesado, la efectividad del silencio positivo no es más que dudosa, ya que es discutible u opinable si la petición se acomoda o no a la legalidad, de manera que si el interesado opta por actuar sé vera sumido indudablemente en un riesgo, ya que el interesado se encontrará ante el dilema de hacer o no uso del silencio, sin que en principio ni siquiera pueda acudir a los tribunales para que se clarifique su situación, ya que no puede actuar como demandante para que se confirme un acto presunto (por silencio positivo).

Uno de los motivos que hacen esta técnica marcadamente ineficaz³⁵, es que incluso aun siendo clara tal acomodación a la legalidad, el beneficiado se verá en la práctica imposibilitado de actuar conforme al acto presunto. En efecto, aun cuando desde un punto de vista estrictamente jurídico el acto presunto exista como tal, la ausencia de documento alguno en el cual se conceda u otorgue expresamente lo pedido da lugar a que esta figura se perciba con cierta incertidumbre, por lo que la actual configuración del silencio positivo responde precisamente a un simple derecho de veto, ya que existe un derecho preexistente del interesado a obtener lo que solicita.

Como quedo dicho más atrás, el silencio positivo producía "ex lege" los mismos efectos jurídicos que una resolución expresa estimatoria de la solicitud, de donde llegó a verse en él un verdadero acto administrativo. No hay que perder de vista, sin embargo, la naturaleza de la institución: se trataba de una ficción legal cuyos efectos jurídicos no eran exclusivamente procesales (como pasaba con el silencio negativo). Este silencio no constituía, pues, una verdadera ficción legal a efectos estrictamente procesales, pero tampoco un verdadero acto administrativo (tácito o presunto); sino se trataba en realidad, de una ficción legal, de la que cabían deducir todos los efectos jurídicos, procesales y sustantivos propios de éste.

³⁵ Sobre lo ineficaz del silencio positivo Gómez Puente, Marcos apunta: Que sea favorable o desfavorable nada añade desde la perspectiva procesal o formal de este silencio. Con el silencio positivo, en cambio, a causa de su eficacia material o sustantiva, las resoluciones expresas tardías si pueden entrar en contradicción, razón por la que, para proteger los derechos adquiridos por el interesado en virtud del silencio, es necesario limitar su alcance o contenido. *op. cit.* p. 614.

7. REQUISITOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Diversos son los requisitos para que surja la figura del silencio administrativo y por ende produzca efectos jurídicos mediante la respuesta ficta, pero lo cual pueden señalarse determinados requisitos de carácter y observancia muy general, los cuales son normalmente ineludibles.

Una vez señalado lo anterior, a continuación se hará un análisis, que aunque breve, pretende agotar todos los puntos a tratar, y entre los cuales tenemos: la necesaria disposición expresa que contemple al silencio, la petición dirigida a la administración y los documentos que, en su caso acompañará el peticionario, el transcurso del plazo, la inactividad de la administración y la posibilidad de resolver por parte de la administración.

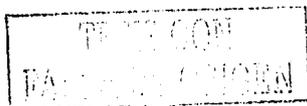
A. LA DISPOSICIÓN EXPRESA

Ya ha sido abordada en otra parte del trabajo la naturaleza jurídica del silencio administrativo, habiéndose distinguido entre el negativo y el positivo; y en ambos casos con las diferencias y matices señalados - el silencio produce efectos (estimatorios o desestimatorios) ex lege. Consecuencia lógica de este planteamiento que exige su regulación expresa en la norma. Ya que sería incongruente sostener que los efectos del silencio administrativo deriven directamente del ordenamiento jurídico, si en éste no existe disposición alguna al respecto.

Ha sido una constante en nuestra jurisprudencia y doctrina por medio de la cual se ha sostenido una postura favorable a mantener la necesidad de una disposición explícita sobre el silencio administrativo como requisito indispensable para su existencia misma³⁶.

En el derecho administrativo la declaración de voluntad deberá de exteriorizarse de conformidad con una forma y procedimiento determinado, de

³⁶ Cfr. De Valles, Arnaldo, *Elementi di diritto amministrativo*, 2ªed., Padova, 1951, p. 174; Sayagues Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953, p. 435.



manera que el silencio de aquélla no deberá ser interpretado como una declaración positiva o negativa, salvo que una ley lo prevea de manera expresa.

Lo cierto es que con la llegada a escena de las leyes de procedimiento administrativo de modo alguno no se alteró dicho principio, sino que, por el contrario, lo confirmaron e incluso reforzaron. En efecto, estos textos legales cubrieron de manera alguna tal exigencia de disposición expresa para hacer operativo el silencio administrativo, aunque ciertamente su regulación, al ser general, no pudo abarcar en su aplicabilidad a cada sector concreto, particularmente en relación con el silencio positivo.

En conclusión, podemos señalar que el silencio administrativo, tanto en su vertiente positiva como negativa, ha de estar estipulado en una disposición expresa para que exista como tal.

B. SOLICITUD DIRIGIDA A LA ADMINISTRACIÓN

La solicitud, como el nombre de este apartado lo señala, es un requisito indispensable para que pueda surgir el silencio administrativo, por lo que será necesario una petición del ciudadano interesado dirigida a la administración competente, para que conjuntamente con los demás requisitos necesarios pueda entenderse en virtud de silencio positivo o negativo, denegado u otorgado la petición.

En cuanto a la petición, vale la pena recordar que incluimos dentro de dicha cuestión, no solamente a las solicitudes iniciales, sino también a los recursos administrativos.

Por otra parte, la terminología sobre esta cuestión es muy variada, pudiendo encontrar en los textos legales y en la doctrina científica, la utilización de señalamientos tales como, "instancias", "solicitudes", "peticiones", pero todas éstas con un mismo sentido: excitar el procedimiento administrativo mediante la provocación del oportuno expediente.

Ahora bien, llegado a este punto, a continuación se señalan las características fundamentales de toda solicitud o petición las cuales son:

a) Petición delimitada

En primer lugar la solicitud que se dirija a la Administración debe ser delimitada, comprensiva y concreta. Con ello no quiere significarse que necesariamente debe formularse una sola petición, sino que es perfectamente posible formular peticiones conjuntas en cuanto se solicitan a la vez peticiones alternativas o peticiones principales.

Lo importante de esta aseveración radica en el hecho de que el carácter revisor mismo de la jurisdicción contenciosa - administrativa impone la aplicación del principio de congruencia entre lo solicitado en las vías administrativas y jurisdiccional.

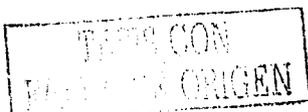
En efecto, sin enjuiciar en este momento lo acertado o no del principio revisor de la jurisdicción contencioso - administrativa, lo cierto es que este principio constituiría una falacia, y se convertiría en un mero requisito formal sin sentido alguno, si se pudiese disociar el acto producido en vía administrativa en virtud de una petición y las pretensiones del solicitante en vía jurisdiccional. Esto es así, ya que el carácter revisor responde a la necesidad de que la administración conozca y pueda resolver en vía administrativa sobre lo que se le pide, y cuando no contesta, o lo hace de una manera que el peticionario estima violados sus derechos, podrá acudir precisamente a la vía contenciosa - administrativa para que ésta conozca sobre la procedencia o improcedencia de dicha petición.

b) Posibilidad de lo pedido

Esto se refiere, a que la petición debe versar sobre algo posible y real, y no a algo contrario al ordenamiento jurídico, con especial importancia al silencio positivo, ya que los efectos de este silencio, no pueden ser contra legem, es decir, no cabe adquirir a través de esta vía más de lo que puede otorgarse de forma expresa.

c) Documentos que deben acompañar a toda petición

La solicitud debe estar acompañada de los documentos necesarios para permitir a la administración un adecuado conocimiento del asunto y, por ende, para posibilitarle el hecho de resolver sobre la misma.



C. EL PLAZO

El plazo constituye uno de los requisitos fundamentales del silencio. En efecto, la falta de resolución por parte de la administración durante un período de tiempo determinado da lugar a que aunado esto a otros requisitos se produzca el silencio, ya sea éste positivo o negativo.

D. INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

Otro requisito indispensable para que surja el silencio administrativo, tanto en su aspecto negativo como positivo, consiste en que la administración permanezca inactiva, que guarde silencio durante los plazos señalados por la norma jurídica.

Es clásica ya la distinción formulada por el español Alejandro Nieto entre inactividad formal y material³⁷. El citado autor señala que la exigencia legal y jurisprudencial ha de condicionarse a un acto previo de la administración, se refiere a un acto en sentido formal, y no a un acto material. Por lo que distingue ambos tipos de inactividad señalando lo siguiente: la inactividad material consiste en una pasividad, un no hacer de la administración en el marco de sus competencias ordinarias; la inactividad formal se refiere, a la pasividad de la administración dentro de un procedimiento, es la no-contestación a una petición del particular.

No obstante, para este trabajo sólo interesa la inactividad formal, entendida como la pasividad de la administración en el seno de un procedimiento administrativo.

Una vez comentado lo anterior cabría hacerse la siguiente pregunta: ¿Cuándo existe inactividad en la administración? para lo cual respondemos que existe inactividad formal de la administración cuando guarda silencio tras habersele formulado una petición o recurso, y sólo cesara cuando se notifique el acto adoptado.

³⁷ Nieto, Alejandro, *op. cit.*, pág. 75 y sig; y más reciente, "La inactividad material de la Administración: veinticinco años después", *Documentación Administrativa*, núm. 208, 1986, pág. 11 y sigs.

En suma, la inactividad de la administración se presenta desde el momento mismo en que se dedujo la petición, hasta aquel en que se entiende desestimada por silencio.

E. POSIBILIDAD DE RESOLVER POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN

El último de los requisitos, aunque se encuentre subsumido en los anteriores, consiste en que la petición o el recurso esté formulado de tal manera que le permitan al órgano competente resolver sobre lo pedido.

Para que se pueda hablar en sentido propio de inactividad formal de la administración, ésta tiene que conocer y poder resolver. En otras palabras, para guardar silencio hay que poder hablar, por lo que a su vez, hay que conocer lo que se pide, con el juicio necesario para su adecuada valoración.

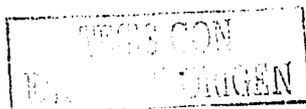
Para terminar, me remito a lo expuesto en otra parte del capítulo en relación con la documentación que se requiere acompañar a la solicitud (especialmente en el caso del silencio positivo), así como respecto a la dependencia que deberá dirigirse aquella, en donde se examina, en concreto la petición.

8. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN FRANCIA

Como ha señalado unánimemente la doctrina, la técnica del silencio administrativo tiene su precedente inmediato en Francia donde podemos situar el nacimiento de esta figura jurídica, y es particularmente con la Ley de 17 de julio de 1900³⁶, que

³⁶ Se señala como primer antecedente en la legislación francesa el decreto con fecha 2 de noviembre de 1864, en el cual establecía en su artículo 7 que los recursos interpuestos ante el ministro contra la resolución adoptada por un subordinado se entenderían desestimados al término de cuatro meses sin respuesta alguna. También la Ley de 5 de abril de 1884, previa la técnica del silencio administrativo, relativa a las elecciones municipales, y al Decreto de 16 de marzo de 1880, sobre las elecciones al Consejo Superior de la Instrucción Pública y a los Consejos Académicos.

Pero sin lugar a dudas la fundamental se encuentra establecida en la Ley de 17 de julio de 1900, la cual señala en su artículo 3, la aplicación del silencio administrativo negativo se configura al término de cuatro meses sin resolución por parte de la autoridad. H. Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 10ª ed., Paris, Rousseau Editeurs, 1923, p. 987. Cfr. Auby y Drago: *Traité des recours en matière administrative*, Paris, 1992, pp. 590 y 591. En análogo sentido, Weil: *Derecho administrativo*, Madrid, 1989, p. 156. García de Enterría y Fernández: *Curso de derecho administrativo II*, Madrid, 1989, pp. 576 - 577. Garrido Falla: "La llamada doctrina del silencio administrativo", RAP, n.º 16, enero de 1955, pp. 92 y 100. Parada: *Derecho administrativo I*, Madrid, 1991, p. 112. García Trevijano: *El silencio administrativo en el derecho español*, Madrid, 1990, p. 21.



tiene su entrada en vigor el silencio administrativo, y, en este sentido es indiscutible que el surgimiento de dicha figura, en el país galo, aparece estrechamente ligado con la configuración del contencioso - administrativo francés bajo el requisito denominado de la por la doctrina francesa de la "decisión previa"³⁹, por lo que más adelante, y dada la importancia de esta figura en el derecho francés, se hace necesario estudiar algunos de los principales requisitos de ésta figura.

La regla de la decisión previa, como brillantemente apuntó el español Alejandro Nieto⁴⁰, aparece como una supervivencia de la antigua doctrina del Ministro - Juez. Inicialmente por virtud de la Ley 16 - 24 de agosto de 1790⁴¹ se impidió que los tribunales conocieran de los litigios en los que fuera parte la Administración, con lo cual todas las reclamaciones de los administrados eran enjuiciadas por la propia administración⁴² que sé herejía, así, en juez y parte de la contienda⁴³ (era la contienda denominada "Teoría del ministro juez" o jueces administrativos de excepción")⁴⁴.

Más adelante, en virtud de la Constitución del año VIII, se crearon los consejos de prefectura y se restableció el Consejo de Estado. Incardinados dentro de la

García de Enterría oportunamente ha puesto de manifiesto la crisis del contencioso - administrativo francés y lo ha calificado de subdesarrollado, inadaptado al tiempo actual, un contencioso que está ya en retraso sobre los principios generales del Derecho europeo. Cfr. *"La crisis del contencioso - administrativo francés: el fin de un paradigma"*, REDA, n° 58, abril - junio 1988, pp. 178 - 179.

³⁹ Según Laubadere significa que "por decisión previa se entiende la decisión que toma la Administración - bien sea espontáneamente bien a petición del interesado - antes de la interposición por este último de un recurso jurisdiccional..." cits. por Vivancos: *Las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso - administrativo*, Barcelona, 1962, pp. 235 y 237.

⁴⁰ El autor mencionado destaca que "por decisión previa se entiende la decisión que toma la Administración - bien sea espontáneamente bien a petición de un interesado - antes de la interposición por este último de un recurso jurisdiccional..." Cfr. "La inactividad de la administración y el recurso contencioso - administrativo", *Documentación Administrativa*, n° 208, abril - diciembre 1986, pp. 235 y 237.

⁴¹ La mencionada Ley fué tajante al impedir todo control jurisdiccional de la actividad de la administración por parte de los órganos judiciales. Dispuso, en este sentido, expresamente que "las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, so pena de prevaricación, interferir por ningún medio la actividad de los cuerpos administrativos, ni citar a juicio a los administradores por razón de sus funciones. Cfr. Weil, *Derecho administrativo*, Madrid, 1989, p. 156. Asimismo También, Garrido Falla, Fernando, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, p. 99.

⁴² Comenta Hauriou, en este sentido, que "el administrador que se pronunciaba sobre una cuestión de administración, que afectaba a un particular, era considerado como un juez que decide un verdadero debate entre el interés general y el interés privado. Si su decisión era impugnada más tarde ante un tribunal, se consideraba que el recurso del particular no era más que un recurso de apelación". Hauriou, M, *Obra escogida*, (Santamaría Pastor, y Muñoz Machado, trs.), Madrid, 1976, p. 24.

⁴³ Cfr. García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, p. 500.

⁴⁴ En 1889 se abandonó la mencionada teoría.

propia administración, se les encomendó la tarea específica de estudiar de manera detallada los asuntos de tipo contencioso⁴⁵.

El mencionado Consejo de Estado, el cual ha sido calificado por Laubadere⁴⁶ como Tribunal Administrativo Supremo, y los Consejos de Prefectura se limitaron, en un primer momento, a ser simples consejeros jurídicos del Gobierno⁴⁷. Posteriormente, en virtud de la Ley de 24 de mayo de 1872, se les reconoció el carácter de verdadera jurisdicción no judicial⁴⁸ que resolvían directamente en nombre del pueblo francés (jurisdicción delegada). Sin embargo, la regla de la decisión previa, como correctamente lo ha señalado el español Tomás Ramón Fernández, "se aplicó sólo a los recursos interpuestos ante el Consejo de Estado y no a los planteados ante los Consejos de Prefectura⁴⁹ que carecían de la condición, propia de aquél, de tribunales de apelación contra las decisiones del Ministro - Juez"⁵⁰.

Debido a que el recurso contencioso - administrativo, en Francia, se consagró no como un proceso entre partes sino como un proceso al acto en el que se protegía la mera legalidad objetiva de un acto previo de la administración, bastaba con que tal decisión no se produjera para que el acceso a los órganos judiciales, por parte del reclamante, resultara a todas luces imposible.

Por lo tanto, ante el grave peligro de que no se dictase previamente acto administrativo alguno y, consiguientemente, resultara impracticable, acceder a la revisión jurisdiccional del mismo, surgió la doctrina del silencio administrativo.

En efecto, en el Decreto de 2 de noviembre de 1864 (Art. 7), primero y, en la Ley de 7 de julio de 1900 (artículo 3) después⁵¹, se instauró dicha figura con la

⁴⁵ Cfr. Weil, op. cit., p. 41.

⁴⁶ Cfr. *Traité de Droit Administratif*, Paris, 1976, p. 258.

⁴⁷ El Consejo de Estado francés tan sólo gozaba de la facultad de aconsejar al Gobierno quien, en última instancia decidía, reteniendo así la competencia (jurisdicción retenida).

⁴⁸ Carácter, asimismo, predicable de los Tribunales administrativos franceses. Cfr. Debbasch et Ricci, *Contentieux Administratif*, Paris, 1990, pp. 207 y ss.

⁴⁹ Posteriormente, en virtud de la Ley de 1953, se exigió la existencia de una decisión previa como un requisito indispensable para poder interponer un recurso ante los Consejos de Prefectura.

⁵⁰ Las mencionadas decisiones del Ministro - Juez tenían el valor de una sentencia de primera instancia, lo cual justificaba su tratamiento posterior como auténtico patrón de la sentencia que en apelación correspondía dictar al Estado.

⁵¹ Los preceptos mencionados disponían que en los asuntos contenciosos, los cuales no pueden someterse al Consejo de Estado sino en forma de recurso contra una decisión administrativa, cuando hayan transcurrido cuatro meses sin que haya recaído una decisión, las partes podrán considerar rechazada su instancia y acudir ante el Consejo de Estado.



estricta finalidad de impedir que la inactividad formal de la administración en resolver un asunto de su competencia se erigiese en obstáculo para la interposición del denominado recurso contencioso - administrativo.

Como muy acertadamente ha precisado Hauriou, en el Derecho administrativo francés existen supuestos en los que el silencio mantenido por la Administración durante un determinado lapso de tiempo después de formulada una pretensión, equivale a una denegación, pero ha sido previsto que este efecto fuera previsto expresamente por el legislador.

Tras la creación de la técnica del silencio en el país galo, los ordenamientos jurídicos de los países de su entorno reaccionaron de distinta manera, para intentar paliar los efectos del silencio administrativo.

En Italia, por ejemplo, los precedentes del silencio administrativo se encuentran en el *Consiglio di stato* que utilizó, por vez primera, la noción de *silenzio rifiuto* en las Decisiones de 2 de marzo de 1894 y 22 de agosto de 1902.

Posteriormente, la Ley Comunal y provincial (Regio Decreto 3 marzo 1934, n. 383. *Approvazione del testo unico della legge comunale e provinciale*) consagró la técnica del silencio administrativo en su artículo 5° el cual disponía que transcurridos ciento veinte días desde la fecha de presentación del recurso, sin que la autoridad requerida haya proveído, el recurrente podrá pedir, con instancia dirigida a la misma que el recurso sea resuelto. Transcurridos sesenta días desde la presentación de tal instancia, sin que haya recaído decisión se considerará desestimado el recurso a todos los efectos legales.

En Alemania, por el contrario, se desconoció la técnica del silencio administrativo tal y como fue concebida por el legislador francés. Se permitió, en este sentido la impugnación jurisdiccional directa de la inactividad administrativa en todos aquellos supuestos en los que la Administración tuviera la obligación de resolver.

A. LA REGLA DE LA DECISIÓN PREVIA

Según advierte Georges Vedel, "la regla de la decisión previa supone que existe un medio para los requerimientos de obligar a la Administración a responder a sus demandas a falta de que la administración pudiese sustraerse por su solo silencio a todo recurso jurisdiccional"⁵².

Por otra parte, se estima, que la regla de la decisión previa consiste en que no puede formarse un recurso ante el juez administrativo si existe una decisión previa de la administración, contraria a la pretensión del promoverte.

Por lo tanto, esta regla de la decisión previa establecía que para las peticiones que no pudieran ser introducidas ante el Consejo de Estado por vía de recurso contra una decisión administrativa el silencio de la administración equivalen a una decisión de rechazo a partir del cuarto mes después del depósito de la demanda en la dirección de la administración.

Además, para que el recurso contencioso exista es necesario que un acto administrativo contenga la violación de un derecho, de manera que esta regla es insuficientemente protectora de derechos administrativos, toda vez que no garantiza la acción administrativa.

Se ha discutido mucho sobre la regla de la decisión previa. "En realidad la regla era una sobrevivencia histórica de la antigua doctrina del ministro juez. Enseguida apareció como un procedimiento práctico, útil para permitir la precisión de la divergencia de puntos de vista de las partes y susceptible de jugar el rol de una suerte previa de conciliación".⁵³

Así pues, en razón de esta decisión previa, el recurso ante el Consejo de Estado se presenta siempre sobre la forma de una acción directa contra un acto que provoca un perjuicio en una situación jurídica individual.

Para Roger Bonnard, son dos las causas: por qué y en cuál causa o motivo esta decisión se exige. De manera que este autor señala:

⁵² Georges Vedel, *Droit Administratif*, Paris, Press Universitaire, 1973, p. 543.

⁵³ André de Laubadère, *Traité de droit administratif*, huitième édition, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980, p. 531.



a) Se dio la opinión de que la decisión previa no era un acto administrativo, pero sí un acto jurisdiccional, en respuesta en que el Consejo de Estado disponía como un juez de apelación.

b) Se sostuvo que la decisión previa era necesaria para crear el litigio o contienda; no se daría, en efecto, de no haberse invocado una violación a sus derechos.⁵⁴

En el mismo orden de ideas, se piensa que la decisión previa era para crear la unión de la instancia. No creaba la controversia, por lo que aquí simplemente existe la pretensión del particular y la resistencia de la administración, por lo que solamente falta que la administración acepte la controversia, y la decisión previa conforme esta aceptación, asegurando unir la instancia.

Ahora bien, para rechazar las ideas de creación de la instancia existe la siguiente razón, la cual es la siguiente: la decisión previa es en ocasiones anterior a la reclamación del particular. No es así cuando en caso de deuda del Estado, el ministro opera de forma espontánea la liquidación. De tal forma que en este caso no es posible decir que la administración crea la controversia o une la instancia, ya que no se sabe si tendrá una pretensión contraria de la parte a su interés general.

Por lo que de origen, "se considera al Consejo de Estado como un Tribunal encargado de juzgar los actos administrativos, por lo que debió ser, como la Corte de Casación para los jueces de los Tribunales Judiciales. Entonces la costumbre establecida poco a poco, para que su competencia jurisdiccional no pudiera ejercerse si existiera una decisión administrativa susceptible a ser atribuida, cuando particularmente la controversia era provocada por una simple artimaña material de la Administración"⁵⁵.

En verdad, nos parece que la decisión previa es una complicación que no tiene utilidad y que podrá ser suprimida sin algún inconveniente, ya que la mejor prueba es que en la regla en que se ha colocado al caso, la administración opone el silencio a una demanda o petición de una autorización previa.

El silencio de la administración, a decir de Henri Bertelhem, "no posibilitaría de manera alguna el nacimiento de alguna acción, no apartarla en la jurisdicción

⁵⁴ Roger, Bonnard, *Précis Elémentaire de droit administratif*, Paris, Recueil Sirey, 1926, p. 122.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 123.

contenciosa de intervenir por otra vía, en el dominio de la administración activa o, en el que pudiera tener una reclamación contra la falta de acción de una autoridad, si no en hacer juzgar que esta autoridad debe argumentar"⁵⁶.

Como se ha expuesto líneas atrás, siendo la decisión previa una condición receptiva del recurso, la administración podría retener el recurso, no respondiendo en la demanda o petición la decisión previa que le fue enviada.

Por lo que la Ley de 17 de julio de 1900, establecía en su artículo 3, que si la administración guardó silencio durante cuatro meses, a partir de la petición de la decisión que le fue enviada, el interés puede anteponerse ante el Consejo de Estado. Por lo que ese silencio se le asimiló como una decisión de rechazo, y, en consecuencia, el recurso se intentó contra ese posible rechazo.

B. LA DEMORA DEL RECURSO

El recurso se intenta siempre contra una decisión administrativa, y es a partir de este acto, de su publicación o de su notificación, según se dé el caso, que detenga la demora del recurso. Esa demora por principio es de dos meses, según lo señala el artículo 24 de la Ley de 1900, y para ciertas materias, las demoras especiales son previstas.

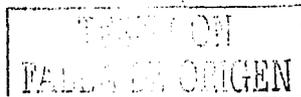
Por lo tanto, en el momento en que el silencio administrativo es asimilado en una decisión de rechazo, "la demora deberá correr a partir de los cuatro meses. Más sin embargo, en ese caso no hay ni publicación ni notificación de la decisión; es por lo que se señala que el retraso de dos meses no es breve"⁵⁷.

C. LA DECISIÓN DEL JUEZ

Es en la controversia ante el Consejo de Estado, que el acto jurisdiccional conlleva, como todos los actos jurisdiccionales, una verificación y una decisión relativa a la situación jurídica individual relacionada con la causa, pero aquí la decisión contiene un elemento especial: lleva en principio la modificación o

⁵⁶ H. Berthelemy, *op. cit.*, p. 989.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 125.



confirmación de un acto administrativo. De manera que aquí se aprecia la existencia de la decisión previa, ya sea modificando o confirmando.

De tal suerte que si rechaza la pretensión del promovente y se da razón a la administración, se confirma la decisión previa, por lo que deberá modificarla y sustituirla con otra decisión, si se reconoce la exacta fundamentación de la pretensión del promovente.

9. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA

Como ha señalado la doctrina, la exigencia de la reclamación gubernativa como requisito previo para poder entablar demandas contra el Estado ante los tribunales tiene un origen anterior a la propia configuración de la jurisdicción contencioso - administrativa como jurisdicción revisora.⁵⁸ Es más, aquel requisito influyó decididamente en el nacimiento del citado carácter revisor.⁵⁹

Es determinante en este sentido la real orden de 9 de junio de 1847, en la que se expresa que no siendo justo ni conveniente que la causa pública sea de peor condición que los particulares, a los cuales concede la ley medios de transigir sus diferencias por motivos de equidad antes de verse envueltos en las dificultades que ofrece un litigio, y considerando que la instrucción de expedientes gubernativos puede suplir en los negocios en que es parte el Estado las ventajas que en los privados producen los juicios de conciliación,⁶⁰ se acuerda que no se controvertan intereses del Estado sin que previamente se haga constar que se ha obtenido resolución por la vía gubernativa en el asunto sobre el que verse⁶¹.

⁵⁸ Vid. Santamaría Pastor, "Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa", *RAP*, núm. 77, 1975, p. 21.

⁵⁹ García - Trevijano Garnica Ernesto, *El silencio administrativo en el derecho español*, Madrid, Civitas, 1990, p. 150.

⁶⁰ Santamaría Pastor, *op. cit.* p. 19.

En este sentido, afirma Colmeiro que una regla del procedimiento es que no debe proceder juicio de conciliación para intentar la vía contenciosa, por que la vía gubernativa suple los medios legítimos de avenencia (*Derecho administrativo español*, t. II, 1865, p. 378).

⁶¹ Antes se habían dictado en un sentido similar las reales ordenes de 9 de febrero de 1842, acerca de los expedientes relativos a los bienes que fueron del clero, fábricas y cofradías, y de 15 de marzo de 1843, dictada para que no pudiese usarse de la vía contenciosa sin la previa gubernativa.

De manera que el 20 de septiembre de 1851 se establece un real decreto, el cual se propuso regular de una forma más detallada la exigencia de la reclamación en vía gubernativa previa a la interposición de cualquier medio impugnativo contra la Hacienda. Las reclamaciones, de conformidad con el artículo 6, debían quedar resueltas en un plazo no mayor a cuatro meses; mientras que en su artículo 7 señalaba que al expirar el término señalado en el artículo anterior, concurrirán los interesados a las administraciones respectivas, que les señalarán las resoluciones que recaigan, facilitándoles certificación expresiva de las mismas o de no haberles sido comunicada por la superioridad dentro del término señalado, en tal caso se tendrá como negada la solicitud.

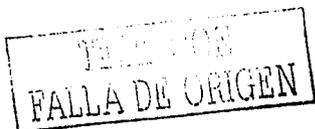
Como se puede apreciar, en este último precepto se nos presenta ya de manera expresa y clara la figura del silencio administrativo de carácter negativo por el simple transcurso del plazo de cuatro meses contado desde la formulación de la reclamación.

Por otra parte, el real decreto de 23 de marzo de 1886, estableció:

Reglas relativas al procedimiento para sustanciar en vía gubernativa las reclamaciones de los particulares como tramite previo a la vía judicial en asuntos de interés del Estado, intentando solventar la ineficacia y esterilidad de la citada reclamación gubernativa. Por lo que ahora interesa, en su artículo I, regla 8, dispuso, de forma similar a como ya lo hiciera el Real Decreto de 20 de septiembre de 1851, que si no se comunicaba al interesado la resolución de su reclamación en vía gubernativa en el plazo de cuatro meses desde su presentación, se entendería negada la solicitud para dejar expedita la vía judicial⁶².

Debe señalarse que la real orden de 9 de junio de 1847 no hacía referencia únicamente a la presentación de la reclamación, cuyo cumplimiento deja ya abierta la vía judicial, sino que además exigía explícitamente haber obtenido resolución en el asunto sobre el que verse la vía gubernativa. La no-existencia de

⁶² García - Trevijano Garnica, Ernesto., *op. cit.*, p. 26.



plazo alguno que sujetara a la administración para dictar dicha resolución, unida a la falta de otorgamiento de algún efecto a su inactividad formal, imposibilitaba jurídicamente la correcta presentación de demandas ante los tribunales⁶³.

En definitiva, la influencia de dicho requisito previo, respecto al contencioso administrativo, se comenzó a reflejar en la práctica con los reales decretos sentencia dictados por el Consejo Real, los cuales exigirán decisión previa, produciéndose luego un tránsito progresivo de la reclamación previa establecida en la real orden de 9 de junio de 1847.

Dicho tránsito tuvo efectos importantísimos en el contencioso administrativo, toda vez que lo limitó al contenido de la resolución administrativa previo objeto de impugnación; sin embargo, dicha evolución fue parcial, ya que el acto previo sin el establecimiento del silencio administrativo dio lugar a un largo período donde se manifestó la impotencia del ciudadano ante la falta de resolución expresa de las peticiones del ciudadano.

A. LEY DE SANTA MARÍA DE PAREDES

Como afirma Ernesto García - Trevijano Garnica en su obra *El silencio administrativo en el derecho español*:

La Ley Santa María Paredes vino a agravar, más aún si cabe, la situación anterior respecto a los efectos derivados de la inactividad formal de la Administración. En este sentido, la Ley de 13 de septiembre de 1888 instauró de una manera generalizada el carácter revisor de la jurisdicción contencioso - administrativa, al exigir inequívocamente la existencia previa de una resolución administrativa objeto de impugnación. Sin embargo, no previó nada (en favor del ciudadano) como contrapeso a tal exigencia de

⁶³ respecto al origen del silencio administrativo, podemos establecer diversas corrientes, la más generalizada, es la que lo vincula al carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, en tanto que otra postura opuesta y defendida por Ernesto García - Trevijano Garnica, señala, que tal institución jurídica surge unida a la exigencia de la reclamación gubernativa previa a la interposición de demandas judiciales contra el Estado.

acto administrativo previo para el caso de ausencia de resolución expresa por parte de la Administración⁶⁴.

Por lo tanto, se precisaba necesario una ley general de lo contencioso - administrativo que señalara los principios y caracteres que fijasen la naturaleza de este recurso con la finalidad de no dejar indefenso al ciudadano frente a la administración pública.

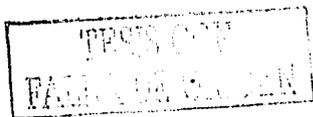
El carácter revisor llegó en ocasiones a concebirse de una manera extrema, al entenderse que el acto previo delimitaba absolutamente el conocimiento de los Tribunales Contencioso - Administrativo; así, se denegaba el recibimiento a prueba con el argumento de que el Tribunal debía emitir su juicio exclusivamente con los datos que obraban en el expediente administrativo. De ahí la famosa frase de que lo contencioso consistía en examinar sentado lo que la Administración había resuelto de pie.

De manera que la demanda no podrá tratarse más que de los puntos resueltos por la administración, no importando que se hayan propuesto nuevas cuestiones, pues si no se han resuelto, el contencioso no podrá abordarlas, por la sencilla razón de que lo contencioso es un juicio de revisión; por lo tanto, no es posible revisar lo que no se ha visto.

Es patente la inseguridad que para el interesado suponía quedar enteramente en las manos de la administración, ya que con omitir en su resolución alguno de los puntos de la petición, la administración estaría impidiendo, desde tal ámbito revisor extremo, que los tribunales se pronunciaran al respecto.

Lo cierto es que el carácter revisor del Contencioso Administrativo, que no otorga garantía de respuesta al administrado, comporta para el ciudadano un auténtico estado de indefensión, toda vez que las peticiones de este no eran contestadas ni en sentido afirmativo ni negativo, lo cual era muy delicado para el administrado, por su situación jurídica tan incierta.

⁶⁴ *Ibidem.*, p. 30 y 31.



Existen numerosos pronunciamientos jurisdiccionales tendientes a recordar a la administración su obligación de resolver o ultimar los procedimientos administrativos.

Por lo que cabe destacar la sentencia dictada por el Tribunal Supremo Español el 16 de mayo de 1914, la cual dispone:

Dicho Tribunal sostiene, que la Administración tiene la obligación de resolver afirmativa y negativamente en términos breves y precisos, los expedientes administrativos, aun cuando pueda demorar el abono de la indemnización que en ellos se haya acordado para acomodarla a las exigencias de los planes económicos generales de la Nación; se trataba de una solicitud de indemnización de 50.000 pesetas, formulada el día 24 de marzo de 1876 por doña Balbina Vega, viuda de don Joaquín Oliva Coromina, como consecuencia de la muerte de éste por una partida de carlistas; independientemente de otras cuestiones abordadas por la sentencia, entiende el Tribunal Supremo que se adquiere el doloroso convencimiento, frente a las equivocadas afirmaciones del demandante y del fiscal, de que no se ha logrado aquél, después de treinta y cuatro años transcurridos desde que su madre presentó la primera reclamación y veintisiete desde que fue oído el Consejo Supremo de Guerra y Marina, que la administración decidiera sobre su derecho a formularla, reconociéndole o negándole, y como esta prolongada tardanza envuelve no sólo daño para los intereses del particular controvertido y nunca resueltos, sino olvido de prescripciones reglamentarias que las amparan, fijando plazos breves para la terminación de todo expediente, es llegado el caso de que la administración, restableciendo la observancia de aquéllas prescripciones, reconozca o deniegue el derecho invocado por el recurrente, ya que a esta declaración viene obligada⁶⁵.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 37 y 38.

De lo anterior se observa la preocupación del Tribunal Supremo dirigida a que los expedientes se resolvieran en breve término, siendo numerosos los fallos al respecto. Sin embargo, tales declaraciones eran para el ciudadano desalentadoras, toda vez que se limitaban a recordar a la administración su obligación a resolver; en tal virtud, el peticionario no tenía otra alternativa, que el esperar a que la administración resolviera. Es menester señalar que la resolución de la administración sólo dependía de ésta, para posteriormente, si el recurrente estimaba no satisfechas sus peticiones, iniciar nuevamente el procedimiento. Obsérvese el caso tratado anteriormente en la sentencia (de fecha 16 de mayo de 1914), en el que la declaración judicial, en el sentido de que la administración debía resolver expresamente, se produjo nada menos que treinta y cuatro años después de haber formulado el interesado la reclamación previa ante la administración.

No obstante la preocupación de la jurisprudencia, dirigida a poner de manifiesto la necesidad de que la administración resolviera los expedientes dictando una resolución expresa afirmativa o negativamente de las peticiones que se formulen, así como el sometimiento de la administración, mediante normas de procedimiento administrativo, a plazos perentorios para la tramitación de los expedientes, por lo que no se observa la implantación de una institución como la del silencio administrativo, garantía indispensable en un sistema que configuraba legalmente a la jurisdicción contencioso - administrativa como revisora. En este sentido, ninguna previsión existía al respecto en la Ley de 13 de septiembre de 1888.

B. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LOS ESTATUTOS MUNICIPAL DE 1924 Y PROVINCIAL DE 1925

La crisis del parlamentarismo liberal, cuyas deficiencias van arrastrándose desde principios de siglo, lleva al implantamiento de regímenes autocráticos y totalitarios en el período de entreguerras. Durante este período se produjeron una serie de acontecimientos decisivos que condicionaron la evolución posterior. En



España debe destacarse la dictadura del general Primo de Rivera (1923 - 1930). Estamos, sin duda, ante un período importante para el derecho administrativo, por los hechos que se producen y por su trascendencia⁶⁶. No obstante estas transformaciones no han sido objeto de la atención que merecían. La ausencia de Parlamento posibilita que se lleven a cabo, al menos sobre el papel⁶⁷, importantes reformas, especialmente en materia de funcionarios y administración local⁶⁸, y se consigue, por fin, llevar al texto de los boletines oficiales normas que traían causa en proyectos anteriores, especialmente el del político don. Antonio Maura⁶⁹. Según el general Primo de Rivera, se trataba de corregir los defectos más significativos de una administración corrupta y dominada por el caciquismo, aplicando una disciplina cuartelera⁷⁰. Por eso, la actividad de la administración, curiosamente, se jurisdiccionaliza significativamente eliminándose las vías previas administrativas y naciendo, propiamente, en este momento para el Estado español, la doctrina del silencio administrativo, con los Estatutos municipal y provincial de Calvo Sotelo. Por lo tanto, en la doctrina del silencio administrativo el interesado hace renuncia de una vía administrativa comenzada, que pudiera terminar acaso en un acuerdo, en consonancia con su petición o solicitud, y lo hace en aras de una mayor rapidez en la resolución definitiva de la obligación que se establece o del derecho que se le niega⁷¹.

⁶⁶ Cudola I Aguado Vicenc, "La evolución histórica del silencio administrativo: de los estatutos de Calvo Sotelo hasta la ley 30/1992". *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1990, p. 30.

Así señala el profesor Juan Alfonso Santa María Pastor: "Y también sabemos que los grandes hitos en la construcción del ordenamiento administrativo se han sentado ¿casualmente? bajo gobiernos conservadores: Dictadura de Narváez, Restauración de Cánovas, Dictadura de Primo de Rivera, en tanto que los cortos periodos liberales o progresistas parecen haber sido estériles para el Derecho Público. Así pues, que el derecho administrativo ha sido una ciencia y un ordenamiento invariablemente conservador es algo que no puede ser puesto en duda". *Vid* de este autor sobre la génesis del derecho administrativo español en el siglo XIX (1812 - 1845), Ed. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1973, pp. 22 y 23.

⁶⁷ *Vid*. Nieto García, Alejandro, *Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo*, Madrid, INAP, 1986, pp. 322 y 323.

⁶⁸ Este punto es puesto de relieve por el profesor Mariano Baena del Alcázar en su obra: *Curso de ciencia de la administración*, vol. I, 3a. ed. Madrid, Tecnos, 1993, p. 182.

⁶⁹ Hay que comprender que durante los años anteriores a la dictadura el régimen local constituye un problema político administrativo clave para la época, que ocupa a regeneracionistas (Costa) y a ensayistas que escriben sobre temas políticos (Ortega y Gasset). Se abre una lucha contra el caciquismo en la que, junto a los citados, participan los hombres más respetables de las distintas tendencias políticas, debiendo citarse al respecto los proyectos de reforma de Sánchez de Toca, Silvela y Maur, que una y otra vez se presentan ante el Parlamento. Pero las Cortes dominadas por los caciques rechazan uno tras otro los proyectos, hundiéndose la vida municipal en la miseria, la regresión y el desorden.

⁷⁰ García Nieto, Alejandro, *op. cit.*, p. 321.

⁷¹ Cudola I, Aguado Vicenc, *op. cit.* p. 32.

La burocracia, como mecanismo de corrupción, tiene, por tanto, un rol bastante significativo en la formación de la figura del silencio administrativo, el cual, como se ha visto, aparece como una forma de lucha contra la arbitrariedad gubernativa. De manera que son las normas reguladoras del entorno local las que primero desarrollan de una manera sucinta la figura del silencio administrativo, en parte quizá a que es en dicho ámbito en el que se producían y se siguen produciendo el mayor número de irregularidades⁷².

De lo anteriormente señalado se puede decir que el principal problema era judicializar en la medida de lo posible los dilemas entre ciudadanos y entidades locales⁷³.

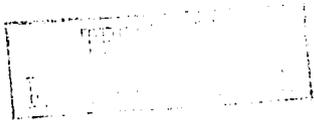
Una regulación sobre silencio administrativo la encontramos a partir del Estatuto Municipal de 1924, aunque con el ámbito restringido a la administración local, misma que en su momento sirvió para experimentar sobre su posterior evolución y por consecuencia aplicarlo de forma más general.

En la exposición de motivos del Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924 se afirmaba que éste propone fórmulas que, como la del silencio administrativo y otras, producirán en la práctica una inmediata regularización de esta zona del vivir burocrático. Se sentía la necesidad de establecer vías de solución a la tardanza y, sobre todo, a la ausencia de resolución de los procedimientos administrativos.

En el citado Estatuto Municipal se regulaba separadamente la aplicación del silencio administrativo a las peticiones, a los recursos administrativos y a las reclamaciones gubernativas. En cuanto a las peticiones, el artículo 268 disponía que se considerarán desestimadas por las autoridades y organismos municipales respectivos las peticiones o reclamaciones de particulares o entidades sobre las

⁷² García - Trevijano Garnica, Ernesto, *op. cit.* p.44. Señala, además: que se sintió entonces la necesidad de poner freno a las arbitrariedades cometidas especialmente por los Ayuntamientos, con los que el ciudadano se encuentra en una relación más intensa y directa. Esto es algo fácilmente constatable si se observa lo numeroso de los litigios resueltos por el Tribunal Supremo en relación con demoras o faltas de resolución de peticiones dirigidas a las administraciones locales. Es de resaltar que la jurisprudencia que cita este autor como anterior a la época de los estatutos municipal y provincial es referida básicamente a la aplicación del plazo de un año de la Ley de Procedimiento a los diferentes departamentos ministeriales de la Administración central.

⁷³ Es decir, lo que se pretendía era frenar abusos de la vida burocrática regularizando su funcionamiento, dando acceso a la vía jurisdiccional, corrigiendo abusos que pudieran existir en la actuación de los organismos municipales, y esto no significa otra cosa que definir de manera adecuada la materia de lo contencioso administrativo. No debemos perder de vista que fue obra de Calvo Sotelo la implantación en esta esfera de un contencioso, que entre otras cosas, tendiera a dar agilidad al procedimiento, para facilitar la tramitación.



cuales no se dicte providencia o acuerdo de fondo dentro de los cuatro meses siguientes a su presentación, salvo cuando las leyes establezcan plazos mayores o menores. Tales denegaciones tácitas serán impugnables mediante los oportunos recursos, y si prosperasen podrá exigirse responsabilidad civil o gubernativa a las autoridades, funcionarios o corporaciones culpables de la demora.

Otro aspecto de suma importancia, es que el Estatuto Municipal no contenía únicamente supuestos de silencio negativo, sino que también establecía el caso del silencio positivo; por ejemplo, el artículo 302, párrafo II, establecía que si transcurriesen sin acuerdo treinta días desde que la reclamación, o en su caso, el supuesto, tuviese entrada en la delegación de hacienda, se consideraría aquél definitivamente aprobado, sin perjuicio de exigir responsabilidad alguna al delegado. También el artículo 323 preveía que las ordenanzas de exacciones se considerarían aprobadas por el delegado de hacienda cuando éste no notificase resolución alguna ni al Ayuntamiento interesado ni, en su caso, al particular, dentro del plazo de treinta días a contar desde la fecha en que se hubiera remitido a la citada dependencia el ejemplar de dichas ordenanzas con las reclamaciones formuladas.

Se establece la figura del silencio administrativo como solución a un actuar irregular de la administración, de ahí que en los propios lineamientos que lo señalan se formulen normalmente recordatorios de la responsabilidad que alcanza al funcionario causante de tal irregularidad.

Esto último es especialmente detectable en el Estatuto en comento, concretamente en su artículo 273, en el que una vez que se exterioriza la preocupación dirigida a que los recursos se tramiten dentro de los plazos previstos; tal como señala el citado precepto:

Los alcaldes y autoridades de todos los órdenes que incurriesen en demora injustificada en la tramitación y resolución de los recursos que en esta Ley tienen asignados plazos fijos, contraerán responsabilidad gubernativa, y será castigado cada culpable con multa de cien pesetas por día. A continuación afirmaba el citado precepto que la acción para exigir el pago

de las multas era pública, de tal forma que podía ejercitarla cualquier ciudadano ante la autoridad jerárquica inmediatamente superior al responsable; el reclamante tenía derecho a una tercera parte de su importe⁷⁴.

La anterior disposición no hace más que denotar la importancia que se le daba a la figura del silencio, toda vez que de la omisión a dar respuesta a una petición del particular se establecía una multa, y de esta forma daba protección al ciudadano ante las arbitrariedades de la autoridad, y vemos que a la vez está protegiendo un derecho humano, el cual es el derecho de petición; en suma, podemos decir que dichas disposiciones son muy avanzadas para la época en que se dan, ya que el silencio en ocasiones produce fuertes perjuicios al ciudadano, los cuales muchas veces son irreparables.

La implantación de un sistema como este previsto en el Estatuto Municipal dio lugar en un primer momento, a ciertas dificultades respecto a su aplicación a solicitudes formuladas con anterioridad a su entrada en vigor, misma que se produjo el 1 de abril de 1924, por lo que a partir de dicha fecha no cabía ninguna duda respecto a la aplicación del silencio administrativo a las peticiones formuladas a partir de dicha fecha. Sin embargo existían lógicamente numerosas peticiones, las cuales se habían formulando con anterioridad a la vigencia de dicho Estatuto, las cuales no habían sido resueltas de manera expresa.

En este sentido, resulta muy ilustrativa la sentencia de 14 de octubre de 1930, la cual abordó frontalmente esta cuestión, efectivamente, el Tribunal Supremo, que acepta los considerádoos del tribunal inferior, afirma que a partir de la promulgación del Estatuto Municipal, las reclamaciones administrativas interpuestas por los particulares ante los ayuntamientos podrán ser resueltas de dos maneras: una, y la más común es pronunciarse expresamente sobre ellas, aceptándolas o rechazándolas, y otra, la de dejar correr, sin adoptar acuerdo alguno decisivo, lo cual para el caso se entienden denegadas.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 43 y 44.



Dicha sentencia a continuación dispone que la doctrina del silencio administrativo tiene que ser aplicada tanto a las reclamaciones posteriores al 1 de abril de 1924, fecha que marca la entrada en vigencia del Estatuto, como a las entonces pendientes, pues de no ser así se estaría ante una distinción que la ley no marca ni autoriza, y sería, además, estar en contra del espíritu y tendencia de esta reforma introducida en la legislación municipal, con la finalidad de no mantener en incertidumbre por tiempo indefinido, el derecho de los que a las corporaciones municipales acuden en demanda de lo que creen y estiman que les pertenece; consecuencia necesaria de ello ha de ser que el plazo de los cuatro meses de que habla el mencionado artículo 268 comience a contarse, para las reclamaciones anteriores al Estatuto, el mismo día en que éste principió comienza a regir, pues, como no hay términos hábiles para fijar otro, necesario será aceptarlo, a menos que los interesados puedan señalarlo a su conveniencia.

Este razonamiento es la consecuencia de la nueva implementación de la doctrina del silencio administrativo, ya que con ello se evitaba la incertidumbre tanto como para el administrado, así como también para la propia administración, ya que en todo caso, transcurridos cuatro meses contados desde el día primero de abril de 1924, las peticiones formuladas con antelación debían entenderse denegadas, cualquiera que hubiera sido el momento en que tal formulación se hubiera producido, ya que en un inicio, la doctrina del silencio administrativo distaba en gran medida de la que impera actualmente, ya que entonces el silencio operaba automáticamente, dejando en una gran indefensión al ciudadano, ya que como se apreció anteriormente, llegaba a pasar gran cantidad de tiempo antes de obtener una respuesta por parte de la administración.

En realidad, se negaba que el silencio administrativo se hubiere establecido exclusivamente en favor del administrado o de la administración, ya que su finalidad era la de mejorar la tramitación de los procedimientos municipales, evitando de esta forma la incertidumbre de los derechos ante la falta de resolución expresa sobre las peticiones o recursos interpuestos.

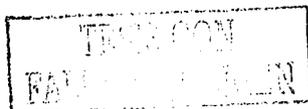
El Tribunal Supremo afirma que hay que tomar como base la naturaleza que el silencio tiene de ser una presunción establecida en favor del administrado, y no un medio de eludir compromisos por parte de la administración.

Como podemos ver, esta postura del Tribunal Suprema daba un gran giro a la postura jurisprudencial, aunque dicha postura no surtió efectos inmediatamente, sino algo después. Al afirmar que el silencio administrativo había sido establecido en favor del administrado, y por lo tanto señalaba que la administración no podía obtener beneficio alguno con su actuación irregular consistente en no resolver los procedimientos administrativos dentro de los plazos establecidos, por lo que la resolución expresa tardía reabría los plazos para recurrir, por lo que en definitiva, el interesado tenía una verdadera opción para estimar denegada su petición o esperar a que la resolución expresa, que, de ser contraria a su pretensión, podría recurrir dentro de los plazos ordinarios.

De conformidad con lo tratado en este punto, se señala que tanto las normas que regulan de manera general la institución del silencio, así como también los litigios resueltos por el Tribunal Supremo, son de índole local. Pero en ocasiones los administrados, ante la tardanza de la resolución de sus pretensiones interpuestas ante la administración estatal, intentaban sostener la aplicación analógica del régimen legal previsto para la administración local; sin embargo, los intentos fallaron ante la negativa del Tribunal Supremo a dichas pretensiones, al sostener éste en sus fallos que era preciso su previsión en disposición expresa, por lo que no se admitía la aplicación analógica.

Ahora bien, no es exclusivamente en el ámbito local donde puede encontrarse una regulación de silencio administrativo. Así, por ejemplo, "la ordenanza de 17 de febrero de 1943, por la que se aprobó el Reglamento de Procedimiento Administrativo para el protectorado de Marruecos, estableció en su artículo 32 un plazo de silencio de treinta días para los recursos de reposición, y en su artículo 35 otro de dos meses para los recursos de alzada, recordándose al mismo tiempo la responsabilidad en que podía incurrir el funcionario negligente"⁷⁵.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 54 y 55.



Por su parte, la Ley de 18 de marzo de 1944 dispuso en su artículo cuarto lo siguiente:

Que las resoluciones de la Administración central en materia de personal, excluidas del recurso contencioso - administrativo, serían revisables mediante recurso de agravios ante el Consejo de Ministros previo informe del Consejo de Estado. Trámite previo e inexcusable para poder interponer el citado recurso de agravios consistía en agotar el recurso de reposición, para cuya resolución la Administración contaba con un plazo de treinta días. Por el mero transcurso de este plazo sin ser resuelta la reposición se entendía desestimada por aplicación del silencio administrativo⁷⁶.

De manera que la situación actual era la siguiente: en el ámbito local existía una regulación general del silencio administrativo; en cambio, en la administración central no existía tal regulación, sino disposiciones muy específicas diseminadas por los diversos reglamentos de procedimiento administrativo aplicables a cada uno de los ministerios, así como en normas sectoriales concretas.

Como podemos ver, el entorno de la departamentalización en materia de procedimiento administrativo condujo a una situación de caos, que obligaba en cada caso, en función de la autoridad a la que se dirigía la petición o recurso, a un previo estudio, y, por supuesto a la aplicación de un procedimiento específico, pero con el inconveniente de que llegaba a ser diverso de los demás.

La gran preocupación de la doctrina es por tratar de unificar procedimientos, por supuesto todos en el ámbito central, y de esta forma superar el problema de la departamentalización, para de esta forma eliminar el caos, y, por ende, dar mayor certeza al administrado.

Para terminar este primer punto no quisiera dejar de señalar que el silencio administrativo viene a ser una figura realmente revolucionaria, por todos los cambios que suscitó en el derecho administrativo, ya que al surgir esta figura, el

⁷⁶ García - Trevijano Fos, Ernesto, señalaba que el sistema de departamentalización había conducido a una especie de anarquía en el procedimiento administrativo, ya que en cada departamento existía una modalidad en cuanto a plazos, recursos etc. "Reglamento de Procedimiento del Ministerio de Industria", *Revista de Administración Pública*, número 15, 1954.

administrado empieza a ganar terreno frente a las arbitrariedades de la administración, toda vez que con esta figura el derecho de petición que debe tener todo ciudadano cobra cierto sentido de certeza⁷⁷.

En relación con las cuestiones del origen aquí señalado, podemos establecer que en sus inicios esta ficción administrativa: "fue una puerta abierta para que el particular acudiese al contencioso - administrativo para plantear lo que la administración no quiso resolver favorablemente. Naturalmente, ésta es una postura negativa del silencio, sin embargo hoy en día, se ha querido utilizar el silencio en su vertiente positiva, como medio de defensa del particular para combatir la negligencia o pasividad de la administración"⁷⁸.

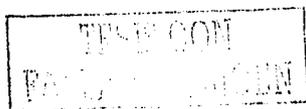
Por lo que se desprende que el silencio negativo de la administración no era un verdadero acto administrativo de sentido desestimatorio, sino todo lo contrario; es decir, la ausencia de toda actividad volitiva de la administración, ante lo cual no era admisible proceso interpretativo alguno destinado a averiguar una voluntad inexistente; en suma, era considerado una ficción.

Como podemos ver, ya en sus orígenes históricos la doctrina del silencio administrativo negativo establecía la ausencia de acto alguno; por lo tanto, no era posible ligar a él ningún tipo de efectos jurídico materiales, y por supuesto, no cabía tampoco añadirle los adjetivos que se aplican a los actos propiamente tales para señalar que ha quedado firme o consentido o posteriormente confirmado.

De manera que ya esta figura en su vertiente histórica se le identifica como una simple ficción de efectos estrictamente procesales, limitándose, pues, a abrir la vía a un recurso.

⁷⁷ El derecho de petición, que tiene una historia no menos antigua y no menos gloriosa que todas las otras garantías constitucionales, ha venido tomando en los últimos tiempos una figura secundaria. Algunos escritores políticos lo consideran como una institución destinada a desaparecer los mismos parlamentos que han reglamentado el ejercicio de este derecho, no muestran demasiada prisa, ni toman siempre en seria consideración las peticiones que por este medio les hacen... en muchos casos este derecho se configura como simple derecho de desahucios y, en su vertiente pública, como válvula que se abre a arbitristas. Por lo que muchos autores se olvidan de mencionarlo en las clasificaciones, más o menos exhaustivas de derechos y libertades. García Cuadrado, Antonio, "El derecho de petición", *Revista de Derecho Político*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1991, número. 32, pp. 121 y 122.

⁷⁸ Vid. Entrena Cuesta, Rafael, *Curso de derecho administrativo*, volumen I, 11a. ed., Madrid, Tecnos, 1996, p. 194; Garrido Falla, Fernando, *op. cit.* p. 484.



10. LA RECEPCIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN MÉXICO

El derecho en México se ha limitado a señalar, como una garantía individual, la obligación de las autoridades de dar respuesta por escrito a toda petición de los particulares formulada de forma pacífica y respetuosa, para posteriormente darla a conocer al interesado en breve término. Por lo que ante la inactividad de la administración, el peticionario no tiene más remedio que acudir a solicitar el auxilio de la justicia federal por medio del amparo, por lo que hasta después de la tramitación de juicio el particular podrá presionar a la autoridad para que dé respuesta a su solución.

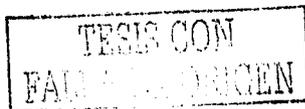
Pues bien, ante esta situación, y por supuesto, sin perjuicio de que el particular acuda a la protección de la justicia federal por medio del amparo, el derecho positivo mexicano ha dado una solución ante la inactividad de la administración, mejor conocida como silencio administrativo, por lo que a continuación se señalan diversos ejemplos donde la legislación contempla esta figura: el Reglamento de la Ley de Aguas de Propiedad Nacional, de 6 de agosto de 1929, artículo 12 dice: "Si la Secretaría de Agricultura y Fomento no aprueba u observa la solicitud presentada o los proyectos que la acompañen, dentro de un término de tres meses, se entenderá otorgada tácitamente su autorización para la construcción de obras. Como se puede ver, ya en nuestra legislación acepta que el silencio de la Administración debe tomarse como resolución favorable, por lo que el silencio se presume como una manifestación de voluntad y sus efectos son en favor del administrado.

Por otra parte, la evolución del Código Fiscal nos da los siguientes ejemplos, principiando por la Ley de Justicia Fiscal de 31 de agosto de agosto de 1936, que señala en su artículo 16 que el silencio de las autoridades fiscales se considerará como resolución negativa cuando no den respuesta a la instancia de un particular en el término que la ley fije o, a falta de término estipulado, en noventa días. Posteriormente, el Código Fiscal de la Federación de 31 de diciembre de 1938, en su artículo 161 señala exactamente lo mismo que lo dispuesto por la Ley de

Justicia Fiscal; en tanto que el Código Fiscal de 19 de enero de 1967 establece que las instancias o peticiones que se formulen a las autoridades fiscales deberán ser resueltas en el término que la ley fija o, a falta de término establecido, en noventa días; el silencio de las autoridades fiscales se considerará como resolución negativa cuando no den respuesta en el término que corresponda; por último, el Código Fiscal de 1 de abril de 1983, dispone en su artículo 37 que las instancias o peticiones que se formulen a las autoridades fiscales deberán ser resueltas en un plazo de tres meses; transcurrido dicho plazo sin que se notifique la resolución, el interesado podrá considerar que la autoridad resolvió negativamente e interponer los medios de defensa en cualquier tiempo posterior a dicho plazo, mientras no se dicte la resolución, o bien esperar a que se dicte.

Otro ejemplo nos lo da el Reglamento Interior de la Comisión Nacional Bancaria, al señalar en su artículo 4 que se considerarán aprobados por la Secretaría de Hacienda, todos los puntos de una acta, respecto de los cuales no haga reserva ni salvedad alguna dicha Secretaría, dentro de los cinco días hábiles siguientes a aquel en que el acta sea entregada en su Departamento de Crédito. Se considerarán igualmente aprobados los puntos reservados de conformidad con el párrafo anterior, si dentro de los treinta días siguientes a la mencionada fecha de entrega la Secretaría no hace ninguna nueva promoción respecto de los acuerdos relativos.

Como se ve, ya en nuestra legislación existen diversos casos en los que el silencio se aprecia de forma positiva, presuponiendo una manifestación de voluntad y surtiendo los efectos de acto declarado, de tal forma que se puede entender como una resolución favorable para el peticionario; a contrario sensu, también se puede ver el silencio en su dimensión negativa, y por lo tanto violentando el derecho de petición, el cual se establece en el artículo 8° de la Constitución.



Capítulo Segundo

Los Derechos Humanos

- i.* La delimitación conceptual de los derechos humanos
- ii.* Los derechos humanos y su concepto
- iii.* Los derechos humanos y la dignidad del ser humano
- iv.* La expansión de los derechos humanos
- v.* Los derechos humanos y sus categorías afines
 - a)* Los derechos humanos como derechos naturales
 - b)* Los derechos fundamentales
- vi.* Perspectivas doctrinales sobre el carácter positivo de los derechos fundamentales
 - a)* Postura del derecho natural
 - b)* Postura del derecho positivo
 - c)* Postura realista
 - d)* Los derechos humanos como derechos subjetivos
 - e)* Los derechos humanos y las garantías individuales
- vii.* Los orígenes de las declaraciones de derechos
 - a)* Los derechos humanos de primera generación
 - b)* La segunda generación de derechos humanos
 - c)* La tercera generación de derechos humanos
 - d)* Los derechos humanos de la cuarta generación

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS DERECHOS HUMANOS

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

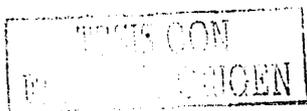
Estudiar hoy en día a los derechos humanos es sin duda referirse a un tema muy propio del lenguaje común de las personas, ya que constituye una especie de moneda ideal con la que se valoran las diferentes concepciones y realidades sociales. Y uno de estos términos es, sin duda, la expresión derechos humanos, la cual se presentó en el siglo XVIII como un criterio inspirador y medida de todas las instituciones jurídico – políticas, y que al final de la segunda guerra mundial, se han convertido en gúla de la doctrina y praxis política de los Estados.

Sin duda los derechos humanos son un signo de nuestro tiempo, y por ende, se comprende la importancia que el tema de los derechos humanos ha cobrado en el pensamiento actual, por lo cual el debate sobre los derechos humanos es cada vez más amplio, tanto así que aparece en el orden del día de los más importantes tribunales internacionales⁷⁹; esto lo podemos interpretar como una señal profética, y acaso la única, de la tendencia del ser humano, hacia una vida más digna.

No obstante, los derechos humanos tienen una significación contradictoria, motivada por la hipertrofia de su empleo, por lo que es conveniente disipar cuanto antes este equívoco, ya que en el lenguaje de la teoría política o jurídica la expresión derechos humanos ha sido empleada con diversas significaciones, y con notable vaguedad⁸⁰.

⁷⁹ Es muy notorio que los derechos humanos han servido de motivo ideal para la actuación de diversas organizaciones internacionales, así como también objeto de numerosas convenciones sobre el tema, e incluso como acicate para la actividad pastoral de las iglesias. En otra perspectiva funcionan como bandera en la lucha por reivindicar a las personas y a los grupos que se consideran marginados del disfrute de los derechos humanos.

⁸⁰ Para algunos, los derechos humanos refieren una constante histórica cuyos orígenes se remontan a las instituciones y al pensamiento del mundo clásico. Mientras que otros, por el contrario, señalan que la idea de los derechos humanos se presenta por vez primera con la afirmación cristiana de la dignidad moral del hombre en cuanto persona. A su vez, frente a estos últimos, hay quienes afirman que el cristianismo no supuso un mensaje de libertad, sino más bien una aceptación conformista del hecho de la esclavitud humana. Sin embargo, es muy frecuente considerar que la primera aparición de los derechos del hombre se dio durante la lucha de los pueblos contra el régimen feudal y la formación de las relaciones burguesas.



Por lo tanto, no debe extrañar que cuando se ha pretendido llevar a cabo una fundamentación filosófica de los derechos humanos, haya resultado imposible llegar a un acuerdo general, e, incluso, que se haya "contestado" la misma posibilidad de buscar un fundamento absoluto para tales derechos⁸¹.

El desacuerdo no ha sido privativo de la especulación filosófica, por lo que el hecho de que se hayan manifestado a escala internacional diversos documentos que parecen reflejar un amplio consenso sobre la necesidad de reconocer los derechos humanos, no debe tomarse en cuenta como un reflejo de una concepción unánime sobre su significado. "Se cuenta – nos dice Jacques Maritain que en una de las reuniones de una Comisión nacional de la Unesco, en la cual se discutía acerca de los derechos del hombre, alguien se admiraba de que se mostraran de acuerdo sobre la formulación de una lista de derechos, tales y tales paladines de ideologías frenéticamente contrarias. En efecto, dijeron ellos estamos de acuerdo tocante a estos derechos, pero con la condición de que no se nos pregunte el porqué⁸²".

Es por eso que la expresión derechos humanos en la teoría y en la praxis ha posibilitado a hacer de este concepto un paradigma muy confuso. Si a esto se agrega la falta de precisión de la mayor parte de definiciones que se suelen proponer sobre los derechos humanos, se hace muy difícil comprender su alcance. Sobre esta vaguedad conceptual de los derechos humanos se ha pronunciado Norberto Bobbio, para quien en la mayor parte de las ocasiones esta

En ocasiones se considera que los derechos humanos son fruto de la afirmación de los ideales iusnaturalistas; en tanto que en otras se considera que los términos "derechos humanos" y "derechos naturales" son categorías que no se implican necesariamente, o, incluso, entre las que antes de una continuidad suponen una alternativa. Cfr. Atienza, Manuel, *Derechos naturales o derechos humanos: un problema semántico*, en el volumen. *Política y derechos humanos*, Valencia, Fernando Torres, 1976, pp. 17 y ss.

Por otra parte, es común sostener que los derechos humanos son el resultado de la progresiva afirmación de la individualidad. Sin embargo, no es hoy menos clásica la teoría que supone el nacimiento de los derechos humanos sobre la base de un criterio económico: cual es la necesidad de justificar y defender el derecho de propiedad de la persona burguesa.

⁸¹ Esta es la opinión del filósofo italiano Norberto Bobbio en su trabajo *L'illusion de fondament absolu*, presentado al Convenio del "Institut International de Philosophie" el cual se celebró en L' Aquila del 14 al 19 de septiembre de 1964 el cual es recogido posteriormente en el volumen de las actas titulado, igual que el objeto de la reunión, *Le fondement des droits de l'homme*. La Nuova Italia, Firenze, 1966, pp. 3 y ss.

⁸² Maritain, Jacques, Introducción al volumen. *Los derechos del hombre, Estudios y comentarios en torno a la nueva Declaración universal reunida por la UNESCO*, México – Buenos Aires, FCE, 1949, P. 15.

expresión o no es realmente definida, o lo es en términos muy poco satisfactorios⁸³.

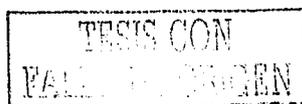
Para el español Enrique Pérez Luño, es posible identificar tres tipos de vertientes respecto al concepto de los derechos humanos, las cuales pueden ser:

- a) Tautológicas, que no aportan ningún elemento nuevo que permita caracterizar tales derechos. Así, por ejemplo, Los derechos del hombre son los que le corresponden al hombre por el hecho de ser hombre.
- b) Formales, que no especifican el contenido de estos derechos, limitándose a alguna indicación sobre su estatuto deseado o propuesto. Del tipo de: los derechos del hombre son aquellos que pertenecen o deben pertenecer a todos los hombre, y de los que ningún hombre puede ser privado.
- c) Teleológicas, en los que se apela a ciertos valores últimos, susceptibles de diversas interpretaciones: "Los derechos del hombre son aquellos imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona humana, para el progreso social, o para el desarrollo de la civilización (...)"⁸⁴.

Resulta claro que sobre tales ideas, como la del perfeccionamiento de la persona humana, el progreso social, o el desarrollo de la civilización, existen múltiples y controvertidas opiniones las cuales dependen del discurso ideológico que se maneje. Por lo tanto, un primer acuerdo muy general sobre estas definiciones, se desvanece en cuanto es preciso concretar el sentido de los valores a los que se remiten. En todo caso, ninguna de las anteriores directrices de definición de los derechos humanos nos permite elaborar una concepción clara, que tenga límites precisos y significativos.

⁸³ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

⁸⁴ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 7ª. ed., Madrid, Tecnos, 2001, p. 25.



2. LOS DERECHOS HUMANOS Y SU CONCEPTO

Como hemos visto, el concepto de los derechos humanos ha sido pervertido al grado de que se han hecho mentir de tal forma las palabras más elocuentes, que ya son insuficientes las declaraciones más solemnes para devolverles a los pueblos la creencia en los derechos humanos.

Los derechos humanos, como tantos otros conceptos clave de la filosofía política y jurídica, poseen una gran carga emotiva que determina que la información que subyace a tales conceptos no se encuentra exenta de contradicciones. Sin embargo, se advierte que esas ideas o conceptos continúan reiterándose, en la teoría y en la práctica, pese a que no sean objeto inmediato de investigación empírica, por lo que puede pensarse que ello se debe a que cumplen una función pragmática, dicha función consiste como se ha apuntado en el caso de los derechos humanos, en su papel de legitimación política.

Tal como se ha señalado, tras la afirmación muchas veces grandilocuente, por medio de los derechos humanos se buscaba poner un freno contra la autoridad autoritaria, y, en suma, contra el carácter omnipotente del poder. Un claro ejemplo de la función política de los derechos humanos nos lo brinda la Declaración de Independencia del pueblo americano de 1776, en la que, por inspiración directa de Thomas Jefferson, se consideran, verdades evidentes: que los derechos son iguales por naturaleza, que han sido dotados por su creador de derechos inalienables, y que, precisamente para asegurar el goce de estos derechos los hombres establecen los gobiernos.

Es a partir de estas precisiones que se puede esbozar una definición de los derechos humanos en términos explicativos, esto es, encaminada a poner de manifiesto cómo debe ser empleada dicha expresión en la teoría jurídica y política de nuestro tiempo para obtener la máxima claridad y rigor a partir de los usos más representativos del término. Al tenor de esto los derechos humanos se nos presentan como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad

humana⁶⁵, mismas que deben ser reconocidas por los ordenamientos jurídicos de carácter nacional e internacional, para lo cual se hace necesario positivarlos en una norma.

La anterior definición pretende conjugar las dos grandes dimensiones que integran la noción conceptual de los derechos humanos, esto es, la exigencia iusnaturalista respecto a su fundamentación y las técnicas de positivación y de protección que marcan la medida de su ejercicio. Es evidente que con esta propuesta de definición no se pretende dar una definición satisfactoria a toda la serie de problemas que como se ha podido constatar, comporta cualquier intento de definición de los derechos humanos.

3. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DIGNIDAD DEL SER HUMANO

El hombre destaca de toda la naturaleza porque aparece como un ser superior al universo material; está dotado de inteligencia, de libertad, y se ubica más allá de la naturaleza y de la historia; la libertad pertenece a la esencia del hombre, a diferencia de las cosas, que tienen su fin fuera de sí; el hombre tiene un fin propio que cumplir por propia determinación.

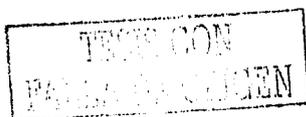
El ser humano no existe sólo de un modo biológico, antes bien, hay en él una existencia más rica y más elevada; superexiste igualmente en conocimiento y en amor, ya que como señala Xavier Zubiri: "El hombre no es su existencia, sino que la existencia es suya; lo que el hombre es no consiste en el decurso de su vida, y

⁶⁵ Estos valores pueden considerarse como los tres ejes fundamentales en torno a los cuales se centra la reivindicación de los derechos humanos, revistiendo, eso sí, en diversos momentos históricos un contenido diverso, no obstante, se les considera como el conjunto de facultades e instituciones destinadas a explicitarlos. La dignidad del ser humano ha sido vista, y es en la actualidad, el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona. Por lo que su reconocimiento en la génesis de la moderna teoría de los derechos humanos no se cuestiona. Basta recordar que la concepción de la dignidad humana, es el fermento inspirador de las declaraciones americanas.

Por lo que respecta a la libertad, esta constituye, el principio aglutinador de la lucha por los derechos humanos, a tal punto que durante mucho tiempo la idea de la libertad, en sus diversas manifestaciones, se identifica con la propia noción de los derechos humanos.

Respecto a la igualdad cabe señalar, que constituyen el derecho más importante de nuestro tiempo, ya que se le considera el postulado fundamental de toda la moderna construcción teórica y jurídico – política de los derechos sociales.

Por último se advierte que el reconocimiento positivo de tales derechos se entiende aquí en su sentido más amplio, que incluye por igual a los instrumentos normativos de positivación que las técnicas de protección y garantía.



su vida es allende el pasar y el quedar. En su virtud, el hombre puede modificar el ser suyo de la vida"⁸⁶.

El filósofo español Legaz Lacambra dice: "el valor de la persona consiste, por lo pronto, en ser más que el mero existir, en tener dominio sobre la propia vida, y esta superación, este dominio, es la raíz de la dignidad de la persona"⁸⁷.

Estudiar el tema de los derechos humanos es adentrarse a uno de los temas más apasionantes en la historia de la humanidad, toda vez que está estrechamente ligado con la dignidad humana. Para el profesor Jorge Carpizo, el tema de la dignidad de la persona tuvo gran impacto "hace poco más de dos siglos con las declaraciones norteamericana y francesa, pero es especialmente después de la Segunda Guerra Mundial y en estas últimas cuatro décadas cuando se convierte en una de las grandes preocupaciones de las sociedades y el tema se internacionaliza."⁸⁸

Como se puede apreciar, para el profesor Carpizo, la dignidad del ser humano como tal reviste una fuerte importancia en la figura de los derechos humanos, esto es así, ya que el salvajismo que se vio con los gobiernos de corte fascista y nazista provocaron una fuerte indignación mundial, misma que continúa vigente⁸⁹, por lo que los seres humanos se vieron ante la alternativa de vivir con gobiernos totalitarios o democráticos, y si bien es cierto que el paso a la democracia no ha sido sencillo, sí lo es que se ha evolucionado hacia regímenes que muestren más apertura al respeto de los derechos humanos⁹⁰, ya que como bien señala el

⁸⁶ Zubiri, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, Madrid, Alianza Editorial, 1994, pp. 46 y ss.

⁸⁷ Legaz Lacambra, Luis, "La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 55, p. 15.

⁸⁸ Carpizo, Jorge, "Los derechos humanos", *Pemex Lex Revista Jurídica de Petróleos Mexicanos*, México, número 41 - 42, noviembre - diciembre, 1991, p. 20.

⁸⁹ Otra autorizada opinión es la del profesor español González Pérez, Jesús, *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 30 y 31. Ya que para el maestro la 2ª Guerra Mundial fue un factor detonante en la evolución de los derechos humanos. La humanidad que salía de una de las más terribles guerras que había conocido en su historia, trataba de iniciar una nueva era, en la que la convivencia entre los pueblos tuviera su fundamento en el respeto a la dignidad humana. Así se declaraba por los Estados Unidos en la Conferencia de San Francisco de 1945, al aprobar la resolución de preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra...; a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y de las naciones grandes y pequeñas.

⁹⁰ En 1945, al término de la guerra, difícil era predecir las tendencias y cambios que se iban a dar en los próximos años para proteger y respetar los derechos humanos. Ha sido una etapa heroica, donde se han logrado importantes victorias pero aún el camino por recorrer es muy largo y muy difícil, porque todavía, a pesar de los grandes progresos internacionales, regionales y nacionales en esta materia, en la gran mayoría de

filósofo italiano Norberto Bobbio, "El reconocimiento y la protección de los derechos humanos están en la base de las Constituciones democráticas modernas."⁹¹

En suma, la paz y la democracia son factores necesarios para el reconocimiento y la protección de los derechos humanos, tanto en el ámbito interno como en el derecho internacional. De manera paralela, el proceso de democratización del sistema internacional es un camino obligado hacia la realización del ideal de la paz perpetua, del que Kant nos comentaba, por lo que resulta necesario la protección de los derechos humanos, aun por encima de los propios Estados.

De manera que derechos humanos, democracia y paz son tres elementos necesarios del mismo movimiento histórico: sin derechos humanos reconocidos y protegidos no hay democracia; y sin democracia no existen las condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos. O, dicho de otra forma, la democracia es la sociedad de los ciudadanos, y los súbditos se convierten en ciudadanos cuando se les reconocen algunos derechos fundamentales. En definitiva, tendremos una paz estable, una paz sin conflictos, si, sólo si, cuando seamos ciudadanos en todo el sentido de la palabra, y esto no es otra cosa que ser ciudadanos del mundo.

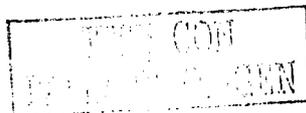
En América Latina, se ha dado en las últimas décadas un proceso de cambio a favor de la democracia, en donde diversos gobiernos autoritarios han sido sustituidos por gobiernos electos popularmente, y por lo tanto en un clima de mayor libertad se ha dado la alternancia pacífica en el poder.

Sin embargo, problemas como la desigualdad, la corrupción, el atraso cultural, así como la concentración del poder en ciertos grupos, nos hacen ver que las democracias latinas tienen aún grandes retos por delante⁹².

los países. hoy en día, existen violaciones de derechos humanos que indignan a la conciencia más moderada, porque aún prácticas atroces como la tortura y las ejecuciones extrajudiciales ocurren cotidianamente en muchos países. Carpizo, Jorge, "Los derechos humanos", *Pemex Lex, Revista Jurídica de Petróleos Mexicanos*, número 41 - 42, noviembre - diciembre, México, 1991, pp. 21 y 22.

⁹¹ Bobbio, Norberto. *El Tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p.14.

⁹² Blázquez, *Los derechos del hombre*, Madrid, 1980, p. 3, dice: "La era de los derechos humanos es al mismo tiempo la era del desprecio a la vida inocente y más necesitada, mediante la legalización del aborto, la eutanasia, la sacralización de la violencia y la liturgia del terrorismo, y que la sensación de engaño cunde por



El nuevo orden constitucional de los Estados intenta ser un instrumento adecuado para mejorar la realidad y fortalecer el sistema democrático, y por ende también busca renovar viejas estructuras, así como crear nuevas instituciones para auxiliar precisamente a esas finalidades; entre otras podemos mencionar: cortes constitucionales, consejos de magistratura, tribunales administrativos, sistemas electorales eficaces y el *Ombudsman*, para que en conjunción todas estas nuevas instituciones posibiliten una vida más digna al ser humano.

Por lo tanto, bien podríamos señalar que las cuatro décadas pasadas fueron de vital importancia en la evolución de los derechos humanos, tanto desde una mirada teórica como práctica, y esto es así, toda vez que en estas últimas cuatro décadas han dado luz un número bastante amplio de convenciones sobre derechos humanos; se han creado tribunales exclusivos sobre derechos humanos, sin dejar de señalar el papel que juegan las comisiones sobre derechos humanos, así como también el Poder Judicial, y que decir de la doctrina, la cual le ha prestado gran atención al tratamiento de los derechos humanos, por lo que en conclusión podemos señalar que la atención que se le presta a este tema nos hace ser optimistas en la posibilidad de habitar un mundo mejor, más justo y digno.

Como se ha visto, la idea de la dignidad humana no está a discusión, pues se le acepta desde las más diversas corrientes filosóficas, ya que se le concibe como un valor supremo; por ello, como muy acertadamente lo señala Héctor Gros Espiell, "los derechos humanos siempre existirán, porque, por ser consustanciales con la idea del hombre, subsistirán siempre ontológicamente y renacerán en la realidad de la existencia política, ya que la libertad jamás podrá ser eliminada, porque el hombre es, en esencia, su libertad"⁹³.

Por otra parte, como lo señala Maritain, es indispensable vincular la dignidad humana con los derechos humanos ya que, estos valores deben formar parte de toda civilización, por lo que esto supone lo siguiente: "Ahora sabemos que, para

doquier, pues paradójicamente, allí desde donde más se delata políticamente la justicia ajena suele ser donde más se mata a conciencia, se odia, se escamece a los buenos y a los verdaderos sabios se les corta democráticamente la lengua".

⁹³ Gros Espiell, Héctor, *Estudios sobre derechos humanos II*, Madrid, Civitas, 1988, p. 292.

defender los derechos de la persona humana igual que para defender la libertad, es conveniente estar dispuesto a dar la vida.⁹⁴

Y para Maritain, esto es así por las siguientes razones:

El hombre es un animal y un individuo, pero no como los otros. El hombre es un individuo que se gobierna a sí mismo por la inteligencia y la voluntad. El hombre no existe solamente de una manera física, hay en él una existencia más elevada, sobreexiste espiritualmente en conocimiento y en amor. De esta manera es, de algún modo, un todo y no solamente una parte, es un universo en sí mismo, un microcosmos en el que el gran universo entero puede ser contenido por el conocimiento, y que por el amor puede donarse libremente a otros seres, que son, para él como él mismo, relación a la que es imposible encontrar equivalente en todo el universo físico⁹⁵.

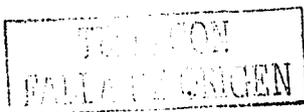
Mucha razón tiene Maritain ya que la persona posee una dignidad absoluta, porque está en relación directa con el universo que puede garantizar su total independencia.

La dignidad de la persona se puede considerar como el rango de la persona como tal. Por lo que ser persona, es un rango, una categoría que no poseen los seres irracionales. Esta superioridad del ser humano sobre los que carecen de razón es lo que se conoce como la dignidad humana, y es precisamente este valor supremo del hombre en el mundo, el que permite sostener que todos los seres humanos sean iguales en dignidad.

La dignidad humana no es la superioridad de un hombre sobre otro, sino de todo hombre sobre los seres carentes de razón. Es pues, el señorío del hombre sobre el mundo, un dominio humano de las cosas y de los seres irracionales.

⁹⁴ Maritain, Jacques. *Los derechos del hombre*, Traducción: Antonio Esquivas, Madrid, Ediciones Palabra, p.14.

⁹⁵ Idem.



No puede olvidarse tampoco el origen divino de la dignidad de la persona. Ya que sólo de esta forma se garantizara el respeto a la misma. Como bien señala Legaz:

El Estado no podrá intervenir en lo que afecta a la libertad y a la dignidad humana, nacidas de su origen divino, y que, por lo tanto, antes pertenecen a dios que al Estado. Los hombres olvidan a menudo este punto de partida, esencial en el orden jurídico; pero vuelven su mirada a Dios cada vez que un nuevo absolutismo, de derecha o de izquierda, suprime libertades o afrenta la dignidad del hombre. A la omnipotencia del hombre no podemos oponer más que la omnipotencia de Dios⁹⁶.

El sentido de respeto hacia la persona humana y su dignidad ha adquirido especial relieve en los últimos años. De esto dan fe, las diversas conferencias, declaraciones y pactos en los que se encuentran reconocidos los derechos humanos, por lo que se articulan medidas para protegerla, y hasta se crean organismos internacionales para reaccionar ante los atentados de los que es objeto la dignidad.

De manera que todos y cada uno, sin excepción, estamos obligados a respetar la dignidad de los demás, por lo que se debe considerar al prójimo como otro yo. Muy especialmente, el Estado viene ineludiblemente obligado a respetar y proteger la dignidad. Reconocida la persona y su dignidad, el Estado y demás entes públicos deben respetarla y protegerla.

Deben, por principio de cuentas, respetarla. Es decir, abstenerse de cualquier medida que suponga un atentado a la dignidad. Todos los poderes públicos vienen sujetos a ese deber ineludible. No podrán promulgar normas, dictar actos imperativos, emitir juicios, imponer condiciones a la actividad humana que, de cualquier forma, supongan desconocimiento, atentado y menoscabo de la dignidad de la persona. Y los Tribunales deberán amparar a la persona ofendida en su dignidad, otorgándole una eficaz protección frente a cualquier poder público.

⁹⁶ Legaz Lacambra, Luis, *op. cit.*, p. 43.

Pero los poderes públicos no sólo están obligados a respetar la dignidad. Deben también protegerla, impidiendo los atentados de los particulares, adoptando las medidas adecuadas para evitarlos y reaccionando ante los ataques de cualquier tipo con medios proporcionales y suficientes.

Incluso deberán protegerla contra la propia persona. Ya que si la dignidad es un derecho, es cierto que también es un deber, ya que por más desvalido que el hombre se presente, hasta por abyecto que un hombre aparezca, tiene derecho a ser tratado como tal, y un deber estricto de no abdicar de su dignidad humana, entre otras razones, porque sería absurdo renunciar a la propia naturaleza tanto de forma específica, como individual. El Estado no puede mantener una postura neutral frente a tales actos por libérrimos que sean de degradación de la persona humana. Como tampoco puede serlo ante los atentados contra la integridad física. Y se encontrara siempre justificada para impedir la actuación contra cualquier acto voluntario de un hombre que atente de cualquier manera contra su propia dignidad. Que el Estado emplee con total energía, dentro de los límites impuestos por el principio de proporcionalidad, los medios de que dispone para impedir que el hombre realice actos que le degraden, no es atentar contra la dignidad. Es defender la dignidad.

Las proclamaciones destinadas a alcanzar el oído de todos los hombres han sido edificadas sobre un compromiso y las cabezas cortadas siguen desfilando delante de las ventanas ideales de la ONU de la misma manera que en 1789 delante de la Asamblea Revolucionaria.⁹⁷

⁹⁷ Vintila Horia, *Los derechos humanos y la novela del siglo XX*, Madrid, 1981, p. 124: "Quiero decir que los 150 millones de víctimas de la Segunda Revolución, los millones de muertos en las guerras que han seguido a la Segunda Guerra Mundial, las del Vietnam, las víctimas del terrorismo revolucionario también y del hambre, las hecatombes organizadas en África con el fin aparente (derecho positivo, anticolonialista, contra el derecho natural de otro tipo de liberación de negros), los crímenes perpetuados en el nombre de la libertad y de la igualdad, todo este holocausto tan universal y mucho más real que las Declaraciones, pone de relieve un abismo entre el Estado y los hombres que lo componen."

Carlos Santiago Nino que principia su libro *Ética y derechos humanos*, Madrid, Paidós, 1984, p. 13, en el que afirma: "los derechos humanos son uno de los grandes inventos de nuestra civilización", no puede ignorar los "genocidios sin precedentes, purgas siniestras, masacres y persecuciones crueles, intervenciones sangrientas de grandes potencias en la vida de otros pueblos, miserias, enfermedades evitables y analfabetismo" que ha presenciado este siglo. Y aunque estime que estos hechos terribles no deben oscurecer los lentos e inseguros avances que se han hecho", tiene que reconocer que la regulación de los derechos en los Ordenamientos positivos, aunque importante, no es ni mucho menos decisivo en tanto no se forme una conciencia moral de la Humanidad acerca de su valor y de la aberración inherente a toda acción inherente a desconocerlos.



Esto mismo la ha señalado expresamente Bobbio: "No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cual es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cual es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados."⁹⁸

De manera que el interés por los derechos humanos no es una moda transitoria, no es algo pasajero que hay que soportar por algún tiempo mientras se crean o reviven otros temas, sino todo lo contrario; los derechos humanos son consustanciales al ser humano, por lo que nunca perecerán ya que éstos se transforman día con día, con la finalidad de adaptarse a los nuevos cambios de la sociedad.

De tal forma que los derechos humanos son el tema de hoy y de siempre porque son lo más valioso que el hombre tiene y es: su dignidad⁹⁹.

4. LA EXPANSIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos poseen una carga extensiva. Por ello entendemos que su protección y la concepción que tenemos de éstos, tanto en el ámbito nacional como internacional, se va agrandando con el paso del tiempo, tanto en el número y contenido de ellos como en la eficacia de su control. Esta idea la expresó magistralmente René Cassin al expresar la impresionante expansión del concepto y de su contenido.¹⁰⁰

Existen derechos que se van reconociendo progresivamente, como los derechos económicos y sociales, los cuales, para que el Estado este en posibilidades de prestarlos o satisfacerlos, es necesario que el país cuente con los recursos materiales, como es el caso de los servicios públicos. Aunque en esta

Por lo tanto, para muchos Estados los derechos humanos les resultan un molesto compañero de viaje.

⁹⁸ Bobbio, Norberto, *Presente y porvenir de los derechos humanos*, "Anuario de Derechos humanos", p. 9.

⁹⁹ La lucha por el reconocimiento de la dignidad humana se puede considerar como una constante en la evolución de la filosofía jurídica y política humanista, la tendencia a la positivación de las facultades que tal dignidad entraña se puede considerar como una inquietud estrechamente ligada a los planteamientos doctrinarios del presente.

¹⁰⁰ Cassin, René, *Les droits de l'homme*, Recueil des Cours, Leyden, Holanda, Academie de Droit International, vol. 140, 1974, p.326.

clase de derechos tenemos los de exigibilidad inmediata, como por ejemplo los de sindicación y de huelga.¹⁰¹

¹⁰¹ Sobre la satisfacción de este tipo de derechos existen dos teorías sobre los derechos humanos, las cuales, al comprenderlas adecuadamente, nos permiten formarnos un criterio sobre que tipo de Estado el socialista o el liberal, protege más estos derechos. Parten de la consideración de los individuos como agentes morales racionales. Las teorías de los derechos humanos, como ejemplo paradigmático de teoría moral ilustrada, se desprenden de una concepción de los seres humanos como agentes morales racionales, lo cual significa que los individuos son concebidos como agentes que gozan de la facultad de tener un sentido de la justicia; es decir, de entender, aplicar y actuar a partir de los principios de justicia, y que cuentan con la capacidad para elaborar planes de vida para revisarlos y modificarlos.

Es esta capacidad de ser libres, de obrar con autonomía, lo que caracteriza a todos los seres humanos y la que les confiere su especial dignidad. Esta capacidad será, precisamente, la que pretenden garantizar los derechos a los que Rawls concede prioridad en el primer principio de justicia, y esa capacidad será la que pretenden garantizar los llamados derechos humanos. En definitiva, el individualismo del que estamos hablando supone que los bienes fundamentales en los que todos pensamos cuando hablamos de derechos humanos son bienes adscribibles a individuos, son bienes de los que disfrutan, o de los que carecen, individuos. Por ello, las teorías de los derechos humanos conciben a estos como derechos individuales y no colectivos, pues sólo los individuos son titulares de los derechos humanos.

La crítica, que con base en planteamientos socialistas se hace al "individualismo", no es la noción de "derechos individuales", sino la consideración de que la naturaleza humana es irredimiblemente egoísta. El blanco de esa crítica socialista debe ser el modelo hobbesiano, ciertamente calificado por McPherson como "individualismo posesivo", y la concepción del individuo y de sus derechos implícita en el mismo, y no toda concepción individualista de la justicia.

Son igualitarias, pues todas las teorías de los derechos humanos parten de la necesidad de tomar en consideración los intereses de todos los individuos por igual. Afirmaba anteriormente, al defender el carácter individualista de las teorías de los derechos humanos, que éstas hacen del individuo (de todos los individuos) el punto de partida de las mismas.

La primera explicación que podemos llamar "liberal - conservadora" o "liberal - burguesa", sostiene que tratamos a todos los seres humanos como iguales cuando el destinatario de la norma es el ciudadano abstracto, olvidando su nacionalidad, raza, sexo, religión, nivel social, etc; es decir, tratamos a todos los seres humanos como iguales cuando la ley es universal, cuando la ley va dirigida a todos y cada uno de los individuos por igual, cuando la norma es la misma para todos. De ese modo, todos los seres humanos somos tratados como iguales, con igual consideración y respeto. En este sentido, la igualdad es entendida como igualdad ante la ley e implica fundamentalmente la no discriminación.

La segunda explicación de carácter socialista ha sostenido que esa igualdad ante la ley es compatible no sólo con graves desigualdades sociales, sino que además no garantiza la satisfacción universal de las necesidades humanas básicas ni, por lo tanto, la elección autónoma de los planes de vida por parte de los individuos. Por ello, los socialistas dirán que dicha noción de igualdad no respeta la exigencia de tratar a todos los individuos como iguales, con igual consideración y respeto, incluso cuestionan que sea compatible con el respeto de los derechos humanos; más bien presentan una noción alternativa de igualdad que parte de la constatación de las graves desigualdades sociales existentes; de la miseria en la que se halla sumida una gran parte de la humanidad; de las barreras de tipo social, económico y cultural existentes para el disfrute de los derechos humanos. De las inhumanas condiciones de trabajo de muchas personas; de las discriminaciones todavía existentes en diferentes parcelas de la vida pública, y que persigue garantizar a todos los seres humanos unas condiciones de vida - materiales y espirituales - dignas. La igualdad implica, tratar de manera igual a los iguales y de manera desigual a los desiguales.

El objetivo se caracteriza por la universal satisfacción de las necesidades humanas básicas y por la capacidad universal de elegir autónomamente sus planes de vida. El principio de igualdad contendría, por tanto, dos tipos de exigencia aparentemente contradictorias: por un lado la igualdad implicaría no discriminación, es decir, tratar de manera igual a los seres humanos, con independencia de las diferencias que puedan existir entre nosotros, pues dichas diferencias no nos hacen desiguales; pero, por otro lado, hay criterios que sí nos hacen desiguales, no esencialmente pero sí a efecto de justificar diferentes tratamientos en función de que satisficamos o no el criterio de referencia. Permanecer ciegos ante las muchas diferentes existentes entre los

Otro autor Pedro Nikken, señala que la progresividad en el entorno internacional implica que la protección de los derechos humanos viene a ser una suerte de programa llamado a establecerse paulatinamente, pero sin implicar garantía alguna de forma inmediata; además de señalar que la exigibilidad de las obligaciones asumidas por las partes en una convención sobre derechos humanos no está sometida de manera alguna a una especie de plazo o condición, por lo que este autor señala: "Lo cierto es que, aun cuando el sistema internacional de protección a los derechos humanos adolece de numerosas deficiencias y limitaciones, ha sido y sigue siendo objeto de una rápida evolución."¹⁰²

Desde 1945 a la fecha se han celebrado decenas de convenciones multilaterales relativas a los derechos humanos y así mismo se aprecia un aumento de los órganos encargados de velar por el respeto de los derechos humanos.¹⁰³

Hay que tener presente que esta evolución no es por la buena voluntad de los Estados, ya que muchas veces estos órganos actúan en, contra de los intereses de los Estados, produciendo, por ende, situaciones de tensión y de conflicto entre estos, por lo que lo importante en la evolución de los derechos humanos es el papel que juega la opinión pública internacional, así como también la cultura, y, por supuesto, los medios de comunicación, tan importantes en la sociedad hoy en día, tanto que se le ha dado en llamar el "cuarto poder", por la fuerte influencia que tienen en el mundo, la cobertura tan amplia de estos, toda vez, que éstos factores

seres humanos (pensemos en determinadas diferencias económicas, de salud o de inteligencia), o reivindicar que el derecho permanezca igualmente ciego ante muchas de esas diferencias condenaría a un gran número de personas (por ejemplo los enfermos, o los niños nacidos en medios miserables, desafortunados) a la pobreza y a la insatisfacción de necesidades básicas, y, en definitiva, les impediría poder ser autónomos, dueños de su destino. Difícilmente podríamos sostener que un ordenamiento jurídico que no toma en consideración dichas diferencias trata a los seres humanos como iguales, con igual consideración y respeto. La exigencia que todas las teorías de los derechos humanos asumen de tratar a todos como iguales obligaría a tratar de manera diferente a las personas en función de que se encontraran – o no – en una situación tal en la que el disfrute de los derechos humanos pudiera estar en peligro. Amuchástegui González Jesús, *Ética y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2000, pp. 18, 19, 20, 21, 22 y 23.

¹⁰² Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos su desarrollo progresivo*, Madrid, Civitas, 1987, p. 18.

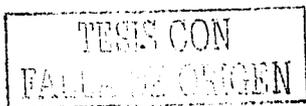
¹⁰³ Para darse un ejemplo de la evolución cronológica véase el excelente libro *Textos internacionales de derechos humanos I y II*, de los españoles Javier Hervada y José M. Zumaquero, de editorial Eunsia.

posibilitan una politización en la sociedad, misma que empuja por las transformaciones en la sociedad.

Otro aspecto importante de la evolución se da, como acabamos de decir, por los cambios que ocurran en la sociedad, ya que al transformarse ésta, el ciudadano va necesitando que se le reconozcan nuevos derechos; por ejemplo al ciudadano del siglo XIX no le resultaba muy importante en ese momento la ecología, toda vez que no era un problema, pero sí en cambio en una primera etapa, que da principio con la era moderna, y abre paso a un concepto global de derechos humanos y a la reivindicación, por parte de la burguesía emergente, de los derechos fundamentales de corte liberal – individualista, los cuales se les conoce hoy en día como derechos civiles y políticos, que pertenecen a la primera generación de Derechos Humanos, que se plasmaron en las declaraciones de derechos de Francia y de Norteamérica. En cambio, tenemos actualmente una generación que se está conformando, que es la llamada generación de solidaridad o de tercera generación, la cual sostiene, entre otros puntos, el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado, el derecho a la paz, etcétera. En suma, los derechos surgen y se van precisando como respuesta a los problemas del hombre y de la propia humanidad en su etapa de desarrollo.

Pese a que la tendencia expansiva de los derechos humanos trae consigo ciertos aspectos positivos, como lo es el hecho de que se le dé una mayor cobertura al ser humano frente al Estado, también lo es que la sola mención de algunos de los derechos que integran las diversas generaciones o etapas, surge con toda claridad en la noción de derecho que en ellas se utiliza, la cual en ocasiones resulta ser extremadamente equívoca; en efecto, para el argentino Carlos Ignacio Massini – Correas, “poco puede existir en común entre la libertad de prensa, el derecho a las vacaciones, el derecho a la paz, el aborto, el de los animales a no ser comidos y el de los ríos a no ser contaminados, de manera que todo esto no puede sino llevar, en el orden de la praxis humana, a la degradación de una idea que, a fuerza de querer significarlo todo, termina no significando nada”¹⁰⁴

¹⁰⁴ Correas – Massini, Carlos Ignacio, “El pensamiento contemporáneo acerca de los derechos



No obstante las críticas que se le puedan hacer al concepto de derechos humanos, es alentador el avance logrado en esta materia, ya que ante las grandes atrocidades producidas por el ser humano, es preciso difundir más el tema de los derechos humanos, así como también dotarlos de eficacia práctica, ya que sólo de esta forma servirán como un dique ante las barbaridades cometidas por los Estados en perjuicio de la dignidad del ser humano.

5. LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS CATEGORÍAS AFINES

El término derechos humanos entraña para muchos un conflicto, ya que le añaden a este término diversas categorías similares, las cuales nos conducen a diversas tentativas sobre como definir los derechos humanos, por lo que tal vez sea la tarea más difícil y comprometida, y prueba de esto son las numerosas propuestas de definición que dan los autores que se ocupan sobre el tema.

La expresión derechos humanos aparece relacionada con otras denominaciones que, en principio, parecen designar a realidades muy próximas, si no a una misma realidad. Entre estas expresiones podemos citar las de: derechos naturales, derechos fundamentales, derechos subjetivos, garantías individuales. Por lo que es conveniente estudiar las relaciones respectivas entre cada una de ellas y la noción del concepto derechos humanos. Este análisis deberá ser estudiado de forma somera, ya que un estudio pormenorizado del problema requerirá, de por sí, una investigación profunda, la cual supera los límites de este trabajo.

A. LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS NATURALES

Para el español Manuel Atienza la relación entre derechos humanos y naturales puede expresarse de la siguiente forma: "unas veces se considera que los derechos humanos son el fruto de la afirmación de los ideales naturalistas; en tanto que en otras se considera que los términos "derechos naturales" y "derechos

humanos", revista *Persona y Derecho, Suplemento Humana Iura* 1, Pamplona, 1991, p. 260.

humanos" son categorías que no se implican necesariamente, o, incluso, entre las que antes de una continuidad existe una alternativa"¹⁰⁵

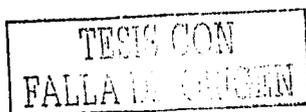
Por lo que sin duda, una expresión sumamente antigua para hacer alusión a los derechos humanos es la del *iusnaturalismo*, entendida esta postura como una escuela que fundamenta los derechos humanos¹⁰⁶.

El problema de la relación entre los derechos humanos y los derechos naturales reviste una importancia muy especial desde la perspectiva de la génesis de los derechos humanos. En efecto, mientras que para el pensamiento naturalista la teoría de los derechos humanos surge como una continuación de los derechos naturales, dicha concepción es negada por los positivistas. Para esta escuela de pensamiento, se puso de relieve el apuntar que para las diversas fundamentaciones de los derechos humanos no existe una implicación entre ambos términos, e incluso para algunos lo que implica es una total ruptura. Basta por el momento señalar que se encuentra muy generalizada la tendencia a considerar los derechos humanos como un concepto más amplio que el de los derechos naturales, aun desde la perspectiva doctrinal de quienes aceptan una vinculación entre ambas expresiones. Así, una tradición doctrinal, misma que tuvo una clara expresión en Thomas Paine, tiende a referirse a los derechos humanos como una conjunción de los derechos naturales, ya que para este son: "aquellos que le corresponden al hombre por el mero hecho de existir", y los derechos civiles, "aquellos que le corresponden al hombre por el hecho de pertenecer a la sociedad"¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Cfr. Atienza, Manuel. "Derechos naturales o derechos humanos: un problema semántico", en el vol. *Col. política y derechos humanos*, Valencia, Fernando Torres, . 1976, pp. 17 y ss.

¹⁰⁶ Una clara definición sobre lo que entendemos por *iusnaturalismo* la encontramos en el maestro de la universidad de Turín, Norberto Bobbio, que expresa en los siguientes términos: "por *iusnaturalism* entiendo aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y sostiene la primacía del primero sobre el segundo. Por positivismo jurídico entiendo aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho que el positivo...por *iusnaturalismo* entiendo la teoría de la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo; por positivismo jurídico la teoría de la exclusividad del derecho positivo. El *iusnaturalismo* es dualista; el positivismo jurídico, es monista". Véase: Bobbio, Norberto, "*Iusnaturalismo y positivismo jurídico*" (traducción Ernesto Garzón Valdés), en *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1992, p. 167.

¹⁰⁷ Paine, Thomas. *Los derechos del hombre*, traducción castellana. De J. A. Fernández de Castro y T. Muñoz Molina, México, FCE, . 1944, p. 61.



Sin lugar a dudas, podemos sostener que es en buena medida que se debe a los filósofos del derecho natural la formación de la idea de los derechos humanos, ya que fue precisamente el pensamiento *iusnaturalista* el que plantea por primera vez el concepto de derechos humanos que se deducen de la naturaleza humana, derechos absolutos, de universalidad y eterna validez, anteriores a la sociedad misma y al Estado, los cuales resultan de obligado reconocimiento y protección a favor de las personas, que no requieren otra condición que la pertenencia a la raza humana.

Es evidente que con la locución derechos humanos se pretende hacer algún tipo de referencia al hombre. Ya en la Declaración de Derechos hecha por el pueblo de Virginia de 1776 se declara que: "todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos", y en la Declaración francesa de 1789 se mencionan unos "derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre", mismas ideas que se repiten en otros textos modernos y contemporáneos. Aquí no parece haber muchas dudas: cuando hacemos la distinción entre derechos humanos y derechos positivos,¹⁰⁸ es decir, de aquellos derechos que tenemos porque el Estado o la comunidad nos los da, normalmente por medio de la ley o la costumbre. Lo dicho no supone impedimento alguno para que los derechos humanos no puedan estar en un sentido positivo. Ya desde el siglo XVIII se ha intentado hacerlo en diversos documentos, en los cuales se recalca la idea de derechos innatos, cuya existencia es anterior a los documentos e incluso al Estado mismo.

Todo derecho, con su capacidad de incidir coactivamente en el entorno de la libertad individual, exige un fundamento de legitimación, si desea diferenciarse de la mera imposición por la fuerza. Esto en el caso de los derechos humanos es una necesidad de suma importancia, la cual encuentra respaldo en el derecho natural toda vez que los derechos humanos se presentan como prelegales y prístales, capaces por tanto de condicionar esa fuerza, sin contar, por otra parte, con respaldo de mayor eficacia.

¹⁰⁸ Sobre la anterioridad o preexistencia de los derechos humanos a la legalidad positiva: Javier Hervada, "Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho", en C. I. Massini (ed), *El iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 109 - 124.

Desde una perspectiva netamente normativa, los derechos humanos no se pueden entender como jurídicos; serían más bien expresión de exigencias morales o vehículo para la defensa contra las pretensiones arbitrarias. De tal forma que sólo su inclusión en una norma los transformaría en estrictamente jurídicos. De manera que cuando se piensa, en forma contraria, que la norma es un medio para expresar el derecho y garantizar su efectividad, el panorama es cambiante. Así, no toda aspiración, por razonable que pueda ser, es un derecho, sino sólo aquella que tiene en cuenta el imprescindible ajustamiento con las posturas de la convivencia social.

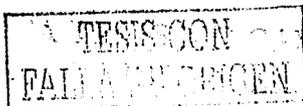
La noción derecho natural está íntimamente ligada a la idea de derechos humanos, ya que el hombre se percató de que es imposible vivir –vivir, no biológicamente, sino como persona –si no se le aseguraban ciertos derechos, que él sentía como suyos. Los derechos humanos son límites exteriores de existencia. En suma, son la base, de la dignidad humana, misma que contiene una serie de principios que anteceden a la ley humana, y esta no puede violarlos.

Se puede decir que los derechos humanos en su origen fueron concebidos como derechos innatos; es decir, como derecho natural, y por lo cual siguen siendo explicados por los que sostienen esta postura como derecho natural¹⁰⁹.

En suma, lo que propone la concepción clásica del derecho natural de corte tradicional, es una regla de conducta que busca como destinatarios a los soberanos, a los cuales les impone el ejercer el poder respetando ciertos principios morales.

Pero es en la época de las grandes guerras de religión, con las doctrinas de los monarcómacos, que se comenzó a sostener insistentemente que cuando el soberano viola la ley natural, surge en los súbditos (individual o colectivamente, según los casos) el derecho de resistencia. La afirmación del derecho de resistencia, que se resolvía en la teoría según la cual frente a la violación de la ley

¹⁰⁹ Para el español Francisco Rubio Llorente, esta idea tiene aún, tanto en España como fuera de ella, distinguidos veladores explícitos y no pocos adeptos vergonzantes. La crítica filosófica iniciada ya a finales del siglo XVIII la ha socavado profundamente y, en consecuencia, muchos de los filósofos que afirman la existencia de derechos previos a cualquier ordenamiento positivo y condicionante de una fórmula u otra de la validez de éste, han de sostener su tesis sin recurrir al derecho natural. Venezuela, Ver *Revista Política*, enero – junio de 2001, número 26, 2001, p. 111.



natural por parte del soberano la desobediencia civil es legítima, transformaba la obligación del soberano de imperfecta en perfecta, en el sentido de que, admitido el derecho de resistencia, el soberano respondía de sus delitos contra el derecho natural no solamente ante Dios, sino también ante sus súbditos. De tal modo, la ley natural, que en un primer momento tenía por destinatarios sólo a los soberanos, a los cuales imponía obligaciones, se dirige desde entonces también a los súbditos, a los que atribuye derechos.

De tal guisa, que el fundamento jurídico de la obligación de los soberanos de respetar la ley natural no era otro que el que los soberanos tenían obligaciones por la sencilla razón de que los ciudadanos tenían derechos; o, dicho de otra forma, que los súbditos tenían derecho de resistencia frente a la ley injusta porque la ley injusta violaba los derechos preexistentes de los súbditos. En suma, el derecho subjetivo natural del ciudadano no fue ya tanto la consecuencia de la infracción de un deber por parte del gobernante, como acontecía en las teorías de resistencia, de manera que el gobernado tenía aquel deber porque el ciudadano tenía aquel derecho.

O, dicho de distinta forma: el derecho natural ha tenido como misión principal y como permanente función histórica la de poner límites al poder estatal. Todo esto, ya que la teoría de los derechos naturales representa la afirmación de los límites al poder estatal, considerado no sólo desde la perspectiva del exclusivo deber de los gobernantes, sino también desde la óptica de los derechos de los gobernados.

Recapitulando: los derechos humanos nacen en el marco de una relativa unidad doctrinal, que no es otra cosa que la aceptación de un Estado de naturaleza en el que el hombre gozaba de derechos investidos de una cierta divinidad; postulación ésta del contrato social, origen de la sociedad política; consenso acerca de la nómina de los derechos fundamentales del ser humano: libertad, igualdad ante la ley, propiedad, resistencia a la opresión; convicción acerca de la existencia de una naturaleza humana, fundamento de la "dignidad del hombre", etcétera, pero el embate llevado a cabo por el positivismo sobre estos supuestos, ya en el pasado siglo, llevó a la pérdida – o al menos al debilitamiento del consenso que anteriormente existía al respecto.

El francés Jean Rivero precisa esta idea sosteniendo que:

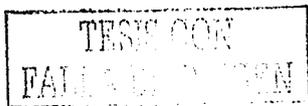
El marxismo, personalismo, positivismo jurídico han atacado el uno la idea de permanencia de la naturaleza humana independientemente del curso histórico, el otro el individualismo inherente a la teoría del contrato social, y por último, el ataque a la concepción de un derecho trascendente al ordenamiento positivo. Por lo tanto, Estado de naturaleza, contrato social: los dos mitos fundadores no han sobrevivido a estas dos críticas. Han ingresado a la historia de las ideas. No proveerán ya a los derechos del hombre que, sin embargo, han engendrado – de una justificación aceptable para los espíritus contemporáneos¹¹⁰.

Por otra parte, en el esquema de Eugenio Bulygin, el cual comparto cuando señala el autor argentino que “los derechos humanos no son algo dado, sino una exigencia o pretensión. Recién con su “positivización” por la legislación o la constitución los derechos humanos se convierten en algo tangible, en una especie de realidad, aún cuando esa “realidad” sea jurídica. Pero cuando un orden jurídico positivo, sea este nacional o internacional, incorpora los derechos humanos, cabe hablar de derechos humanos jurídicos y no ya meramente morales”¹¹¹.

Tiene mucha razón el profesor argentino, al señalar que los derechos humanos en tanto no entren al entorno del derecho positivo, éstos están en un estado de fragilidad, de manera que no debemos cerrar los ojos a la realidad y postular un terreno firme donde no lo hay. Por lo tanto, es iluso crear una ilusión cuando no la hay y la realidad es otra. En suma, en el entorno del derecho natural o una moral absoluta, los derechos humanos son muy frágiles. Por lo tanto, la opción no es de ninguna manera crear sustitutos ficticios para tranquilidad del débil, sino todo lo contrario, se debe afrontar la situación con coraje, ya que si pretendemos que los derechos humanos tengan vigencia efectiva hay que lograr

¹¹⁰ Rivero, Jean, “Sobre la evolución contemporánea de la teoría de los derechos del hombre”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, 25, 1985, p. 190.

¹¹¹ Bulygin, Eugenio, en revista “*Doxa*” (*cuadernos de filosofía del derecho*), número 4, Alicante, España, 1987, p. 83.



que el legislador positivo los asegure a través de las disposiciones constitucionales correspondientes, y, por lo tanto, que los hombres respeten la constitución.

Por eso, el fundamento de los derechos humanos en el derecho natural o en una moral absoluta no sólo es teóricamente poco conveniente, sino políticamente sospechoso, pues una fundamentación de este tipo tiende a la creación de una falsa sensación de seguridad: si los derechos humanos tienen una base humana tan firme, no hace falta preocuparse mayormente por su suerte, ya que estos no serán aniquilados por el hombre. Para la postura positivista, en cambio, los derechos humanos son una postura muy frágil, pero no por ello no valiosa conquista del hombre, misma que se le debe cuidar con especial esmero, si no queremos que esa conquista se pierda, como tantas otras.

Por lo tanto, el fundamento de los derechos humanos lo encontramos fuera del Estado; sin embargo, el contacto recíproco entre derecho natural y derecho positivo permite esclarecer lo que en el segundo hay de reconocimiento tanto como de carácter constitutivo de los derechos, ya que la fase de reconocimiento es de positivización o recepción de los derechos naturales del hombre en el mundo jurídico, y la fase constitutiva – sin separarse de lo real de la otra – implica "constituir" (o transformar) en derechos positivos a los que, previamente, el deber ser ideal del valor exige como debidos a la persona humana.

Es verdad que eso que denominamos derechos humanos no es una pieza de museo, objeto de mero interés retrospectivo; por el contrario es aquello que se encuentra presente en nuestra cultura jurídica y política que alienta nuestro interés teórico y que repercute en nuestra vida práctica. O dicho de otra forma, que su historia no ha terminado y que depende, en gran parte, de nuestras actitudes que se concluya o que prosiga. Pero también es cierto que mucho de lo que se comenta sobre derechos humanos y se hace sobre derechos humanos tiende a reproducir, rechazar o reformar las ideas o supuestos que la tradición ha designado con ese nombre. Por ello, nada mejor para aclarar su significado que esa referencia a las raíces históricas de su consagración conceptual, para así

poder ser más precisos y señalar en qué contextos tales derechos tuvieron y pueden tener razón.

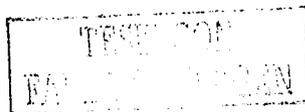
El concepto derechos humanos tiene como antecedente inmediato la noción de los derechos naturales en su concepción doctrinal elaborada por el iusnaturalismo racionalista.

En ocasiones este proceso evolutivo de subjetivación del derecho natural desemboca en los derechos del hombre como un quiebre respecto a la anterior tradición, dicha ruptura el español Pérez Luño la ilustra de la siguiente manera:

Esta es la tesis mantenida por Pietro Piovani; para quien la teoría de los derechos naturales no supuso la supervivencia o renovación de las doctrinas medievales del derecho natural, sino la afirmación de una doctrina del todo diferente, que oponía al objetivismo iusnaturalista clásico el subjetivismo moderno y que prelude la postivación constitucional de las libertades individuales. Todavía es más tajante Rudolf Wiethölter cuando sostiene que los derechos de libertad e igualdad política modernos no han sido el producto de la secularización del derecho natural cristiano, sino que se han forjado en la lucha contra éste. Ya que, en su opinión, el fundamento de los derechos humanos de la Edad Moderna no se basa en el derecho natural, sino en las victorias de la propia sociedad política¹¹².

No obstante, esta postura no contribuye a ubicar los derechos humanos en el contexto significativo histórico – doctrinal que les es propio. En efecto, durante los siglos XVI y XVII una serie de teólogos y juristas de la Escuela española, representó un gran esfuerzo de adaptación del iusnaturalismo escolástico medieval a los problemas de la modernidad, por lo que prestaron una decisiva contribución a la afirmación de los derechos humanos desde diversas perspectivas. Así se encuentra ya en Francisco Suárez, una clara delimitación del concepto de derecho natural subjetivo a partir de su conocida distinción entre el derecho como norma y el derecho como poder moral; a la vez que aluden a

¹¹² *Idem.*



algunos derecho naturales tales como: el de libertad, el de propiedad común o privada de los bienes.

Fernando Vázquez de Menchaca, jurista español del siglo XVI, fue quien elaboro una de las primeras y más claras reivindicaciones de los derechos naturales individuales, un sector de la doctrina ve en él una contribución importante a la difusión del término *iura naturalia*, con el que este autor hace referencia a aquellos derechos que poseen las personas sobre la base del derecho natural¹¹³.

Al entrar en contacto con pueblos de cultura de tipo rudimentaria y primitiva, desde luego, muy diferentes desde las hasta entonces conocidas, la misma noción de hombre fue puesta en cuestión. La nueva situación llevó a plantear, de inmediato, el estatuto moral y jurídico, tanto en el plano individual como colectivo de los pobladores del nuevo mundo. Es en estas coordenadas que debe situarse el esfuerzo intelectual de diversos teólogos – juristas españoles, y, de especial modo, de Francisco de Vitoria y Bartolomé de las Casas, dirigida al reconocimiento de unos derechos básicos fundados en el derecho natural, a todos los hombres por el sólo echo de serlo¹¹⁴.

De manera análoga la experiencia jurídica anglosajona, el tronco de las libertades tradicionales inglesas trasplantado a las nuevas condiciones socio económicas de las colonias americanas, y con influencia del naturalismo de corte racional, se desembocó en unas declaraciones donde no se conoce unos derechos patrimonio de cierto tipo de grupos, sino que se reivindican en el ámbito universal: como derechos del hombre.

Poco después la Déclaration des droits de l' homme et du citoyen de 1789 y la obra *The rights of man*, escrita en 1791 por Thomas Paine, contribuyeron de forma poderosa a la difusión en el plano normativo y doctrinal de la expresión derechos humanos.

¹¹³ Un papel muy importante le corresponde al pensamiento español en la formación conceptual de los derechos humanos a partir de la doctrina del iusnaturalismo. Este hecho se produce en el marco de las inquietudes y polémicas intelectuales que se suscita en la España del siglo XVI el descubrimiento y conquista de América.

¹¹⁴ Cfr. Truyol y Serra, Antonio, *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1968, pp. 12 y ss.

Un análisis atento a los límites externos de los derechos humanos muestra que estos no pueden extrapolarse de su contexto, que no es otro que el que le viene dado por el carácter de la ley natural.

La ley natural tal como lo muestra la doctrina clásica sobre el particular, la cual fue elaborada por Tomas de Aquino, posee entre otras propiedades, las de su carácter originario, universal e inmutable.

Los preceptos de la ley natural son originarios por su condición de innatos y su evidencia intrínseca¹¹⁵. Por responder a las inclinaciones del ser humano, Dios ha señalado los principios de la ley natural en la mente del hombre, por lo que es naturalmente cognoscible¹¹⁶.

La ley natural es universal; en sus orígenes es la misma para todos los hombres, tanto por la rectitud de su inteligencia como por el conocimiento de ésta.

En lo que corresponde a esos principios la ley natural es inmutable, y por eso mismo no puede ser borrada de los corazones de los hombres¹¹⁷.

Por lo que estas propiedades de la ley natural recuerdan, en muchos sentidos, a las connotaciones de los derechos naturales o humanos en los textos de sus principales teóricos doctrinales y declaraciones normativas.

Estas ideas hallaron puntual síntesis en la Declaración de Derechos del buen Pueblo de Virginia, que proclamaba en su párrafo I: "Todos los hombres son por naturaleza libres e independientes y tienen derechos innatos de los que no pueden privar a la posteridad por ningún pacto", o la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en la que se afirma que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos, y que el fin de toda asociación política es el de la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre¹¹⁸.

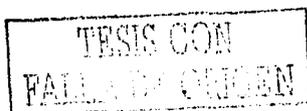
El deseo de ubicar a los derechos humanos en el plano de lo absoluto e incondicionado llevó a las principales construcciones modernas de su teorización a inspirarse, de forma conciente o inconsciente, en las prioridades básicas de la ley

¹¹⁵ De Aquino, Tomas, *Summa theologica*, I – II, q. 94, a. 2.

¹¹⁶ *Ibidem*, I – II, q. 94, a. 5.

¹¹⁷ *Ibidem*, I – II, q. 94, a. 6.

¹¹⁸ Artículos 1 y 2.



natural, que la ubicaban por encima de cualquier contingencia. Por ese motivo, la actitud de la doctrina que pretende trazar una fractura entre la ley natural y su analogado jurídico, lejos de contribuir a dilucidar el sentido de los derechos naturales, los oscurece¹¹⁹.

Así como, mediante la metáfora de unos derechos comunes a todos los hombres situados en el plano de los valores absolutos, universales e intemporales, el pensamiento naturalista del siglo XVIII halló una fórmula de vital importancia para una nueva legitimación del poder político. Con esto, lo que se buscaba era situar determinadas esferas de la convivencia humana por encima de las posibles arbitrariedades de quien detentara el poder. Se trataba, pues, de hacer de la autoridad y de la propia asociación política instrumentos encaminados a la consecución de aquellas facultades que se reputaban inherentes por naturaleza a toda la humanidad.

B. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

"El término derechos fundamentales, *droits fondamentaux*, aparece en Francia hacia 1770 en el movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789, la expresión ha alcanzado especial relieve luego en Alemania, donde bajo el título de los Grundrechte se ha articulado al sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, en cuanto fundamento de todo el orden jurídico – político. Este es su sentido en la Grundgesetz de Bonn de 1949"¹²⁰.

De ahí que gran partè de la doctrina entienda que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en las Constituciones estatales.

Es más, otra corriente ha querido entender a los derechos fundamentales como aquellos principios que resumen la concepción del mundo y que informan la ideología política de cada ordenamiento jurídico; además, a esta figura también se

¹¹⁹ El nexo entre derechos del hombre y ley natural ha servido de título para una conocida obra de Jaques Maritain, si bien en ella las relaciones entre ambos términos vienen estudiado de manera diversa a la que aquí se sostiene

¹²⁰ Pérez Luño, Antonio Enrique, *op. cit.*, p. 30.

le puede concebir como la síntesis de las garantías individuales contenidas en la tradición de los derechos subjetivos y las exigencias sociales derivadas de la concepción institucional del derecho.

Frente a estas caracterizaciones de los derechos fundamentales que coinciden en situarlos en el plano de la estricta positividad, no ha faltado quien postulara su naturaleza ambivalente. De este modo, se les considera como las resultantes de las exigencias de la filosofía de los derechos humanos con su plasmación normativa en el derecho positivo.

Si consideramos a los derechos humanos, en un entorno positivo, es posible entenderlo tal como lo dice Carlos I. Massini Correas, quien sostiene que toda norma, deber o derecho es puesto originalmente por una autoridad estatal o social, es decir que, para el positivismo jurídico, no existe ninguna norma o principio en materia de derecho que no sea creación del Estado o de la sociedad misma¹²¹. Esta corriente está representada por diversos positivistas, tales como Hans Kelsen, Roberto Vernengo, o Alf Ross, para quienes no existe ninguna otra dimensión jurídica que la estrictamente positiva.

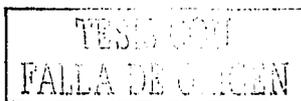
Sobre la misma cuestión, pero tomando como punto de referencia al español Gregorio Peces Barba, sus argumentaciones las podemos resumir de la siguiente manera:

Los derechos fuera de las normas carecen de toda realidad jurídica, puesto que no hay más derecho que el derecho valido, y no tiene sentido distinguir entre derechos recogidos en el derecho positivo, por una parte, y derechos humanos como noción prescriptita de unos valores de la persona humana enraizados en una normatividad suprapositiva, pero que deben ser recogidos, garantizados y regulados en cuanto a su ejercicio por el derecho positivo¹²².

Por lo tanto, en qué tipo de texto y en qué contextos sistemáticos las Constituciones escritas abordan el tema de los "derechos humanos", como se trata

¹²¹ Massini Correas, Carlos I., *Los derechos humanos*; Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2a. ed., 1994, p. 207.

¹²² Peces Barba, Gregorio, *Escritos sobre derechos fundamentales*; Madrid, Eudeba, 1988, pp. 226 - 241.



en relación con los derechos civiles para sus propios ciudadanos y si es posible observar tendencias de desarrollo. Está es una cuestión que advierte con claridad el alemán Peter Haberle, al sostener:

Esta dualidad ya había sido formulada en la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789. Es de suponer, que la Declaración de los derechos humanos de la ONU de 1948 y los dos pactos de los derechos humanos de la ONU de 1966 hayan provocado una "ayuda en el texto" específico de los derechos humanos a favor de la integración de los derechos humanos (universales) en el estado constitucional (nacional), que por supuesto tiene que depender de los derechos civiles de "su" pueblo. Por supuesto que la "dualidad" de los derechos humanos y civiles también proporciona al Estado constitucional la posibilidad de una "legitimación doble". La dualidad alcanza la aporía, cuando se piensa que prácticamente todos los Estados constitucionales utilizan como fundamento las garantías de la dignidad humana escritas o no escritas y que después además diferencian entre derechos humanos y derechos civiles¹²³.

Sobre lo anterior, y para mejor ubicación de la cuestión podemos ver los siguientes ejemplos: el preámbulo de la Constitución del Perú (1979) expresa su decisión de fundar un Estado democrático, que garantice el respeto de los derechos humanos a través de instituciones estables y legítimas.

En tanto que el artículo de principios 2 de la Constitución de Italia (1947) reza: "La República reconoce y garantiza el derecho inviolable del hombre, ya sea como individuo, o integrado dentro de las comunidades sociales".

Otro ejemplo lo tenemos en el preámbulo de la Constitución española (1978): "la Nación española está inspirada por el deseo, de proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de la aplicación de los derechos humanos".

¹²³ Peter Haberle, "El concepto de los derechos fundamentales", *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 1994, p. 85.

En suma, es tan importante el incorporar a los derechos humanos, a la legislación positiva, que ya el propio racionalismo iusnaturalista postula la necesidad de la positivización, porque considera insuficiente al derecho natural. Concretamente, esta idea está en Hobbes, Locke, Pufendorf y Burlamaqui, entre otros.

En todo caso, se advierte una cierta tendencia, más no absoluta como lo prueba el enunciado de la Convención Europea, a reservar la denominación derechos fundamentales para designar a los derechos humanos positivados en el ámbito interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es más usual en el plano de las declaraciones y convenios internacionales¹²⁴.

¹²⁴ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, traducción de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001, pp. 19 y 20. el italiano Ferrajoli entiende por derechos fundamentales lo siguiente: "Propongo una definición teórica, puramente formal o estructural, de derechos fundamentales: son "derechos fundamentales" todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a "todos" los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho "subjetivo" cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por "status" la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas. Para el italiano Ferrajoli, esta es una definición teórica ya que, aún estando estipulada con referencia a los derechos fundamentales positivamente sancionados por leyes y constituciones en las actuales democracias, o dicho de otra forma los derechos fundamentales son los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, como ciudadanos capaces de obrar. Por lo que estos son tutelados como universales, y por ende fundamentales tales como: la libertad personal, la libertad de pensamiento, los derechos políticos, sociales. No obstante, allí donde tales derechos fueran alienables y por tanto virtualmente no universales, como sucedería en una sociedad esclavista o mercantilista, estos no serían universales ni, en consecuencia, fundamentales. Posteriormente Ferrajoli, propone cuatro tesis sobre los derechos fundamentales las cuales identifica de la siguiente manera: "La primera remite a la radical diferencia de estructura entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, concernientes los unos a enteras clases de sujetos y los otros a cada uno de sus titulares con exclusión de todos los demás".

La segunda tesis supone: "que los derechos fundamentales, al corresponder a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello de lo que llamare dimensión "sustancial" de la democracia, previa a la dimensión política o "formal" de esta, fundada en cambio sobre los poderes de la mayoría. Esta dimensión no es otra cosa que el conjunto de las garantías aseguradas por el paradigma del Estado de derecho, que, modelado en los orígenes del Estado moderno sobre la exclusiva tutela de los derechos de libertad y propiedad, puede muy bien ser ampliado - luego del reconocimiento constitucional como "derechos" de expectativas vitales como la salud, la educación y la subsistencia - también al "Estado social", que se ha desarrollado de hecho en este siglo sin las formas y las garantías del Estado de derecho y sólo en las de mediación política, y hoy, también por esto, en crisis."

La tercera tesis hace referencia: "a la actual naturaleza supranacional de gran parte de los derechos fundamentales. Se ha visto como nuestra definición proporciona los criterios de una tipología de tales derechos dentro de la que los "derechos de ciudadanía" forman sólo una subclase".

Por último la cuarta tesis supone: "quizá la más importante tiene que ver con las relaciones entre sus derechos y sus garantías. Los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones de (prestación) o prohibiciones (de lesión). Convengo en llamar garantías primarias a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las



Por último, en el caso de los derechos fundamentales diremos que personalidad, ciudadanía y capacidad de obrar, en tanto condiciones de igual titularidad de todos los derechos fundamentales, son consecuencia de los parámetros tanto de la igualdad como de la desigualdad en ellos. Prueba de esto, es que sus presupuestos pueden -y han sido históricamente -más o menos extensos: restringidísimos en el pasado, por el sexo, nacimiento, censo, instrucción o nacionalidad se excluía de ellos a gran parte de las personas físicas, y se han ido ampliando de manera progresiva aunque sin llegar a alcanzar todavía, una extensión universal que comprenda a todos los seres humanos.

6. PERSPECTIVAS DOCTRINALES SOBRE EL CARÁCTER POSITIVO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La lucha por el reconocimiento de la dignidad del ser humano puede considerarse una constante en la evolución del pensamiento jurídico filosófico o político, por lo que la tendencia a positivizar las facultades que tal dignidad entraña se pueden considerar como una inquietud en el presente.

Es por eso, que conviene reducir la explicación a aquellas coordenadas que de forma más acuciosa han contribuido a plantear en el ámbito teórico el problema de positivizar los derechos humanos, que para efectos de esta investigación los agruparemos de acuerdo con tres grandes posturas del pensamiento filosófico - jurídico: iusnaturalista, positivista y realista.

A. POSTURA DEL DERECHO NATURAL

Desde las diversas posturas del derecho natural, si en algo han estado de acuerdo es en afirmar la existencia de unos postulados de juridicidad anteriores y justificadores del derecho positivo. Por lo tanto, Battaglia nos recuerda lo

violaciones de sus garantías primarias. Pero tanto las obligaciones y las prohibiciones del primer tipo como las obligaciones del segundo, aun estando implicadas lógicamente por el estatuto normativo de los derechos, de hecho no sólo son a menudo violadas, sino que a veces no se encuentran ni siquiera normativamente establecidas. *Ibidem*, p. 28.

siguiente: "La afirmación de que existen algunos derechos esenciales del hombre en cuanto tal, en su cualidad o esencia absolutamente humana, no se puede separar del reconocimiento previo y necesario de un derecho natural; natural en cuanto distinto del positivo y, a su vez, preliminar y fundamental respecto a este"¹²⁵.

La teoría del derecho natural está de acuerdo en contemplar el proceso de positivación de los derechos humanos como la consagración positiva de unas exigencias previas, de unas facultades que le corresponden al hombre por el mero hecho de ser hombre; esto es, por su propia naturaleza. Desde esta perspectiva la positivación asume un carácter meramente declarativo, y será considerada la culminación de un proceso que tiene como su origen unas exigencias que la razón postula como imprescindibles para la convivencia social.

Para el iusnaturalismo el término "derecho" no coincide con el de derecho positivo, y, por tanto, defiende la existencia de unos derechos naturales del sujeto originario e inalienable, en función de cuyo disfrute surge el Estado. De ahí que los derechos fundamentales se presenten bajo esta óptica como el reconocimiento formal por parte del Estado de unas exigencias jurídicas previas que se encarnan en normas de derecho positivo para mejor garantía de su protección.

Haciendo una síntesis del pensamiento naturalista podemos afirmar que esta corriente jurídica postula la existencia de derechos naturales inherentes al ser humano, anteriores a la ley escrita y a los acuerdos entre gobiernos, derechos que no le corresponden a la comunidad civil el otorgar, sino sólo reconocer y sancionar.

B. POSTURA DEL DERECHO POSITIVO

Radicalmente diferente es en este aspecto la postura que sustentan sus partidarios. Desde su punto de vista la juridicidad se identifica con la noción de derecho positivo, con las normas jurídicas positivamente establecidas. Cualquier creencia en normas objetivamente válidas anteriores a tal derecho se presenta

¹²⁵ F. Battaaglia, *Declaraciones de derechos, en su vol. Estudios de teoría del Estado*, Traducción: Elías Díaz y Pedro de Vega, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1966, p. 175.



como una postura metafísica y por lo tanto inaceptable. De ahí que el proceso de positivación sea entendido por esta escuela como un aspecto más de las reglas generales que presiden la creación del derecho en el ordenamiento estatal.

C. POSTURA REALISTA

Integran este sector quienes no otorgan al proceso de positivación un significado declarativo de derechos anteriores (derecho natural), o constitutivo (positivistas), sino que entienden que tal proceso supone un requisito más a tener en cuenta para el efectivo y real disfrute de dichos derechos. La positivación no se considera, por tanto, el final de un proceso, sino una condición para el desarrollo de las técnicas de protección de los derechos fundamentales, y, que son las que en definitiva definen su contenido.

La corriente realista acusa de abstracción lo mismo a los naturalistas por situar el problema concreto de la positivación de los derechos fundamentales en el ámbito de los ideales eternos y metafísicos, que a los positivistas que lo creen resuelto con su plasmación en normas formalmente válidas, pero que en ocasiones son puras formas carentes de contenido. No es así, señalan los realistas, donde se ubica el problema de la positivación, sino en el plano de las condiciones económico – sociales que posibilitan el disfrute de esos derechos, que no son ideales intemporales, ni formulas retóricas, sino el producto de exigencias sociales del hombre histórico.

D. LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS SUBJETIVOS.

Hablar sobre derechos subjetivos supone admitir que estamos ante un término más moderno, y técnico, pero con poca incidencia en el lenguaje natural, el cual situamos en la terminología propia del derecho, que en ocasiones, por sus implicaciones lógicas y el contexto de su génesis lingüística supone un obstáculo importante para el no-jurista. Estas dificultades de comprensión que imposibilitan una comunicación generalizada son, en un tema como el de los "derechos

humanos", una buena razón para no asumirlo como el más adecuado, sino que, más bien, su acción puede ser eficaz en la cultura jurídica interna, es decir, la que se produce en las relaciones entre operadores jurídicos. El término se creó en el seno de la escuela del derecho público alemán en el siglo XIX, como especificación del concepto más genérico de derecho subjetivo, expresión del individualismo en el pensamiento positivista, aunque las raíces son más antiguas, como señala el francés Villey¹²⁶. De algún modo, los derechos subjetivos son la versión positivista de los derechos naturales.

Por otra parte, para el maestro Javier Saldaña, "una de las ideas más extendidas en el discurso jurídico de los últimos siglos es, sin duda, la del "derecho subjetivo", por lo que hoy podemos darnos cuenta que este concepto ha invadido prácticamente todo lo que conocemos como derecho, lo mismo el terreno del derecho público, que el derecho privado, y también el llamado derecho social"¹²⁷.

Por lo tanto, puede llegar a afirmarse, con el argentino Carlos I. Massini Correas, lo siguiente: "La característica del discurso jurídico contemporáneo –y aún del discurso jurídico político –radica en su inclinación a razonar de modo casi exclusivo, sea cual sea el tema que se trate, en términos de "derechos", es decir, de prerrogativas, facultades o poderes de los sujetos jurídicos"¹²⁸.

Esta identificación puede poner en entredicho una simplista identificación entre derechos humanos y derechos públicos subjetivos, por lo que se aconseja distanciarse de este término, que ofrece más dificultades que ventajas para impulsar la reflexión y la práctica de los derechos humanos

Por otro parte, el español Castán sostiene que: "los derechos subjetivos son expresión de todos los atributos de la personalidad, los derechos humanos constituirían una subespecie de aquellos: serían los derechos subjetivos

¹²⁶ Villey, Michel. *Les origines de la notion de droit subjectif, Lecons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, pp. 221 y ss.

¹²⁷ Saldaña Javier y Beuchot, Mauricio, *Derechos humanos y naturaleza humana*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 77.

¹²⁸ Massini Correas, C. I., *Filosofía del derecho. El derecho y los derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1994, p. 11.

directamente relacionados con las facultades de autodeterminación del individuo¹²⁹.

Ahora bien, si la noción de derecho subjetivo se asume en su significado estrictamente jurídico-positivo, a éstos, como prerrogativas establecidas de conformidad a determinadas reglas que dan lugar a otras tantas situaciones especiales y concretas en provecho de los particulares, ambos términos no se identifican, ya que se entiende que el derecho subjetivo puede desaparecer por prescripción, en tanto que las libertades derivadas de los derechos humanos son, en principio, inalienables e imprescriptibles. Se ha objetado a este planteamiento la existencia de determinados derechos subjetivos personalísimos que también deben considerarse inalienables e imprescriptibles; sin embargo, tal objeción, en mi opinión, carece de fundamento y reposa en una comprensión defectuosa de la concepción estricta jurídico – positiva del derecho subjetivo, a tenor de la cual éstos no incluyen los derechos de la personalidad; pues precisamente la posibilidad de renuncia, transferencia, etcétera., es lo que, en dicha concepción, caracteriza a los derechos subjetivos.

Todo ello prueba la imprecisión de estas categorías jurídicas, la cual deviene motivada, en ocasiones, por defectos propios de formulación de las mismas en los diversos ordenamientos jurídicos.

Conviene tener muy presente que, además, desde una perspectiva marxista, se ha afirmado que la teoría de los derechos subjetivos no es otra cosa que una creación del pensar jurídico burgués, para que a su vez, al amparo de su vinculación con la teoría de los derechos humanos, situar en el ámbito jurídico – positivo el libre disfrute de la propiedad privada fuera y a salvo de las injerencias del ordenamiento legal. De este enfoque se explica la crisis del derecho subjetivo como un fenómeno determinado por las nuevas condiciones económicas que presiden el desarrollo del capitalismo monopolista, el cual ha exigido una intervención estatal en los dominios de la propiedad privada.

Por lo tanto, esta tesis contribuye a esclarecer las concomitantes que, en un determinado momento histórico pudieron existir entre las nociones de derechos

¹²⁹ Véase en este sentido: Castán Tobeñas, José, *Los derechos del hombre*, Madrid, Reus, 1969, pp. 22 y ss.

humanos y derechos subjetivos, así como los motivos de su progresiva disociación. Lo que podría esperarse de lo anterior no es una concepción del mundo jurídico equitativa y justa, sino, en la realidad, encontramos una concepción poco solidaria y justa, alejándose con esto de la fraternidad, igualdad y libertad que dieron origen a la idea de derechos humanos.

Con mucho acierto señala el maestro Javier Saldaña que, "si el derecho ya no es más la cosa justa sino el poder detentado por el individuo, es fácil inferir de esto, que llevado dicho individualismo a grado extremo, o sea, a considerar al hombre como causa y medida del derecho, podría conducirnos a un relativismo jurídico de graves consecuencias para los derechos humanos"¹³⁰.

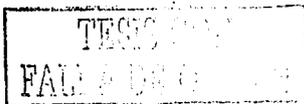
De manera que debemos darnos cuenta cómo el poder individual que propugna el derecho subjetivo nos puede colocar ante un relativismo de los derechos humanos, lo cual conlleva como consecuencia lógica la defensa a ultranza no del derecho, sino de los derechos particulares.

Por lo tanto, es probable que el derecho subjetivo llegue a un cierto relativismo en los derechos humanos, parece pues consecuencia clara que hablar de un fundamento de los mismos carecería de toda validez.

En efecto, si el derecho lo entendemos sobre la base del poder o voluntad del sujeto; es de suponer que cuando el sujeto radica su derecho en el poder o voluntad, como fundamento para justificar su derecho, se reduce la universalidad de los derechos humanos a la simple pretensión de un particular. En suma, desde esta perspectiva, ya no son más los derechos que pertenecen a todos los hombres de manera universal, sino la potestad de una persona o de una colectividad de ellas en detrimento de otra u otras. Por lo que el pretendido fundamento universal de los derechos humanos se convierte de esta forma en un fundamento particular e individual, o, sea relativo.

De tal forma que aceptar el normativismo como una forma de entender a los derechos humanos nos llevaría a admitir a éstos, como sólo aquellos que encuentran reflejo en el orden jurídico; es decir, en las normas jurídicas, y por lo

¹³⁰ Saldaña, Javier, *op. cit.*, p.98.



tanto excluyendo a todos aquellos que no estén reconocidos en dicho ordenamiento jurídico.

Si aplicamos el derecho subjetivo al caso de los derechos humanos, podremos darnos cuenta de que, "la exigencia del derecho subjetivo, tal y como lo hemos dicho tan repetidas veces, no fundamenta los derechos humanos, sino lo que da existencia a los mismos son las exigencias de la cosa justa, o mejor dicho la idea de que existen bienes de las personas que representan deudas para otras. Sólo si fundamentamos estos derechos, estas cosas justas, en la naturaleza humana, podemos aceptar que derivadamente existe el derecho subjetivo"¹³¹.

En conclusión, estas cosas justas que pertenecen al hombre, en mi opinión tienen su fundamento en el derecho natural, de ninguna manera en el derecho subjetivo, ya que éste sólo nos sirve como la capacidad de obrar que tiene el sujeto¹³², la cual es atinente a los derechos fundamentales, pero esta categoría como explicamos anteriormente pertenece al derecho positivo, y desde este entorno no se pueden entender los derechos humanos, ya que el fundamento de éstos descansa en el derecho natural.

Por último, conviene tener presente que, desde una óptica marxista, se ha afirmado que la teoría de los derechos subjetivos no es otra cosa más que una construcción del pensamiento jurídico – burgués, pero, al amparo de su vinculación con la teoría de los derechos humanos, situar en el ámbito jurídico – positivo el libre disfrute de la propiedad privada fuera y a salvo de las ingerencias del ordenamiento legal. De ahí que, desde este enfoque, se explique la crisis del derecho subjetivo como un fenómeno determinado por las nuevas condiciones económicas que presiden el desarrollo del capitalismo monopolista, el cual ha exigido una intervención estatal en los dominios de la propiedad privada.

¹³¹ *Ibidem.*, p. 103.

¹³² Quien define el concepto de derechos subjetivo es el español, Luis Recaséns Siches, al señalar como una facultad que el hombre tiene "de determinar normativa e impositivamente la conducta de otro, es decir, para exigir de otro una determinada conducta. Este es el sentido que presenta en la frase "tener derecho a...". Naturalmente, se trata siempre de la facultad de exigir de otro una determinada conducta; pues, aunque a veces decimos "yo tengo derecho a hacer tal cosa" con lo cual parece que referimos la facultad a un comportamiento propio, lo que se expresa en tal preposición es que "tengo derecho a exigir de otro o de otros que no me impidan o perturben determinada actividad mía". Por eso que se llama tener derecho a, o, lo que es lo mismo, la palabra "derecho" en sentido subjetivo, como atribución de facultades a un sujeto, para exigir de otro u otros determinada conducta. Ver: *Introducción al estudio del derecho*, 13 ed., México, Porrúa, 2000, p. 140.

E. LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES

El término "garantías individuales" se encuentra relacionado con el término "derecho subjetivo". Sin embargo, no es factible establecer una relación entre estas dos figuras, no obstante su génesis camina paralelamente, y las garantías (to warrant) son una figura que complementa a los derechos humanos, así como también al derecho subjetivo.

Primero que nada procede hacer una referencia a la figura "garantía" en el campo de derecho público¹³³.

El término "garantía" surge en el derecho positivo, de carácter obligatorio o vinculante, que se imponen a la autoridad o al legislador.¹³⁴ Es, en suma, una

¹³³ Burgoa ha dicho al respecto lo siguiente: "parece ser que la palabra "garantía" proviene del término anglosajón "warrant" o "warrantie", que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar (to warrant), por lo que tiene una connotación muy amplia. "Garantía" equivale, pues, en su sentido lato, a "aseguramiento" o "afianzamiento", pudiendo denotar también "protección", "respaldo", "defensa", "salvaguarda" o "apoyo". Jurídicamente el vocablo y el concepto "garantía" se originaron en el derecho privado, teniendo en él las acepciones apuntadas. Más adelante, en lo referente al concepto de "garantía" Burgoa establece: el concepto "garantía" en derecho público ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones en favor de los gobernados dentro de un estado de derecho, es decir, dentro de una entidad política estructurada y organizada jurídicamente, en que la actividad del gobierno ésta sometida a normas pre-establecidas que tiene como base de sustentación el orden constitucional. De esta guisa, se ha afirmado, incluso por la doctrina que el principio de legalidad, el de división o separación de poderes, el de responsabilidad oficial de los funcionarios públicos, etc., son garantías jurídicas estatuidas en beneficio de los gobernados; afirmándose también que el mismo concepto se extiende a los medios o recursos tendientes a hacer efectivo el imperio de la ley y del derecho". Ver: Burgoa O. Ignacio, *Las garantías individuales*, 34ª ed., México, Porrúa, 2002, pp. 161 y 162.

¹³⁴ En la Constitución norteamericana y las Constituciones francesas, particularmente en la de 3 de septiembre de 1791, encontramos, al lado de las Declaraciones de derechos, las garantías de los derechos.

Esta institución proviene de que en las Declaraciones se encuentran principios distintos de aquellos que se refieren a los derechos individuales: soberanía nacional y consecuencias que se derivan en cuanto a la formación de las leyes, separación de poderes, responsabilidad de los funcionarios, etc. Esta mezcla de principios de organización política e incluso administrativa con la afirmación de los derechos fundamentales del individuo, podría hacer dudar del valor vinculante para el legislador de los derechos individuales proclamados en este conjunto.

Las garantías de derechos se presentan, pues, o pretenden presentarse, como reglas positivas y obligatorias, con valor vinculante, imponiéndose, en particular, al legislador ordinario. El párrafo 3 del título primero de la Constitución de 1791 (título que constituye la garantía de derechos) precisa, por ejemplo: "El poder legislativo no podrá hacer ley alguna que lesione o suponga un obstáculo al ejercicio de los derechos naturales consignados en el presente título y garantizados por la Constitución"

Después de la Constitución de 1791, la Constitución de 1793 clasifica sus últimos artículos (122-124) bajo el epígrafe: "Garantía de los derechos", y las Constituciones francesas que no contienen Declaración de derechos han conservado la tradición de las Garantías de los derechos. Comienza esto con la Constitución del Año VIII (título VII), y sigue con la Carta de 1814, la Carta de 1830 e, incluso, con la Constitución de 1852.

Las garantías de los derechos, después de haber aparecido en las constituciones americanas y francesas, se propagan al constitucionalismo occidental, especialmente después de la guerra de 1914 - 1918. Si se reflexiona sobre esto, parece evidente que los esfuerzos realizados para conferir un valor de superlegalidad a



figura que emerge al mundo jurídico para proteger al derecho o, mejor aún, como un instrumento para su efectiva realización en caso de vulneración.

La garantía de los derechos, en opinión de Hauriou, se propaga después de haber aparecido en las Constituciones americanas y francesas, al constitucionalismo occidental, especialmente después de la guerra de 1914 – 1918. Por lo que si se reflexiona sobre este punto, parece evidente que los esfuerzos realizados para conferir un valor de superlegalidad a los derechos y libertades individuales derivan más de las garantías de los derechos que de las mismas declaraciones¹³⁵.

En tanto que el concepto de garantía en México, tiene como antecedente los proyectos constitucionales de 1842¹³⁶.

Es evidente que las Declaraciones de derechos americana y francesa representan, dos eslabones claves en el proceso evolutivo e histórico de los derechos humanos como ya lo había evidenciado el debate sostenido por Jellinek y Boutmy¹³⁷. La Declaración francesa universaliza el concepto filosófico de derechos humanos, lo publicita, lo desacraliza y lo acerca al ciudadano común.

los derechos y libertades individuales, recurriendo a una sanción judicial o no, derivan más de las garantías de los derechos que de las declaraciones mismas. No obstante, en el momento actual, el problema se plantea principalmente con relación a las Declaraciones de derechos. Ver: Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas* (trad. José Antonio González Casanova), 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1980, pp. 230 – 231.
¹³⁵ Cfr. Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, (traducción José Antonio González Casanova), 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1980, p. 231.

¹³⁶ En los proyectos constitucionales de 1842, en el primero de tales proyectos aparece un apartado intitulado de "Garantías individuales". Del mismo modo, dentro del proyecto sugerido por el voto particular de la minoría de la Comisión, el artículo 5º - inserto en la sección segunda y el inciso "De los derechos individuales"-, reza textualmente: "La constitución otorga a los derechos del hombre, las siguientes garantías: Libertad personal... Propiedad... Seguridad... Igualdad..." Finalmente e inclusive de modo más claro, dentro del título III, titulado "Garantías individuales", el artículo 13 menciona: "La Constitución reconoce en todos los hombres los derechos naturales de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, otorgándoles en consecuencia, las siguientes garantías... Igualdad... Libertad... Seguridad... Propiedad." Cfr. Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México, 1808 - 1982*, México, Porrúa, 1986.

Respecto a la naturaleza de las garantías individuales en México, puede verse: Alfonso Noriega Cantú., *La naturaleza de las garantías individuales en la Constitución de 1917*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1967.

¹³⁷ Sobre el particular dirá Martín Kriele: "Jellinek se interesaba por la realidad histórica de los derechos fundamentales; Boutmy, en cambio, por la idea filosófica de los derechos humanos. El alegato pasional de Boutmy a favor de Francia, como país de origen de los derechos humanos, ha de entenderse como sigue: los americanos tenían únicamente derechos fundamentales; Francia, en cambio, ha dado al mundo los derechos humanos. Jellinek opone a esto: Sin América, sin las constituciones de los Estados tendríamos, tal vez, una filosofía de la libertad, pero jamás una legislación que garantiza la libertad." Ver: Martín Kriele, *Introducción a la teoría del Estado*, (trad. Eugenio Bulygin), Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 208.

Pero sobre todo, aporta, a través de los mencionados derechos humanos, un nuevo elemento de legitimidad político – estatal.

Las Declaraciones americanas se distinguen por su pragmatismo, el cual está dirigido más hacia la eficacia jurídica; en suma, los americanos desean derechos institucionalizados, que sean instrumentos de eficaz defensa, todo esto antes que grandilocuentes declaraciones, de manera que los americanos buscan la positivización, pero esta sola no basta; es necesario dotar al derecho de una garantía jurídica que lo haga exigible ante la autoridad.

Ignacio Burgoa, al abundar sobre la distinción entre derechos humanos y garantía, señala lo siguiente:

...Aún aceptando – señala de manera textual – la idea de que existan derechos naturales del ser humano y no meras potestades naturales del hombre que al reconocerse en el orden jurídico se convierten en derechos públicos subjetivos, esos derechos se asegurarían o preservarían por las garantías establecidas por la Constitución o por la ley. De ahí que no sea lo mismo el elemento que garantiza (garantía) que la materia garantizada (derecho humano)¹³⁸.

Por otra parte, el maestro emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México, Héctor Fix- Zamudio, sobre el particular, señala que, "sólo pueden estimarse como verdaderas garantías los medios jurídicos de hacer efectivos los mandatos constitucionales"¹³⁹.

Como se ve, Fix-Zamudio, al estudiar el concepto de garantía, hace énfasis en el carácter protector de esta figura.

Una postura contraria la encontramos en la opinión del maestro Alfonso Noriega Cantú, ya que éste las identifica con los llamados derechos humanos, y sostiene que estas se caracterizan por ser "derechos naturales, inherentes a la persona, en virtud de su propia naturaleza y de la naturaleza de las cosas, que el Estado debe reconocer, respetar y proteger, mediante la creación de un orden

¹³⁸ Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, p. 165.

¹³⁹ *Juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, p. 58.

jurídico y social, que permite el libre desenvolvimiento de las personas, de acuerdo con su propia y natural vocación, individual y social"¹⁴⁰.

Sobre la postura del distinguido jurista Alfonso Noriega Cantú no podemos estar de acuerdo, toda vez que, aun aceptando la idea de que existen derechos naturales del ser humano, y no meras potestades naturales del hombre que al momento de ser reconocidas por el derecho positivo se convierten en derechos públicos subjetivos, la cual es la opinión que nosotros sostenemos, y esos derechos se asegurarían por las garantías individuales, las cuales están establecidas en la ley o en la Constitución. Por lo tanto, diremos que no es lo mismo el elemento que garantiza (garantía) que la materia que se está garantizando (derechos humanos).

Por lo tanto, e independientemente de lo dicho anteriormente, las garantías individuales, o mejor dicho "garantías del gobernado", denotan básicamente un principio de seguridad jurídica, mismo que debe ser inherente a cualquier régimen que se precie de ser democrático. El principio de seguridad jurídica no es sino la juridicidad que conlleva la obligación de todas las autoridades de someter sus actos al derecho. Por lo que podría decirse que las garantías son un principio básico en todo Estado de derecho, ya que sin este principio se corre el peligro de que el régimen se convierta en una autocracia, dado que el Estado no estaría obligado a someter sus actos a la ley. En suma, no es posible imaginar siquiera algún sistema jurídico sin la seguridad que entrañan las garantías a favor de todo gobernado, por lo que su institución es un elemento indispensable para mantener el orden jurídico en cualquier país, de manera que su abolición significaría la destrucción del derecho, lo cual atenta contra la libertad y la justicia, entendiendo a éstas como aspiraciones permanentes de todas las naciones del mundo.

Por lo tanto, las garantías vienen a ser uno más de los sistemas de protección de los derechos, mismas que posibilitan una relación jurídica de supra a subordinación, de la que surge el derecho público subjetivo del gobernado.

Para expresar esto con más claridad, el prestigiado maestro Ignacio Burgoa sostiene que en nuestra actual Constitución, las garantías del gobernado implican

¹⁴⁰ *La Naturaleza de las garantías individuales en la Constitución de 1917*, México, UNAM, 1967, p. 11.

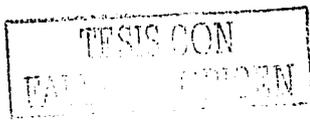
no todo el variado sistema jurídico para la seguridad y eficacia del estado de derecho, sino solamente lo que se conoce como derechos del gobernado frente al poder público. De manera que para Burgoa esto viene a ser "la relación entre ambos conceptos, "garantía individual" y "derechos del gobernado", como se deduce de la gestión parlamentaria del artículo primero de la Constitución de 1857¹⁴¹. Como ya lo hemos advertido, los constituyentes de 1856 – 1857, influidos por la corriente *iusnaturalista*, consideraron que los derechos del hombre son aquellos que éste recibe de Dios (o, como dijera Mirabeau, "los que la justicia natural acuerda a todos los hombres"), y, que, dada su amplitud y variedad, no era posible enmarcar dentro de un catálogo. Por ello, dichos constituyentes se concretaron a instituir las garantías que aseguraran el goce de esos derechos, de tal suerte que al consagrar las propias garantías, en el fondo se reconoció el derecho respectivamente protegido o asegurado por ellas¹⁴².

En efecto, en nuestro tiempo puede considerarse connatural al reconocimiento constitucional e incluso internacional de los derechos, la existencia de un conjunto adecuado de garantías, esto es, de un conjunto de medios con los que se aseguren la observancia de las prescripciones constitucionales relativas a los derechos, o, utilizando la terminología kelseniana¹⁴³, de unas posibilidades

¹⁴¹ El artículo 1º de nuestra ley fundamental de 1857, como se ve, contiene una declaración de carácter dogmático, en el sentido de que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales, fijando así según dijimos, el fin del Estado. Ahora bien, esa declaración dogmática, consecuencia evidente del *iusnaturalismo*, es el antecedente lógico ineludible de la segunda parte del precepto que comentamos, en la que se indica que es precisamente la Constitución la que otorga garantías que deben respetar y sostener todas las autoridades del país, incluyendo a las legislativas. De la exégesis de dicho artículo 1º se concluye que la Constitución del 57 no declaró cuáles eran los derechos del hombre específicamente considerados, sino que, dándolos por supuestos como una verdad incontrovertible, se contrajo a enunciar las garantías, concedidas al individuo para asegurarlos. Por tanto, al mencionar en sus veintinueve primeros preceptos dichas garantías, por simultaneidad lógica reconoce los primordiales derechos humanos, estableciendo así una identidad entre éstos y aquéllas. Sin embargo, no se debe dejar de advertir que varias de las garantías consideradas en tales preceptos no corresponden a un auténtico "derecho del hombre", según la idea respectiva del *iusnaturalismo*, o sea, a un derecho anterior y superior a la sociedad, sino a un "derecho del ciudadano", esto es, a un derecho que el hombre tiene, no en su calidad de tal, sino como miembro de la colectividad y dentro de cuyo concepto se comprenden, por lo general, las llamadas "garantías de seguridad jurídica". Es importante subrayar que esta distinción la hacía en el fondo la Declaración francesa de 1789, al referirse a los "derechos del hombre y del ciudadano", como conceptos jurídico - político diferentes. Además, es muy importante señalar que ya desde el Acta de Reformas de 1847 se crea la institución del juicio de amparo con el objeto de proteger a cualquier habitante de la República, en el ejercicio y conservación de los derechos concedidos constitucional y legalmente contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo de la Federación o de los Estados. Ver: Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, pp. 146 y 147.

¹⁴² *Idem.*

¹⁴³ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1958, pp. 96 y 97.



jurídicas de poner en movimiento la sanción, circunstancia que, constatará Jellinek¹⁴⁴, ha tenido gran trascendencia.

Para la eficacia de los derechos fundamentales (entendiendo éstos como derechos positivos), se requieren las vías tutelares, a cuyo enriquecimiento está encaminado a posibilitar el derecho constitucional procesal.

Por lo que no basta la consagración constitucional de los derechos y libertades públicas para que su ejercicio se encuentre garantizado, sino que se hace necesaria la previsión, en el ordenamiento jurídico, de medios y remedios para el efectivo disfrute de los derechos y a su vez proteger a sus titulares contra violaciones o restricciones jurídicas no autorizadas legalmente, como dice el italiano Luigi Ferrajoli:

Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales para cuya tutela o satisfacción han sido previstas: las garantías liberales, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; las garantías sociales, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consistentes, en cambio en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen¹⁴⁵.

Mucha razón tiene el italiano Ferrajoli, ya que el garantismo de un sistema jurídico depende en gran medida de los vínculos impuestos a los poderes públicos, por parte de la Constitución, ya que lo que debe buscar un eficiente

¹⁴⁴ Debemos recordar que para Jellinek, a todo principio de derecho acompaña la seguridad de que el Estado se obliga a sí mismo a cumplirlo, lo cual es una garantía para los sometidos al derecho. Esta idea de la obligación del Estado respecto a su derecho ha desempeñado, según el propio Jellinek, un papel importantísimo en la formación del constitucionalismo moderno. (Cfr. Georg Jellinek: *Teoría general del Estado*. México, FCE, 1980, pp. 276 y 279).

¹⁴⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Traducción: Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, p. 25.

sistema de garantías es el asegurar un grado aceptable de efectividad de cumplimiento de los derechos¹⁴⁶.

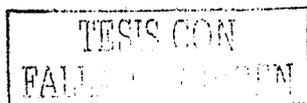
Para concluir el presente apartado y para dejar en claro la diferencia entre derechos humanos y garantías, terminamos con las ideas del maestro Jorge Carpizo, el cual dice: "Que mientras los derechos del hombre son ideas generales y abstractas, las garantías, son ideas individualizadas y concretas"¹⁴⁷.

Como se puede ver, existe mucha dispersión de ideas en los derechos humanos, consecuencia esta del pensamiento moderno, y esto ha de ser necesariamente negativo en la fundamentación de los derechos humanos, básicamente porque unas exigencias que el hombre posee y esgrime frente a otros, no pueden tener su razón de ser en tan múltiples y diversas razones. O, dicho de otra forma, la dispersión de las doctrinas acerca del fundamento no puede sino conducir a su debilitamiento y por consecuencia a su difuminación, en última instancia, unos derechos que se intentan justificar de modo tan desemejante y hasta contradictorio, tienden a aparecer como postulados gratuitos, o como afirmaciones meramente dogmáticas, y es que es evidente que unos derechos sustentados por el solo argumento de autoridad o impuestos ideológicamente, tienen pocas probabilidades de obtener el respeto y la vigencia que son necesarios para que no retransformen en meras declamaciones vacías carentes de todo significado.

¹⁴⁶ Es lamentable que para la mayor parte de nuestros derechos, la técnica jurídica no se ha preocupado por elaborar técnicas jurídicas de garantía tan óptimas como las establecidas para los derechos de libertad y propiedad. Lo cual es un atraso de las ciencias jurídicas y políticas, que a la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho que se equipare al viejo Estado liberal y han permitido que el Estado social se desarrolle a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos.

Hoy ya no es posible hablar con decencia de democracia, igualdad, garantías, derechos humanos y universalidad de derechos si no tomamos finalmente "en serio" según la feliz expresión de Dworkin - la Declaración Universal de Derecho de la ONU de 1948 y los pactos de derechos de 1966; si los encerramos dentro de los confines establecidos de nuestras democracias, acaso, ampliados a los de la fortaleza europea, si seguimos disociando derechos del hombre y derechos del ciudadano, preocupándonos sólo de estos, y no de aquellos. Tras la caída de los muros y el fin de los bloques, ya no existe pretexto para que la democracia, cuyo triunfo celebramos, no se vuelva verdadera.

¹⁴⁷ Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 142.



7. LOS ORÍGENES DE LAS DECLARACIONES DE DERECHOS

Estos orígenes deben buscarse de forma inmediata en la filosofía política del siglo XVIII. Sobre este punto estaban de acuerdo todas las escuelas. Así, la Declaración de 1789, pese al desorden que la presidió su elaboración¹⁴⁸, presenta una profunda unidad en su inspiración, de tal forma que se puede apreciar en ella la filosofía de las Luces.

Las aportaciones doctrinales son fácilmente reconocibles: Jean Jacques Rousseau (los derechos naturales del individuo y el culto a la ley)¹⁴⁹, Montesquieu (la separación de poderes y la seguridad), Diderot y Voltaire (la tolerancia y la referencia al ser supremo), los fisiócratas (la veneración de la propiedad).

Sin embargo, si buscamos un origen común en el que se inspiren todas las escuelas filosóficas del siglo XVIII, lo encontraremos en la escuela del derecho natural, mientras que la doctrina de la formación contractual de la sociedad, tal como fue presentada por Locke en su *Tratado sobre el gobierno civil*, mismo que apareció en 1690. Posteriormente las ideas de Locke fueron reducidas a formulas jurídicas por el inglés Blakstone, a mediados del siglo XVIII, y la influencia de estos dos fue muy grande en las colonias inglesas. Por lo demás, la obra de Blakstone contenía ya una lista de libertades individuales, de donde se desprende el origen de la Declaración de Virginia, de 12 de junio de 1776.

¹⁴⁸ La Declaración es el resultado de una elaboración colectiva hecha por una asamblea política: una confección, a pago ligero, en nueve días y una redacción por muchos conceptos ejemplar, adoptada en el calor de la discusión política. Por lo demás, cabe mencionar que el texto, en el espíritu de sus autores, era provisional, a modo de una primera molienda, y estaba, en estas condiciones, llamado, llegado el caso, a ser modificado o completado. Sabido es lo que sucedió. Los 17 artículos adoptados el 26 de agosto de 1789 fueron considerados intangibles por lo que su éxito fue inmediato. Pero esto no frustró el extraordinario destino de este texto: colocado en el encabezamiento de la Constitución de 1789, resucitado por la de 1946, conservada en la de 1958, adoptada por numerosos Estados africanos de habla francesa, y requerida en 1948 por los autores de la Declaración universal de los Derechos del Hombre. Hablar en estas condiciones de inmortales principios de 1789 no es decir una frase. Véase: Hauriou, Andre, *op. cit.*, p. 232.

¹⁴⁹ Por comodidad, frecuentemente se afirma que la Declaración de 1789 es hija de Rousseau. Esta pretensión responde a la verdad si es que se quiere dar a entender que "el ciudadano de Ginebra" y no el súbdito del rey de Francia, como él subrayaba, ejerció una influencia difusa sobre los espíritus de su tiempo. Pero aquella es falsa, opuesta a su doctrina. En efecto, su teoría del "Contrato social" ha sido calificada de absolutista por algunos autores, desde el momento en que el individuo entra desnudo, en cierto modo, en la sociedad, sin poder disponer, como reserva, de un derecho que oponer al Estado. Sobre este tema se conoce la condena de Benjamín Constant a esta teoría "el más terrible auxiliar de todo tipo de despotismos". Véase *idem*.

Pese a la fuerte impronta *iusnaturalista*, se reconoce en su artículo 16 que toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución, y esta afirmación supone la aceptación de que los derechos sólo se perfeccionan en el derecho positivo.

De manera que en los siglos XIX y XX el proceso de positivación se perfila y se completa con la toma de conciencia de la necesidad de las garantías, y, por ende, de la protección judicial de los derechos fundamentales, por lo que en las Constituciones democráticas actuales el reconocimiento de los derechos humanos como derechos positivos será una constante sin excepción.

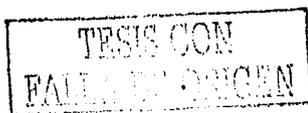
Las primeras formulaciones históricas de los derechos humanos como derechos naturales partían de la igualdad natural de todos los seres humanos y, por consiguiente, de la influencia de la doctrina del derecho natural.

Y es en este sentido, que la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (12 de junio de 1776) decía en su número primero: "Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: "el goce de la vida y de la libertad con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar o obtener la felicidad y la seguridad"¹⁵⁰. "En tanto que la Declaración de los Estados Unidos señala: "Sostenemos por evidentes, por sí mismas, estas verdades: que todos los hombres son creados iguales, que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales tenemos la vida, la libertad y la felicidad"¹⁵¹. Por su parte, la Declaración francesa de 1789 se refiere en el preámbulo a "los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre", y en su artículo primero afirmará: "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos"¹⁵². Como se puede ver, la presentación inicial de los derechos fundamentales se hacía ya, como una propuesta válida para todos los hombres,

¹⁵⁰ Peces Barba, Gregorio, *op. cit.*, 113.

¹⁵¹ *Ibidem.*, p. 112.

¹⁵² *Ibidem.*



de la que todos eran titulares. Es decir, que nacían ya con la característica de la generalidad.

No obstante lo anterior, este planteamiento no se ajustaba a la realidad ya que algunos derechos, como el de propiedad, calificado éste como "inviolable y sagrado" por el artículo 17 de la Declaración de 1789, es de imposible contenido igualitario; por consiguiente, no todos los hombres pueden ser titulares del mismo.

En suma, las primeras declaraciones de derechos humanos tienen un fuerte contenido *iusnaturalista* y tienen una función persuasiva y en algún momento puede tener una función práctica en un documento político para darle mayor fuerza a un reclamo, pero no tienen ningún valor teórico, y por lo tanto son irrelevantes en una discusión de teoría jurídica positiva.

En conclusión, los derechos humanos nacen como derechos de defensa de las libertades del individuo, que exigen la autolimitación y la no-injerencia de los poderes públicos en la esfera privada del sujeto¹⁵³.

¹⁵³ Es frente a la Revolución francesa, en donde Marx se expresa críticamente de los derechos del hombre, en particular en la "cuestión judía". Aquí, Marx abandona su talante liberal y principia a construir los cimientos de su concepción dialéctica de la realidad y de la historia. Marx realiza un descarnado análisis de estos "derechos": comprobamos ante todo – escribe – el hecho de que los llamados derechos del hombre, los *droits de l'homme*, distintos de los *droits du citoyen*, son los derechos de los miembros de la sociedad civil, es decir del hombre egoísta, del hombre separado del hombre y de la comunidad". Luego afirma que cada uno de los derechos enunciado en la Declaración francesa, afirmando que la libertad proclamada en ella es "el derecho de hacer y de tender a todo aquello que no perjudique a los demás. Los límites dentro de los cuales cada uno puede moverse sin perjudicar a otros, están determinados por la ley. Se trata de la libertad del hombre como moneda aislada, replegada en sí misma (...): el derecho de la libertad no reposa en la unión del hombre con el hombre, sino más bien entre la separación entre el hombre y el hombre. Respecto a la propiedad, señala que es "el derecho de gozar y disponer de la propia riqueza arbitrariamente, sin cuidarse de otros hombres, independientemente de la sociedad; es el derecho del egoísmo", y sobre la igualdad, sostiene que sólo significa que "todo hombre ésta igualmente considerado como una moneda que descansa sobre sí misma". Y en conclusión termina señalando que "ninguno de los llamados derechos del hombre sobrepasa, pues, al hombre egoísta, al hombre tal como es, miembro de la sociedad civil, al individuo cerrado en sí mismo, reducido a su interés privado y a su arbitrio particular, separado de la comunidad. Lejos de considerar al hombre un ser social – continúa – la propia vida social, la sociedad, aparece más bien como un cuadro exterior al individuo, como una limitación de su autonomía originaria. El único vínculo que los une es la necesidad natural, la necesidad y el interés privados, la conservación de sus propiedades y de su persona egoísta". Véase, Marx, Carlos, *La cuestión judía*, trad. Ichuda Tubin, Buenos Aires, Ed. Dos, 1970, p. 123. Además, puede verse el excelente librito de Manuel Atienza, titulado: *Marx y los derechos humanos*. Ed. Mezquita.

A. LOS DERECHOS HUMANOS DE PRIMERA GENERACIÓN

Es la mutación histórica de los derechos humanos que ha determinado la aparición de sucesivas generaciones de derechos, por lo que podríamos decir que nacen como categorías históricas, que tan sólo pueden predicarse con sentido en contextos temporalmente determinados, ya que aparecen con la modernidad en el seno de la atmósfera iluminista que inspiró las revoluciones burguesas del siglo XVIII.

Otro aspecto a destacar de los derechos humanos es su marcada impronta individualista, ya que son las libertades individuales las que configuran la primera generación de los derechos humanos. Además, en esta primera generación debemos considerar a los derechos civiles, mismos que hoy en día se encuentran consagrados en las Constituciones de casi todos los países. Para el prestigiado administrativista Jorge Fernández Ruiz, estos derechos se refieren "a valores esenciales del hombre, tales como su vida, integridad física y moral, dignidad, trato de igualdad frente a sus semejantes y ante la ley, su seguridad - personal y jurídica -, libertad en sus múltiples modalidades - de pensamiento, conciencia, religión, opinión, expresión, reunión, asociación, tránsito y de elegir el lugar de su residencia -, así como de propiedad y sus posesiones, entre otros"¹⁵⁴, en cuanto a los derechos civiles, estos tutelan al individuo en su intimidad; por ejemplo, en la inviolabilidad de su domicilio y de su correspondencia.

Para el francés Duguit, las primeras declaraciones de derechos caen en un exceso individualista, propio de la época, ya que para este suponía lo siguiente:

El error de los autores de las Constituciones y de las Declaraciones de derechos de la época revolucionaria, lo mismo que el de ciertos publicistas todavía, es el de haber visto y continuar viendo aún, en la doctrina individualista, un dogma intangible y definitivo, igualmente verdadero en todos los tiempos y en todos los países, cuando no es más que un momento, sin duda glorioso y trascendental, pero efímero y sujeto a las

¹⁵⁴ Fernández Ruiz, Jorge, "El derecho a la privacidad e intimidad", *Revista Mexicana de Justicia*, número 6.

leyes de la evolución, en la historia, eternamente mudable, de las instituciones y de las ideas. Nos hallamos, a la hora actual, en una época de transición; el fundamento individualista de la limitación de los poderes del Estado legislador cede rápidamente terreno, que pasa a ocupar, estableciéndose en él sólidamente, el fundamento socialista o solidarista del derecho¹⁵⁵.

En cambio, los derechos políticos, son aquellos que permiten al hombre participar en el gobierno de su país, inclusive de forma activa en la función pública. Muy importante es destacar la libertad de sufragio que posee el ciudadano, ya que por este medio contribuye a integrar la representación nacional.

Es de destacar que a los derechos de la primera generación se les considera como derechos de defensa de las libertades públicas del individuo, las cuales exigen la autolimitación y la no-injerencia de los poderes públicos en el ámbito privado, y se tutelan éstos por la mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de Estado policía.

Esto es así, ya que en esta primera etapa lo que acontece es la reivindicación de la burguesía emergente, de los derechos de corte individualista, los cuales, como ya hemos señalado, forman parte de los derechos civiles y políticos, pertenecientes éstos a la primera generación.

Como se ha visto, en su forma clásica, la noción de libertad individual va ligada a una determinada concepción política y económica. Dicha concepción se basa en la idea central de que los individuos sólo deben contar consigo mismos para realizar su destino.

Sin embargo, estas observaciones toman su real valor cuando se reflexiona al propio tiempo sobre el contenido de la idea de igualdad, tal como se proclamó en el siglo XVIII, la cual es únicamente una igualdad de derecho, mas no de hecho, ya que la contradice la desigualdad.

¹⁵⁵ Duguit, Leon, *Manual de derecho constitucional*, Traducción: José G. Acuña, Madrid, Francisco Beltrán, 1921, pp. 200 y 201.

Para el francés André Hauriou, es evidente que la igualdad, tal como se proclamó, queda como una concepción teórica, al verse que en la realidad acontecía todo lo contrario; de manera que para este autor:

La igualdad de admisión a los empleos públicos, por ejemplo, aparece proclamada en las leyes orgánicas francesas, pero la preparación para dichos empleos exige, sobre todo si se trata de empleos superiores, grandes esfuerzos y apreciables recursos financieros. Los que no dispongan de estos medios se encuentran en situación de inferioridad con relación a quienes los poseen. En este aspecto, al igual que en otros muchos, la igualdad de derecho disimula una desigualdad de hecho¹⁵⁶.

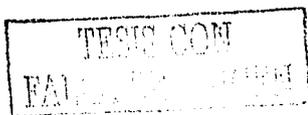
Es bajo estas reivindicaciones que se evidencia la necesidad de completar el catálogo de derechos humanos de la primera generación con una segunda generación que incluya los derechos económicos sociales y culturales, los cuales alcanzan su consagración en el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho.

Por último, hay que señalar que si bien es cierto que el derecho de petición no se considero en la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, de París, se debió probablemente, a que era poco útil hacerlo, ya que este derecho se pensaba que era consecuencia inmediata de la libertad individual y de la libertad de opinión.

No obstante en la declaración de derechos de 1793 se menciona claramente, según lo establece el artículo 32: "el derecho de presentar peticiones a los depositarios de la autoridad pública no puede ser, en ningún caso, prohibido, suspendido ni limitado"¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Hauriou, André, *op. cit.*, p. 234.

¹⁵⁷ Cfr. Duguit, León, *Manual de derecho constitucional*, Traducción: José G. Acuña, Madrid, Francisco Beltrán, 1921, pp. 244 y 245.



B. LA SEGUNDA GENERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

Los derechos humanos de la segunda generación corresponden a los derechos económicos, sociales y culturales, que se traducen en derechos de participación, los cuales requieren una participación activa del Estado, que se encamine a garantizar su ejercicio, y esto se realiza a través de las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos¹⁵⁸.

El origen de estos derechos lo podemos encontrar en la Constitución mexicana de 1917, y posteriormente en la Constitución de Weimer de 1917, y reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

Por otra parte, el eminente administrativista Jorge Fernández Ruiz, cuando se refiere específicamente a los derechos de la segunda generación, afirma en la parte medular de su alegato, que:

Los derechos sociales, económicos y culturales, promovidos por la Constitución Mexicana de 1917 y luego en la Constitución de Weimer de 1917 comprenden el derecho a trabajar, bajo condiciones dignas, equitativas y satisfactorias; así como a fundar organizaciones sindicales; además, el derecho de huelga, seguridad social, alimentación, vestido y vivienda, salud, educación, participar en la vida cultural y gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones¹⁵⁹.

De manera que estos derechos constituyen una generación diferente de derechos humanos, no sólo por el posterior reconocimiento sino también porque el disfrute está supeditado al accionar del Estado; por lo tanto, es el Estado quien viene a ser el promotor y garante de la cultura y del bienestar económico y social. Todo esto, en los términos del artículo segundo del referido Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual reza:

¹⁵⁸ Cfr. A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., pp. 82 y ss. y 120 ss.

¹⁵⁹ Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 46.

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos¹⁶⁰.

Esta nueva generación de derechos cobra vida, al término de la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia de la corrección del pensamiento individualista de los derechos subjetivos, misma que se había venido desarrollando desde finales del siglo XIX y hasta entrada la primera mitad del siglo pasado, en donde a través de los derechos sociales se buscó devolver al concepto de derecho subjetivo su contenido moral, el cual perdió con el positivismo jurídico.

Es de destacar que este tipo de derechos se ha ido construyendo, al lado de una forma de Estado, la cual actualmente se encuentra en crisis y bajo los embates de posturas libertarias.

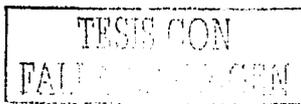
No obstante el avance que se logró en esta segunda generación de derechos humanos, no podemos dejar de señalar la debilidad de los derechos sociales, ya que en tiempos de crisis económica existe poco que distribuir; por lo tanto, resulta imposible su cabal satisfacción.

Con el propósito de darle un carácter más garantista a los derechos sociales, Cruz Parcero se pronuncia "por una protección jurídica más fuerte que garantice ciertos derechos mínimos – un mínimo de bienestar, de educación básica, un mínimo vital para la subsistencia, un mínimo de salud, etcétera – para los grupos más necesitados del país que son más de la mitad de la población del país"¹⁶¹.

La tendencia puesta en la desregulación y en concederle primordial importancia a los derechos individuales es el resultado a la respuesta constitucional a los excesos del Estado: sin embargo, como señala Gustavo Zagrebelsky, "el énfasis en la justicia lo es el desencadenamiento de las energías individuales que conducen a la imposición de los (derechos de los) más fuertes

¹⁶⁰ Hervada, Javier y Zumaquero, José M., Hervada, Javier, y Zumaquero, *op. cit.*, pp. 547 y 548.

¹⁶¹ *Idem.*



sobre los (derechos de los) más débiles, tal y como afirma "la paradoja de la libertad", es decir la tendencia de la máxima libertad a convertirse en máxima opresión"¹⁶². Un orden libre para la minoría (en sentido de ausencia de límites a sus derechos y privilegios), pero injusto para la mayoría¹⁶³. Pese a todas las críticas que puedan recibir los derechos sociales particularmente por los pensadores de derecha, para los cuales el Estado debe ser mínimo, y más aún su intervención debe limitarse a la apertura de nuevos mercados. Pues bien, no obstante todas estas críticas, es prioritario reivindicar la intervención estatal, ya que es aquí donde los derechos sociales tienen su principal asiento.

Toda esta postura de la reivindicación de los derechos sociales es importante para Cruz Parceró, "porque un Estado no podría garantizar ni siquiera la seguridad de sus ciudadanos en una sociedad ampliamente desigual e injusta. Los derechos sociales son condiciones mismas del ejercicio de los derechos civiles y políticos, y, por tanto, garantía de las igualdades conquistadas por el liberalismo y la democracia"¹⁶⁴.

Es verdad, toda vez que el Estado en la actualidad muestra una marcada tendencia a repartir deudas (Fobaproa), no así a buscar una relativa igualdad social, que contribuya a paliar un poco los efectos de la miseria en que viven grandes capas de la sociedad.

C. LA TERCERA GENERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Esta generación se presenta con marcados rasgos reivindicativos, al polarizarse en torno a temas como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida en un medio ambiente sano. Es con base en esto que se abre paso, con intensidad creciente, que nos hallamos ante una tercera generación de derechos humanos complementadora ésta de las anteriores, referidas a las libertades individuales y a los derechos económicos, sociales y culturales. De tal forma que los derechos de la tercera generación se

¹⁶² Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1997, p. 98.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 99.

¹⁶⁴ Cruz Parceró, Juan Antonio, *op. cit.*, 48.

presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada contaminación de las libertades.

Todo esto como consecuencia de la evolución tecnológica, que ha redimensionado las relaciones del hombre con los demás hombres, las relaciones entre los mismos hombres, con su naturaleza y su contexto, mismas mutaciones, que no han dejado de incidir en la esfera de los derechos humanos.

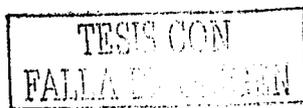
Como apunta Jorge Fernández Ruiz: "el reconocimiento de los derechos humanos de la tercera generación o derechos difusos – también conocidos como derechos colectivos -, que empieza a darse a finales de los años sesenta del siglo XX, viene a ser la respuesta a problemas comunes que enfrenta hoy la humanidad"¹⁶⁵.

D. LOS DERECHOS HUMANOS DE LA CUARTA GENERACIÓN

Muestra de la cuarta generación, es esa progresividad de la que nos comenta el francés René Cassin, al señalar éste la impresionante expansión y contenido de los derechos humanos. Pues bien, es en esta tendencia expansionista que surgen los derechos humanos de la cuarta generación, de la cual nos da cuenta Fernández Ruiz, al señalar que: "la evolución tecnológica ha alcanzado una velocidad vertiginosa en el cambiante mundo de nuestros días, según puede advertirse fácilmente en numerosas disciplinas científicas; tal como ocurre, en el campo de la cibernética, informática, robótica, teleinformática, telemática y genética, situación generadora de problemas inéditos de los que emergen nuevos derechos, cuyos reclamos y reconocimientos empiezan a tejer el entramado de una cuarta generación de derechos humanos, entre los que descuella el derecho a la privacidad e intimidad"¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 47.

¹⁶⁶ *Ibidem*.



Capítulo Tercero:

La Protección Jurídica de los Particulares

Frente a la Administración Pública

- i.* Qué es el control
- ii.* Para qué sirve el control
- iii.* El control administrativo
- iv.* Las características del control administrativo
- v.* La secretaría de contraloría y desarrollo administrativo
 - a)* Fundamentos legislativos
 - b)* Atribuciones de la secretaría de la contraloría y desarrollo administrativo
 - c)* Responsabilidades administrativas
 - d)* Procedimiento
- vi.* Qué es el ombudsman
 - a)* El ombudsman sueco
 - b)* Designación del justiti-ombudsman
 - c)* Término de mandato
 - d)* Esfera de competencia

- a)* Cómo y quién tiene acceso al ombudsman
- b)* Forma de presentar la queja ante el ombudsman
- c)* Poderes de que está investido

vii. El médiateur

- a)* Francia y su sistema de tribunales administrativos
- b)* Los tribunales administrativos y el ombudsman
- c)* La aparición del ombudsman en Francia

viii. La Creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos

- a)* Competencia y funciones de la comisión
- b)* Instancia ante la comisión
- c)* Facultad investigadora
- d)* La facultad de recomendación
- e)* La comisión nacional de los derechos humanos y el silencio administrativo

ix. El contencioso administrativo

- a)* Naturaleza jurídica
- b)* El contencioso administrativo y su concepto
- c)* El origen del contencioso administrativo como medio de defensa del silencio administrativo
- d)* El proceso contencioso administrativo
- e)* Transcurso del plazo
- f)* Posibilidad de entablar un recurso frente a la denegación presunta
- g)* El deber de resolver

- h) Los recursos procesales contemplados por la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal
- i) Los recursos procesales contemplados por el tribunal de justicia fiscal y administrativa

vi. El recurso administrativo

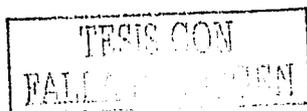
- a) La necesidad de los recursos administrativos
- b) El recurso administrativo como mecanismo de control de los actos de la administración pública.
- c) Clasificación de los recursos administrativos
- d) Caracteres del recurso administrativo
- e) Elementos del recurso administrativo
- f) Requisitos de admisión de los recursos
- g) La unificación de los recursos administrativos
- h) Los recursos administrativos en la legislación federal
- i) Los recursos administrativos previstos en la ley de procedimiento administrativo del distrito federal.

vii. El amparo como institución protectora de los administrados

- a) El amparo como institución protectora de los derechos humanos
- b) Instrumentos procesales del juicio de amparo

viii. Procedimientos de amparo: indirecto y directo

- a) El amparo indirecto
- b) El amparo directo
- c) El amparo administrativo



- d) El amparo administrativo y el silencio administrativo
- e) El tercero perjudicado en materia administrativa

CAPÍTULO TERCERO
LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS PARTICULARES
FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. QUÉ ES EL CONTROL

Entre las diversas acepciones del verbo "controlar" podemos identificar los siguientes vocablos: dirigir, limitar, vigilar, verificar, dominar, ejercer una influencia limitante etc.

Desde una perspectiva administrativa, que es la que nos interesa, podemos entender por control a la actividad verificadora que efectúa el órgano controlador con la finalidad de ver en la inspección la regularidad del acto.

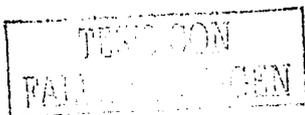
Otro aspecto a tomar en cuenta en el control, son los medios puestos en función para poder verificar si una acción se comporta conforme a las normas generales (políticas, jurídicas, contables u económicas) que debemos observar.

De manera que es posible considerar a los controles como mecanismos que posibilitan mantener a la administración dentro de ciertos límites que le han sido atribuidos por el orden jurídico y por las políticas administrativas enunciadas en los planes y programas del gobierno.

Por otra parte, el jurista argentino Manuel María Díez señala que "se entiende por control un nuevo examen de actos de una persona por otra expresamente autorizada, con el objeto de establecer la conformidad de tales actos con determinadas normas o su correspondencia y proporción con determinados fines"¹⁶⁷.

Sin embargo, esta definición es muy limitada al no considerar el carácter preventivo de los controles, entendiéndose por éstos a los que se dan con anterioridad al desarrollo de la actividad gubernamental, y se les considera preventivos porque pretenden evitar que se presenten actitudes incorrectas tanto como para la validez como para la eficacia del acto, así como lo atinente a las responsabilidades de los servidores públicos.

¹⁶⁷ María Díez, Manuel, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Omeba, 1967, p. 180.



La ejecución de la gestión administrativa puede, por diversos motivos, manifestarse en forma anormal, ya sea en su legitimidad o en su eficacia. Es deber, entonces, de la administración, arbitrar todos los medios para anular o rectificar la gestión ilegal o ineficaz. Se ha dicho, con mucho fundamento, que este ajuste sobre la actividad anormal es de la esencia de la administración en el estado de derecho, y que se realizan aunque no existan disposiciones positivas que lo autoricen. Esta función realizada por la administración activa ha recibido el nombre extensivo de control administrativo. Es un control sustancialmente administrativo porque se realiza por la actividad administrativa y en la administración activa. Este control realizado por y en la administración lo distingue del control jurisdiccional y del control político¹⁶⁸. El primero se efectúa por órganos judiciales o por órganos especiales que, aunque dentro de los cuadros de la administración, realizan actividades exclusivamente jurisdiccionales; el segundo se realiza por los órganos del Poder legislativo. Reafirmemos bien el concepto de control administrativo, confundidos a veces con el control jurisdiccional, al establecer el divorcio absoluto entre actividad activa administrativa y actividad jurisdiccional en la administración. La definición que se centra, en forma dogmática, al ubicarla dentro de la actividad administrativa, excluye cualquier yerro al respecto¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Valadés, Diego, *El control del poder*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, pp. 163 y 164. La noción de control político debe vincularse a la de responsabilidad pública. No se trata de la de responsabilidad individual que recae sobre cada servidor público con motivo del desempeño de un cargo oficial, sino de la que le corresponde en tanto que ejerce funciones constitucional y legalmente reguladas. El servidor público, de cualquiera de los órganos del poder de que se trate, está vinculado obligatoriamente al cumplimiento de las atribuciones del órgano del que forma parte. Las inhibiciones para actuar, muy frecuentemente impuestas por la conveniencia personal de escapar a la crítica pública o a la de otros servicios públicos (del mismo o de diverso órgano del poder) implica una vulneración al principio de que las funciones de derecho público no son de ejercicio potestativo.

La responsabilidad pública implica que un servidor no es libre de hacer algo contrario a lo que el desempeño de su función impone, pero tampoco lo es para dejar de hacer lo que con relación a esa misma función establece la norma de competencia.

Es en el contexto de las responsabilidades públicas que se entienden los controles públicos. Como se verá, éstos no conforman otra cosa que un conjunto de facultades para determinar si el ejercicio de la función pública se adecua a lo preceptuado. El control no es sólo sinónimo de restricción, como pudiere entenderse en una acepción limitativa, sino también de verificación; no se aplica para impedir que quienes tienen una responsabilidad pública, la cumplan, sino precisamente para lo contrario: para que ningún órgano del poder y ningún servidor hagan lo que no es correspondiente, ni dejen de hacer lo que les concierne.

¹⁶⁹ Fiorini, Bartolomé, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Luz, 1968, p. 124.

En este sentido, Fiorini se aproxima a los propósitos del control administrativo, examinando la legalidad de los actos de la administración, la satisfacción de los intereses públicos o, en su caso, los medios correctores o disciplinarios.

De tal forma que se puede afirmar que el control administrativo comprende no sólo la prevención o la idea de sanción, sino también consideramos a la prevención, en la que el Estado se ve envuelto en la satisfacción de necesidades colectivas a través de medios que se impulsan en programas sociales, y éstos vienen a ser los servicios públicos. Aquí se observa que el Estado realiza lo que no pueden hacer, quieren hacer y lo que no deben desempeñar los particulares; todo esto con la finalidad de la justicia y del orden o control.

Por lo tanto, para José Trinidad Lanz Cárdenas, una definición de control debe tomar en cuenta a los sujetos y acciones, objeto, procedimiento y la finalidad, la cual debe ser específicamente en el campo de la administración pública, por lo que este autor manifiesta que:

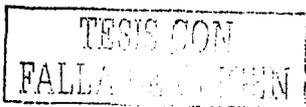
Por control (administrativo) deberán entenderse las acciones de naturaleza preventiva y de verificación posterior que garanticen la correcta administración de recursos humanos, materiales y financieros, y la obtención de resultados adecuados de gestión en la Administración Pública Federal, centralizada y paraestatal, así como la utilización congruente del gasto público federal, transferido o coordinado con estados y municipios¹⁷⁰.

2. PARA QUÉ SIRVE EL CONTROL

Debemos tomar en cuenta que todo control se emplea para dar satisfacción a los intereses políticos y jurídicos de quien ejerce éste, o de aquellos a quienes éste representa. Por lo tanto, el grado de concentración o de extensión del control refleja el nivel de centralización o descentralización del poder¹⁷¹.

¹⁷⁰ Lanz Cárdenas, José Trinidad, *La contraloría y el control interno en México*, 2da. Ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 472 y 473.

¹⁷¹ No debemos olvidar que la eficacia de cualquier sistema político se debe en gran medida a los sistemas de control, y que, por ende, éstos hagan funcional al poder. Es muy común que cuando se debate entre idoneidad de los diversos sistemas políticos para determinar cuál es el más adecuado para preservar la



Para el argentino José Roberto Dromi, el control, en cualquiera de sus diversas acepciones, es un instrumento de legalidad; de aquí que para éste, se encuentre la motivación y justificación de un aparato administrativo de control que se encargue de la fiscalización. De manera que para Dromi, la función administrativa de control es una especie que se encuentra dentro de la "variedad de los *modos operandi* de la actividad administrativa (activa, consultiva, entre otras), y viceversa, el "control de la función administrativa", género comprensivo de las distintas especies de fiscalización; políticas, jurídicas, administrativas, legislativas y judiciales.¹⁷²

El Estado de derecho impone al actuar de la administración, principios y criterios de probidad "administrativa" y "pública", así como también, rectitud y moralidad en el obrar, mismos que deben ser afianzados por los procedimientos de control interno y externo del quehacer público estatal.

El poder jurídico del control no es otra cosa que un poder - deber, considerando el carácter de obligatoriedad que implica hacer uso de éste, dada su naturaleza integradora a una función estatal, de contenido jurídico. Es en suma, un poder-deber estructurado sobre la idea fin de la tutela, cuidado y salvaguarda del orden jurídico, que adquiere una finalidad fundamental dentro del Estado de derecho que el constitucionalismo ha marcado¹⁷³.

Por lo que administrar supone en sí, para el derecho, subordinación y relevancia el escindir esta actividad de la disposición de algo, confiéndosela a otro sujeto distinto. Administrar es siempre subordinación; es decir bajo las directivas y órdenes de otro, de aquel que dispone las cosas como señor, con dominio, que tiene la potestad de controlar al que administra, pidiéndole cuentas de su desempeño administrativo. Por otra parte, el que administra está en el deber jurídico de dar cuenta de su administración, y de responder de sus actos en tanto ésta lleva implícita la idea de control. En suma, significa pedir cuenta por una parte y responder por la otra.

estabilidad política, omitamos que los resultados de éstos dependen en gran parte de un buen diseño institucional de controles públicos.

¹⁷² Dromi, José Roberto, *Derecho administrativo económico*, tomo 2, Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 550.

¹⁷³ La finalidad del contralor no es otra, que la de servir de garantía del orden jurídico puesto bajo su cuidado. Por lo tanto, cabe sostener que la finalidad del control sea un fin tutelar, defensivo, conformador, impeditivo del orden jurídico administrativo.

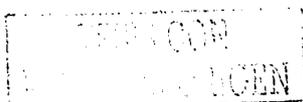
El control público está enraizado como principio natural en la estructura misma del poder estatal, por lo que podemos decir que no hay poder sin control, o por lo menos no debe haberlo, y es indispensable el control como un instrumento de regulación, más aún en tiempos del Estado burocrático. El control se creó para asegurar y garantizar la sujeción del obrar público a reglas y principios de buena administración, en el cual debe imperar inexcusablemente la perspectiva finalista del bien común, a la que debe ajustarse el poder. El control es el instrumento o medida impuesto para verificar esa correspondencia entre medios o fines, por lo que un deficiente procedimiento de fiscalización o estructura de controlar, además del riesgo político por las tentaciones que el ejercicio del poder ofrece, coadyuva a que la arbitrariedad se engrandezca y por ende se falseen los valores en perjuicio del fin primero y último del Estado: el bien común.

En este esquema, podemos decir que todo el poder y todo el control gobierno y control, parecen ser la forma idónea de la estructura futura del poder, para que los que manden no carezcan de poder y para los que obedezcan no les falte libertad, resguardada ésta bajo controles idóneos que aseguren la calidad y la eficacia. Así pues, pasamos del mito y símbolo del control a la realidad, superando las contradicciones entre detractores y defensores del control, para en definitiva asegurar la radicación e instauración de este valioso instrumento de protección ciudadana.

Desde cierta óptica, podemos considerar que la tarea de controlar es, en cierta forma, ingrata; sin embargo, indispensable, ya que sólo mediante el control se podrá determinar si se respeta el derecho y se cumplen los fines cuya consecución atribuyó aquél al administrador. No debemos pasar por alto que quien tiene el poder llega por lo común hasta donde encuentra límites, y en el caso del poder administrativo, los límites fijados por el derecho - e inscritos en las potestades jurídicas con que se han habilitado - los determina ordinariamente el juez¹⁷⁴.

El examen jurídico de los controles públicos no pasa por alto las circunstancias políticas en que esos controles surgen y son aplicados. No hay que olvidar que los

¹⁷⁴ Una buena administración sólo se logra con un control que persigue los siguientes fines: el amparo de los administrados, defensa del patrimonio público, obligación de rendir cuentas etc.



enunciados normativos en materia de control carecen de interés por sí mismos. Y sólo el cotejo cuidadoso entre lo preceptuado y lo practicado nos permite determinar el carácter de idoneidad de la norma y lo razonable de la conducta¹⁷⁵.

En lo que respecta a la utilidad del control, podemos señalar que sirve para lograr una más honesta utilización de recursos públicos, así como también procura el adecuado manejo de los servicios públicos, cuya prestación ha asumido el Estado.

En este sentido, José Luis Vázquez Alfaro nos hace ver la influencia del Estado en el control, ya que para este autor, el control depende en parte de la evolución que muestre el Estado: por lo tanto, este autor afirma:

Las experiencias históricas de cada Estado han tenido especial influencia en este proceso, de ahí que normalmente las instituciones de control parlamentario en los regímenes de este tipo sean diferentes de aquéllas que existen en países de tipo presidencial. Por otra parte, el desarrollo de los controles está ligado al grado de desarrollo de un país; así se explica que, en los países "en vías de desarrollo", el control posea una cierta especificidad debido a que su existencia "es deseable en razón de la limitación de recursos", pero su puesta en marcha es difícil "en razón de la escasez de cuadros de funcionarios necesarios para su ejercicio"¹⁷⁶.

Sin embargo, una de las primordiales tareas del control es posibilitar el mejoramiento de las tareas de gobierno, planteando soluciones que contribuyan a darle eficacia al aparato administrativo, y no para impedirlo. Después de todo, es bueno tener en cuenta que el derecho a gobernar corresponde a los ciudadanos, y este nadie puede ni debe conculcárselo. Por lo que es un error conculcarlo y

¹⁷⁵ Valadés, Diego, *op. cit.*, p. 168. En el ámbito de los controles públicos es donde se puede identificar una mayor interacción entre la norma y la conducta. ya hemos comentado que los problemas centrales de un sistema político - constitucional se localizan en el origen, en la forma, en el ejercicio y en el control del poder. En cualquiera de esos aspectos la previsión normativa no agota todas las posibilidades reales de expresión de la conducta; pero en todo caso las previsiones en materia de procedimientos electorales, por ejemplo, están bastante más ceñidas a las acciones posibles que las de control político, con motivo de las cuales suele entremezclarse la objetividad de la norma con la subjetividad de quien lo aplica o, literalmente, lo utiliza.

¹⁷⁶ Vázquez Alfaro, José Luis, *El control de la administración pública en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, p. 12.

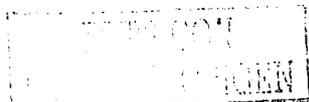
pensar que la mejor forma de proteger el interés general es dejando a una comunidad nacional sin medios eficaces de gobierno.

No obstante, los controles tienen como finalidad mantener el dinamismo institucional y no desmontar el aparato gubernamental, por lo que limitar las acciones de las instituciones no es sinónimo de entorpecerla, ya que una cosa es sujetar la actividad de la institución a reglas claras y precisas, y otra es afectar sus posibilidades reales de eficacia y efectividad; todo esto, ya que el buen gobierno se fundamenta en la garantía de que las instituciones trabajen en términos de eficacia que el orden constitucional democrático dispone. Por lo que la construcción de las instituciones requieren de mecanismos de control, y que éstos sean compatibles con un actuar razonable y efectivo. De no ser así, parecería que las instituciones sólo se pueden bloquear recíprocamente, como parte de los controles que entre éstas practiquen.

Pero lo realmente importante en los órganos de control reside en que son éstos los que posibilitan el actuar equilibrado y razonable de las instituciones. Si bien es cierto; que la caracterización de un sistema se encuentra asociada a los procedimientos de legitimación, como es el caso de las elecciones, a la estructura constitucional de los órganos del poder, y por supuesto, a las normas de competencia que rigen el ejercicio de los órganos del poder, y a las funciones competenciales del control, las cuales recorren todo el espectro del sistema¹⁷⁷.

Otro aspecto de mucha utilidad del control en la administración pública es la Hacienda pública, por lo que para el argentino Bartolomé Fiorini, "el funcionamiento de la hacienda pública supone la existencia de una organización administrativa - contable para ello, la realización de procedimientos administrativos con arreglo a los cuales se recaudarán las rentas o se realizarán los gastos y el

¹⁷⁷ Gordillo, Agustín, *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981, p. 20. Parece verdad de perogrullo que es necesario reiterar en América Latina, que si no funcionan los canales democráticos mínimos de participación y todas las demás formas de participación y control ciudadano de la administración pública, difícilmente podrán tener éxito alguno, todos y cuantos demás instrumentos y controles estatales de la administración puedan concebirse: Contralorías, Tribunales de Cuentas, Tribunales administrativos y hasta judiciales pueden de hecho quedar minimizados en su significación y utilidad concreta, sin participación ciudadana, sin parlamento, sin prensa, sin libertad. Por ello pensamos que para realizar el control de la administración pública, debe también intentarse valorizar los mecanismos de participación y control social faltantes en América Latina



dictado de actos administrativos; todo ello bajo un régimen de control administrativo"¹⁷⁸.

Además existe una gran diversidad de instrumentos de control, algunos de los cuales pueden tener una estructura más complicada que otros. El auge que han tenido dichos instrumentos de control de la administración obedece sin duda al crecimiento del aparato administrativo y de sus funciones. Por otro lado, no olvidemos las tendencias que han guiado el desarrollo del Estado, el cual ha asumido siempre un papel intervencionista en la vida de las sociedades. Por lo tanto, el carácter evolutivo del control debe corresponder a la órbita de las actividades de la administración. Sin embargo, en todo caso, la finalidad de las instituciones encargadas del control deberá caminar en el mismo sentido que el del Estado: dar satisfacción a las necesidades de la sociedad.

3. EL CONTROL ADMINISTRATIVO

De los diversos tipos de control que ejerce el Estado, nos interesa particularmente el administrativo, el cual se encuentra a cargo del Ejecutivo; es decir, aquel relacionado con el vasto campo de la administración pública, el cual en principio se configura como un control interno, o, dicho de otra forma, es el autocontrol que ejerce el órgano de contraloría sobre el aparato administrativo.

Este tipo de control podemos entenderlo como una serie de acciones, mismas que son de naturaleza preventiva, así como también de verificación a posteriori, y el objeto de este control es garantizar la adecuada gestión de los recursos humanos, materiales y financieros; también busca la adecuada utilización de los fondos públicos, y, por ende, trata de lograr los resultados previstos por la propia administración.

Este tipo de control lo que busca, en principio, es el autocontrol de la administración.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Florini, Bartolomé, *op. cit.*, pp. 207 y 208.

¹⁷⁹ Este tipo de control lo efectúa en México la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, sobre la cual comentaremos más adelante.

En definitiva, el control administrativo es el que está confiado a los órganos de la administración, y puede desarrollarse dentro de una misma persona jurídica o alcanzar a una persona jurídica distinta.

4. LAS CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL ADMINISTRATIVO

Este tipo de control administrativo tiene sus características muy especiales, las cuales enumeramos a continuación:

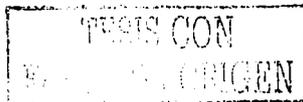
- a) Lo desempeña una autoridad que forma parte de la administración activa.
- b) El control administrativo funciona a instancia de parte o de oficio.
- c) La finalidad del control administrativo es revisar la legalidad o la oportunidad del acto sometido a examen.
- d) La administración tiene el poder de anular, retirar, modificar o reformar sus propios actos.
- e) El control administrativo no está sometido a las reglas de tipo jurisdiccional; en consecuencia, las decisiones del órgano contralor no poseen el atributo de cosa juzgada.

En suma, el control administrativo viene a ser un autocontrol, el cual se puede desempeñar de oficio o a instancia de parte, y se lleva a cabo de manera interna por los órganos públicos de la función administrativa.

Se completa el cuadro del control administrativo, con la llamada tutela administrativa, que el poder central ejerce sobre los entes descentralizados, y que se traduce en un complejo sistema de autorizaciones, aprobaciones y recursos, así como la propia actividad de control que se ejerce en los órganos descentralizados.

5. LA SECRETARÍA DE CONTRALORÍA Y DESARROLLO ADMINISTRATIVO

Como se ha podido ver a lo largo de este apartado, la contraloría es una dependencia de la administración central, que se encarga de ejercer funciones de



regulación, control, vigilancia, inspección y evaluación de la actividad administrativa, así como el poder sancionatorio del que goza ésta.

De tal forma que la función básica de la contraloría consiste, en controlar el sistema administrativo y financiero.

Por lo que hace a las funciones básicas de la SECODAM, podemos decir que es en esta secretaría donde fueron concentradas las atribuciones del control, mismas que anteriormente se encontraban dispersas en el conjunto administrativo.

A. FUNDAMENTOS LEGISLATIVOS

La Secretaría de la Contraloría General de la Federación se creó mediante reforma a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (29 de diciembre de 1982), añadiéndose el artículo 32 bis para crear la mencionada secretaría, con facultades específicas, a partir del primero de enero de 1983¹⁸⁰.

De la exposición de motivos de la reforma se puede ver el énfasis que se da en el hecho de que la Secretaría no reemplaza a los órganos y dependencias que cumplían funciones de control y vigilancia de las oficinas encargadas de la gestión de los recursos públicos. Por lo tanto, la secretaría posee una función reguladora de los sistemas sectoriales de control. En suma, estas funciones la convierten en un órgano central de control de la administración pública federal.

Sin embargo, y sin perjuicio de lo anterior, debemos señalar que no sólo la Secretaría de la Contraloría ejerce funciones de control, ya que también la

¹⁸⁰Lanz Cárdenas, José Trinidad, *op. cit.* p. 465. EL desarrollo, el mejoramiento de los servicios a cargo del Estado, la correcta productividad de las empresas públicas y la eficacia y honestidad en el manejo de los recursos nacionales no pueden concebirse sin una adecuada planeación.

Dentro de ésta, el control del ejercicio de la función administrativa tiene una gran importancia, por lo cual resulta indispensable sistematizar sus actividades y funciones, es decir, adecuarlas a los objetivos del mejoramiento de cada uno de los sectores económicos que conforman el sistema económico total, orientando el control al propósito del desarrollo.

Tanto la organización de la administración pública como la de las empresas e instituciones privadas tiene que basarse en la elaboración de planes y programas para poder mejorar la efectividad de sus operaciones, lo que modernamente se ha llamado desarrollo administrativo.

Con esa idea se sostuvo que la adecuación, para ser cabal, había de consistir en perfeccionar los sistemas de manejo de los recursos del Estado y en fortalecer los mecanismos de control y vigilancia de los mismos, y para cumplir con el propósito de que el Gobierno de la República se constituyera en patrón de conducta, se precisaba la creación de la Contraloría General de la Federación con rasgo de Secretaría de Estado, para sistematizar y robustecer las diversas facultades de fiscalización, control y evaluación de la administración pública.

Secretaría de Hacienda y Crédito Público ejerce estas funciones, principalmente en lo atinente al control fiscal y presupuestario interno¹⁸¹.

El conjunto de disposiciones normativas que regulan la organización y funcionamiento de la secretaría lo podemos observar en las siguientes disposiciones:

En primer lugar, el título cuarto de la Constitución mexicana, que comprende de los artículos 108 al 114, así como también los artículos 16, 25, 26, 73 - XXIX - D, 74 - V, 76 - VII, 127 y 134.

Entre los fundamentos legislativos debemos mencionar también a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; la Ley de Planeación, la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, además del Presupuesto de Egresos de la Federación de cada año; la Ley de Adquisiciones y Obra Pública; y la Ley de Bienes Nacionales, entre otras disposiciones legislativas.

B. ATRIBUCIONES DE LA SECRETARÍA DE LA CONTRALORÍA Y DESARROLLO ADMINISTRATIVO

En tanto que órgano administrativo, la Secretaría ejerce las siguientes funciones de autocontrol de la administración; esto, de conformidad con el artículo 37 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, al disponer lo siguiente:

I. Organizar y coordinar el sistema de control y evaluación gubernamental. Inspeccionar el ejercicio del gasto público federal, y su congruencia con los presupuestos de egresos;

II. Expedir las normas que regulen los instrumentos y procedimientos de control de la Administración Pública Federal, para lo cual podrá requerir de las

¹⁸¹ En efecto, a la SHCP le corresponde estudiar los proyectos de leyes y demás disposiciones de tipo fiscal así como realizar todas las operaciones en que se haga uso del crédito público; también dirige los servicios de aduanas, de inspección y policía fiscal; formula el programa de gasto público federal y el presupuesto de egresos de la Federación, evaluar y autorizar los programas de inversión pública de la administración federal, además lleva a cabo las tramitaciones y registros necesarios para la vigilancia y evaluación del gasto público federal, entre otras tantas. *Cfr.* artículo 31 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.



dependencias competentes, la expedición de normas complementarias para el ejercicio del control administrativo;

III. Vigilar el cumplimiento de las normas de control y fiscalización así como asesorar y apoyar a los órganos de control interno de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal;

IV. Establecer las bases generales para la realización de auditorías en las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, así como realizar las auditorías que se requieran a las dependencias y entidades en sustitución o apoyo de sus propios órganos de control;

V. Vigilar el cumplimiento, por parte de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, de las disposiciones en materia de planeación, presupuestación, ingresos, financiamiento, inversión, deuda, patrimonio, fondo y valores;

VI. Organizar y coordinar el desarrollo administrativo integral de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, a fin de que los recursos humanos, patrimoniales y los procedimientos técnicos de la misma, sean aprovechados y aplicados con criterios de eficiencia, buscando en todo momento la eficacia, descentralización, desconcentración y simplificación administrativa. Para ello, podrá realizar o encomendar las investigaciones, estudios y análisis necesarios sobre estas materias, y dictar las disposiciones administrativas que sean necesarias al efecto, tanto para las dependencias como para las entidades de la Administración Pública Federal;

VII. Realizar, por sí o a solicitud de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o de la coordinadora del sector correspondiente, auditorías y evaluaciones a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, con el objeto de promover la eficiencia en su gestión y propiciar el cumplimiento de los objetivos contenidos en sus programas;

VIII. Inspeccionar y vigilar, directamente o a través de los órganos de control, que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal cumplan con las normas y disposiciones en materias de sistemas de registro y contabilidad,

contratación y remuneraciones de personal, contratación de adquisiciones, arrendamientos, servicios, y ejecución de obra pública, conservación, uso, destino, afectación, enajenación y baja de bienes muebles e inmuebles, almacenes y demás activos y recursos materiales de la Administración Pública Federal;

IX. Opinar, previamente a su expedición, sobre los proyectos de normas de contabilidad y de control en materia de programación, presupuestación, administración de recursos humanos, materiales y financieros, así como sobre los proyectos de normas en materia de contratación de deuda y de manejo de fondo y valores que formule la Secretaría de Hacienda y Crédito Público;

X. Designar a los auditores externos de las entidades, así como normar y controlar su desempeño;

XI. Designar, para el mejor desarrollo del sistema de control y evaluación gubernamentales, delegados de la propia Secretaría ante las dependencias y órganos desconcentrados de la Administración Pública Federal centralizada, y comisarios en los órganos de gobierno o vigilancia de las entidades de la Administración Pública Paraestatal;

XII. Designar y remover a los titulares de los órganos internos de control de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y de la Procuraduría General de la República, así como a los de las áreas de auditoría, quejas y responsabilidades de tales órganos, quienes dependerán jerárquica y funcionalmente de la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, tendrán el carácter de autoridad y realizarán la defensa jurídica de las resoluciones que emitan en la esfera administrativa y ante los Tribunales Federales, representando al titular de dicha secretaría;

XIII. Colaborar con la Contaduría Mayor de Hacienda para el establecimiento de los procedimientos necesarios que permita a ambos órganos el mejor cumplimiento de sus respectivas responsabilidades;

XIV. Informara periódicamente al Ejecutivo Federal, sobre el resultado de la evaluación respecto de la gestión de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, así como de aquellas que hayan sido objeto de



fiscalización, e informar a las autoridades competentes, cuando proceda del resultado de tales intervenciones y, en su caso, dictar las acciones que deban desarrollarse para corregir las irregularidades detectadas;

XV. Recibir y registrar las declaraciones patrimoniales que deban presentar los servidores públicos de la Administración Pública Federal, y verificar su contenido mediante las investigaciones que fueran pertinentes de acuerdo con las disposiciones aplicables;

XVI. Atender las quejas e inconformidades que presenten los particulares con motivo de convenios o contratos que celebren con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal; salvo los casos en que otras leyes establezcan procedimientos de impugnación diferentes;

XVII. Conocer e investigar las conductas de los servidores públicos, que puedan constituir responsabilidades administrativas; aplicar las sanciones que correspondan en los términos de ley y, en su caso, presentar las denuncias correspondientes ante el Ministerio Público, prestándose para tal efecto la colaboración que le fuere requerida¹⁸²;

XVIII. Autorizar, conjuntamente con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en el ámbito de sus respectivas competencias, las estructuras orgánicas y ocupacionales de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y sus modificaciones, así como registrar dichas estructuras para efectos de desarrollo y modernización de los recursos humanos;

XIX. Establecer normas, políticas y lineamientos en materia de adquisiciones, arrendamientos, desincorporación de activos, servicios y obras públicas de la Administración Pública Federal;

XX. Conducir la política inmobiliaria de la Administración Pública Federal, salvo por lo que se refiere a las playas, zona federal marítimo terrestre, terrenos

¹⁸² La función investigadora de la contraloría sobre las responsabilidades administrativas de los servidores públicos abarca la responsabilidad administrativa del servidor público al cometer una violación al derecho de petición.

ganados al mar o cualquier depósito de aguas marítimas y demás zonas federales;

XXI. Expedir normas técnicas, autorizar y, en su caso, proyectar, construir, rehabilitar, conservar o administrar, directamente o a través de terceros, los edificios públicos y, en general, los bienes inmuebles de la Federación, a fin de obtener el mayor provecho del uso y goce de los mismos. Para tal efecto, la Secretaría podrá coordinarse con estados y municipios, o bien con los particulares y con otros países;

XXII. Administrar los inmuebles de propiedad federal, cuando no estén asignados a alguna dependencia o entidad;

XXIII. Regular la adquisición, arrendamiento, enajenación, destino o afectación de los bienes inmuebles de la Administración Pública Federal y, en su caso, representar el interés de la Federación; así como expedir las normas y procedimientos para la formulación de inventarios y para la realización y actualización de los avalúos sobre dichos bienes que realice la propia Secretaría, o bien, terceros debidamente autorizados para ello;

XXIV. Llevar el registro público de la propiedad inmobiliaria federal y el inventario general correspondiente, y

XXIV bis. Reivindicar los bienes propiedad de la nación, por conducto del Procurador General de la República; y

XXV. Las demás que le encomienden expresamente las leyes y reglamentos.

Como se puede ver, al enumerar las funciones de la Secretaría, encontramos atribuciones de diverso tipo, como las de regulación, donde la Secretaría establece las reglas del control interno, propone reglas aplicables a como debe desarrollarse sobre cómo debe desarrollarse el control e inspección, así como también determina las reglas de funcionamiento de las oficinas de quejas sobre el comportamiento de los servidores públicos. En suma, en la regulación normativa de la Contraloría se busca el mejor funcionamiento de su estructura burocrática administrativa.



Muy importante es también destacar la función de vigilancia e inspección que realiza la Secretaría, con la finalidad de revisar la gestión de los fondos que forman parte del patrimonio del Estado, por medio del personal designado y capacitado para ejercer esta importante función de auditoría.

En tal virtud, para el correcto desarrollo administrativo de la administración pública, la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, será indispensable la concurrencia de un marco jurídico para que la sistematización de las prácticas y los procedimientos y modalidades de la operación administrativa pública se realicen en un entorno de legalidad.

La sistematización del control, que corresponde en términos generales a la Secretaría de la Contraloría, y de manera sectorial e institucionalmente a las diversas dependencias y entidades, todo esto claro ésta, dentro de una adecuada planeación, misma que deberá ejercerse en un marco jurídico actualizado y moderno, complementándose esto con el diseño e instalación de nuevos tipos de control aplicables en conjunto a la administración pública, tanto a nivel central como paraestatal.

De tal forma que, la sujeción al control no debe limitarse solamente en lo que respecta a los órganos y personas públicas del Estado, ya que también se debe considerar a los servidores públicos, los cuales tienen a su cargo el desarrollo material y directo de las atribuciones y actividades de las dependencias y entidades públicas a las que pertenecen. Dicha función de control encuentra su apoyo en los artículos 108 - 114 y 134 de la Constitución general de la República y diversos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

No obstante lo anterior, resultaría incompleta la enumeración de los sujetos sometidos a control si no se hace referencia a los servidores públicos de los estados y municipios, así como también a las personas morales que constituyen propiamente a las entidades federativas y los ayuntamientos, ya que, como se desprende del artículo 2 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos: "Artículo 2.- Son sujetos de esta Ley, los servidores públicos federales mencionados en el párrafo primero del artículo 108 Constitucional, y todas aquéllas personas que manejen o apliquen recursos públicos federales".

Como se puede ver, son sujetos de la administración pública federal, todo aquel funcionario que maneja recursos federales que le son transferidos o coordinados en cumplimiento del Plan Nacional de Desarrollo; esto, con sujeción a los convenios de desarrollo que con apoyo en la Ley de Planeación hubiesen celebrado con la Federación.

C. RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS

Por responsabilidad administrativa podemos entender el correcto desempeño por parte del servidor público, para lo cual éste debe observar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben ser observados en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, y cuyo incumplimiento por parte del servidor público dará lugar al procedimiento administrativo y a las sanciones que correspondan, esto sin perjuicio de sus derechos laborales, así como de las normas específicas que al respecto rijan el servicio de las fuerzas armadas.

Respecto a la conducta que el funcionario público tiene que observar ya que de lo contrario estaríamos ante una responsabilidad administrativo, se desprende del artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos que a la letra señala lo siguiente:

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

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

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

IV. Custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o comisión, conserve bajo su cuidado o a la cual tenga acceso,



impidiendo o evitando el uso, la sustracción, destrucción, ocultamiento o inutilización indebidas de aquellas.

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

VI. Observar en la dirección de sus inferiores jerárquicos las debidas reglas del trato y abstenerse de incurrir en agravio, desviación o abuso de autoridad;

VII. Observar respeto y subordinación legítimas con respecto a sus superiores jerárquicos inmediatos o mediatos, cumpliendo las disposiciones que éstos dicten en el ejercicio de sus atribuciones;

VIII. Comunicar por escrito al titular de la dependencia o entidad en la que presten sus servicios, las dudas fundadas que le suscite la procedencia de las órdenes que reciba;

IX. Abstenerse de ejecutar las funciones de un empleo, cargo o comisión después de concluido el periodo para el cual se le designó o de haber cesado, por cualquier otra causa, en el ejercicio de sus funciones;

X. Abstenerse de disponer o autorizar a un subordinado a no asistir sin causa justificada a sus labores por más de quise días continuos o treinta discontinuos en un año, así como de otorgar indebidamente licencias, permisos o comisiones con goce parcial o total de sueldo y otras percepciones, cuando las necesidades del servicio público no lo exijan;

XI. Abstenerse de desempeñar cualquier algún otro empleo, cargo o comisión oficial o particular que la ley le prohíba;

XII. Abstenerse de autorizar la selección, contratación, nombramiento o designación de quien se encuentre inhabilitado por resolución firme de la autoridad competente para ocupar un empleo, cargo o comisión en el servicio público;

XIII. Excusarse de intervenir en cualquier forma en la atención, tramitación o resolución de asuntos en los que tenga interés personal, familiar o de negocios, incluyendo aquéllos de los que pueda resultar algún beneficio para él, su cónyuge o parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, por afinidad o civiles, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o

para socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen o hayan formado parte;

XIV. Informar por escrito al jefe inmediato y en su caso, al superior jerárquico, sobre la atención, trámite o resolución de los asuntos a que hace referencia la fracción anterior y que sean de su conocimiento; y observar sus instrucciones por escrito sobre su atención, tramitación y resolución, cuando el servidor público no pueda abstenerse de intervenir en ellos;

XV. Abstenerse, durante el ejercicio de sus funciones de solicitar, aceptar o recibir, por sí o por interpósita persona, dinero, objetos mediante enajenación a su favor en precio notoriamente inferior al que el bien de que se trate y que tenga en el mercado ordinario, o cualquier donación, empleo, cargo o comisión para sí, o para las personas a que se refiere la fracción XIII, y que procedan de cualquier persona física o moral cuyas actividades profesionales, comerciales o industriales se encuentren directamente vinculadas, reguladas o supervisadas por el servidor público de que se trate en el desempeño de su empleo, cargo o comisión y que implique intereses en conflicto. Esta prevención es aplicable hasta un año después de que se haya retirado del empleo, cargo o comisión;

XVI. Desempeñar su empleo, cargo o comisión sin obtener o pretender obtener beneficios adicionales a las contraprestaciones comprobables que el Estado le otorga para el desempeño de su función, sean para él o para las personas a las que se refiere la fracción XIII;

XVII. Abstenerse de intervenir o participar indebidamente en la selección, nombramiento, designación, contratación, promoción, suspensión, remoción, cese o sanción de cualquier servidor público, cuando tenga cualquier interés personal, familiar o de negocios en el caso, o pueda derivar alguna ventaja o beneficio para él o para las personas a las que se refiere la fracción XIII;

XVIII. Presentar con oportunidad y veracidad, las declaraciones de situación patrimonial, en los términos establecidos por esta ley;

XIX. Atender con diligencia las instrucciones, requerimientos y resoluciones que reciba de la Secretaría de la Contraloría, conforme a la competencia de ésta;



XX. Supervisar que los servidores públicos sujetos a su dirección, cumplan con las disposiciones de este artículo; y denunciar por escrito, ante el superior jerárquico o la contraloría interna, los actos u omisiones que en ejercicio de sus funciones llegare a advertir respecto de cualquier servidor público que pueda ser causa de responsabilidad administrativa en los términos de esta ley, y de las normas que al efecto se expidan;

XXI. Proporcionar en forma oportuna y veraz, toda la información y datos solicitados por la institución a la que legalmente le compete la vigilancia y defensa de los derechos humanos, a efecto de que aquélla pueda cumplir con las facultades y atribuciones que le correspondan;

XXII. Abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición jurídica relacionada con el servicio público;

XXIII. Abstenerse, en ejercicio de sus funciones y con motivo de ellas, de celebrar o autorizar la celebración de pedidos o contratos relacionados con adquisiciones, arrendamientos y enajenación de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de la obra pública, con quien desempeñe un empleo, cargo o comisión en el servicio público, o bien con las sociedades de las que dichas personas formen parte, sin la autorización prevista y específica de la Secretaría a propuesta razonada, conforme a las disposiciones legales aplicables, del titular de la dependencia o entidad de que se trate. por ningún motivo podrá celebrarse pedido o contrato alguno con quien se encuentre inhabilitado para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público, y

XXIV. Las demás que le impongan las leyes y reglamentos.

Cuando el planteamiento que formule el servidor público a su superior jerárquico deba ser comunicado a la Secretaría de la Contraloría General, el superior procederá a hacerlo sin demora, bajo su estricta responsabilidad, poniendo el trámite en conocimiento del subalterno interesado. Si el superior jerárquico omite la comunicación a la Secretaría de la Contraloría General, el subalterno podrá practicarla directamente informando a su superior acerca de este acto.

Como se puede ver el artículo anterior hace referencia a las responsabilidades a las que puede ser acreedor el funcionario público que violente la normatividad legal, por lo que el servidor público tendrá que respetar el derecho, o de lo contrario se hará acreedor de una sanción administrativa.

D. PROCEDIMIENTO

En el caso de las sanciones administrativas que le corresponda aplicar a la Secretaría, ésta lo hará mediante el siguiente procedimiento y de conformidad con el artículo 64 de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos:

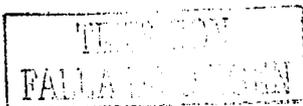
I. Citará al presunto responsable a una audiencia, haciéndole saber la responsabilidad o responsabilidades que se le imputen, el lugar, día y hora en que tendrá verificativo dicha audiencia y su derecho a ofrecer pruebas y alegar en la misma lo que a su derecho convenga, por sí o por medio de un defensor.

También asistirá a la audiencia el representante de la dependencia que para tal efecto se designe.

Entre la fecha de la citación y la de la audiencia deberá mediar un plazo no menor de cinco ni mayor de quince días hábiles;

II. Desahogadas las pruebas, si las hubiere, la Secretaría resolverá dentro de los treinta días hábiles siguientes, sobre la inexistencia de responsabilidad o imponiendo al infractor las sanciones administrativas correspondientes, las cuales son: apercibimiento privado o público, amonestación privada o pública, suspensión, destitución del puesto, sanción económica e inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público, para posteriormente notificar la resolución al interesado dentro de las setenta y dos horas, a su jefe inmediato, al representante designado por la dependencia y al superior jerárquico;

III. Si en la audiencia la Secretaría encontrara que no cuenta con elementos suficientes para resolver o advierta elementos que impliquen nueva responsabilidad administrativa a cargo del presunto responsable o de otras



personas, podrá disponer la práctica de investigaciones y citar para otra u otras audiencias y

IV. En cualquier momento, previa o posteriormente al citatorio al que se refiere la fracción I del presente artículo, la Secretaría podrá determinar la suspensión temporal de los presuntos responsables de sus cargos, empleos o comisiones, si a su juicio así conviene para la conducción o continuación de las investigaciones. La suspensión temporal no prejuzga sobre la responsabilidad que se impute. La determinación de la Secretaría hará constar expresamente esta salvedad.

La suspensión temporal a que se refiere el párrafo anterior suspenderá los efectos del acto que hayan dado origen a la ocupación del empleo, cargo o comisión, y desde el momento en que sea notificada al interesado o éste quede enterado de la resolución por cualquier medio. La suspensión cesará cuando así lo resuelva la Secretaría, independientemente de la iniciación, continuación o conclusión del procedimiento a que se refiere el presente artículo en relación con la presunta responsabilidad de los servidores públicos.

Si los servidores suspendidos temporalmente no resultaren responsables de la falta que se les imputa, serán restituidos en el goce de sus derechos y se les cubrirán las percepciones que debieran percibir durante el tiempo en que se hallaron suspendidos.

Se requerirá autorización del presidente de la República para dicha suspensión si el nombramiento del servidor público de que se trate incumbe al titular del Poder Ejecutivo. Igualmente, se requerirá autorización de la Cámara de Senadores, o en su caso de la Comisión Permanente, si dicho nombramiento requirió ratificación de éste en los términos de la Constitución general de la República.

En las diligencias que se practiquen en el procedimiento, se levantará un acta circunstanciada, misma que deberán suscribir quienes intervengan en ellas, y serán apercibidos de las sanciones en que incurran quienes falten a la verdad.

En las diligencias que se practiquen, el titular de la dependencia podrá designar a un representante para que participe en dichas diligencias, y éste dará

vista de todas las actuaciones a la dependencia o entidad en la que el presunto responsable presta sus servicios.

Las resoluciones y acuerdos de la Secretaría y de las dependencias deberán constar por escrito, así como asentar en el registro respectivo, que comprenderá las secciones correspondientes a los procedimientos disciplinarios y a las sanciones impuestas, entre ellas, en todo caso, las de inhabilitación.

En el caso de las sanciones que se le apliquen al servidor público, éste podrá recurrirlas ante el Tribunal Fiscal las resoluciones administrativas que le causen agravio, y en el caso de que la resolución del respectivo Tribunal tenga el carácter de anulatorio, en este caso, la dependencia o entidad en que el servidor preste sus servicios o los haya prestado, deberá restituir en el goce de sus derechos de que hubiese sido privado por la ejecución de las sanciones anuladas, sin perjuicio de lo establecido en otras leyes.

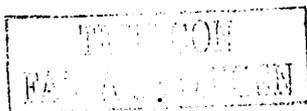
En el caso de las resoluciones que impongan sanción administrativa, éstas podrán ser impugnadas por el servidor público ante la propia autoridad, esto mediante el recurso de revocación, mismo que podrá ser interpuesto dentro de los quince días siguientes a la fecha en que surta efectos la notificación de la resolución recurrida,

En lo que respecta a la tramitación del recurso, éste se sujetará a las siguientes reglas, de conformidad con el artículo 71, párrafo II, de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, mediante la tramitación siguiente:

I. Se iniciará mediante escrito en el que deberán expresarse los agravios que a juicio del servidor público le cause la resolución, acompañando copia de ésta y constancia de la notificación de la misma, así como la proposición de las pruebas que considere necesario rendir;

II. La autoridad acordará sobre la admisibilidad del recurso y de las pruebas ofrecidas, desechando de plano las que no fuesen idóneas para desvirtuar los hechos en que se basa la resolución, y

III. Desahogadas las pruebas, si las hubiere, la autoridad emitirá su resolución dentro de los treinta días hábiles siguientes, notificándolo al interesado en un plazo no mayor de setenta y dos horas.



La interposición del recurso suspenderá la ejecución de la resolución recurrida, en el caso de que el promovente lo solicite, conforme a las reglas establecidas en el artículo 72, de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, el cual establece:

I. Tratándose de sanciones económicas, si el pago de éstas se garantiza en los términos que prevenga el Código Fiscal de la Federación; y

II. Tratándose de otras sanciones, se concederá la suspensión si concurren los siguientes requisitos;

a) Que se admita el recurso;

b) Que la ejecución de la resolución recurrida produzca daños o perjuicios de imposible reparación en contra del recurrente; y

c) Que la suspensión no traiga como consecuencia la consumación o continuación de actos u omisiones que impliquen perjuicios al interés social o al servicio público.

En el caso de las resoluciones administrativas que se dicten, el servidor público responsable podrá optar entre interponer un recurso ante el Tribunal Fiscal, o en su caso acudir al recurso de revocación, sin perjuicio de que la resolución que se dicte en el recurso de revocación será también impugnabile ante el Tribunal Fiscal.

Por lo que hace a las resoluciones absolutorias que dicte el Tribunal Fiscal, éstas podrán ser impugnadas por la Secretaría o en su caso por el superior jerárquico.

En lo concerniente a la ejecución de las sanciones administrativas impuestas en resolución firme se llevará a cabo de inmediato en los términos que disponga la resolución. Y la suspensión, destitución, o inhabilitación que se impongan a los servidores públicos de confianza surtirá efectos al notificarse la resolución y se considerarán de orden público.

Las sanciones económicas que se impongan constituirán créditos fiscales a favor del erario federal, mismos que se harán efectivos mediante el procedimiento coactivo de ejecución.

Si el servidor público confesare su responsabilidad, de inmediato se procederá a dictar resolución, a no ser que quien conoce del procedimiento disponga la recepción de pruebas para acreditar la veracidad de la confesión, en el caso de que se acepte plena validez a la confesión, se impondrá al interesado dos tercios de la sanción aplicable, si ésta es de naturaleza económica, y en lo que respecta a indemnización, en todo caso, ésta deberá cubrir los daños, por último queda a juicio de quien resuelve disponer o no la suspensión, separación o inhabilitación.

Para cumplimentar las atribuciones que les confiere la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, la Secretaría y el superior jerárquico podrán emplear los siguientes medios de apremio:

I. Sanción económica de hasta veinte veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal;

II. Auxilio de la fuerza pública.

Y de existir resistencia al mandamiento legítimo de autoridad, se estará a lo previsto por la legislación penal.

6. QUÉ ES EL OMBUDSMAN

El tema referente a la protección jurídica de los derechos del ciudadano frente a la administración pública constituye sin duda alguna uno de los temas más apasionantes de nuestro tiempo, esto, en virtud de que es un sector muy grande y poderoso¹⁸³ en la actualidad y que amenaza con seguir siendo todavía más poderoso en el futuro, y es por estas razones que surge el *ombudsman*, como un mecanismo de defensa del particular frente a la administración pública.

Para el destacado publicista español Jesús González Pérez, la postura tan incómoda y a veces angustiosa del gobernado en esta época, es por una parte

¹⁸³ Este crecimiento inevitable y no pocas veces desmesurado de la administración contemporánea, si bien por un lado beneficia a los diversos sectores sociales, especialmente a aquellos que se encuentran en una situación menos favorable, en contrapartida, también afecta a esos mismos grupos y a las personas individuales al restringir la esfera de la libertad de los gobernados, en virtud de que los mismos se encuentran sujetos, en un número cada vez mayor de sus actividades, a licencias, permisos y autorizaciones de carácter administrativo. Fix - Zamudio, Héctor, *Protección jurídica de los derechos humanos*, 2da ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999, p. 100.



porque el hombre tiene, entre otras calamidades, la de ser el administrado,¹⁸⁴ y, por si fuera poco, debe considerársele como el gran ausente de los estudios de derecho administrativo,¹⁸⁵ y, por lo tanto, la paradoja de que la libertad resulta más acotada en un régimen democrático que en uno autoritario, ya que en el segundo la administración está menos adelantada que en el primero.¹⁸⁶

De manera que la realidad jurídica y social hoy en día del administrado se encuentra inmersa en un mundo, el cual en ocasiones resulta impenetrable, y muy a menudo impotente para defender su causa, cada vez más limitada, frente a la creciente reglamentación administrativa, la cual llega a ser aplastante.

Una vez señalado lo anterior, procede adentrarse en el estudio del *ombudsman*, mismo que ha tenido una extraordinaria expansión, desde el surgimiento de éste en los países escandinavos, y que podemos definir en los siguientes términos:

Como el organismo autónomo designado por el organismo legislativo (en el modelo original), o por el Ejecutivo (en los países de régimen presidencial, o mixto, como el caso de Francia), que tiene la función de vigilar la actividad administrativa, recibir las quejas de los administrados, investigarlas, proponer alguna solución a la autoridad que afectó los derechos de los administrados, formular informes periódicos, generalmente anuales, y sobre las cuestiones investigadas, además de sugerir reformas a los reglamentos y leyes administrativas para una mejor y más eficiente administración pública.¹⁸⁷

De tal guisa que esta institución de defensa la podemos considerar de carácter universal¹⁸⁸ debido a su establecimiento en un número abultado de ordenamientos

¹⁸⁴ Cfr. González Pérez, Jesús, "Arbitrariedad administrativa", *Anuario Jurídico*, México, I, 1974, p. 159.

¹⁸⁵ Cfr. González Pérez, Jesús, *El administrado*, Madrid, 1966, pp. 15 - 20.

¹⁸⁶ Cfr. González Pérez, Jesús, *Administración pública y libertad*, México, 1971, p. 19.

¹⁸⁷ Los aspectos esenciales de la institución se pueden ver en las obras de Rowat, Donald (editor), *El ombudsman*, (traducción de Eduardo L. Suárez), México, 1973, pp. 15 - 39; y Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración*, 2a. ed., Madrid, 1981, pp. 18 - 32.

¹⁸⁸ Por considerarse de vital importancia se han elevado en múltiples ordenamientos jurídicos en el ámbito constitucional. El modelo escandinavo del Comisionado Parlamentario ha tenido como función primaria y esencial la defensa de los derechos de los particulares frente a la administración pública, y al introducirse éste en países que padecieron prolongadas dictaduras, como es el caso del Promotor de la Justicia en Portugal y el Defensor del Pueblo español, se les asignó como función esencial la tutela de los derechos fundamentales. A la figura del *Ombudsman* se le han dado diversos nombres según el caso de la familia jurídica, por lo que posee una diversidad de denominaciones: Parliamentary Commissioner for Administration Médiateur, Abogacía Popular (*Volksanwaltschaft*), Defensor del Pueblo, etcétera. Pues bien, no obstante las diversas modalidades que han asumido en los diversos ordenamientos que lo han consagrado y que pertenecen a

jurídicos pertenecientes a múltiples familias jurídicas, como las del sistema continental europeo y las de tipo angloamericano o *common law*, y en las familias socialistas la protección se llevaba a cabo por la Procuratura. El éxito de esta institución radica en la satisfacción de un requerimiento urgente de la vida contemporánea, como es el de dar rápida y efectiva solución a las quejas de los gobernados, y que tiene la ventaja de contribuir al mejoramiento general de la actividad administrativa, ya que el órgano respectivo tiene la posibilidad de conocer los aspectos de la propia actividad en donde existen problemas, errores o defectos y sugerir su pronta mejoría.

Una vez comentados ciertos aspectos muy esenciales sobre el *ombudsman*, procede estudiar, aunque sea de manera breve, cierto aspecto de esta figura en el ordenamiento sueco, ya que es aquí donde surge ésta por primera ocasión.

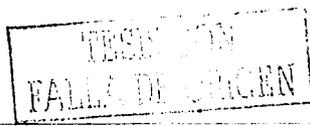
A. EL OMBUDSMAN SUECO

Dicha institución tiene su origen en el derecho constitucional sueco, ya que se considera que le da vida a esta figura la ley constitucional del 6 de junio de 1809, pese a que se señalan antecedentes que se remontan al canciller de la justicia, el cual es creado por la Corona en el siglo XVIII como representante del rey para inspeccionar a los funcionarios administrativos¹⁸⁹.

distintas familias o tradiciones jurídicas, el Ombudsman tiene elementos comunes, como el de dar protección al ciudadano frente a la administración pública.

¹⁸⁹ Se puede afirmar que la oficina del Canciller de Justicia fue creada por el rey Carlos XII mediante su Orden de la Chancillería promulgada en 1713. Así pues, la oficina nació durante la guerra de Suecia con Rusia bajo el zar Pedro I. Pero aun antes de 1713, tanto en Suecia como en Finlandia (que desde el siglo XIII estaba ligada a Suecia), había oficinas que hasta cierto punto se pueden considerar como antecesoras del Canciller de Justicia. Así, durante la última parte del siglo XVI, el llamado Preboste de la Corona vigilaba a los fiscales públicos y actuaba, a nombre del rey, como el fiscal principal. Más tarde, el Procurador de la Corona de la Corte de Apelaciones de Estocolmo se hizo cargo de estas funciones.

La función más importante de la oficina creada en 1713 - llamada originalmente del Procurador Supremo (*Högste Ombudsmannen*) consistía en ejercer una vigilancia general para asegurar que se cumpliera con las leyes y reglamentos, y que los servidores públicos efectuaran sus tareas debidamente. Particularmente en asuntos graves, como los de traición, el propio Procurador Supremo debe hacerse cargo del caso ante los tribunales. Por una orden adicional de la Chancillería, emitida en 1719, se cambió el nombre de la oficina al actual de Cancillería de Justicia (*Justitiekansler* que en Suecia se conoce generalmente como el JK). El cambio de nombre no implicó ningún cambio de función; la institución debería seguir sirviendo como un medio general de control de la administración estatal desde el punto de vista de la legalidad. Sin embargo, esto no significa que sus obligaciones en otros aspectos, o su posición general en la administración, hayan sido siempre los mismos. Durante un breve intervalo a mediados del siglo XVIII, se modificó la posición del JK, quien ya no sería designado por el rey, sino por los cuerpos representativos entonces existentes, o sea los cuatro estados. Así se transformó la oficina del JK, que en lugar de seguir siendo servidor de confianza de los



De manera que inicialmente el *Ombudsman* fue designado por el Parlamento (*Riksdag*), y nace con la finalidad de fiscalizar las resoluciones de los tribunales, y aquí su nombre, mismo que aun conserva de *Justitieombudsman*. No obstante que surge con la clara idea de vigilar a los tribunales, pronto se ve en la necesidad de extender su radio de competencia a las autoridades administrativas; posteriormente fue tal el éxito de esta figura que se adapta al medio militar con la denominación de *Militieombudsman*, para atender asuntos de esta naturaleza también.¹⁹⁰

Pese al éxito que tuvo el *Ombudsman* en sus inicios, éste no estuvo exento de periodos delicados, tal como el período delicado que surge tras la desaparición de Carlos XII, ya que aquí el *Justitie - Kansler* lo nombra el rey, pero debe entregar un informe de sus actividades al Parlamento o *Riksdag*, pero el *Ombudsman* termina por cargarse más hacia el Parlamento, ya que es ante quien realmente se siente responsable. Pero la tensión termina en 1776, cuando finalmente el Parlamento se impone al rey, por lo que a partir de aquí éste ya no designará al *Justitie - Kansler*, de manera que quien nombra al *Ombudsman* son los Estados, y por un período de tiempo, el cual corresponde hasta la siguiente reunión de la Cámara¹⁹¹.

estados. Durante este periodo de 1766 a 1772, se puede considerar la oficina del JK como la antecesora de la oficina del *Ombudsman* (*Justitieombudsman*, o JO), fundada en 1809 como una institución de los cuatro estados. Sin embargo, como resultado del golpe de Estado de 1772 - encabezado por el rey Gustavo III y que le dio el poder político, que desde la muerte del rey Carlos XIII había estado en manos de los cuatro estados-, el JK volvió a ser un funcionario de confianza del rey y el Consejo. Y durante los años inmediatamente anteriores a 1809 el JK sirvió también como un consejero y adquirió una posición semejante a la de un Ministerio de Justicia. Sten, Rudholm, "Los guardianes de la ley en Suecia", traducción. Escalante, Daniel, *El Ombudsman*, Rowal C. Donald (coor), México, Fondo de Cultura Económica, 1973, pp. 49 y 50.

¹⁹⁰ El *Ombudsman* militar esencialmente ejerce tareas de control sobre la administración de defensa, trato y gestión del personal militar.

¹⁹¹ Es de vital importancia para el triunfo y la credibilidad del *Ombudsman* el que se encuentre apartado del rey y de la política ya que de no ser así este pierde la confianza del pueblo y es éste a quien realmente debe de servir. Sobre el particular, el español Víctor Fairén Guillén nos señala la siguiente: Confianza del pueblo y de la Administración. Autoriitas significa esta base del prestigio de los *Ombudsmen*. Opera en favor del prestigio - de la autoridades - del *ombudsman* el que no se basa tan sólo en las cualidades personales de quien desempeña el cargo, sino que tiene carácter institucional; el *ombudsman* no pertenece a la Administración, no es funcionario burócrata que lleva consigo la carga de su mentalidad como único y auténtico intérprete de los intereses de la Administración; es ajeno a la política - cualidad indispensable para que un *ombudsman* triunfe - , aunque haya sido nombrado por un Parlamento; "se halla cercano al pueblo", cuya confianza ha sabido captarse a través de sus actuaciones o las de sus predecesores; debe ser escogido entre personas que, a su ciencia y prudencia, unan la afabilidad, la cortesía y una casi infinita paciencia - que la han menester para contestar correcta y amablemente a quejas por futezas o simplemente estultas -; no debe intentar "vencer", sino "convencer". Además, como apoyo, cuenta con el Parlamento, el cual debe informar de sus actividades. Pero esta autoridades no se consiguen con simple nombramiento y apoyo del Parlamento; precisa que se "han públicos", primero, el propio cargo y, después, todas sus actividades.

Esto es, en primer lugar, que el "público" conozca lo que "es" el *ombudsman* y lo "que son sus atribuciones"; ulteriormente, el público mismo, a través del Parlamento, juzgará si la actividad de ese órgano es

Si algo caracteriza el funcionamiento de los órganos legislativos suecos en ese entonces, es que pasaban varios años antes de que el Parlamento volviera a reunirse; por lo tanto, se potencia históricamente la posición de *Ombudsman*, ya que en ocasiones pasaban varios años sin que el Parlamento se reuniera.

De manera, que en ese intervalo, el *Ombudsman* asumía un fuerte papel fiscalizador del Parlamento sobre el rey, en cuyo nombre se administraba e impartía justicia. En ese momento los jueces eran meros funcionarios a las órdenes del rey. Es comprensible, por lo tanto, que no dependiendo del rey y sin tener Parlamento al que acudir con regularidad para denunciar ciertas irregularidades que se pudieran descubrir, el *Ombudsman* se vio arropado de un poder de acusación de los funcionarios ante los tribunales, y en tal virtud éste se veía en la necesidad de buscar apoyo en la opinión pública por medio de la publicidad de sus investigaciones.

Pero volviendo nuevamente a sus más cercanos antecedentes, podemos apreciar cómo el experimento de un Jk con independencia frente al rey y elegido por los Estados, no tuvo un periodo de vida muy prolongado. Esto porque Gustavo III, en 1772 dictó una nueva *Regeringsform*, por la cual el Jk de nueva cuenta pasó a depender del rey como un funcionario a sus servicios. De este nuevo periodo de absolutismo real no se liberó Suecia hasta el asesinato de Gustavo III, al ser derrotado por su sucesor Gustavo IV en 1809, fecha en la que el *Riksdag* volvió a la plenitud de sus poderes y se promulgó una nueva Constitución, por medio de la cual se institucionalizó con rango fundamental y por vez primera, la figura del *Justitie-Ombudsman*.

B. DESIGNACIÓN DEL JUSTITI-OMBUDSMAN

Si algo viene a caracterizar al JO surgido en 1809 es su total desconexión con el rey y su clara dependencia frente al *Riksdag*, ya que éste lo elige, y además es

satisfactorio o no por medio de la "publicidad" oficial dada por él mismo a dicho Parlamento –Informes anuales o Informes especiales que se publican- o al público en general a través de los medios masivos de comunicación –La prensa, la radio, la televisión o entrevistas multitudinarias compartes del pueblo. Fairen Guillen, Víctor, *El defensor del pueblo –Ombudsman-*; Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, pp. 50 y 51.

también ante quien debe presentar un informe anual sobre su actividad de vigilancia sobre la administración, la justicia e, incluso, también a la Iglesia.

La elección no se lleva a cabo realmente de manera directa por todo el *Riksdag*, sino de forma indirecta mediante una comisión que se constituye al efecto y cuya composición es muy cuidadosa, toda vez que se busca que quien sea elegido para ocupar el cargo de JO sea un hombre sin partido, y más aún que no sea elegido por la fuerza de un determinado partido¹⁹². Es una constante en la historia de esta institución que la elección se realiza por unanimidad de todos los partidos que tienen representación en el Parlamento y que la misma recaiga sobre una persona con solvencia moral y prestigio jurídico.

C. TÉRMINO DE MANDATO

El funcionario que habrá de ocupar el cargo de JO se elige por un periodo de cuatro años, igual al periodo de los miembros del *Riksdag*, sin embargo, cabe la posibilidad de que se les pueda reelegir aun cuando en la praxis no se haya visto que se les elija por más de dos periodos, pese a que el JO guarda independencia en su actuación, cabe la posibilidad de que sea destituido por la comisión parlamentaria, la cual se encarga de examinar su actividad, forma de actuar en el informe que presenta. Es de destacar que desde 1809 no se conoce caso alguno de destitución del JO antes de que transcurra el plazo para el que fueron electos; no obstante, esto sí se conocen casos de no-reelección.

Para terminar con el presente apartado sólo cabe mencionar que el *Ombudsman*, tras su designación durante el término de su desempeño, mismo que es de cuatro años, no podrá ocupar otra cartera pública; esto, con la intención de evitar una cierta dependencia frente al rey o a la administración.

¹⁹² Cada Cámara elegía 24 diputados para estos efectos. El candidato triunfante debe obtener una mayoría absoluta de votos, pero si al término de tres turnos de votación nadie lograra alcanzarlo, entonces será designado JO la persona que hubiese conseguido más votos a su favor.

Esta lección no se realiza el mismo día en que son designados por cada Cámara los miembros de la Comisión; esto, para evitar sorpresas y malas maniobras. Por lo general, viene presidida por una reunión de los jefes de partido, los cuales se encuentran representados en el *Riksdag*, y éstos se ponen de acuerdo sobre la persona adecuada y que satisfice a todos los partidos. De manera que la posterior elección de la Comisión suele concluir siempre por unanimidad.

D. ESFERA DE COMPETENCIA

En el caso sueco, es necesario iniciar con la siguiente consideración sobre las relaciones que guardan el gobierno y la administración, de manera que para los profesores españoles Álvaro Gil Robles y Gil Delgado este caso merece la siguiente consideración:

Es este precisamente uno de los rasgos fundamentales que marcan a fuego la razón de ser y las características propias del *Ombudsman* en aquel país. En Suecia existe una separación orgánica tajante entre la función pública y la Administración. Ello quiere decir que existen dos bloques perfectamente determinados: el rey y sus consejeros o ministros, de una parte, y de otra, la Administración propiamente tal.¹⁹³

Con relación al rey, el cual se desempeña como jefe de Estado, se encuentra al margen de cualquier tipo de fiscalización por parte del JO, así como también los ministros en el desempeño de su labor política y de adopción de resoluciones generales de tipo político y que naturalmente puedan afectar a la administración, toda vez que son las orientaciones para su funcionamiento.

La clara separación entre gobierno y administración se puede ver de la siguiente manera: a la cabeza de ésta se encuentran las direcciones generales, las cuales no están subordinadas mediante el vínculo jerárquico frente a los ministros. Algunas de estas direcciones tienen entre sus filas a miles de funcionarios, en tanto que alguno que otro ministerio no llegue al centenar de funcionarios.

Tras una larga e histórica batalla contra el poder real, el funcionario ha llegado a alcanzar cierta seguridad e inamovilidad en su puesto, lo cual explica que, con base en tan especial estructura administrativa, el servido público tenga un amplio margen de maniobra bajo su responsabilidad y que por lo tanto, en dicha circunstancia el control por el *Ombudsman* sea necesario.

¹⁹³ Robles Gil y Gil Delgado, Álvaro, *op. cit.*, p. 38.

Debe señalarse también que el *Ombudsman* no solo se limita al control de las relaciones administrado-funcional, sino también las quejas de este en su relación interna con la administración; los llamados problemas atinentes meramente el desempeño interno de los funcionarios, los cuales han llegado a que se les considere una parte muy importante de su actividad.

Al transcurrir del tiempo, la esfera de competencia que se reducía a la administración central se modifica al incluir en su fiscalización también a los funcionarios que desempeñan alguna actividad en la administración local.

Quedan fuera del control del JO los miembros de los Consejos Municipales y generales elegidos; por el contrario, se encuentran totalmente sometidos los agentes de las colectividades territoriales y los miembros de las municipalidades y comisiones departamentales.

Y por último, cabe destacar el hecho de que el JO abarque su esfera de competencia a jueces, tribunales e Iglesia.

En la actualidad, el *Ombudsman* ejerce su mecanismo de control sobre el Ministerio Fiscal, los magistrados de jurisdicciones inferiores, autoridades penitenciarias, así como también las de policía. En suma, toda la administración de justicia. En cuanto al Tribunal Supremo y el Tribunal Administrativo Supremo, el control es más limitado y sutil, toda vez que el *Ombudsman* no podrá ejercer ningún tipo de crítica más que en sus actos jurisdiccionales y siempre y cuando dicten una sentencia injusta y contraria a la evidencia que los hechos muestre, por lo que los miembros del Tribunal Supremo se encuentran prácticamente apartados de la esfera de competencia del *Ombudsman*.

Por lo que hace a la Iglesia, podemos decir que el culto oficial es el luterano, y éste se considera como un auténtico servicio público, ya que éste recibe fondos del Estado, y por lo tanto se encuentra sometido a la vigilancia del JO, salvo en aquellos aspectos que se consideren de doctrina religiosa, en los cuales el JO no puede ejercer control alguno.

E. CÓMO Y QUIÉN TIENE ACCESO AL OMBUDSMAN

Primero que nada, se tiene acceso al *Ombudsman* de dos maneras: a instancia de parte o de oficio.

En cuanto a la acción de oficio del *Ombudsman*, podemos señalar que es muy importante en tanto que supone que es consecuencia del cumplimiento de su obligación de vigilancia de éste sobre la administración. Por lo tanto, el obrar fiscalizador del *Ombudsman* se puede desencadenar como consecuencia de visitas de inspección que realiza a todos los órganos administrativos, judiciales y militares a todo lo largo y ancho del país, o simplemente, tras la denuncia de un hecho por medio de la prensa.

Pero sin lugar a dudas la fiscalización del *Ombudsman* se basa esencialmente en las quejas presentadas ante él, por parte de los ciudadanos, las cuales son a instancia de parte.

En cuanto a quién tiene acceso a esta institución, podemos señalar que cualquier persona; sólo basta que ésta se sienta agraviada por un obrar de la administración, o tenga que ejercer una queja contra ésta como consecuencia de su actuación, o simplemente cuando el sujeto decide actuar en razón de un interés general. En suma, es un hecho que el ciudadano tiene acceso directo y personal si éste lo desea; sin embargo, se exige que la acción sea individual y no de forma colectiva.

Es tal el interés del *Ombudsman* por proteger al ciudadano común de las arbitrariedades de la administración, que esta institución protectora del ciudadano abarque su competencia al sujeto privado de su libertad, o sea a las penitenciarias y hospitales para enfermos mentales, reformatorios, etcétera.

En tal caso sólo se pide que el interesado se dirija al JO presentado su escrito de reclamación mediante sobre cerrado, el cual, en todo caso no podrá ser abierto por la inspección u objeto de censura por parte de aquellos establecimientos en donde esta queja existiera. De tal forma que no hay, pues, censura alguna sobre esta queja. Todo esto contribuye a posibilitarle al actor de la queja un clima de seguridad.

De igual forma, tampoco existe limitación alguna para que menores y mujeres afectados por la acción de la administración tengan acceso al JO.

F. FORMA DE PRESENTAR LA QUEJA ANTE EL OMBUDSMAN

El aspecto esencial es que la presentación de la queja es sin formalismos, por lo que se busca darle la mayor sencillez al procedimiento; además, no se requiere la presencia de abogado o procurador¹⁹⁴ en la queja presentada por el ciudadano; esto, sin perjuicio de que si el interesado desea contar con algún tipo de asesoría, ésta podrá obtenerla por medio de un letrado en todo aquello a lo que se refiere la acción para iniciar un procedimiento ante el *Ombudsman*.

En principio, el JO, y de conformidad con la Constitución, no exige aporte de pruebas en las que el actor fundamente su dicho; sin embargo, en términos generales, suelen pedir el mayor número de documentos que permitan determinar el alcance de la denuncia. En cualquier caso, el actor deberá señalar su nombre, dirección, además de su firma, la cual es muy importante.

Pese a la flexibilidad del *Ombudsman*, debemos señalar que no todas las quejas son atendidas, en razón de que en ocasiones todavía procede algún recurso ante alguna autoridad administrativa que se muestre competente para el caso; en tal caso, se informará al denunciante o quejoso que su denuncia ya se envió al órgano competente. En otras ocasiones el carácter absurdo o descabellado de la denuncia, a falta de todo tipo de indicios o de pruebas que acrediten otra realidad en los hechos, posibilitan el que a las demandas se les rechace de plano y se les archive.

Diremos por último que no se establece un plazo preclusivo en el cual se pueda presentar ante el *Ombudsman* una denuncia de este tipo, aunque un transcurso excesivo de tiempo puede entrañar una negativa de aquél a profundizar en el asunto.

¹⁹⁴ En Francia, la ley de 3 de enero de 1973, en su artículo 6.º, recoge, en su párrafo segundo, esta innovación o adaptación al sistema parlamentario, según se quiera ver, marcando el acceso a través de un diputado o un senador y siempre que éstos consideren que la queja puede llegar hasta el Mediador.

G. PODERES DE QUE ESTÁ INVESTIDO

Los poderes de que está dotado el *Ombudsman* son de verdad extraordinarios, y éstos se encuentran íntimamente en conexión con el cumplimiento de su deber o misión que le ha sido encomendada y con el procedimiento de que se vale para ello.

En caso de que a la queja se le encuentre un mínimo de fundamento, se inicia una verdadera labor de investigación, misma que pese a que se le caracteriza como una actividad poco formalista, ésta siempre encierra algo de procedimiento rutinario.

El JO puede reclamar el conocimiento de todo el expediente si éste lo considera oportuno, y solicitar en tal caso al funcionario investigado la mayor ampliación de datos que sean posibles. Al respecto, el artículo 10 de las instrucciones señala lo siguiente:

Los *Ombudsman* deben adoptar las medidas de investigación adecuadas para el examen de las quejas y otros asuntos.

Las autoridades y funcionarios deben proporcionar a los *Ombudsman* las informaciones y asistencia que soliciten. Los *Ombudsman* pueden imponer una multa de hasta 1,000 coronas en apoyo de sus peticiones de explicaciones o de información. Una multa tal debe ser cobrada sólo bajo petición del *Ombudsman*.

Los *Ombudsman* pueden asistir a las deliberaciones y decisiones de los tribunales y otras autoridades, sin tener por ello el derecho de expresar allí su opinión. Deben tener acceso a las actas y documentos de las autoridades.

El JO no se debe limitar en exclusiva al trámite escrito, ya que también puede recurrir a la vía oral, ya sea a través de entrevistas con los funcionarios afectados o simplemente a lo largo de sus visitas de inspección por los órganos administrativos y tribunales, al solicitar el JO los expedientes que considere oportunos, así como también podrá solicitar que se le aclaren las dudas que resulten de los mismos.

Resulta importante resaltar que no puede ser opuesta a la labor investigadora del JO la excepción de secreto administrativo, ya que todos los documentos oficiales y archivos administrativos deben ser puestos a su disposición en dado caso de que lo solicite. Sólo en los casos que afecten en materia militar a la seguridad del Estado puede negársele al JO su conocimiento, pese a que sean necesarios documentos de este tipo para una investigación concreta.

Finalmente, el JO debe resolver la queja que se le ha planteado y puede hacerlo de dos maneras distintas: rechazándola y, por ende, dándole la razón al órgano administrativo inspeccionado, o, de lo contrario, señalando que el quejoso tenía razón en su dicho.

Finalmente, el JO dispone de dos efectivas vías que le resultan de gran utilidad en el desempeño de su misión protectora del administrado, tales como:

- a) El informe anual de su gestión al Parlamento, y
- b) La publicidad de sus actuaciones.

En lo referente al primer punto, podemos comentar que el JO debe dirigir al *Riksdag* (Parlamento)¹⁹⁵ un informe cada año, mismo que deberá ser aprobado por éste, previo estudio por la primera Comisión de leyes. En el informe, el JO hace una minuciosa labor de investigación de todas las quejas atendidas por éste, además de señalar las sanciones impuestas, y muy importante también las reformas legislativas que se proponen.

Y es precisamente este informe¹⁹⁶ el que desata el pánico de la administración, puesto que el mismo es dado a la publicidad de la prensa, y por lo tanto, ningún funcionario quiere verse expuesto en esta publicidad, dado que el funcionario queda como un represor de los derechos humanos.

En conclusión, la labor de publicidad se completa con una intensa relación del JO con los medios de comunicación, ya que el *Ombudsman* no debe guardar secretos para ellos. En este aireamiento de las investigaciones y de las eventuales

¹⁹⁵ No debemos de olvidar que la seguridad de los ciudadanos se basa fundamentalmente en el hecho de ser el representante del Parlamento.

¹⁹⁶ Este informe -usualmente de unas 400 a 500 páginas- contiene una relación del trabajo desempeñado y de la investigación que haya realizado de la "condición de la administración de la ley en el Reino", incluyendo un resumen de los casos más importantes en que el JO haya tomado una decisión durante el año anterior. El informe se distribuye entre todos los funcionarios administrativos, y éste es probablemente el medio más importante con que cuenta el JO para influir en la aplicación de las leyes en Suecia. Sten, Rudholmn, *op. cit.*, p. 58.

corruptelas, ya sean éstas administrativas o judiciales que descubre el JO, se encuentra uno de los instrumentos esenciales de su trabajo y un camino por el cual el ciudadano tiene conocimiento de su efectividad e importancia.

7. EL MÉDIATEUR

Francia reviste para México un muy especial interés, dado que es uno de los últimos países donde se crea una figura similar al *Ombudsman*, además de que su estructura jurídico-administrativa es similar a la mexicana; y también porque las relaciones conflictivas entre administración y administrado disponen de un medio específico para su resolución, como es el caso de la justicia administrativa, la cual en Francia está representada por el *Conseil d'État*.

De manera que resulta indispensable previo al estudio de las características del Mediador, el cual fue instituido por la Ley número-73-6, de enero de 1973, que nos detengamos en los antecedentes que rodearon su aparición.

A. FRANCIA Y SU SISTEMA DE TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

Para el sistema francés, otra forma de asegurar un eficiente control de la administración es por medio de sus tribunales administrativos, los cuales se encuentran bajo la vigilancia del *Conseil d'État*, más específicamente de su sección *Contentieux*, la cual tiene algunas de las ventajas del *Ombudsman*. La estructura administrativa en este país ha existido desde hace muchos años, y por ende ha llegado a alcanzar un gran prestigio, ya que la opinión pública adquiere cada día una mayor conciencia del derecho de los ciudadanos a inconformarse contra las decisiones administrativas, por lo que cada vez se mostró más decidido a ejercitar ese derecho.

El *Conseil d'État* y los tribunales administrativos son instituciones originales de Francia, y la opinión pública francesa considera como muy exitosa la forma como ha protegido al ciudadano desde su aparición, y esto sin perjuicio de impedir el actuar administrativo.

Para los españoles Álvaro Gil Robles y Gil Delgado, el surgimiento del mediador se debe en parte a las dificultades que el administrado arrastra al momento de acudir a la justicia administrativa, y entre las cuales tenemos:

dificultad de la división de competencias entre ambas jurisdicciones; exigencia de abogado y procurador; lentitud en el procedimiento; dificultad en la ejecución de la decisión jurisdiccional, y en el caso del recurso por exceso de poder, pese a su amplitud de recepción, no pasa de ser utilizado por las clases más poderosas e instruidas de la población, mientras las capas más modestas y las más numerosas, por miedo o por ignorancia, rehúsan iniciar procedimientos jurisdiccionales contra la Administración¹⁹⁷.

Sin embargo, pese a estas dificultades que se mencionan de la jurisdicción contenciosa - administrativa, no podemos negar que la labor jurisprudencial llevada a cabo por el Consejo de Estado es una de las piezas maestras para comprender la consolidación y evolución del derecho administrativo francés, y por lo tanto no debe caber duda alguna que Francia cuenta con una poderosa arma de defensa de los derechos del administrado.

Por lo tanto, la introducción del Mediador en Francia se llevó a cabo para darle una mayor eficacia al aparato administrativo, así como también disminuir el poder discrecional de la administración pública¹⁹⁸.

B. LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS Y EL OMBUDSMAN

Por principio de cuentas, el *Ombudsman* se ocupa de cualquier tipo de quejas, sin importar la forma o contenido, ya que en las sociedades modernas no se

¹⁹⁷ Álvaro Gil Robles y Gil Delgado, *op. cit.*, p. 155.

¹⁹⁸ Uno de los *Ombudsman* de mayor trascendencia en el desarrollo de la institución en los ordenamientos continentales europeos es el introducido en Francia con el nombre de *Médiateur*, por la Ley número 73-6, de 3 de junio de 1973, reformada por ley de 24 de diciembre de 1976; institución que en un principio fue recibida con escepticismo e inclusive con hostilidad por la doctrina nacional y extranjera, por considerarse como superflua en virtud de la existencia de la justicia administrativa desempeñada en forma brillante por el Consejo de Estado. Fix - Zamudio, Héctor, *op. cit.*, p. 374.

puede imaginar una forma más sencilla de reparación. Además, el campo de actuación del *Ombudsman* es más amplio que el de los tribunales administrativos, ya sea que se vea hacia arriba o abajo. En ocasiones tan sólo lo que necesita el ciudadano confundido es una explicación; y se la puede pedir al *Ombudsman*, el cual actúa como una oficina de información¹⁹⁹.

En algunos esquemas el *Ombudsman* puede incluso llegar hasta la revisión de los Tribunales, como es el caso de países como Suecia y Finlandia. En el *Ombudsman* se advierte una mayor variedad de soluciones ofrecidas a las quejas: puede solicitar explicaciones a dependencias gubernamentales, obtener la corrección del departamento correspondiente, así como también informar en forma crítica y pública al Parlamento, y en los casos de Suecia y Finlandia aun acusar a funcionarios ante tribunales. Desde la perspectiva del ciudadano nada podría resultar más sencillo. Además, el sistema elimina cualquier tipo de dificultad de redacción de la queja o de presentación de la misma ante la autoridad competente, por lo que siempre que se acuda ante el *Ombudsman* el quejoso recibirá una respuesta, misma que en ocasiones puede ser suficiente por sí misma o ayudarlo a presentar enseguida su demanda. Y en caso de que el ciudadano no conozca sus derechos, el *Ombudsman* puede actuar de oficio e iniciar sus investigaciones el mismo.

Otra atribución importante del *Ombudsman* es su informalidad, la cual se asocia a la autoridad en la persona del *Ombudsman*. Su autoridad deriva propiamente del Parlamento, y por la publicidad de las acciones del *Ombudsman* podríamos decir que encuentran estas acciones un firme apoyo en la opinión pública. Esto es muy importante para Nicole Questiaux y muy acorde con los tiempos que vive el Estado moderno, por lo que señala lo siguiente: "Esto le da un toque muy moderno a la oficina, en los días en que la democracia reside en un

¹⁹⁹ Una de las funciones más importantes -quizá la más importante del *Ombudsman*- consiste en educar. Por ello debe saber divulgar su obra, que ésta llegue realmente a la sociedad para que conozca mejor sus derechos y sepa cómo defenderlos, y para que los funcionarios públicos sepan como cumplir mejor con sus obligaciones. En muchas ocasiones el *Ombudsman* tendrá que repetir sus sugerencias, consejos y recomendaciones. No importa. Las deberá reiterar cuantas veces sea necesario y nunca perderá la paciencia. Esta labor educativa es la que realmente perdurará.

contacto apropiado entre el individuo y el estado, a través del Parlamento y a través de los medios de expresión masiva.²⁰⁰

Más adelante, en el mismo tenor de ideas, el autor señala lo siguiente:

Sin embargo, el progreso hacia mayores oportunidades de apelación contra la arbitrariedad, hacia un aumento de la autoridad y la independencia de la institución cuya tarea consiste en controlar la administración, no sigue los mismos lineamientos en Francia. Pero es prácticamente inevitable. Los tribunales administrativos no pueden esperar el monopolio de todas las formas de quejas contra la administración. El acceso a sus elaborados procedimientos no puede estar disponible para el mero consultor, alguien que no pueda definir con precisión cuál es la decisión administrativa que ha causado su agravio, alguien que sólo pide información. Si los tribunales se ocuparan de tales casos, no podrían hacerlo como tribunales; pero entonces, ¿se justificarían las diferencias de procedimiento? ¿Y quién decidiría a qué garantías tiene derecho cada quejoso? Tampoco debe olvidarse el riesgo de que los tribunales se vean inundados de quejas. Después de todo, el exceso de casos, todos ellos juicios en toda regla, presentados al *Conseil d'État*, ya justifico las medidas de descentralización de 1953.²⁰¹

De lo señalado por Nicole Questiaux podemos ver cómo claramente, para este autor, ya principia a ser necesario la aparición del *Ombudsman*, toda vez que el acceso a este se efectúa de una manera mucho más sencilla, y por ende esta más al alcance del ciudadano común; además, para la justicia administrativa es bastante alentador el surgimiento del *Ombudsman*, ya que los tribunales administrativos franceses se encuentran inundados de quejas.

Otro aspecto importante a considerar del derecho francés es su división de poderes, y aquí se puede observar que la separación entre el Poder Ejecutivo y el

²⁰⁰ Questiaux, Nicole, "Países con sistema de tribunales administrativos", traducción de Daniel Escalante en coor. Rowat C., Donald, *El Ombudsman*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, p. 292.

²⁰¹ *Idem*.

Judicial ha sido por generaciones un principio fundamental del derecho francés. Esto implica que ningún juez puede interferir con la administración. De manera que si los servicios públicos han de ser inspeccionados, criticados, y obligados a enmendar sus acciones, no lo podrán hacer en un tribunal; de manera que se puede llegar al entendido de que el Ejecutivo, y sólo en este supuesto puede aceptar el control de la administración por los tribunales administrativos. En conclusión, ni la administración ni los tribunales administrativos, considerados como demasiado estrechamente relacionados con la administración, pueden interferir de manera alguna con los tribunales ordinarios. Por lo tanto, es difícil pensar que en Francia tales tribunales sean vigilados por el Conseil d'État; dado que existe una fuerte tradición de independencia de los tribunales ordinarios, y una unidad de jurisdicción superpuesta sólo significaría la desaparición de los tribunales administrativos.

Por lo tanto, es de pensarse que en el caso del *Ombudsman*, como una extensión de los tribunales administrativos, o como algo separado de ellos, no se gana mucho sugiriendo su nombramiento por el Parlamento, ya que mientras que los miembros de los tribunales administrativos son seleccionados del servicio civil de carrera, en Francia el Parlamento nunca ha tenido ninguna facultad de nominación; por lo tanto, resultaría sorprendente proponer tales medidas bajo la Constitución de 1958, la cual fue redactada para atemperar la supremacía del Parlamento. Sin embargo, éste no es un problema de derecho constitucional, sino de autoridad e independencia. En todo caso, la independencia de influencias políticas no reside en la institución misma, sino en la tradición en que se apoya.

Por lo tanto, podemos deducir que en ambos sistemas un control eficiente de la administración en una democracia moderna sólo funciona adecuadamente si tiene el apoyo de la opinión pública y de sus representantes legítimos en el Parlamento. Y es posible que en el caso francés los tribunales administrativos han adquirido ese apoyo gracias a su tradición de independencia y a la calidad de su protección; no parece, por lo tanto, conceder al Parlamento tales facultades excepcionales de nominación para alcanzar el mismo fin.

Por los antecedentes constitucionales-administrativos del Estado francés, Nicole Questiaux estimaba como algo poco viable la creación del *Ombudsman* ya que para este autor:

Así, pues, no puede esperarse que los tribunales administrativos franceses adquirieran las características de un sistema de *Ombudsman*. Y mientras que el control de la administración se encuentre en sus manos, no hay lugar para una oficina separada en el derecho francés. Si el *Ombudsman* se instituyera en Francia solamente para llenar las lagunas que existen en el control administrativo, no tendría una misión general y de hecho no sería un *Ombudsman*; quizá sería una oficina de información general únicamente.²⁰²

Con el respeto que nos debe merecer la opinión en cita, no podemos estar de acuerdo con el autor, ya que si bien es cierto que los tribunales administrativos en Francia gozan de un gran prestigio como instituciones protectoras de los derechos del ciudadano, también lo es que el *Ombudsman*, con sus peculiares características, le daría una protección más fuerte al ciudadano, ya que el procedimiento ante el *Ombudsman* es más sencillo y más rápido; esto, desde luego, sin demérito del gran papel que juegan los tribunales administrativos, ya que éstos también se verían beneficiados si consideramos la gran carga de trabajo que estos tienen.

C. LA APARICIÓN DEL OMBUDSMAN EN FRANCIA

Parece adecuado que antes de adentrarnos en un estudio pormenorizado de las características legales del Mediador, según lo dispone la Ley número 73 – 6, de enero de 1973 por medio de la cual fue creada esta figura, estudiemos, aunque sea mínimamente, los antecedentes que rodearon su aparición.

²⁰² *idem*.

a) ANTECEDENTES

M. Lecat, el cual se desempeñaba como portavoz del gobierno francés, señalaba, tras la reunión del Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 1972, en relación con el tema del Mediador, que los ciudadanos franceses se encontraban muy bien arropados contra la ilegalidad, ya que su jurisdicción administrativa funcionaba en realidad muy bien. No obstante esto, las críticas se habían estado escuchando de tiempo atrás contra este sistema jurisdiccional, y no porque este sistema no fuera apto, sino porque la realidad imperante del actuar administrativo empezaba a mostrarse insuficiente.

Es comprensible, desde esta perspectiva, el deseo de la creación del *Ombudsman* en Francia; esto, en razón de dotar a la administración de una mayor eficacia en su aparato administrativo, ya que no se resignaban los franceses a contemplar cómo aumentaba el poder discrecional de la administración en detrimento del administrado.

b) ESTATUTO DEL MEDIADOR

Su titular es designado por el presidente de la República²⁰³ mediante un decreto en el Consejo de Ministros, y será por un periodo de seis años, y en el cual su mandato no es renovable²⁰⁴.

De manera que este tipo de designación viene a ser el punto débil de la institución al poner en entredicho su independencia y su autoridad.

Sin embargo, disfruta de todas las inmunidades concedidas a los parlamentarios en el ejercicio de sus atribuciones, de manera que no puede

²⁰³ La libertad del gobierno es, pues, absoluta, para nombrar a quien le parezca bien, sin que sea necesario que concurren las características de un buen jurista en la persona elegida, ni siquiera el que pertenezca a la administración. De hecho, la ley no prevé más que una serie de incompatibilidades para que el Mediador designado, durante el periodo de su mandato, no pueda ser candidato a consejero general ni municipal (Art. 4º y 5º de la ley); pero, en cambio, nada se opone a que siga como tal consejero si ya lo era antes de ser designado Mediador.

²⁰⁴ Reforzando su independencia se aduce el hecho de que no es reelegible, para que así pueda escapar a cualquier condicionamiento con vistas a una reelección; ni tampoco pueda ser perseguido, detenido o juzgado por causas de las opiniones vertidas en el cumplimiento de sus funciones. Alvaro Gil Robles y Gil Delgado, *op. cit.*, pp. 158 y 159.

ponerse fin a su mandato antes de que termine éste, salvo los casos de renuncia o por impedimento del titular²⁰⁵.

Otro de los aspectos importantes del *Ombudsman* francés consiste en su carácter de intermediario entre el gobernado y el Parlamento, ya que este no recibe las quejas directamente de los quejosos, sino que éstos primeramente las tienen que presentar a un parlamentario²⁰⁶, con la petición para que el diputado las tramite ante el *Médiateur*, y dichos representantes sólo la hacen si consideran que la queja debe ser atendida por el *Ombudsman*.²⁰⁷

La queja debe fundamentarse en la defectuosa prestación de los servicios públicos por parte de las autoridades administrativas del Estado investidas de la función de servicio público; además, la queja sólo puede formularse una vez que se han hecho las gestiones pertinentes ante las propias autoridades administrativas, y esto en la inteligencia de que dicha petición no interrumpa de manera alguna los plazos para la interposición de impugnaciones, ante la justicia administrativa.

²⁰⁵ La trascendencia del *Médiateur* en el derecho francés radica en sus aspectos peculiares, que se amoldan al sistema constitucional establecido por la carta de 1958, la cual modificó la estructura tradicional de carácter parlamentario, para conformar un sistema intermedio que combinó el anterior con el presidencialista; de tal manera que el citado funcionario pertenece formalmente al ámbito del Ejecutivo, ya que es designado por un periodo de seis años, sin posibilidad de reelección, según decreto expedido en Consejo de Ministros; pero, al mismo tiempo, guarda cierta autonomía frente al gobierno, en cuanto no puede ser destituido libremente por este último, sino sólo en el supuesto de impedimento comprobado y resuelto por el Consejo de Estado. Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, p. 374.

²⁰⁶ El sistema de "intermediario" tiene esencialmente dos justificaciones muy claras, que bien pueden extenderse a tres, a saber:

a) Superar el natural recelo que para un sistema de tipo parlamentario con responsabilidad política del gobierno pueda suponer la novedad de una figura "fiscalizante" sobre la administración y al margen del órgano legislativo. De esta forma, se dice, los diputados, a la vez que son filtros de acceso al Mediador, también guardan en la mano la posibilidad de ser ellos quienes emprendan desde el estrado parlamentario una acción de denuncia concreta sobre el gobierno.

b) Se ha argumentado de otra parte, y sobre todo por el gobierno, que la posibilidad de acceso directo al *Ombudsman* resulta razonable y lógica en países donde el total de la población ronda los diez millones, pero que resulta del todo imposible de aplicarse en un país como Francia, con más de cincuenta millones, y sobre todo dado el gran campo de competencia que tiene el Mediador. El propugnar un acceso directo sería tanto como pretender que no pudiese funcionar la institución por ahogo material.

c) En tercer lugar, porque tampoco al gobierno le interesa un contacto directo ciudadano - Mediador que potenciase grandemente la actividad de este. Alvaro Gil Robles y Gil Delgado, *op. cit.* pp. 166 y 167.

²⁰⁷ Según el texto de la Ley de 1973, sólo las personas individuales se encontraban en la posibilidad de presentar una queja ante el Parlamento, para que éste, previo estudio del Parlamento, fuera enviada al *Médiateur*; sin embargo, con la reforma de diciembre de 1976 al artículo 6º del ordenamiento se amplió la legitimación a las personas jurídicas colectivas, siempre y cuando la queja fuera presentada por una persona individual afectada por la administración.

Cfr. Alvaro Gil Robles y Gil Delgado, *El control parlamentario de la administración*, pp. 165 - 168. El primer párrafo del artículo 6º de la ley de 1973, reformado por la de 24 de diciembre de 1976, señala lo siguiente: "Se considerara como individual la reclamación presentada a nombre de una persona moral si la persona física que la presenta tiene también interés de obrar".

Las facultades del Médiateur son muy similares a las del *Ombudsman* sueco, aunque con la limitación de la existencia de la justicia administrativa francesa, ya que el Médiateur no puede intervenir en un procedimiento administrativo ni examinar los fundamentos de una resolución jurisdiccional; por lo tanto, sus actuaciones se limitan a la formulación de las recomendaciones pertinentes para solucionar los problemas que se le planteen, en el caso de que se estime fundada una petición remitida por el Parlamento; además, también tiene facultades para presentar propuestas de solución que contribuyan a mejorar el funcionamiento del organismo correspondiente, y en caso de que dicho organismo no contestase dentro del plazo que se fije a las recomendaciones presentadas por el Médiateur, éste puede hacerlas públicas mediante informe especial que se presenta ante el Parlamento o al presidente de la República, pero con el derecho que se le reconoce al organismo denunciado para que también pueda hacer pública su contestación al funcionario.

El Médiateur también está obligado a presentar un informe anual al presidente de la República y al Parlamento, en el cual deben constar los resultados de su actividad, y posteriormente debe ser publicado para conocimiento de los gobernados²⁰⁸.

Por último, interesa destacar que la acción ante el Mediador no interrumpe plazo procesal alguno previsto para la interposición de recursos, ya sea en vía administrativa o en jurisdicción ordinaria.

En conclusión, la labor del Mediador ha sido sin duda alguna muy provechosa en el campo de la administración pública, ya que se ha desarrollado en estrecha colaboración con el Consejo de Estado, al cual le presta ayuda, al resolver numerosas cuestiones que de otra forma se tendrían que ventilar por vía judicial; por lo tanto, ambas instituciones, en lugar de oponerse, se complementan mutuamente, de manera que esto puede servir de ejemplo para la introducción del

²⁰⁸ La posibilidad que le cabe al Mediador de publicar y entregar un informe especial o incluir el hecho en el anual, que hará llegar al presidente de la República, al Parlamento y a la opinión pública. Sin duda alguna, el factor de la publicidad es el arma más poderosa con que cuenta todo *Ombudsman*, y también en este caso el Mediador, pero si ese factor de publicidad tiene importancia en otros países donde también funciona la institución, es porque en el informe anual o especial, además de una descripción detallada de los hechos y de la investigación realizada, se pueden incluir y se incluyen los nombres de las personas-funcionarios responsables de las mismas. *Ibidem* p.171.

Ombudsman en países que cuenten con una jurisdicción administrativa desarrollada como es el caso de Francia.

8. CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos se creó por decreto presidencial el 5 de junio de 1990. En principio esta funcionaba como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación²⁰⁹. No obstante que la Comisión dependía orgánicamente de dicha Secretaría, ésta gozaba de una independencia real desde el punto de vista operativo. De manera que ninguna autoridad podía dar instrucciones a la Comisión con referencia a la elaboración y a la emisión de las recomendaciones que emitía.

Posteriormente, en enero de 1992, el estatuto de la Comisión tuvo cambios importantes, pues dicha institución fue elevada a rango constitucional en virtud de la adición que sufrió el texto del artículo 102 de la Constitución mexicana. Esta evolución se dio en parte debido a la superación de la reticencia de algunos medios jurídicos, así como también políticos para poder aceptar esta nueva institución en el derecho mexicano²¹⁰.

²⁰⁹ El reglamento interior de la Comisión, de 1 de agosto de 1990 la define como un órgano encargado de vigilar el respeto de los derechos humanos consagrados en el texto de la Constitución mexicana, cuya misión consiste en aplicar la política interior del Ejecutivo Federal y de garantizar, en particular, la coordinación y la realización de las acciones encaminadas a dar salvaguarda a las garantías individuales.

²¹⁰ La reforma a la Constitución publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 28 de enero de 1992 fue puesta en práctica mediante ley publicada el 29 de junio de 1992, artículo 102-B, el cual expresa: "El Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que otorga el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del poder judicial, que violen esos derechos. Formularán recomendaciones autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades competentes. Estos organismos no serán tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales. El organismo que establezca el Congreso de la Unión conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes de los Estados". Además es importante señalar la autonomía de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, ya que así lo destaca la Constitución en su artículo 102 – B, párrafo tercero el cual señala expresamente lo siguiente: "El organismo que establezca el Congreso de la Unión se denominará Comisión Nacional de los Derechos Humanos; contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propio." La fracción B, del artículo 102 de la Constitución es de tal importancia, que para el profesor Héctor Fix Zamudio y Héctor Fix Fierro podríamos estar ante la presencia de un órgano constitucional autónomo, tal como lo destacan dichos tratadistas a continuación: "El segundo cambio, que se debe a razones similares a las antes indicadas, se refiere a la autonomía de gestión y presupuestaria que la Constitución atribuye ahora expresamente a la Comisión Nacional. En particular, la autonomía presupuestaria no se encontraba establecida en la Ley, cuyo artículo 76 disponía que dicha Comisión tenía la facultad de elaborar su proyecto de presupuesto anual de egresos, el cual debía de remitir al Secretario de Estado competente (Gobernación)

La comisión es un órgano descentralizado de la administración pública federal con personalidad jurídica y patrimonio propio, y que tiene la misión de proteger y darle promoción a los derechos humanos, además del estudio de éstos en el orden jurídico mexicano.

En la actualidad el texto de referencia es la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la cual se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de junio de 1992. La Comisión se integra por un presidente, un secretario ejecutivo, tres visitadores – que podrán ser hasta cinco visitadores generales- y un número ilimitado de visitadores adjuntos. Además, contará con un consejo, que es un órgano consultivo formado por diez personalidades representativas de la sociedad civil, y cuya designación se da de manera plural. Ninguna autoridad administrativa puede dar instrucciones a la Comisión respecto de los informes que ésta tenga que rendir.

A. COMPETENCIA Y FUNCIONES DE LA COMISIÓN

La Comisión tiene como tarea el establecer mecanismos de coordinación para así garantizar la correcta y eficaz política de respeto y tutela de los derechos humanos; además, elabora y pone en ejecución el programa de tramitación y seguimiento de quejas presentadas; también elabora y propone los programas de carácter preventivo en el ámbito jurídico y educativo. Muy importante también es la

para el trámite correspondiente. Debe entenderse ahora que la Comisión enviará directamente su proyecto de presupuesto a la Cámara de Diputados y que también lo ejercerá, sin ninguna intervención ni fiscalización de las dependencias del Ejecutivo Federal. Por último, se puede afirmar también que el órgano reformador de la Constitución ha querido otorgar a la Comisión Nacional el carácter de organismo constitucional autónomo, similar a otros a los que se le ha conferido esa naturaleza en época reciente, como el Instituto Federal Electoral y el Banco de México. Ver para mayor información: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, Tomo IV, México, Porrúa, pp. 99 y 100.

Por último sólo basta precisar que es un Órgano Constitucional Autónomo, los cuales surgen con el impulso de las corrientes doctrinarias actualmente imperantes en el derecho constitucional, cuya aparición supone la contradicción de la actual teoría de la división de poderes, al agregar al órgano constitucional autónomo.

De conformidad con la doctrina, los órganos constitucionales autónomos, vienen a ser aquellos establecidos en la Constitución, que no se incluyen en ninguno de los poderes u órganos tradicionales del Estado: por lo general son órganos técnicos depositarios de funciones del poder público, que no se guían por intereses de partido o de coyuntura y requieren, para su adecuado funcionamiento, no sólo de autonomía de los poderes tradicionales sino de los partidos y de todo grupo o factor de poder.

La doctrina justifica estos órganos, con los argumentos consistentes en la necesidad de que los poderes tradicionales dejen de desempeñar el doble papel de juez y parte, de que el ejercicio de ciertas funciones se desvincule de los intereses políticos, de que se eviten o controlen los excesos y abusos de los funcionarios públicos, de los partidos políticos y de los grupos de interés nacional y transnacionales.

labor de representación al gobierno federal ante los organismos nacionales e internacionales; de igual manera formula los programas y propone las acciones encaminadas a promover la aplicación, en nuestro sistema jurídico de los acuerdos, convenciones y los tratados internacionales suscritos por México.

Respecto de las atribuciones de la Comisión, podemos señalar las siguientes:

1) Competencia investigadora, que consiste en:

a) Recibir las reclamaciones sobre la violación de los derechos humanos;
b) Examinar e investigar de oficio, cuando así se requiera, o a petición de parte interesada, respecto de las denuncias de violación de los derechos humanos en los casos:

-De actos u omisiones de autoridades administrativas federales, y

-En el supuesto de que los particulares sean los responsables de hechos constitutivos de delito con la tolerancia de las autoridades, o en el caso de que estas últimas no ejerzan su misión en contra de dichos actos;

c) Conocer y resolver, en última instancia, las controversias que se susciten entre las autoridades locales y los organismos locales de protección de los derechos humanos con motivo de las recomendaciones formuladas por estas últimas.

d) Intervenir en caso de omisiones de los órganos locales de protección de los derechos humanos y en caso de incumplimiento de las recomendaciones por parte de autoridades locales;

e) Formular recomendaciones "autónomas", así como presentar recursos e iniciar los procesos y trámites ante las autoridades competentes;

f) Promover la conciliación entre el particular y la administración con la finalidad de resolver los asuntos que le son planteados.

2) La competencia en materia de difusión, promoción y estudio de los derechos humanos;

a) Difundir y promover los derechos humanos²¹¹;

b) Poner a consideración de las autoridades legislativas y administrativas, reformas legislativas y reglamentarias, así como buscar la modificación de

²¹¹ Cfr. Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y ombudsman*, 2da, ed. México, Porrúa, 1998, pp.201 - 203.

prácticas administrativas con el fin de mejorar el funcionamiento de los servicios administrativos²¹²;

c) Velar por el respeto de los derechos humanos en el sistema penitenciario;

d) Formular programas y coordinar las actividades de las diversas autoridades, con el fin de garantizar el respeto de los tratados internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano. Además, propone al Ejecutivo la ratificación de convenciones internacionales en la materia;

e) Elaborar y ejecutar programas preventivos en materia de derechos humanos. En especial, se han hecho estudios en el campo de los derechos humanos de los sectores más vulnerables²¹³.

B. INSTANCIA ANTE LA COMISIÓN

Primeramente, podemos comentar que toda persona puede acercarse a la Comisión a denunciar una violación a los derechos humanos. Y la denuncia puede ser de manera directa o mediante un representante.

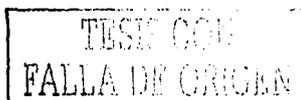
En el caso de que los agraviados se encuentren privados de la libertad o desaparecidos, la queja puede ser presentada por cualquier persona, o incluso por una ONG que se encuentre legalmente constituida.

Asimismo, estas organizaciones pueden presentar quejas ante la Comisión sobre violaciones a los derechos de las personas cuyas condiciones físicas, mentales o culturales les impidan a éstas presentarlas por sí mismas; sin embargo, bajo ninguna circunstancia la Comisión puede aceptar quejas anónimas.

Respecto al plazo de las quejas, éste será de un año desde el momento en que comenzó la ejecución de las actividades lesivas de la autoridad, o, de lo

²¹² México, al igual que muchos países, puede hacer propuestas de modificación a leyes y reglamentos en los casos en que la Comisión haya encontrado mal funcionamiento de la administración pública o lagunas en diversas disposiciones legislativas; esto, conforme al programa de estudios legislativos de la Comisión, se presentarán reformas a la legislación contra la tortura, así como reformas al Código Penal y de Procedimientos Penales federales.

²¹³ De común acuerdo con el Instituto Nacional Indigenista, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha formado grupos de trabajo para el estudio de la impartición de justicia en el medio indígena. Una serie de reformas jurídicas, las cuales entraron en vigor en febrero de 1991, señalan el derecho de los indígenas a ser asistidos por un traductor en todos sus trámites de tipo legal, en el caso de que éstos no hablen español. Finalmente, la Comisión ha puesto en marcha un programa de difusión sobre los derechos humanos en diversas lenguas indígenas.



contrario, a partir de que el interesado tomó conocimiento de los hechos. No obstante, el plazo podrá ser prorrogado, pero para que esto suceda debe estar justificado por la Comisión.

La queja debe ser por escrito y, en casos excepcionales, podrá ser de manera oral si el quejoso no supiera escribir. En caso de apremio, la queja puede ser presentada a través de los medios de comunicación.

En los casos en que el quejoso se encuentre internado en un centro de readaptación social, los escritos deberán ser transferidos por las autoridades del centro de readaptación, a la brevedad posible.

Por último, si el escrito de queja no reúne todas las condiciones de admisión, se pedirá al administrado que las subsane, con el riesgo de que si éste hace caso omiso, la queja sea archivada.

Las reclamaciones, así como las recomendaciones de la Comisión, no tienen ninguna incidencia sobre los derechos y medios de defensa que las leyes conceden a los administrados.

Estos instrumentos no interrumpen los plazos de preclusión, de prescripción o de caducidad para el ejercicio de los derechos del gobernado.

Una vez que sea admitida la reclamación, ésta deberá ser notificada a la autoridad responsable, para que ésta rinda su informe relativo a los actos, actuaciones u omisiones que motivaron la queja, mismo que deberá ser rendido en un plazo no mayor a 15 días. Dicho informe deberá contener la motivación de hecho y de derecho respecto de los actos u omisiones impugnadas, así como toda la información necesaria para la solución de la controversia.

La ausencia de respuesta en el informe de la autoridad, trae como consecuencia que los actos que se le imputan a ésta se le tengan como ciertos, salvo prueba en contrario.

Es importante señalar que desde el momento de admisión de la queja, el presidente, visitadores, así como el personal técnico de la comisión, entra en contacto con la autoridad administrativa, con el fin de encontrar solución al asunto en los plazos más breves, por medio de la conciliación.

Si el carácter conciliador de la comisión desemboca en la solución del asunto, éste será archivado. No obstante, éste podrá ser reabierto en el caso de que la autoridad no respete el compromiso en un término de 90 días.

C. FACULTAD INVESTIGADORA

El visitador general posee este tipo de facultad. Por ejemplo, ellos podrán solicitar a las autoridades y a los servidores públicos implicados en el asunto, cualquier informe, así como la realización de visitas de inspección, ya sean éstas directamente, o mediante personal técnico de la comisión; también puede citar a testigos y peritos para llevar a cabo todo tipo de diligencia que sea necesaria para resolver los conflictos.

Además, los visitadores de la comisión pueden exigir de las autoridades competentes que se dicten las medidas cautelares necesarias para impedir la realización de daños que puedan ser de imposible reparación.

Las autoridades federales implicadas en los asuntos de competencia de la comisión y aquellos que se encuentren en condiciones de poder proporcionar información se encuentran obligadas a colaborar con ésta. Cuando se les pida que proporcionen información o documentos de carácter confidencial, dichos servidores se encuentran en la obligación de proporcionar la información que se les pida. Por último, los visitadores tendrán acceso a documentos clasificados, pero deberán observar el deber del secreto²¹⁴.

D. LA FACULTAD DE RECOMENDACIÓN

Una vez que la investigación ha sido cerrada, el visitador de la comisión de Derechos Humanos, encargado del asunto procede a elaborar un proyecto de recomendación o en caso contrario un acuerdo de no-responsabilidad que deberá presentar al presidente de la comisión.

²¹⁴ En este sentido, la Comisión se benefició con la reforma de enero de 1991 a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, la cual obliga a éstos a presentar los informes que le soliciten.

El proyecto deberá contener un análisis de los hechos, alegatos, pruebas y de las diligencias practicadas, a fin de establecer la responsabilidad de la autoridad.

El proyecto de recomendación deberá ser muy claro y preciso, y señalar las medidas necesarias para restablecer los derechos de los interesados, y, llegado el caso, para reparar los daños causados. Si la comisión verifica que no hay violación de derechos humanos, ésta procederá a elaborar un acuerdo de no-responsabilidad.

Respecto al carácter de las recomendaciones, podemos comentar que éstas son públicas y autónomas; además, no revisten ninguna fuerza vinculatoria; esto es, que no obligan a la autoridad y, en consecuencia, no pueden anular, modificar o dejar sin aplicación los actos de la administración²¹⁵.

Una vez que se ha publicado la recomendación, el servidor público deberá informar a la comisión su aceptación en el término de 15 días a partir de la notificación. En tal caso, dispondrá de 15 de días para ejecutar la recomendación.

Las decisiones definitivas de la comisión, en específico las recomendaciones, no serán en ningún caso objeto de algún recurso.

E. LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

En mi opinión, una causa importante para considerar al silencio administrativo como una violación a los derechos humanos es el hecho de que las dilaciones administrativas constituyen una violación al derecho de petición, el cual es un derecho humano, por lo que a menudo la violación a este derecho provoca importantes perjuicios que el particular debe soportar, principalmente cuando la administración ejerce su potestad sancionadora. Esta circunstancia comporta graves riesgos de indefinición y, por ende, constituye una desviación de poder, ante tal situación, el administrado cuenta con los recursos jurisdiccionales oportunos para defender sus derechos e intereses, pero la dificultad estriba en lo

²¹⁵ Las recomendaciones de la Comisión tienen esencialmente una fuerza moral; esto es así, dado que la recomendación da a conocer los casos de inejecución en sus informes periódicos, los cuales publica y éstos pueden llegar a constituir una severa carga a la autoridad omisa.

lento y costoso de este mecanismo de garantía, máxime cuando están en juego intereses económicos.

Referente a la violación del derecho de petición, la comisión nacional de derechos humanos se ha mostrado preocupada, y de esto da constancia la recomendación 34/2000.

Síntesis: el 9 de agosto de 2000 la comisión inicio el expediente 2000/215/1/1, con motivo de la queja presentada por el Sr. Roberto Mireles Cázares en contra de la Presidencia Municipal de Apodaca, Nuevo León, por la no aceptación de la recomendación 25/00, de la Comisión Estatal de Derechos Humanos del Estado de Nuevo León el 27 de marzo de 2000.

Del estudio de la documentación aportada, así como de la investigación realizada por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, se pudo constatar la existencia de diversas irregularidades mismas que constituyen violación a los derechos humanos del señor Roberto Mireles Cázares, la cual se manifiesta en la falta de respuesta del Secretario de Seguridad Pública y Vialidad de Apodaca, Nuevo León, a los escritos del 6 y 16 de junio, 8 y 20 de julio y 20, 21 y 19 de diciembre de 1998, así como del primero de enero de 1999; además del no cumplimiento de la recomendación 25/00, que el 27 de marzo de 2000, la Comisión Estatal dirigió a esa Presidencia Municipal, en la cual se recomendó que instruyera a los funcionarios y servidores públicos de su administración a fin de que, de conformidad con el artículo 8º de la Constitución, se respetara el ejercicio del derecho de petición. Por ello, se consideró que existió una transgresión a lo dispuesto en el citado artículo, así como el artículo 5º, fracción I, de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado y Municipio del Estado de Nuevo León.

Por lo señalado anteriormente, la Comisión Nacional de Derechos Humanos consideró, la existencia de la violación al derecho de petición; por ello, el 20 de diciembre de 2000 emitió la recomendación 34/2000, dirigida al Presidente Municipal de Apodaca, Nuevo León, para que se de cabal cumplimiento de la resolución 25/00, emitida por la Comisión Estatal de Derechos Humanos del Estado de Nuevo León.

9. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El conocimiento y decisión de litigios sobre la materia administrativa puede encargarse a órganos de tipo jurisdiccional encuadrados en la órbita del Poder Judicial -con magistrados comunes o especializados-, o bien a órganos jurisdiccionales con independencia del Poder Judicial. En el primer caso no podemos hablar de manera alguna de la existencia de una jurisdicción contenciosa, encuadrado en el poder judicial, mientras que en el segundo supuesto sí estamos ante una jurisdicción o varias jurisdicciones administrativas.

La jurisdicción administrativa consiste, pues, en tribunales o juzgados con independencia del Poder Judicial o de la administración pública -sin la independencia del Poder Ejecutivo no podría estarse ante una jurisdicción- a las que se les atribuye el conocimiento o decisión de las pretensiones fundadas en la materia administrativa²¹⁶.

²¹⁶ De 1936 a este año ha llovido mucho; por lo tanto, la estructura original del Tribunal Fiscal está realmente muy modificada. Tanto el Código Fiscal de la Federación de 1938, que también deriva de la obra de Mario Pugliese, como el Código Fiscal de 1966, aumentaron paulatinamente la competencia del Tribunal Fiscal de 1966. Lo mismo aconteció con el actual Código Fiscal, hasta la última desafortunada reforma que propuso la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en esta materia, que se ha apartado de una manera clara, consciente y deliberadamente, del venerable origen del contencioso administrativo mexicano, que es el contencioso francés, para crear, desde el 15 de enero de 1988, un régimen que se acerca al sistema norteamericano.

La pobre Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación, ha visto mermada su competencia en forma desorganizada, al suprimirse el recurso de revisión en contra de las sentencias de las salas regionales. La nueva legislación aprobada por el Congreso de la Unión, a propuesta de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ha entregado la revisión jurisdiccional de las sentencias de las salas regionales, a los tribunales colegiados de circuito del Poder Judicial Federal.

Ahora son los tribunales colegiados de circuito, en todo el país, los que han recibido la competencia para revisar y decidir sobre las sentencias de las salas regionales del Tribunal Fiscal de la Federación. A mi modo de ver, esa reforma, que inició la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, no puede ser más desafortunada, porque se apartó del camino trazado desde 1936, y que eventualmente hubiera conducido a la creación de un contencioso administrativo mexicano independiente del Poder Judicial. Esto implicaría una reforma constitucional, que se segregara del juicio de amparo la materia relacionada con sentencias del Tribunal Fiscal de la Federación, después de todo el juicio de amparo a estas horas ya no es tan sacrosanto, como lo era en la época de Vallarta. Por desgracia, se ha roto la tradición que en forma lenta iba delineándose hacia una futura estructura de un contencioso administrativo enteramente desvinculado del sistema, del régimen y de las ideas del Poder Judicial Federal.

De veras lamento mucho, no porque en lo personal me interese, sino simplemente como un hombre que analiza esta materia desde el punto de vista teórico y práctico; creo que lo que se ha hecho es algo que probablemente conducirá a la entrega total de esta materia al Poder Judicial Federal, imprevisto, no especializado. Los tribunales colegiados de circuito, a lo ancho y a lo largo del territorio nacional, salvo algunas excepciones, carecen de experiencia en esta materia y que muy penosa y difícilmente la irán adquiriendo; es de esperarse que las decisiones que en revisión y en última instancia dicten los tribunales colegiados, no derivarán de un conocimiento profundo y especializado. Cortina Gutiérrez, Alfonso, *Ensayos jurídicos en materia tributaria*, México, Themis, 1993, pp. 224 - 225.

A. NATURALEZA JURÍDICA

Explica este punto con suma claridad el español Jesús González Pérez, quien lo expone de la siguiente manera:

La jurisdicción administrativa, en un sentido subjetivo, consiste en los tribunales o juzgados a los que se atribuye el conocimiento de los litigios administrativos. Y desde el punto de vista procesal constituye un requisito de admisibilidad de la pretensión. Para que un tribunal pueda entrar a examinar en cuanto al fondo una pretensión, es necesario que la pretensión esté entre las materias que el ordenamiento atribuye a su decisión, que figure dentro del ámbito al que se extiende la potestad jurisdiccional.²¹⁷

De manera que si la jurisdicción administrativa se integra por varios órganos jurisdiccionales, se tendrá que limitar la esfera de competencia de cada uno de éstos. En caso de que la jurisdicción administrativa se integre por un solo órgano, la delimitación de la jurisdicción del órgano sólo tendrá relevancia respecto de los tribunales de jurisdicción ordinaria. Y nos encontramos frente a un tribunal único en el cual sólo existen secciones, estamos ante un problema de distribución de competencias interno, el cual no tendrá relevancia externa que pueda determinar posibles impropiedades.

B. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y SU CONCEPTO

Podemos entender por contencioso administrativo o juicio de nulidad, la segunda instancia a la que suelen acudir los gobernados para combatir los fallos ilegales de la administración pública, de manera que estas impugnaciones se tramitan en la jurisdicción administrativa.

Este tipo de procesos se entabla ante un órgano jurisdiccional ubicado dentro del marco del Poder Ejecutivo, con juzgadores especialistas en este tipo de

²¹⁷ González Pérez, Jesús, *Derecho procesal administrativo mexicano*, 2ª. ed., México, Porrúa, 1997, p. 175.

asuntos, los cuales resuelven las controversias entre el particular y la administración de forma imparcial.

Mención aparte nos merece la opinión del profesor Héctor Flix-Zamudio, el cual sostiene:

Por influencia de la terminología francesa entiéndase por contenciosos administrativo el procedimiento que se sigue ante un tribunal u organismo jurisdiccional, situado dentro del Poder Ejecutivo o del Judicial, con el objeto de resolver de manera imparcial las controversias entre los particulares y las administración pública. También se conoce a esta institución en el derecho mexicano con los nombres de justicia administrativa o proceso administrativo.

De acuerdo con el sistema actualmente en vigor en nuestro país el contencioso administrativo puede dividirse en dos grandes sectores: a) En primer término determinados actos y resoluciones de la administración pública, tanto federal como local, pueden impugnarse ante los tribunales administrativos especializados y excepcionalmente ante los jueces ordinarios. b) Los restantes actos y resoluciones, al no admitir su impugnación ante dichos tribunales, deben combatirse a través del juicio de amparo.²¹⁸

C. EL ORIGEN DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COMO MEDIO DE DEFENSA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Para los españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, la doctrina sobre el Contencioso Administrativo empieza su proceso de gestación con la Revolución Francesa ya que para estos autores es aquí donde se establecen dos principios fundamentales de vital importancia en la formación del Contencioso Administrativo, los cuales son: el principio de legalidad de la acción

²¹⁸ Flix-Zamudio, Héctor. "Contencioso administrativo", *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. II, México, Porrúa, 1998, p. 285-286.

de los poderes públicos (no es posible exigir obediencia sino "en nombre de la Ley", así lo señala el artículo 7° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; hasta ese momento el mando radicaba en la persona sagrada del Rey, cuya posición central será sustituida por la "soberanía de la nación", artículo 3°, misma que se expresa como "voluntad general" a través de las Leyes, artículo 6°.), y en segundo lugar, el principio de la libertad, que expresa así el artículo 2° de la misma Declaración: "el fin de la asociación política es la conservación de los derechos naturales o imprescriptibles del hombre" y, en particular, "la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión". Los dos principios legalidad y libertad se relacionan así en la formación que precisa el artículo 4° de la Declaración: "La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el disfrute de esos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por la Ley".

De manera que para García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, es así como principia un concepto esencial del derecho público, el cual es: acto arbitrario, por lo que para estos es importante en la formación del Contencioso Administrativo por lo siguiente:

El concepto de "acto arbitrario", que es el acto de un agente público que no está por su competencia o por su contenido legitimado en la Ley. En la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793 el artículo 11 lo precisa con rigor: "Todo acto ejercido contra un hombre fuera del caso y sin las formas que la Ley determine es arbitrario y tiránico; aquél contra quien se quisiese ejecutar por la violencia tiene derecho a repelerlo por la fuerza". En el pensamiento revolucionario, según vemos, la reacción contra el acto arbitrario se remitía a dos fórmulas procedentes del antiguo Derecho, el derecho de resistencia y la sanción penal. Toda la evolución consistirá (sin perjuicio de la tipificación del delito de prevaricación en los Códigos penales) es la conversión de ese viejo derecho de resistencia a la

opresión en una acción judicial nueva, en la que el juez deberá examinar la legalidad o arbitrariedad del acto del agente público y en el último caso lo elimine y restablezca la libertad injustamente afectada por él²¹⁹.

No obstante, este planteamiento pronto se encontró con una dificultad no esperada: la propia interpretación revolucionaria del principio de la división de poderes, la cual se muestra ya por la capital Ley de 16 – 24 de agosto de 1790 que se mantiene hasta el día de hoy con pleno vigor (en 1987 el Consejo Constitucional francés incluye esta ley revolucionaria en el bloque de la constitucionalidad, lo cual hay que entenderlo en cuanto a que de ella surge una jurisdicción contencioso administrativa especializada, no respecto de los poderes mismos de esta jurisdicción), por lo que para García de Enterría y Tomás Ramón Fernández esto es importantísimo, ya que es aquí donde se puede ver con suma claridad la naturaleza del contencioso, de manera que para estos autores significa lo siguiente:

Tomando base en un lejano Edicto de Saint – Germain de 1641 y tratando, sobre todo, de impedir la posibilidad de que el poder judicial, que hasta entonces habían ejercido los Parlamentos regionales, identificados de hecho con el estamento nobiliario, pudiese reiterar frente a los nuevos poderes legislativo y ejecutivo revolucionarios la interferencia sistemática a que habían sometido a la Administración del Rey en la última fase del Antiguo Régimen, esta Ley de 16 – 24 de agosto de 1790 dispone que: "las funciones judiciales son y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar (troublers) de la manera que sean las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones". Esto último, citar a los administradores, se refiere a la esfera penal y constituye la famosa "garantía" de los funcionarios a los que cubre la exigencia de una autorización del Gobierno para ser

²¹⁹ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás – Ramón, *Curso de derecho administrativo II*, 7ª. ed., Madrid, Civitas, 2000, p. 556.

procesados, institución que dura hasta 1870. Pero lo importante va a ser otra prohibición a los jueces (de cualquier orden) de penetrar en el sagrado de la Administración, a lo cual en ningún caso podrán perturbar en su funcionamiento. En consecuencia, una acción judicial estricto sensu para precisar la legalidad o la arbitrariedad (i.e., no legitimada en la Ley) de una actuación de la Administración se hizo imposible²²⁰.

Este obstáculo del que nos dan razón García de Enterría y Tomás Ramón – Fernández, el cual hace prevalecer los dos grandes principios revolucionarios de la legalidad y la libertad, que no podían, obviamente, abandonarse, va a obligar al sistema francés a encontrar una fórmula de protección frente a la Administración completamente singular, la cual se conoce actualmente con el nombre de contencioso administrativo. Por lo que la institución del Consejo de Estado, el cual fue creado por la Constitución napoleónica del año VIII para: "resolver las dificultades que se susciten en materia administrativa", y como órgano puramente administrativo, por supuesto, de asistencia al Gobierno, va admitir enseguida, primeramente las reclamaciones contra la administración que se basen en derechos patrimoniales (que, dado el carácter formal de la separación de poderes, no tendrían acceso a los jueces ordinarios); pero, enseguida, y sobre todo, se podrán admitir de igual manera las quejas de los ciudadanos que se sientan agraviados por cualquier ilegalidad en el actuar de la administración.

Es en el año de 1806 que se crea en el Consejo de Estado una sección de lo contencioso administrativo, la cual comienza a operar con procedimientos formalizados; el propio Napoleón está en su origen y la llama "tribunal especial, mitad administrativo, mitad judicial" para "regular esa porción de poder arbitrario (discrecional) necesario en la administración del Estado". El Consejo de Estado, en su función de conciencia de la Administración, admitió rápidamente resolver (o, más exactamente, proponer resoluciones al Gobierno) sobre peticiones de anulación de actos administrativos en los cuales se denunciaban vicios manifiestos de legalidad: incompetencia, inicialmente, vicios de forma, "excesos de

²²⁰ Idem.

poder" flagrantes. Un cuerpo de doctrina se forma rápidamente al hilo de esas decisiones de los recursos contencioso – administrativo, esencia misma del origen del Derecho Administrativo como un sector especial del ordenamiento y como ciencia jurídica singular.

El primer sistema contencioso –administrativo, se manifiesta como de "justicia retenida" (por el Gobierno o por el prefecto, que deciden sobre la propuesta de sus órganos). Dicha justificación se hace sobre el principio: juzgar a la administración sigue siendo administrar.

El carácter objetivo del sistema y el cuidado que el Consejo de Estado ha mantenido en no interferir el actuar de la administración, sino todo lo contrario depurarlo a través del control abstracto de su legalidad, mismo que es cada vez más depurado, especialmente vía recurso de anulación o por exceso de poder, hizo que en 1872 se delegase directamente en los hasta entonces órganos consultivos, el Consejo de Estado y los Consejo de Prefectura, la facultad de resolver directamente los recursos. De esta forma se pasa al sistema de "jurisdicción delegada", mismo que continua actualmente en el derecho francés y que permitió un notable desenvolvimiento. Sólo en 1953 se sustituye a los Consejos de Prefectura por los Tribunales administrativos, a los que en 1987 se sobrepone a un sistema de Tribunales regionales de apelación. Pero estos Tribunales no se encuentran dentro del poder judicial, sino en el administrativo (actualmente dependen todos del Consejo de Estado, que continúa con su función consultiva de Gobierno), aunque su personal garantice su independencia con un estatuto propio parajudicial.

Esta experiencia, ha lucido un carácter de excepcional creatividad jurídica por parte del Consejo de Estado que, ha jugado como modelo virtualmente para todos los contenciosos administrativos hoy en día existentes.

D. EI PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Es en el proceso administrativo, donde se enfrentan el indefenso administrado contra la poderosa administración, cuando se manifiesta crudamente la impotencia

del derecho para que las relaciones entre administración y administrado se aproximen un poco a los elementales postulados de justicia.

Para el español Jesús González Pérez, la administración actual y la clásica, de poco sirven en el proceso cuando el órgano administrativo se obstina en hacer caso omiso de la norma. Por lo que en el mundo de hoy, el problema cobra relevancia, por la gravedad, ante las esferas íntimas del ser humano las cuales son invadidas por el accionar de la administración. Por lo que la ineficacia del proceso se ha manifestado siempre, pese a los continuos perfeccionamientos de la institución.

De manera que para González Pérez supone lo siguiente:

Es cierto – vaya este reconocimiento – que los ordenamientos del proceso administrativo han alcanzado unos límites de perfección normativa difícilmente superables. Sobre el papel, nos enfrentamos con una institución cuya eficacia no parece posible poner en tela de juicio. Sin embargo, pese a todo, en la práctica las quiebras del sistema son incuestionables. Su eficacia encuentra múltiples obstáculos de índole muy diversa, difícilmente superables. Obedecen a distintos factores. Pero todos giran en torno a un hecho básico: la quiebra del principio de igualdad de las partes²²¹.

No obstante, desde que la administración se somete a un control procesal, parecería lógico que se sometiera con todas las consecuencias que esto implica y que, pese a sus atributos y prerrogativas, apareciera en el campo procesal desprovisto de las mismas, en un plano de estricta igualdad con su contraparte.

Es en esta desigualdad que podemos ver que radica la razón de ser de la quiebra que nos ofrece la institución llamada proceso administrativo.

La evolución del contencioso –administrativo ha sido una constante lucha por la independencia e idoneidad de los órganos a los que se les confía la decisión de los litigios administrativos. En los sistemas de tipo judicial, en que la independencia constituye un factor esencial, fue preocupación básica la

²²¹ González Pérez, Jesús, *Administración pública y libertad*, op. cit., p. 76.

preparación de los magistrados que habrían de formar parte de las salas competentes para decidir este tipo de litigio, en los que se partía de un sistema administrativo, de manera que el problema principal fue el de la independencia real de los órganos contencioso –administrativo.

Por lo que sólo cabe hablar de proceso administrativo, cuando el órgano al que se le confía la decisión es independiente jurisdiccionalmente, ya que no es imaginable proceso sin independencia del juez.

En el contencioso – administrativo la administración pública no se presenta ante el juez como una parte procesal en un régimen de igualdad con el particular, que es contra quien se enfrenta. La administración pública ni siquiera con el juez deja de ser un sujeto privilegiado, que goza de un sinnúmero de prerrogativas de hecho, las cuales se encuentran en abierta pugna con la justicia.

Es verdad que las leyes que regulan el proceso administrativo procuran hacer realidad el principio de igualdad entre las partes del proceso, imponiendo a la administración pública el mismo régimen que a las demás partes. Desafortunadamente esto no se logra del todo, ya que los privilegios de la administración son tan fuertes que, en las propias leyes, no dejan de tener reflejo.

Esto es así, por la institucional inferioridad del administrado respecto de la administración, la cual se traduce en infinitos detalles, los cuales van, desde el distinto rigor con que juegan los plazos para una y otra parte, hasta la diferente posición jurídica a la hora de la ejecución pasando por las diferentes facilidades de que goza la administración en el proceso.

Lo anterior se traduce en trabas, dificultades, trampas, dilaciones procesales para que el que demanda justicia frente a un acto administrativo, lo cual hace del control administrativo una batalla ardua contra una administración que pone muchas trabas para dejarse controlar.

Frente a ese coloso que es la administración, se presenta el particular, imponente y atemorizado.

Es aquí, en la actitud del particular, que la doctrina observa una de las graves quebras del contencioso – administrativo como un mecanismo eficaz para garantizar la sumisión de la administración al derecho.

Lo anterior, porque el contencioso – administrativo como órgano de control de los actos de la administración pública, no pone en marcha como consecuencia de la acción de oficio del juez o de la que ejerza una persona investida de prerrogativas públicas para defender la legalidad administrativa. Por grave que sea la ilegalidad cometida por la administración, no podrá ponerse en marcha el mecanismo del contencioso – administrativo para verificar la ilegalidad del acto y hacer desaparecer las consecuencias derivadas de ella sin la demanda de la parte perjudicada.

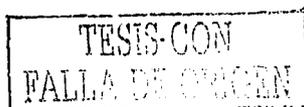
El proceso administrativo se ha estructurado para que la persona legitimada, titular de un derecho subjetivo o de un interés directo que puedan resultar lesionados por un acto de la administración, pueda pretender del tribunal competente la anulación de un acto y, en consecuencia, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada.

De manera, que el particular que demanda es una pieza clave del sistema, la fuerza que mueva todo el mecanismo de control administrativo. Sin su actuación no es posible la fiscalización jurisdiccional del actuar administrativo.

Para demandar a la administración es necesario el acto, en virtud de ser un presupuesto esencial del proceso. En consecuencia, el contencioso – administrativo puede ser utilizado para decidir acerca de la procedencia, con arreglo a derecho, de cualquier pretensión, inclusive aquellas que se manifiesten en prestaciones de la administración a favor del demandante. El requisito de la decisión previa se traducirá únicamente en la exigencia de que esa pretensión se deduzca previamente ante el órgano administrativo competente

De los presupuestos que han de concurrir para que el juez administrativo pueda verificar si el acto objetivo de impugnación incurre en alguna infracción del ordenamiento, la doctrina ha fijado la atención en uno, por constituir un grave obstáculo a un eficaz control jurisdiccional de la actividad administrativa, cual es, la exigencia del acto previo.

Que exista una decisión que exprese la voluntad de la administración constituye, en las diversas regulaciones del proceso administrativo, un presupuesto procesal. Lo cual supone poner en manos de la administración un



arma valiosa para impedir o retardar el acceso a la vía jurisdiccional de las pretensiones del particular.

Para evitarlo se inventó una ficción llamada silencio administrativo, la cual se ha venido consagrando en la legislación de diversos países.

Una forma de evitar que la administración impida el acceso a la justicia por medio del requisito de la decisión previa, es la de establecer la presunción legal de la denegación de la petición, reclamación o recurso del particular, una vez que transcurra el plazo establecido por la norma.

Pese a que el silencio administrativo, es muy importante, siempre supone críticas para una perfecta administración, en tanto que:

a) Dado su compleja regulación, sobre todo para el no técnico del derecho, conduce con frecuencia a una fatal denegación de justicia, ya que cuando el interesado acude al profesional del derecho se han agotado todos los plazos para recurrir contra el silencio administrativo.

b) El silencio administrativo, como simple ficción de que existe el acto, no puede suplir la real verdadera manifestación de la voluntad de la administración, con los motivos en que pudiera fundarse la decisión expresa denegatoria, privando al interesado del conocimiento de una motivación, que, de ofrecer un clara fundamento jurídico, podría evitar el inicio de una vía procesal inútil.

c) En todo caso, los plazos del silencio administrativo, normalmente no breves, siempre obligan a la demora en el inicio del proceso, innecesaria cuando se conoce el criterio cerrado de la administración de no acceder a las peticiones que se formulan en un sector determinado de la administración.

La inactividad de la administración aparece pues, como una simple presunción legal, o sea, una ficción que la ley establece a favor del administrado, el cual puede entender desestimada su petición o recurso, para que al efecto éste pueda deducir frente a la denegación presunta una pretensión admisible. El silencio administrativo²²² concebido de esta manera no tiene otro alcance que el

²²² Como en los sistemas contencioso-administrativos se exigía el acto administrativo previo para acudir a los órganos judiciales, a fin de evitar que la inactividad de la administración enervara el ejercicio del derecho a la tutela judicial, surgió la tesis del silencio administrativo como una presunción de denegación de la petición que dejara abiertas las vías procesales administrativas. Lo que en modo alguno suponía eximir al órgano administrativo al que se había dirigido una petición de resolver aunque el interesado se hubiera acogido a la

puramente procesal de dejar abierto el acceso a los tribunales, considerando cumplido el requisito previo, pese a la inactividad de la administración.

Es necesario que, para que estemos frente a una denegación presunta, se formule una petición, en el más amplio sentido: petición, reclamación o recurso. Cualquiera que sea el régimen jurídico del silencio, es requisito esencial la existencia de una petición. De manera que al momento inicial del cómputo de los posibles plazos posteriores que han de jugar para que se produzca la figura de la denegación presunta es el de la presentación del correspondiente escrito en el lugar previsto al efecto.

E. TRANSCURSO DEL PLAZO

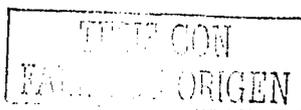
En el ordenamiento jurídico mexicano, para que se produzca la negativa ficta, se exige únicamente el transcurso del plazo fijado por la ley. Respecto a este punto, existe una enorme diversidad sobre el plazo que ha de transcurrir para que se presuma denegada una petición formulada ante la administración pública. Ejemplo de lo anterior son los siguientes casos:

El Código Fiscal de la Federación, en el párrafo primero, de su artículo 37, señala en la parte conducente, lo siguiente:

Las instancias o peticiones que se formulen a las autoridades fiscales deberán ser resueltas en un plazo de tres meses; transcurrido dicho plazo sin que se notifique la resolución, el interesado podrá considerar que la autoridad resolvió negativamente e interponer los medios de defensa en cualquier tiempo posterior a dicho plazo, mientras no se dicte la resolución, o bien, esperar a que ésta se dicte.

presunción desestimatoria.

No obstante, la institución del silencio degeneró. De garantía pasó a ser corruptela, no siendo infrecuente en la práctica de las administraciones públicas la expresión de "se resolvió por silencio", lo que no puede ser más impropio, incluso gramaticalmente. No tiene nada de extraña, pues, que ante la denegada situación que ofrecía la práctica del "silencio administrativo" se haya hablado de "un escándalo en el Estado de Derecho". Sainz de Robles, "El Silencio administrativo, un escándalo en el Estado de derecho". *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Madrid, Civitas, 1993-I, p. 619.



La Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, en su fracción V del artículo 23, establece:

Las salas del Tribunal son competentes para conocer: V.- De los juicios en contra de las resoluciones negativas fictas en materia fiscal, que se configurarán transcurridos cuatro meses a partir de la recepción por parte de las autoridades demandadas competentes de la última promoción presentada por el o los demandantes, a menos que las leyes fiscales fijen otros plazos.

También se tramita ante el tribunal del lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal (artículo 23, VI y VII, LTCDF) y ésta es una novedad de la reforma de 1995 – el que se reconozca la positiva ficta o negativa de la autoridad a certificar la resolución de la positiva ficta, cuando las leyes aplicables al acto o resolución así lo prevean, dentro de los plazos señalados, con las posibilidad de acudir a el tribunal del lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal.

Otra forma de acudir ante el tribunal por omisión en la contestación de la autoridad administrativa se da cuando, habiendo presentado alguna petición a la administración pública del Distrito Federal, la autoridad respectiva no dé respuesta en el plazo de treinta días naturales, a menos que la ley fije otro plazo o la naturaleza del asunto lo requiera. En este caso no se configura ninguna resolución ficta. El tribunal sólo podrá obligar a la administración a dar respuesta, pero no se atribuye ningún efecto al silencio administrativo (artículo 23, fracción, IV).

F. POSIBILIDAD DE ENTABLAR UN RECURSO FRENTE A LA DENEGACIÓN PRESUNTA

Si concurren los requisitos²²³ para que la petición del particular pueda considerarse como desestimada, el efecto será la posibilidad de imponer el

²²³ Últimamente se ha estimado necesario un nuevo requisito para que pueda hacerse valer el acto presunto: la constancia de tales requisitos por un acto de la administración... Sin duda este precedente condujo al legislador mexicano a exigencia análoga, con una diferencia importante entre la Ley Federal del

recurso frente a la denegación presunta, como lo establece el artículo 37 del Código Fiscal de la Federación, el cual señala: "el interesado podrá considerar que la autoridad resolvió negativamente e interponer los medios de defensa."

De manera que es competencia material del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 11 del su Ley Orgánica, que señala:

Conocerá de los juicios que se promuevan contra una resolución negativa ficta configurada, en las materias señaladas en este artículo, por el transcurso del plazo que señalen las disposiciones aplicables o, en su defecto, por la Ley Federal del Procedimiento Administrativo. Asimismo, conocerá de los juicios que se promuevan en contra de la negativa de la autoridad a expedir la constancia de haberse configurado la resolución positiva ficta, cuando ésta se encuentre prevista por la ley que rija a dichas materias.

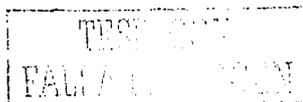
No será aplicable lo dispuesto en el párrafo anterior en todos aquellos casos en los que se pudiere afectar el derecho de un tercero, reconocido en un registro o anotación ante autoridad administrativa.

G. EL DEBER DE RESOLVER

El que se considere al silencio administrativo como una garantía²²⁴ del administrado, no implica la omisión de resolver por parte de la administración, la

Procedimiento Administrativo y la Ley del Procedimiento Administrativo del Distrito Federal: que mientras aquella exige en todo caso que se expida "constancia de tal circunstancia" --no-resolución dentro de plazo- "en cuyo defecto se fincará responsabilidad" (art. 17), la Ley del Procedimiento Administrativo del Distrito Federal, con mejor criterio, ha limitado la exigencia de certificación en el supuesto de afirmativa ficta (art 90), ya que en los casos de negativa ficta bastará el transcurso de plazo sin resolución expresa para que el interesado pueda interponer los medios de defensa que en derecho correspondan (Art. 89). González Pérez, Jesús, *Procedimiento administrativo federal*, 3ª ed., México, Porrúa, 2000, p.175. Esto no tendrá sentido, respecto de la negativa ficta, ya que en todo caso deja abiertas las vías de impugnación que el ordenamiento señale. Respecto a lo anterior, y de conformidad con la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, en su artículo 1º, párrafos tercero y cuarto, cabe señalar que "no será aplicable a las materias de carácter fiscal, responsabilidades de los servidores públicos, justicia agraria y laboral, ni el ministerio público en el ejercicio de sus funciones constitucionales... para los efectos de esta ley sólo queda excluida la materia fiscal tratándose de las contribuciones y los accesorios que deriven directamente de aquéllas".

²²⁴ Esta concepción originaria del silencio administrativo, como ficción que la ley establece a favor del



cual debe dictar una resolución de la petición o el recurso que ante ella se hubiese formulado. De manera que el administrado puede esperar la resolución expresa, en lugar de impugnar la denegación presunta.

H. LOS RECURSOS PROCESALES CONTEMPLADOS POR LA LEY DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL

Las resoluciones del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal pueden ser objeto de impugnación en dos sentidos a saber: los cuales son:

a) El mismo orden jurisdiccional. En determinados supuestos previstos en la LTCDF es posible la impugnación directa ante el propio tribunal. Son los recursos procesales.

b) En otro orden jurisdiccional. Cabe la posibilidad de acudir al amparo en contra de resoluciones de la jurisdicción administrativa. El amparo se configura así como un recurso frente a las resoluciones del tribunal.

La Ley del Tribunal Contencioso Administrativo del Distrito Federal admite tres recursos:

El de reclamación, contra providencias o acuerdos de trámite, que se regula en los artículos 84 a 86, LTCDF.

Entre las características más sobresalientes de este recurso podemos señalar:

a) Procede contra las providencias o acuerdos de trámite dictados por el Presidente del Tribunal, por el Presidente de cualquiera de las Salas o por los Magistrados.

administrado, desgraciadamente se ha vuelto en ocasiones en su contra invocando razones de seguridad jurídica, se ha entendido que, una vez producida la negativa ficta, empieza a correr el plazo para fundar el recurso que en cada plazo proceda, sin que el ciudadano tenga que esperar a la resolución expresa de su petición, que es uno de los derechos de los administrados frente a la administración pública, ya que sin conocer la resolución y su motivación mal podrá fundar su impugnación. Respecto a esta interpretación, la cual es contraria a una efectiva tutela jurisdiccional, nos permite llegar al texto del artículo 39, X, de la Ley del Procedimiento Administrativo del Distrito Federal, al establecer la obligación de la administración de resolver expresamente en los términos siguientes: "Dictar resolución expresa sobre cuantas peticiones le formulen, en caso contrario, operará la afirmativa o negativa ficta en los términos de la presente ley según proceda." Por lo tanto, en este último caso, estamos ante una ficción legal, a efectos de poder deducir el recurso admisible. En suma, podemos afirmar que estamos ante un acto que produce plenos efectos.

b) La impugnación se debe interponer con expresión de agravios, dentro del término de tres días a partir del día siguiente al en que surta sus efectos la notificación correspondiente, ante la Sala de adscripción del Magistrado o Presidente que haya dictado el acuerdo recurrido. Es importante señalar que en este medio de impugnación la Sala competente suplira las deficiencias de los agravios expresados en el recurso, más no su ausencia.

c) El recurso de reclamación se substanciará con vista a las demás partes por un término común de tres días, para que transcurrido dicho término el recurrente exponga lo que a su derecho convenga, concluido dicho término, la Sala resolverá lo conducente.

El de apelación establecido en el artículo 87 de la LTCDF, contra las resoluciones de las Salas del Tribunal que decreten o nieguen el sobreseimiento, las que resuelven el juicio o la cuestión planteada en el fondo, y las que pongan fin al procedimiento, serán apelables por cualquiera de las partes ante la Sala Superior.

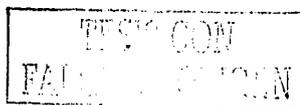
Respecto a las características más relevantes podemos observar las siguientes:

a) Además el recurso de apelación deberá ser interpuesto por escrito, dirigido a la Sala Superior, dentro del plazo de diez días siguientes al en que surta efectos la notificación de la resolución que se impugna.

b) La Sala Superior, al admitir a trámite el recurso, designará a un Magistrado Ponente y mandará correr traslado a las demás partes por el término de cinco días, para que expongan lo que a su derecho convenga.

c) Una vez transcurrido el término, el Magistrado ponente formulará proyecto y dará cuenta del mismo a la Sala Superior en un plazo de quince días.

El de revisión, interpuesto por las autoridades, previsto en el artículo 88, LTCDF, procede contra las resoluciones de la Sala Superior a que se refiere el artículo anterior, las autoridades podrán interponer el recurso de revisión ante el Tribunal Colegiado de Circuito competente por conducto de la Sala Superior, mediante escrito dirigido a dicho Tribunal dentro del término de diez días



posteriores a aquel en que surta efectos la notificación respectiva, independientemente del monto, en los siguientes casos:

- a) Cuando la resolución que se dicte afecte el interés fiscal o el patrimonio del Distrito Federal y sea de importancia a juicio de la autoridad fiscal;
- b) Cuando se trate de la interpretación de leyes o reglamentos;
- c) Cuando se trate de las formalidades esenciales del procedimiento;
- d) Cuando se fije el alcance de los elementos constitutivos de las contribuciones;
- e) Por violaciones procesales cometidas durante el juicio siempre que afecten las defensas del recurrente y trasciendan al sentido del fallo; o por violaciones cometidas en las propias resoluciones o sentencias.

En los casos no previstos en las anteriores fracciones, las autoridades podrían promover el recurso de revisión, siempre que el negocio sea de importancia y trascendencia, debiendo el recurrente razonar esa circunstancia para efectos de la admisión del recurso y el valor del negocio exceda de 20 veces el salario mínimo general vigente elevado al año en el Distrito Federal, al momento de emitirse la resolución de que se trate.

Este recurso se inspira en la antigua revisión fiscal creada a partir de la reforma al artículo 104; fracción I, de la Constitución mexicana, conforme al decreto de 30 de diciembre de 1946.

La competencia para conocer del recurso de revisión contra las resoluciones dictadas por la sala superior del tribunal le corresponde al tribunal colegiado de circuito.

I. LOS RECURSOS PROCESALES CONTEMPLADOS POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA

Las resoluciones del Tribunal, como las de otros tribunales administrativos o fiscales mexicanos, pueden ser objeto de impugnación en dos sentidos:

- a) En el mismo orden jurisdiccional.

En determinados supuestos establecidos en el Código Fiscal es posible la impugnación directa ante el propio tribunal mediante los recursos procesales.

b) En distinto orden jurisdiccional.

Se admite la impugnación en distinto orden jurisdiccional, por lo que no se excluye la posibilidad de acudir al amparo en contra de las resoluciones de la jurisdicción administrativa.

Tipos de recursos.

El Código Fiscal contempla tres recursos:

El de reclamación, contra providencias o acuerdos de trámite, que se regula en los artículos 242 y 243, del CF, y posee tres características:

a) Es una impugnación ante la propia sala o sección a que esté adscrito el magistrado instructor (artículo 242, CF).

b) Sólo procede contra providencias y acuerdos de trámite del magistrado instructor (artículo 242, CF).

c) No existen motivos tasados de impugnación.

El recurso de apelación señalado en el CF es un recurso que sólo puede ser planteado por las autoridades ante la sala superior del Tribunal, en contra de las resoluciones de las regionales que se señalan en el artículo 245, CF.

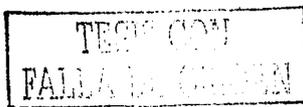
Este recurso de apelación sólo podrá ser interpuesto por alguna de las partes y en contra de ciertas resoluciones definitivas dictadas por las salas regionales.

Por último, el recurso de revisión únicamente puede ser interpuesto por las autoridades contra las siguientes resoluciones definitivas:

a) Las de la sala superior recaídas a los recursos de apelación, o

b) Las de las salas regionales que no sean susceptibles de ser atacadas mediante el recurso de apelación, por haber sido dictada conforme a la jurisprudencia del Poder Judicial Federal (artículo 248, C.F).

Este tipo de recurso es resuelto por los tribunales colegiados de circuito y tiene su origen en la revisión fiscal.



10. EL RECURSO ADMINISTRATIVO

Previo a una definición de lo que es recurso administrativo, podemos señalar que el recurso viene a ser un mecanismo de defensa con que cuenta un particular frente a la autoridad, ya sea ésta jurisdiccional o administrativa.

Por su parte, el tratadista argentino Héctor Jorge Escola establece que: "el recurso administrativo es una actividad de control correctivo que se promueve a instancia de parte interesada contra un acto administrativo, con el objeto de mantener la juridicidad de la actividad de la administración, concurriendo, al mismo tiempo, a garantizar los derechos e intereses de los administrados."²²⁵

Como bien lo señala este autor, el recurso administrativo tiene como finalidad, corregir los actos de la administración pública que el particular estima contrarios al derecho, de manera que la impugnación se encamina a obtener una ulterior revisión, con la finalidad de que el órgano emisor u otro de mayor jerarquía los anule o reforme, en caso de comprobarse la ilegalidad de los mismos.

Por otra parte, para Emilio Margáin Manatou, el recurso administrativo "...es todo medio de defensa al alcance de los particulares para impugnar, ante la administración pública, los actos y resoluciones por ella dictados en perjuicio de los propios particulares, por violación al ordenamiento aplicado o falta de aplicación de la disposición debida."²²⁶

El distinguido español, Niceto Alcalá Zamora, cataloga al recurso administrativo de la siguiente manera: "Como una de las especies de auto defensa, por medio de la cual la administración regulariza aquellos actos que se desvían de la legalidad, cuya observancia constituye su fin primordial."²²⁷

Resulta también muy importante la opinión del maestro Gonzalo Armienta Hernández, al clasificar al recurso: "...entre los actos jurídicos y a la instancia como un derecho, pues lo que constituye un derecho es, en sí, la facultad de inconformarse, la cual se objetiviza o manifiesta mediante un acto inicial del

²²⁵ Escola, Jorge Héctor, *Tratado teórico práctico de los recursos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1967, p. 217.

²²⁶ Margáin Manatou, Emilio, *Introducción al estudio del derecho tributario mexicano*, 8va ed., México, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 1985, p. 463.

²²⁷ Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, p. 48.

administrado, que configura, con otros actos de la autoridad y, eventualmente de terceros, la figura procedimental denominada recurso.²²⁸

Es importante señalar que el recurso administrativo nace del ejercicio del derecho de instancia que la ley otorga al particular, y más que una prerrogativa de la autoridad para corregir sus errores es un mecanismo de protección del administrado.

Resulta bastante claro señalar que un país que cuente con un buen sistema de recursos administrativos existe de forma indudable una tendencia a proteger los derechos e intereses legítimos de los administrados, de manera que cuando un Estado cuenta, dentro de su estructura administrativa, con buenos medios de control, se cumple con el fin fundamental de cuidar a los gobernados de los abusos de poder y de la arbitrariedad de las autoridades que rebasan el marco de la legalidad, lesionando los derechos e intereses legítimos de los particulares.

Por otro lado, Gonzalo Armienta Hernández aclara: "En otro orden de ideas y por lo que atañe a los actos de los organismos descentralizados, el recurso administrativo, cuando su conocimiento se atribuye a un órgano de la administración pública centralizada, constituye un control para lograr que las resoluciones emitidas por este tipo de organismos, los cuales gozan de autonomía administrativa y financiera, se ajustan a derecho."²²⁹

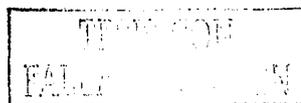
A. LA NECESIDAD DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

El recurso administrativo es necesario, ya que constituye un derecho de instancia del particular a la administración.

Jeze se refiere de forma específica a la necesidad de instauración de recursos jurisdiccionales; por lo tanto, sostiene lo siguiente: "...la ausencia, en un país, de recursos jurisdiccionales, ampliamente abiertos, es una causa de perturbaciones sociales y de anarquía. Todos los espíritus liberales tienen el sentimiento de que un individuo no puede ser víctima de una ilegalidad sin que exista para ello un

²²⁸ Armienta Hernández, Gonzalo, *Tratado teórico-práctico de los recursos administrativos*, 3ra ed., México, Porrúa, 1996, p. 61.

²²⁹ *Ibidem.*, p. 63.



remedio"²³⁰. El mismo argumento tiene vigencia para establecer los recursos administrativos, máxime que en la actualidad la burocracia es grande, y el particular tiene necesidad de contar con mayores instrumentos de defensa frente al carácter arbitrario de la administración.

Existen dos razones suficientes que hacen necesario a los recursos administrativos, que se pueden resumir en la obligación constitucional de que se conceda al particular su derecho de audiencia y se garantice por ende a las autoridades su defensa con relación a los actos de otras autoridades. Bastaría tener en cuenta que el recurso administrativo se considera un vehículo jurídicamente idóneo para cumplir con la garantía de audiencia a fin de sostenerlo como institución vigente. También las autoridades administrativas lo emplean para defenderse de la ilegalidad cometida en su perjuicio por otras autoridades administrativas.

Por su parte, Escola apunta lo siguiente:

No hemos de referirnos aquí a la relación que existe entre el régimen de los recursos y la justicia... Baste consignar que, actualmente, repugna a nuestra mentalidad jurídica la existencia de resoluciones o disposiciones que sean recurribles... En conclusión, pues, puede afirmarse que el recurso es el medio por el cual las partes pueden promover el control de la legalidad de la sentencia de un juez o de la resolución de una autoridad cualquiera, siendo esa acción un elemento integrante del derecho de defensa que constitucionalmente le corresponde.²³¹

Como se puede apreciar, para estos doctrinarios, los recursos administrativos vienen a ser un medio de defensa que garantiza el derecho de audiencia, y al ser también un instrumento de control de la legalidad de los actos de la administración se convierte, por ende, en un mecanismo de impartición de la justicia administrativa.

²³⁰ Jeze, Gastón, *Principios generales de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1948, p. 361.

²³¹ Escola, Jorge Héctor, *op. cit.*, p. 210.

En suma, es de vital importancia que todo ordenamiento jurídico que regule actos de autoridad, debe contar con los necesarios recursos administrativos previo a la vía jurisdiccional; esto, con objeto de darle oportunidad al particular de defenderse ante los propios órganos administrativos.

B. EL RECURSO ADMINISTRATIVO COMO MECANISMO DE CONTROL DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

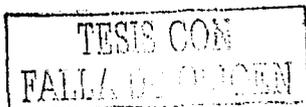
Los funcionarios con que cuenta la administración pública tienen un sinnúmero de atribuciones, las cuales debe cumplir a cabalidad; sin embargo, esto no es siempre así, ya que muy a menudo por desconocimiento de la ley o por una actitud contraria a derecho, los órganos de la administración pública emiten resoluciones ilegales y, por ende, contrarias al espíritu de la ley.

Por lo que este tipo de circunstancias pone de manifiesto la necesidad de que toda actividad jurídica de la administración cuente con medios de control de la legalidad de los actos de la administración pública, lo cual permite una mayor eficacia por parte de los órganos que la integran, además de posibilitar el respeto de los derechos del administrado como una auténtica expresión de justicia administrativa.

Gonzalo Armienta Calderon, al referirse al control de los actos de la administración pública por medio del recurso administrativo, señala: "Como ya lo mencionamos, el control administrativo se debe de aplicar tanto a la actividad reglada de la administración pública como a la discrecional, la autoridad podría caer en un abuso de poder, el cual se evita con los medios de control administrativo."²³²

De manera que el control de los actos por medio de los recursos administrativos, busca asegurar la no-violación de la norma jurídica por parte de la autoridad administrativa y, en el caso de que no se haya aplicado de manera correcta, tratar de restablecer su eficacia.

²³² Armienta Hernández, Gonzalo, *op. cit.*, p. 69.



Resulta muy claro que uno de los medios de control de los actos de la administración pública, es el recurso administrativo, el cual podemos clasificar como un medio de control a posteriori. Esto es así, ya que el objeto del recurso es revisar los actos que ha emitido la autoridad.

Gonzalo Armienta Hernández, al comentar sobre este punto, señala: "...no obstante que el recurso se interponga después de la emisión del acto, es indudable que influye, en su proceso de creación, en tanto que la autoridad sabe, de antemano, que sus actos estarán sujetos a una fiscalización ulterior, lo cual inducirá a ser más obsecuente con el cumplimiento del principio de legalidad."²³³

C. CLASIFICACIÓN DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

En este campo ha sido muy variada la clasificación elaborada sobre los recursos administrativos, pero quien hace una muy buena clasificación sobre esta figura es el maestro Gonzalo Armienta Hernández. De manera que pasemos al estudio de dicha clasificación.

- **Recurso administrativo ante la misma autoridad.**

Para Gonzalo Armienta Calderón este tipo de recurso se caracteriza por lo siguiente: "Este tipo de recurso es aquél que se interpone ante el mismo órgano administrativo emisor de la resolución objeto de impugnación."²³⁴

Sin embargo, este tipo de recurso ha sido fuertemente criticado por la doctrina, ya que al existir identidad entre la autoridad emisora y la revisora, se puede ver una clara tendencia a confirmar la resolución reclamada²³⁵.

No obstante lo anterior, su utilidad resulta indiscutible cuando el recurso se interpone ante una autoridad respetuosa del principio de legalidad que

²³³ *Ibidem.*, p. 70.

²³⁴ *Ibidem.*, p. 73.

²³⁵ Para José Luis Vázquez Alfaro, este tipo de recurso también se conoce como recurso gracioso, el cual lo define de la siguiente forma: "Este recurso otorga al promovente la oportunidad de dirigirse en forma directa al autor del acto atacado. La interposición del recurso gracioso por parte de un administrado ante el órgano que ha emitido el acto o la decisión que se combaten, permite a la autoridad poner en marcha el control gracioso. La autoridad competente puede retirar el acto en forma retroactiva (lo que destruiría sus efectos producidos en el pasado) o abrogar el acto con efectos hacia el futuro". Vázquez Alfaro, José Luis, *op. cit.*, p. 66.

salvaguarda tanto los derechos del particular, así como también la buena marcha de la administración pública.

- **Recurso administrativo ante autoridad superior y ante órganos especializados.**

Sobre este tipo de recurso Gonzalo Armienta Hernández apunta: "Como ya lo hemos apuntado, actualmente existe una tendencia consistente en que una autoridad diversa a la que emitió el acto, conozca de los recursos administrativos.²³⁶"

"El órgano que resuelve los recursos puede ser tanto la autoridad jerárquicamente superior, como otra diversa, con competencia exclusiva para el conocimiento y decisión de los mismos.²³⁷"

Respecto a lo anterior, podemos encontrar ventajas y desventajas.

Si analizamos la autoridad creada ex profeso para la resolución del recurso, podemos observar que le será difícil manejar adecuadamente todos los aspectos que se le presenten en las diversas áreas de una dependencia; y por otro lado, existe el riesgo latente de que se convierta en una autoridad demasiado poderosa.

Por lo que tratándose de los recursos que se resuelven por autoridad superior, en virtud de la propia relación de trabajo, esta muy bien podría confirmar la resolución impugnada.

No obstante, podemos afirmar que la tendencia a crear órganos especializados para la resolución de los recursos ya sea que se traten de competencia exclusiva o jerárquicamente superiores, es muy positivo, ya que implica mayores garantías de acierto que la decisión de los mismos recursos por los órganos a los que se encomienda la gestión de los asuntos administrativos.

- **El Recurso jerárquico.**

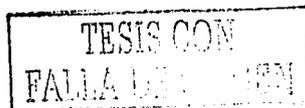
Gonzalo Armienta Hernández al estudiar este tipo de recurso opina:

"El recurso jerárquico es aquel que se promueve ante una autoridad superior, con el objeto de que modifique o revoque la decisión de una autoridad inferior.²³⁸"

²³⁶ Armienta Hernández, Gonzalo, *op. cit.*, p. 74.

²³⁷ *Idem*

²³⁸ *Ibidem.*, p. 75.



En suma, este tipo de recurso viene a ser todo medio jurídico para impugnar un acto administrativo ante el superior jerárquico del órgano que dictó la resolución impugnada.

D. CARACTERES DEL RECURSO ADMINISTRATIVO

Las características del recurso administrativo son todas aquéllas notas esenciales que todo recurso de esta índole debe contener, entre las cuales podemos destacar primeramente que su finalidad es controlar las decisiones de los órganos administrativos, para que éstas se emitan de conformidad con el derecho.

Otra de sus características es la de su interposición ante un órgano de la administración pública para su trámite y resolución.

Esta peculiaridad es de suma importancia, en virtud de que si el recurso se interpone ante una autoridad distinta de la administrativa, como es el caso de la judicial, ya no estaríamos ante el caso de un recurso administrativo, sino jurisdiccional.

Este tipo de recursos sólo están legitimados para interponerlos el administrado, su representante legal o el apoderado.

Ya por último, los recursos administrativos tienen como finalidad preservar la juridicidad del actuar de la administración.

Esto supone que además de ser instrumentos jurídicos de protección del administrado, se crearon para mantener la legalidad de los actos de la administración.

E. ELEMENTOS DEL RECURSO ADMINISTRATIVO

Quien elabora una adecuada clasificación de los elementos del recurso administrativo es el profesor argentino Héctor Jorge Escola, quien enumera tres elementos, como son: el sujeto administrativo, objeto y la causa, mismos que describimos a continuación.

a) Sujeto administrativo: "es el órgano administrativo ante el cual debe deducirse y desarrollarse el recurso, y que habrá de dictar la resolución que ponga fin a éste."²³⁹

Respecto a lo anterior, cabe destacar que esto es así, ya que los actos de un órgano determinado no podrán ser reconsiderados sino dentro del mismo orden administrativo al que pertenece el acto impugnado. Así, pues, un acto de un órgano municipal sólo podrá ser recurrido, en vía administrativa, dentro del mismo orden municipal al que pertenece dicho órgano, y de ninguna manera en un orden administrativo distinto, aunque sea similar.

b) Sujeto particular: "es la persona física, que plantea un recurso administrativo ante el órgano competente, para que éste lo considere y resuelva."²⁴⁰

Es importante destacar aquí que para que el sujeto particular pueda actuar es necesario que éste cuente con la capacidad necesaria para hacerlo, y esta condición exige la presentación de los distintos supuestos que puedan presentarse.

Como principio básico, debe señalarse que el sujeto particular debe tener capacidad de hecho y de derecho, de conformidad con lo que establece la ley.

c) Objeto de los recursos administrativos: "el objeto del recurso administrativo será siempre, pues, la impugnación de un acto administrativo... no cualquier acto de este tipo puede ser objeto de este recurso. Generalmente se exige que se trate de actos definitivos o sea, aquellos actos que, a diferencia de los preparatorios o de trámite, reflejan la verdadera voluntad de la administración, producen los efectos jurídicos efectivamente queridos por ésta."²⁴¹

d) Causa de los recursos administrativos: "...la causa de estos recursos, o en otros términos la pretensión del sujeto recurrente, debe basarse en una violación del orden jurídico, en una trasgresión de las normas legales que regulan el acto administrativo objetado."²⁴²

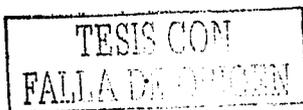
De manera que en este supuesto, basta la trasgresión de la norma, cualquiera que sea, para que el recurso tenga viabilidad.

²³⁹ Escola, Héctor Jorge, *op. cit.*, 250.

²⁴⁰ *Ibidem.*, p. 260.

²⁴¹ *Ibidem.*, p. 267.

²⁴² *Ibidem.*, p. 270.



Una vez enumerados los elementos del recurso, podemos decir que por elementos del recurso administrativo se pueden entender aquellos que deben presentarse, indispensablemente, para que se admita; en pocas palabras, estos elementos son muy necesarios para que el recurso exista como tal.

La omisión de alguno de estos elementos se desprende del examen que realiza el órgano administrativo resolutor del recurso, y este examen se hará al tiempo de que se planteen estos, y en el caso de que se desprenda la falta de uno de estos elementos, será causa suficiente para su rechazo por ser este improcedente.

F. REQUISITOS DE ADMISIÓN DE LOS RECURSOS

Existen ciertas condiciones para que el recurso administrativo esté en posibilidades de ser interpuesto sin que sea rechazado.

Estas condiciones únicamente se vinculan con el planteamiento del recurso; de modo que nada tienen que ver con la admisión o rechazo del recurso.

Para Héctor Jorge Escola, esta claro que los requisitos de admisión del recurso son condiciones de validez del mismo, dado que de lo contrario el recurso es rechazado²⁴³.

De tal modo que entre los requisitos de admisión de los recursos administrativos podemos observar los siguientes:

a) Legitimación

Para Garrido Falla la legitimación es un requisito importante, ya que supone lo siguiente:

"La legitimación, a su vez, es la aptitud especial necesaria para interponer un recurso, para ser parte en un recurso en concreto, implicando la respuesta a la pregunta: ¿quién puede utilizar un recurso determinado concretamente?"²⁴⁴

²⁴³ Puede ocurrir que por carencia de alguna de las condiciones de fondo, el recurso sea en definitiva rechazado. Pero ello no habrá impedido que, hasta entonces, haya sido desarrollado en sus distintas etapas. Es que, en ese supuesto, habrán existido las condiciones necesarias para que tenga lugar el desenvolvimiento del procedimiento del recurso, aunque finalmente se haya comprobado que no se daban las condiciones que atañen a la admisión de la impugnación efectuada.

²⁴⁴ Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Tecnos, 1963, vol. III, pp. 27 y ss.

Un análisis de lo anterior permite concluir que la legitimación, entendiendo a ésta en un sentido restringido, surge por el hecho de ser el recurrente titular de un derecho subjetivo afectado por un acto administrativo, mismo que será materia de la pretensión articulada.

La legitimación no surge de la simple titularidad de un derecho subjetivo, sino que es preciso que ese derecho se vea afectado de algún modo por las relaciones jurídicas creadas, modificadas o extinguidas por el acto administrativo que es recurrido.

Es en suma, pues, la titularidad de un derecho subjetivo afectado por la administración lo que da legitimación a las partes para incoar los recursos que en cada caso correspondan.

b) Interés personal y directo

Para estar en presencia de un interés es necesario que éste se funde en la existencia de una norma jurídica, que le dé relevancia legal.

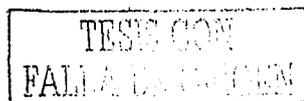
Se puede considerar también como interés cuando existe una norma que determine la conducta de la administración en un caso dado, misma que también, por virtud de la norma jurídica, un determinado sujeto, a quien le es debida como participe, puede exigir, su cumplimiento dado que su observancia puede resultarle una ventaja o desventaja.

Por lo tanto, lo cierto es que siempre habrá de alegarse la existencia de una norma jurídica, o de un complejo de normas, que son las que constriñen el actuar administrativo en un determinado sentido.

Además, el interés que legitima a recurrir, debe ser de tipo personal y directo.

Es personal en el sentido que ha de proceder de la situación jurídica particular en que el administrado se encuentra con relación al acto y en la cual éste lo ha perjudicado, mientras que por interés directo se entiende que el perjudicado debe ser consecuencia inmediata del acto a recurrir.

De manera más concreta podemos señalar que el interés se califica como personal y directo cuando se habla de un interés particular, referido al sujeto, y, por lo tanto, distinto del simple interés administrativo de que se dé cumplimiento a la ley.



El interés, por tanto, debe fundarse en una apreciación de exigibilidad jurídica. Por lo tanto, no es admisible la alegación de un interés patrimonial o moral, el cual no es suficiente para darle legitimidad al recurrente.

Considero al respecto equivocada la postura de quienes ven posible la admisión de un interés fundado en visiones patrimoniales; es decir, extrajurídicas.

Sobre el particular, es muy claro Héctor Jorge Escola al señalar:

En realidad, existe en esa posición una transferencia de conceptos que una vez aclarada permite llegar a un mismo resultado, pero con un planteamiento más correcto. Basta para ello advertir que un simple interés patrimonial o moral no es suficiente para legitimar la aptitud de quien interpone un recurso. Es preciso que ese interés patrimonial o moral se halle amparado, convalidado, por una norma jurídica, mediante cuya invocación se podrá exigir su respeto y vigencia. De tal modo, el interés patrimonial o moral – que seguirá siendo tal desde el punto de vista del sujeto y que incluso puede ser el único y verdadero motivo subjetivo del recurso-, se transforma en un interés jurídico, en un interés legítimo. Sin esa protección del ordenamiento jurídico, el interés patrimonial y moral no será suficiente para posibilitar un recurso: la administración está regida por el derecho y su actividad debe ser legítima; por ello, sólo sobre la base de una norma jurídica será posible exigirle una determinada forma de conducta. De otro modo, las simples exigencias patrimoniales o morales de los sujetos adquirirían el mismo valor obligatorio de la norma jurídica, lo cual no resulta admisible.²⁴⁵

De manera que como muy acertadamente señala Escola, resulta clara la distinción, formulada en el sentido de que si bien el principio que demuestra la antijuridicidad del acto atacado proviene del ordenamiento jurídico, lo que interesa precisar es si quien se encuentra perjudicado moralmente o patrimonialmente puede recurrir.

²⁴⁵ Escola, Héctor Jorge, op. cit., p. 278.

Por último, debemos señalar que el interés legítimo, personal y directo debe ser, además, actual; esto es, que el interés debe resultar de una situación presente, y no de un hecho futuro o pasado.

c) Derecho

Finalmente, para que un recurso esté en posibilidad de ser admitido es menester que en el curso del procedimiento quede demostrado el derecho que le asiste a la reclamación que intenta el promovente.

Para Héctor Jorge Escala, esta determinación implica la formulación de un juicio lógico – jurídico, en el que se deben establecer a juicio de éste los siguientes elementos:

- 1) La existencia de una norma jurídica que ampare la pretensión del recurrente;
- 2) La prueba de la existencia de un acto imputable a la administración, alegado en el recurso;
- 3) La circunstancia de que ese acto administrativo vulnere la norma que protege la situación jurídica del peticionario, ocasionándole un perjuicio por afectar de algún modo a dicha situación jurídica.²⁴⁶

En este sentido, la doctrina es prácticamente unánime en el sentido de que no es necesario que el recurrente funde con exactitud su pretensión alegando el derecho que le asiste, con mención de las normas aplicables al caso concreto.

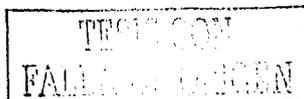
Es también, aceptado que la invocación equivocada del derecho aplicable no perjudica la admisión del recurso.

Por lo tanto, sólo es necesario que el recurrente haga mención de las circunstancias de hecho indicando el acto administrativo que le afecta, haciendo esto con claridad suficiente, de modo que no queden dudas al respecto.

Si esto ocurre, la administración suplirá la omisión de fundamentación del administrado, o el derecho invocado erróneamente por éste, determinando, por lo tanto, cuáles son las normas aplicables, y resolviendo con arreglo a éstas.

Como se puede observar, todos estos requisitos son indispensables para la existencia del recurso; por lo tanto, estos requisitos deben cumplirse dentro del

²⁴⁶ *Ibidem*. p. 281.



régimen de derecho, para que de esta forma la autoridad administrativa esté en posibilidades de revisar la legalidad del acto administrativo.

En conclusión, la constitucionalidad de la resolución que emita la autoridad debe estar garantizada por las normas del debido proceso en las cuales se plasmen los principios de audiencia, seguridad jurídica y legalidad.

G. LA UNIFICACIÓN DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Como se ha podido constatar, no obstante la publicación de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, aún no es posible una correcta sistematización que determine la procedencia del recurso administrativo.

En tal virtud, se ha llegado a considerar acertada la postura de quienes consideran que los recursos administrativos son una verdadera trampa para el administrado. De aquí que Jorge Escola afirme de manera tajante: "Cuando esa unidad, claridad y propiedad no existen, cuando las nomenclaturas son variables y distintas, inmediatamente se plantean dudas, controversias y cuestiones de todo orden, que tornan dificultosa la labor de quienes deben resolver, aplicando el derecho, y disminuyen la eficacia de la acción de quienes deben recurrir a los medios legales para defender sus derechos e intereses."²⁴⁷

El prestigiado maestro Héctor Fix – Zamudio, al abordar este problema que afecta la seguridad jurídica de los administrados, señala lo siguiente:

Si trasladamos nuestra atención al ordenamiento mexicano, podemos observar que precisamente por la ausencia de leyes federales o de carácter local sobre el procedimiento administrativo, la regulación de los recursos administrativos se encuentra dispersa dentro de las múltiples disposiciones legales de carácter especializado, lo que ha producido un verdadero desorden tanto en la tramitación de las impugnaciones internas, como inclusive en la misma denominación y configuración de los recursos.²⁴⁸

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 221.

²⁴⁸ Fix – Zamudio, Héctor, *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, México, El Colegio Nacional, p. 147.

Respecto a la opinión del reconocido jurista, estamos de acuerdo en que se debe terminar la multiplicidad de denominaciones, ya que medios de impugnación de la misma naturaleza reciben diferente nombre, dificultando la comprensión del administrado para ejercer su acción. En consecuencia, resulta apremiante desaparecer de nuestra legislación el gran número de recursos y los múltiples procedimientos que regulan a éstos.

Con la misión principal de abatir todo este mar de recursos y de procedimientos se expidió la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, la cual suprimió una gran cantidad de estos recursos; sin embargo, subsisten en diversas materias, como las económicas y financieras algunos recursos que guardan procedimientos distintos, mismos que deben incorporarse a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, para que sea ésta la que regule la unificación y procedimiento de esta figura jurídica.

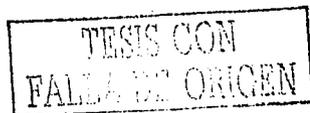
Al respecto, Jorge Escola señala: "Se evidencia así, una vez más, la exigencia de una ley de procedimiento administrativo... Esa ley debería fijar las distintas clases de recursos admitidos y su régimen propio, de modo que la simple remisión a cualquiera de esas clases bastaría para lograr su individualización, sin necesidad de establecer su regulación en cada una de las leyes que se establezca."²⁴⁹

H. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEGISLACIÓN FEDERAL

Durante largo tiempo un gran número de disposiciones legislativas regulaban la interposición de los recursos administrativos, ya sea ante el autor del acto atacado, o ante una autoridad diferente de aquélla que emitió el acto.

En el ámbito federal, en razón de la ausencia de leyes en la materia, durante mucho tiempo la interposición de los recursos administrativos se encontraba diseminada en una multitud de leyes especializadas. Desafortunadamente esto, lejos de traer algún beneficio, acarreó diversas consecuencias, tales como una

²⁴⁹ Escola, Jorge Héctor, *op. cit.*, p. 223.



gran imprecisión en la instrucción, en la conformación, e incluso en la denominación del recurso. No obstante esto, existía una excepción en la materia fiscal, ya que el Código Fiscal de la Federación señalaba un cierto orden en la regulación de los recursos en materia tributaria²⁵⁰.

En opinión de José Luis Vázquez Alfaro, la respuesta a esta ausencia de regulación en materia de recursos administrativos consistió en lo siguiente:

La respuesta del sistema jurídico se limitó a imponer el respeto del derecho de audiencia (o los derechos de la defensa), consagrado en el artículo 14 de la Constitución mexicana.²⁵¹ Así, en los casos en los que la ley de la materia es omisa, la jurisprudencia de la Suprema Corte estableció el principio, según el cual "en los casos en que las leyes administrativas no dispongan un procedimiento adecuado que permita la participación de los interesados, la autoridad esta obligada a otorgar el derecho de audiencia a los administrados."²⁵²

Uno de los objetivos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo es la unificación de los recursos administrativos. Desafortunadamente esto está aun lejano, ya que vemos que en diversos ordenamientos legales aun sobreviven ciertos recursos administrativos, pese a lo establecido por el artículo segundo transitorio de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, el cual establece:

SEGUNDO.- Se derogan todas las disposiciones que se opongan a lo establecido en esta ley, en particular los diversos recursos administrativos de las diferentes leyes administrativas en las materias reguladas por este ordenamiento. Los recursos administrativos en trámite a la entrada en vigor de esta ley, se resolverán conforme a la ley de la materia.

²⁵⁰ Cfr. Fix - Zamudio, Héctor, *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, México, El Colegio Nacional, 1983, p. 47.

²⁵¹ Vázquez Alfaro, José Luis, *op. cit.*, p. 70

²⁵² Cfr. México. Suprema Corte de Justicia, tesis número 339, *Semanario Judicial de la Federación*, 1975, p. 569. "AUDIENCIA, garantía de. Ella debe ser respetada aunque la ley que sirve de fundamento a la decisión respectiva no prevea un procedimiento al respecto".

Un ejemplo de los recursos administrativos que sobreviven es el siguiente:

a) Recurso administrativo en materia fiscal. Este se podrá interponer contra las decisiones definitivas en las que se establezca una contribución o sus accesorios, las decisiones que nieguen la devolución de las cantidades pagadas injustamente y todas aquéllas decisiones emitidas por las autoridades aduaneras. (Artículo 117, CFF.

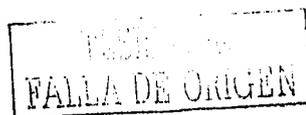
Este tipo de recurso es además optativo para el interesado antes de que acuda al Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa (artículo 120 del CFF)²⁵³.

La Ley Federal de Procedimiento Administrativo trató, sin éxito, de unificar los recursos administrativos; esto como consecuencia de la poca claridad mostrada por esta Ley, ya que de sus disposiciones normativas se advierten serias contradicciones, tales como las que se pueden ver en el artículo primero y segundo de esta ley, además del primero transitorio. El artículo primero en su segundo párrafo señala:

Este ordenamiento será aplicable a las materias de carácter fiscal, responsabilidad de los servidores públicos, justicia agraria y laboral, ministerio público en ejercicio de sus funciones constitucionales. En relación con las materias de competencia económica, prácticas desleales de comercio internacional y financiero, únicamente les será aplicable el título tercero A.

Para los efectos de esta ley sólo queda excluida la materia fiscal tratándose de las contribuciones y los accesorios que deriven directamente de aquéllas.

²⁵³ A diferencia del derecho francés, en el que los recursos administrativos constituyen sólo una alternativa por la que el particular puede optar, como norma general, aplazando así hasta que se produzca la resolución de los mismos la impugnación en la vía jurisdiccional de los actos que le afectan (lo mismo en Italia, a raíz de la Ley de 6 de diciembre de 1971), en nuestro derecho no hay tal posibilidad de elección. La vía administrativa de recurso está configurada tradicionalmente con carácter obligatorio para poder acceder a la garantía judicial, que es la única efectiva. Es, pues, preciso agotar la vía administrativa con carácter previo a la interposición del recurso contencioso - administrativo, que, de otro modo, resulta inadmisibles. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás - Ramón, *op. cit.*, p. 512.



En tanto que, el artículo segundo señala que la Ley Federal de Procedimiento Administrativo se aplica supletoriamente a las diversas leyes administrativas.

Por lo tanto, de lo anterior se puede notar una clara incongruencia entre un artículo y otro, ya que mientras que en el primer artículo se señalan algunas excepciones, en el segundo se señala la aplicación supletoria de esta ley a las diversas leyes administrativas.

Mientras que el artículo segundo transitorio de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, establece la derogación de toda aquella disposición en materia de recursos administrativos que se opongan a dicha ley.

Por lo tanto, de lo anterior, se recomienda una modificación al texto de estos artículos, con objeto de dar más claridad al procedimiento administrativo.

b) En lo que respecta al recurso de revisión contemplado en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, título sexto, del artículo 83 – 96, podemos señalar lo siguiente:

Este tipo de recursos procede contra actos y resoluciones de las autoridades administrativas que le pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente; además, el recurso de revisión se presenta ante la autoridad que emitió el acto impugnado y será resuelto por el superior jerárquico, salvo que el acto impugnado provenga del titular de una dependencia, en cuyo caso será resuelto por el mismo.

I. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS PREVISTOS EN LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL.

La Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal, contempla el recurso de inconformidad, el cual se regula en el artículo 108 de la ley que señala lo siguiente:

Los interesados afectados por los actos y resoluciones de las autoridades administrativas podrán, a su elección interponer el recurso de inconformidad previsto en esta Ley o intentar el juicio de nulidad ante el Tribunal. El

recurso de inconformidad tendrá por objeto que el superior jerárquico de la autoridad emisora, confirme, modifique, revoque o anule el acto administrativo recurrido.

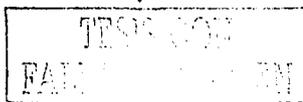
La novedad de este recurso es la opción que tiene el recurrente entre el recurso de inconformidad o acudir al juicio de nulidad ante el tribunal.

11. EL AMPARO COMO INSTITUCIÓN PROTECTORA DE LOS ADMINISTRADOS

El juicio de amparo viene a ser la última instancia impugnativa en la mayor parte de los procedimientos, ya sean éstos judiciales, administrativos, laborales o legislativos, de manera que tutela todo el orden jurídico nacional contra las violaciones cometidas por la autoridad en perjuicio del particular, siempre que estas violaciones se traduzcan en una afectación actual, personal y directa a los derechos de una persona jurídica, ya sea ésta individual o colectiva.

El amparo surge en sus inicios con la finalidad de dar protección a los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente en las garantías individuales, siempre que éstos sean violados por parte de las autoridades públicas²⁵⁴.

²⁵⁴ Esta concepción del derecho de amparo como instrumento sencillo y breve para la tutela de los derechos humanos ha tenido una gran repercusión en numerosos países latinoamericanos que, por influencia de la institución mexicana, también la han introducido de manera paulatina con esa denominación, que es la que predomina, o bien con algunas denominaciones semejantes, y algo similar ocurrió con varias declaraciones y pactos internacionales sobre derechos humanos, debido a la participación de las delegaciones mexicanas. Fix - Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2ª ed., México, Porrúa, 1999, pp. 619 y 620.



A. EL AMPARO COMO INSTITUCIÓN PROTECTORA DE LOS DERECHOS HUMANOS²⁵⁵

Para el maestro Héctor Fix-Zamudio, considerar al juicio de amparo únicamente como una institución protectora de los derechos humanos es hoy en día anacrónico, toda vez que la realidad del México actual es distinta por lo siguiente:

Después de una evolución que ya debe considerarse irreversible, con independencia de su calificación positiva o negativa, se ha transformado en una institución sumamente compleja, que, además de la protección de los propios derechos fundamentales, también tutela prácticamente todo el ordenamiento jurídico nacional, desde las elevadas disposiciones de la carta federal hasta los modestos preceptos de un reglamento municipal.²⁵⁶

Por lo tanto, para Fix-Zamudio, el juicio de amparo es un medio de impugnación de última instancia, y su tutela abarca gran parte de los procesos y procedimientos tanto judiciales como administrativos; en suma, el derecho de amparo ha pasado de ser únicamente un instrumento protector de los derechos

²⁵⁵ Hoy en día esta figura se encuentra regulada por los ordenamientos jurídicos de países como Argentina, Brasil, Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela, Chile.

El juicio de amparo nace en el proyecto de Constitución de Yucatán de 1840, la cual es obra del jurista yucateco don Manuel Crescencio Rejón. La obra de este distinguido jurista, bien podría ser, uno de los más grandes logros de la ciencia del Derecho Constitucional mexicano.

El carácter revolucionario y transformador en la obra del insigne jurista yucateco lo destaca el distinguido jurista don Ignacio Burgoa: "Rejón juzgo conveniente y hasta indispensable la inserción en su Carta Política de varios preceptos que instituyeran diversas garantías individuales, consignando por primera vez en México como tal la libertad religiosa, y reglamentando los derechos y prerrogativas que el aprehendido debe tener, en forma análoga a lo que preceptúan las disposiciones de los artículos 16, 19 y 20 de la Constitución vigente."

"Más lo que verdaderamente constituyó un progreso en el Derecho público mexicano, fue la creación del medio controlador o conservador del régimen constitucional o amparo, como él mismo lo llamó, ejercido e desempeñado por el Poder Judicial, con la ventaja de que dicho control se hacía extensivo a todo acto anticonstitucional. Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, Trigésimo novena edición, México, Porrúa, 2003, p. 111. Posteriormente con don Mariano Otero el juicio de amparo pasa a ser federal, y por ende de alcance nacional, esto debido al Acta de Reformas de 1847.

²⁵⁶ *Idem*.

humanos, para abarcar en la actualidad a todo el ordenamiento jurídico mexicano.²⁵⁷

La evolución del sentido original del derecho de amparo podría ser consecuencia de factores sociales, jurídicos y culturales, los cuales provocaron el desdibujamiento de la idea original de los padres del amparo, al incorporarse a esta figura otros instrumentos procesales, como el recurso de casación, el cual, para Fix-Zamudio, viene a ser una de las causas principales de esta transformación ajena a la idea original del juicio de amparo, por lo siguiente:

Bajo el disfraz de la afectación de un derecho constitucional. A partir de esa finalidad primaria, se transformó en una institución muy compleja, con objetivos muy diversos y apartados de su origen, no obstante lo cual, como mencionamos anteriormente, se mantiene en la legislación, en la jurisprudencia e inclusive en un sector importante de la doctrina la ficción de que todavía subsiste la idea original.²⁵⁸

Es totalmente correcta la apreciación de Fix-Zamudio, ya que con el control de legalidad se ha oscurecido la idea original del amparo como instrumento protector de los derechos humanos.

En lo que respecta al ámbito interamericano e internacional, esta figura se ha consagrado en diversos documentos internacionales, entre los cuales podemos nombrar los siguientes:

a) El artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, expedida en Bogotá en mayo de 1998, en el cual se señala lo siguiente:

Toda persona puede ocurrir ante los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por

²⁵⁷ Los citados creadores del amparo nunca pensaron y tampoco lo hubiesen aceptado, que la nueva institución se utilizara para proteger otros derechos que no fuesen los consagrados constitucionalmente como fundamentales. Para ellos, el propósito esencial del amparo era la tutela de los derechos humanos individuales frente a actos concretos, o a disposiciones legislativas, y a partir de la Constitución federal de 1857, también se le dio la función de proteger el ámbito de competencias de la Federación y de los estados, pero siempre por la afectación de las citadas garantías individuales. *Idem*.

²⁵⁸ *Ibidem*, pp. 619 y 620.



el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

b) En tanto que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, expedida en París el 10 de diciembre de 1948, señala:

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley.

c) El artículo segundo, en su fracción III, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el cual fue aprobado por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, destaca:

Cada uno de los Estados en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados, podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiese sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.

d) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, establece en su artículo 25:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. Los Estados partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los

derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

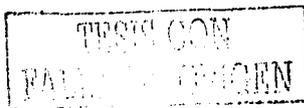
e) Para terminar, y pese a que no se encuentra influenciado por el concepto histórico del juicio de amparo, sino por otros instrumentos internacionales, tenemos el artículo 13 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el cual fue suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950; y establece:

Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos por la presente convención que hubiesen sido violados, tiene derecho a que se le conceda un recurso efectivo ante una autoridad nacional, incluso cuando la violación hubiese sido cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Ahora bien, si bien es cierto que el amparo se creó con la finalidad de proteger los derechos humanos, también aquí se pueden ver excepciones, como la improcedencia del amparo en materia de los derechos políticos electorales.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 diciembre de 1948, artículo 21, señalaba:

- I. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
- II. Toda persona tiene derecho de acceso en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.
- III. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público, esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de



celebrarse periódicamente por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

Esta imposibilidad de conocer del juicio de amparo, sobre posibles violaciones en materia electoral, encuentra su fundamento en el artículo 73 de la Ley de amparo, el cual establece²⁵⁹:

El juicio de amparo es improcedente:

VII.- Contra las resoluciones o declaraciones de los organismos y autoridades en materia electoral".

B. INSTRUMENTOS PROCESALES DEL JUICIO DE AMPARO

A diferencia de lo que ocurre con la evolución del juicio de amparo en otros países de Latinoamérica, en México la protección del amparo desde sus inicios abarcó la tutela de la libertad personal, misma que normalmente se le atribuye al amparo *habeas corpus*, en México el amparo ha evolucionado de tal forma, que en la actualidad abarca diversos instrumentos de control, entre los cuales se encuentran:

a) Este tipo de amparo señala los lineamientos de un procedimiento concentrado que busca proteger la libertad y la integridad del ser humano, cuando éste se ve afectado por el acto de alguna autoridad no judicial, como sería el caso de las autoridades administrativas, como la policía judicial y el Ministerio Público. Es por esto que a este procedimiento de amparo se le conoce como "amparo de la libertad" o *habeas corpus*.

Sobre el particular el Dr. Héctor Fix - Zamudio, señala lo siguiente:

²⁵⁹ Puede verse más sobre el particular en Rodolfo Terrazas Salgado, *El juicio de amparo y los derechos político-electorales.*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord), *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2002.

De acuerdo con la Ley de Amparo vigente, respecto de los actos que importen el peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento judicial, deportación o destierro o algunos de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución federal, que proscriben las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentes, y restringe a hipótesis la procedencia de la pena de muerte (aun cuando la misma ha sido suprimida de los Códigos Penales, tanto en materia federal como en las entidades federativas), puede interponer juicio de amparo cualquier persona en nombre del afectado que se encuentra imposibilitado para hacerlo, aun cuando el promovente sea menor de edad.²⁶⁰

b) Otra función del amparo es la impugnación de leyes contrarias a la Constitución federal, y por lo tanto, a esta función del amparo se le conoce como "amparo contra leyes".

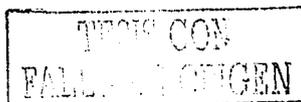
c) Un tercer tipo se aboca a conocer de la impugnación de las resoluciones judiciales; particularmente las de carácter definitivo, emanadas de cualquier tipo de tribunal. Este tipo de amparo, en opinión de Fix – Zamudio surge: "Por la jurisprudencia y posteriormente por la legislación, de acuerdo con una interpretación indebida y artificial del artículo 14 de la Constitución federal de 1857. Este sector ha sido calificado como "amparo judicial", pero con mejor técnica como amparo – casación de carácter nacional."²⁶¹

d) Otro instrumento procesal que comprende el juicio de amparo es el contencioso – administrativo, el cual tiene como función combatir los actos y decisiones de las autoridades administrativas tanto federales como locales, y que no se pueden impugnar ante organismos judiciales.

e) Finalmente, en 1962 se creó un nuevo proceso en el juicio de amparo, por lo que se modificó el artículo 107, fracción II, de la Constitución federal, con objeto de consagrar prerrogativas procesales a favor de los campesinos sujetos al

²⁶⁰ Fix - Zamudio, Héctor, *op. cit.*, p. 636.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 629.



régimen de reforma agraria de propiedad social, como pueden ser los ejidatarios y comuneros y sus derechos colectivos. En tanto, los propietarios privados se mantienen sujetos a las directrices del amparo administrativo, toda vez que las autoridades agrarias tienen el carácter administrativo federal.

En la actualidad, el amparo agrario se encuentra regulado en el libro segundo de la Ley de Amparo, el cual se titula "Del amparo en materia agraria".

Este instrumento procesal del juicio de amparo viene a ser muy importante, toda vez que muestra la preocupación del legislador por proteger los intereses de los grupos más desprotegidos. En efecto, como señala Fix – Zamudio:

Esta nueva institución puede calificarse como amparo social agrario, ya que las prerrogativas procesales sólo se aplican a los campesinos sujetos al régimen de la reforma agraria, puesto que se considera que son los más desprotegidos por falta de asesoramiento jurídico, por que se supone que los propietarios privados, inclusive los modestos, están en mejor situación, y se les aplican las reglas más estrictas del amparo administrativo, suposición esta última que no siempre corresponde a la realidad.²⁶²

Más adelante, y con objeto de dejar en claro el aporte del amparo agrario, Fix–Zamudio destaca lo siguiente:

Dichas ventajas procesales a los derechos individuales y colectivos de los ejidatarios y comuneros pueden comprenderse dentro del concepto de la institución conocida como "suplencia de la queja" (que corresponde al género del principio *iura novit curia*), que obliga al juez del amparo a corregir de oficio todos los errores y deficiencias de las diversas instancias presentadas por los citados campesinos en el juicio de amparo, y además se extiende a la materia probatoria, ya que el propio juzgador debe aportar, también de oficio, los elementos de convicción que no hubiesen sido presentados por las partes y que no son necesarios para el debido

²⁶² *Ibidem*, p. 631.

conocimiento del asunto. Este sector ha disminuido notoriamente su aplicación con motivo de la creación de los tribunales federales agrarios en la reforma al artículo 27 de la carta federal en febrero de 1992.²⁶³

Como lo hace notar el destacado jurista, el amparo agrario es muy importante, y sobre todo en esta época de crisis del Estado benefactor, que tanto éxito tuvo en el siglo XIX; sin embargo, la corrupción y el abuso del intervencionismo que dio lugar a un Estado obeso, que se caracterizó por su excesiva regulación y burocratismo, dio paso posteriormente al Estado neoliberal, que se caracteriza por su excesivo carácter privatizador, que ha contribuido a un enriquecimiento insultante de unos pocos, mientras que a las clases más marginadas, entre las que se encuentra el campesino, han sido arrojados a los abismos del desempleo, la ignorancia, la miseria, la hambruna de millones de personas que ven cancelada la posibilidad de una vida digna por ende muy alejada de los derechos humanos, económicos, sociales y culturales; por lo tanto, el que esta figura procesal subsista en la actualidad es motivo de orgullo.

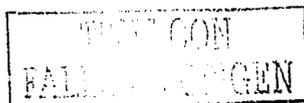
12. PROCEDIMIENTOS DE AMPARO: INDIRECTO Y DIRECTO

A. EI AMPARO INDIRECTO

El amparo indirecto se caracteriza por su tramitación sencilla, pues, se encuentra inspirado en los principios de oralidad, concentración y economía procesal, ya que una vez que el juez admite la demanda de conformidad con lo señalado por los artículos 146 y 147 de la Ley de Amparo, el juez de la causa solicita a las autoridades un informe, que deberán rendir en un plazo no mayor a cinco días, el cual hace las veces de la contrademanda, ya que la ausencia de éste posibilita que se tenga por cierto el acto reclamado.

Posteriormente se señala la fecha de la audiencia de conformidad con el artículo 154 de la Ley de Amparo, la cual se deberá celebrar en un plazo no mayor

²⁶³ *Idem.*



a treinta días. Aquí se reciben las pruebas, se formulan los alegatos de las partes, para que posteriormente el juez de la causa dicte la sentencia.

Por último, el amparo indirecto se promueve en contra de los actos señalados expresamente en el artículo 114 de la Ley de Amparo²⁶⁴.

B. EI AMPARO DIRECTO

Este tipo de juicio le toca conocerlo a los tribunales colegiados de circuito, de conformidad con el artículo 107 constitucional, fracción V y VI, y procede contra sentencias definitivas y laudos que pongan fin al juicio, dictados por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, y en los cuales no exista la posibilidad de promover recurso alguno; por último la sentencia del colegiado o de la Corte no comprenderá más cuestiones que las legales propuestas en la demanda de amparo; por lo que el juzgador se deberá apoyar en el texto constitucional y señalar sus resolutivos correspondientes al efecto²⁶⁵.

Por último en el amparo directo la demanda de amparo en contra de una sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio dictada por tribunales administrativos, judiciales o del trabajo, la misma deberá presentarse por conducto de la autoridad responsable que emitió el acto reclamado.

²⁶⁴ Artículo 114 de la Ley de Amparo, fracción III: Contra actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo ejecutados fuera de juicio o después de concluido.

Si se trata de actos de ejecución de sentencia, sólo podrá promoverse el amparo contra la última resolución dictada en el procedimiento respectivo, pudiendo reclamarse en la misma demanda las demás violaciones cometidas durante ese procedimiento, que hubieren dejado sin defensa al quejoso.

Tratándose de remates, sólo podrá promoverse el juicio contra la resolución definitiva en que se aprueben o desapruében.

²⁶⁵ Artículo 158 de la Ley de Amparo: El juicio de amparo directo es competencia del Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda, en los términos establecidos por las fracciones V y VI del artículo 107 constitucional, y procede contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, respecto de los cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o revocados, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo, y por violaciones de garantías cometidas en la propia sentencia, laudos o resoluciones indicados.

Para los efectos de este artículo, sólo será procedente el juicio de amparo directo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales civiles, administrativos o del trabajo, cuando sean contrarios a la letra de la ley aplicable al caso, a su interpretación jurídica o a los principios generales de derecho a falta de ley aplicable, cuando comprendan acciones, excepciones o cosas que no hallan sido objeto del juicio, o cuando no las comprendan todas, por omisión o negación expresa.

Cuando dentro del juicio surjan cuestiones, que no sean de imposible reparación, sobre constitucionalidad de leyes, tratados internacionales o reglamentos, sólo podrán hacerse valer en el amparo directo que procede en contra de la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio.

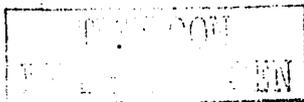
C. EL AMPARO ADMINISTRATIVO

La jurisdicción administrativa, no obstante que cuenta con tribunales especializados,²⁶⁶ los cuales se encuentran separados de los ordinarios, sigue las directrices del sistema judicial, ya que las decisiones de los tribunales administrativos no gozan de firmeza, por lo que sus resoluciones pueden ser impugnadas ante los tribunales federales mediante la interposición del juicio de amparo; además, pese a la existencia de organismos administrativos, como el Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa, los cuales desafortunadamente para la justicia administrativa no conocen sino de un sector específico de las controversias de esta materia, por lo que las restantes, las que no se pueden someter a la consideración de estos tribunales, deben combatirse de manera indirecta por medio del juicio de amparo, el cual asume un carácter de tipo contencioso-administrativo.

No obstante su utilidad, el amparo no ha sido ajeno a diversas críticas al ser utilizado como un medio de defensa de los administrados. En efecto, no deja de ser sorprendente que, en una nación de la tradición jurídica de México en la que se siente tanta veneración por el amparo, hayan adquirido tales proporciones las críticas a esta institución como sistema de justicia administrativa y la defensa de un sistema completamente extraño a sus tradiciones como es el sistema de tribunales de lo contencioso administrativo.

Este tipo de críticas acaso tienen principalmente como destinatario al maestro Antonio Carrillo Flores, ya que éste en su clásica obra *La defensa jurídica de los particulares frente a la administración pública en México*, recalcó las deficiencias del amparo como medio de impugnación de los actos de la administración, pese a que le reconocía ciertas ventajas al sistema de amparo, tales como la sentencia, ya que respecto a esta el maestro señalaba su carácter de eficacia, por lo que

²⁶⁶ Actualmente se puede ver una tendencia a la especialización de los tribunales de amparo en materia administrativa, ya que no es conveniente dejar el conocimiento de una materia tan técnica como es la administrativa en manos de tribunales con competencia genérica.



terminaba señalando que pese a las críticas, es materia que cualquier reforma que se proyecte debe aprovechar el valor de esos precedentes.²⁶⁷

Por lo que ante la insuficiencia del amparo, se ha planteado siempre en México la creación de un eficaz sistema de justicia administrativa, presentándose los tribunales de lo contencioso administrativo como una excelente opción (en este punto ha contribuido la experiencia del Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa), de manera que la experiencia de este tipo de tribunales nos llevan a la conclusión de que son un medio indispensable para controlar los actos de la administración que causen perjuicio al particular²⁶⁸.

²⁶⁷ *Cfr.* Carrillo Flores, Antonio, *La defensa jurídica de los particulares frente a la administración pública*, México, Porrúa, 1939, p. 233 y ss.

²⁶⁸ A mediados del siglo pasado influyó decisivamente en el avance del derecho mexicano don Teodosio Lares, tanto en la rama del privado como en la del público. Influenciado por la legislación francesa y en especial del Tribunal conocido como Consejo de Estado, don Teodosio Lares formuló el proyecto de Ley para el Arreglo de lo Contencioso – Administrativo, que al ser aprobado por el Poder Legislativo se conoció más por "Ley Lares" que por su propio nombre, debido, digamos, al "escándalo" que dicha Ley provocó en los medios jurídicos mexicanos y que al ser impugnada ante los tribunales judiciales federales, fue declarada inconstitucional.

Bajo el rubro. Tesis de Vallarta, en la siguiente forma: Ignacio Vallarta, siendo ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostuvo la inconstitucionalidad de la Ley Lares por considerarla violatoria de la división de poderes que recogía nuestra Constitución, porque la existencia de un tribunal administrativo implicaba la reunión de dos poderes en una sola persona: el Ejecutivo y el Judicial, en materia administrativa, en el Presidente de la República. Margain Manautou, Emilio, *De los contenciosos administrativos de anulación o de ilegitimidad*, 7ma ed., México, Porrúa, 1988.

Otro instrumento procesal que se comprende en el juicio de amparo mexicano es el proceso de lo contencioso – administrativo, que también se le agregó durante el siglo pasado esencialmente para combatir los actos y decisiones de las autoridades administrativas federales y locales, que no pueden impugnarse ante organismos judiciales. Sin embargo, este sector ha disminuido de manera paulatina, en cuanto, a partir de la creación del Tribunal Fiscal de la Federación en la Ley de Justicia Fiscal de 1936, entonces como un órgano de jurisdicción delegada del Ejecutivo federal, se han establecido, también de manera paulatina, tribunales administrativos, que, a partir de la reforma constitucional de 1968 al artículo 104, fracción I (actualmente artículo 73, fracción XXIX – H, de la Constitución federal), posee plena autonomía para dictar sus fallos, incluyendo el mencionado Tribunal Fiscal de la Federación.

De acuerdo con los preceptos mencionados en el párrafo anterior, se estableció en 1971 el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, con una competencia genérica, y, de acuerdo con este modelo, se han creado varios tribunales de lo contencioso – administrativo en diversas entidades federativas (además de algunos tribunales fiscales, según el ejemplo del Tribunal Fiscal Federal, que subsistieron un tiempo, pero después se transformaron en órganos judiciales de competencia amplia) como en Sonora (1977); Hidalgo (1979, con modificaciones en 1982); Jalisco (1983); Guanajuato y Querétaro (1985); Estado de México (1986); Guerrero y Yucatán (1987); Baja California (1988), y Veracruz (1989). Este desarrollo ha recibido consagración constitucional en la reforma promulgada en 1987, que adicionó la fracción IV del artículo 116 de la carta federal, para disponer que las Constituciones y leyes de los estados podrán constituir tribunales de lo contencioso – administrativo, dotados de plena autonomía para dictar sus fallos.

Lo anterior ha significado la notoria reducción del sector del amparo que funciona como proceso de lo contencioso – administrativo de doble instancia que sólo opera en esta dirección respecto de actos y resoluciones que no puedan ser impugnados ante dichos tribunales administrativos o los de carácter ordinario (esto último en el caso de Chiapas, que había establecido una sala especializada en el Tribunal Superior de Justicia, en virtud de la Ley de Justicia Administrativa de 27 de diciembre de 1988).

Cuando tales actos y decisiones se combaten ante dichos órganos judiciales, puede acudir al juicio de amparo contra las sentencias definitivas que pronuncien los mismos por medio del procedimiento de una sola instancia, ahora ante los tribunales colegiados de circuito, con las mismas reglas del amparo judicial o amparo – casación, a cuyo sector se ha incorporado, es decir, en este supuesto se trata de una casación nacional en

Con la instauración de los tribunales contenciosos o el Tribunal Fiscal, consideramos que no tiene sentido que se sostenga la desmesurada extensión del amparo y su consiguiente deformación respecto a su naturaleza originaria, que en un principio se justificó ante la ausencia de una jurisdicción administrativa que garantizara la tutela jurisdiccional de los administrados frente a la administración pública, pero desde el momento en que nace una jurisdicción especializada en materia administrativa, el amparo debe limitarse al conocimiento de las pretensiones formuladas en demanda de la protección de los derechos fundamentales y garantías constitucionales²⁶⁹.

De manera que en la medida en que el administrado cuente con una jurisdicción administrativa se reducirá la aplicación del amparo administrativo.

Por lo tanto, se puede observar una disminución de la impugnación inmediata de los actos de la administración activa.

En efecto, como destaca Jesús González Pérez:

En la Federación, en materia fiscal – y, por extensión, en las materias a las que se extienda la jurisdicción del Tribunal Fiscal – y en los estados que hayan instaurado tribunales en materia contencioso – administrativa o fiscal, con mayor o menor amplitud, no tendría sentido, en principio, acudir al amparo para deducir una pretensión frente a los actos dictados por la administración en aquéllas materias. Por lo que el ámbito del amparo administrativo quedara reducido a las pretensiones sobre materias cuyo conocimiento no esté atribuido a un Tribunal de lo Contencioso

materia administrativa. Fix – Zamudio, Héctor, *op. cit.*, pp. 629 y 630.

²⁶⁹ Ante la inexistencia de un proceso especialmente instituido para conocer de las pretensiones frente a las administraciones públicas fundadas en derecho administrativo, se acudió al proceso de amparo para formular estas pretensiones. El artículo 103 fracción I, de la Constitución y el artículo 1º, I, LA, establecen que son objeto de amparo las controversias que se susciten por actos de la autoridad que violen las garantías individuales. Lo que, prácticamente, permitió abrir el proceso de amparo a todo tipo de pretensiones fundadas en derecho administrativo frente a todo tipo de actos sujetos al derecho administrativo, cualquiera que fuese el órgano que lo hubiese dictado – mediante una ampliación del concepto de "autoridad" – y la forma en que se hubiesen lesionado los derechos e intereses legítimos – mediante una ampliación de las garantías individuales. González Pérez, Jesús, *op. cit.*, p. 954.

Por otra parte, Fix – Zamudio apunta: "Aun cuando exista un proceso administrativo general o especial para conocer determinadas materias... ello no supone cerrar la posibilidad del llamado amparo indirecto. Pero no negar la posibilidad de recurso contra la sentencia dictada en el proceso administrativo o fiscal, que se ha considerado una casación administrativa". Fix – Zamudio, Héctor, "Breve introducción al juicio de amparo indirecto", *Memoria de El Colegio Nacional*, 1977, pp. 161 y ss.



Administrativo o Fiscal, salvo la posibilidad de recurso de amparo contra la sentencia que ponga fin al proceso administrativo o fiscal.²⁷⁰

Ahora bien, el hecho de que el administrado cuente con una jurisdicción administrativa, no supone la imposibilidad de manera alguna de que él pueda acudir al amparo. Sin embargo, no podrá acudir al amparo para formular alguna pretensión procesal que se funde en derecho administrativo, pero si se formulara, el órgano jurisdiccional competente podrá declarar la no-admisión; esto, por la carencia de jurisdicción, al estar atribuida ésta a un tribunal de otro orden jurisdiccional. Sin embargo, cuando la administración viole alguna garantía individual, el administrado podrá demandar la protección de la justicia federal. En efecto, el amparo se verá liberado de aquélla función que no le es propia a su naturaleza originaria, pero en cuanto proceso constitucional de garantías, éste conservará su pleno valor.

En materia fiscal, la cual le corresponde conocer al Tribunal Fiscal y en el caso de los estados que cuenten con una jurisdicción administrativa o fiscal, el administrado podrá, siempre que considere que un acto de tipo administrativo o tributario que lesione sus derechos, impugnar ante el Tribunal correspondiente, en lugar de acudir al amparo, salvo en los casos en que se trate la afectación de algún derecho fundamental.

Si el tribunal de la jurisdicción administrativa, en el procedimiento seguido ante el mismo, incurrió en la violación de alguna garantía individual o derecho fundamental, el amparo aparece como el único medio de protección frente al atentado sufrido por el administrado. Aquí, el amparo viene a hacer efectiva la tutela jurisdiccional, anulando las actuaciones causantes de la infracción, o bien obligando al órgano jurisdiccional competente a hacer lo que no hizo; por lo tanto, el amparo en estos casos viene a ser incuestionable, toda vez que el ordenamiento lo establece como un medio protector de las garantías y derechos constitucionales siempre que estos derechos y garantías sean violados en un

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 956.

proceso administrativo, de manera, que ante estos casos el titular del derecho gozará de plena fundamentación para acudir al juicio de amparo.

Caso distinto será el de la incoación del amparo como medio protector frente a los órganos con jurisdicción administrativa que hayan cometido alguna violación en el proceso administrativo. Aquí, el amparo lo que hace es replantear la cuestión planteada primeramente ante el tribunal administrativo, por estimar que éste no procedió conforme a derecho.

D. EL AMPARO ADMINISTRATIVO Y EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

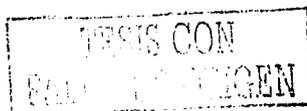
Como acabamos de ver, el administrado tiene dos formas de acudir en defensa de la protección de la justicia federal; la primera es mediante el amparo indirecto, el cual se encuentra regulado en la Ley de Amparo en los artículos 114 a 157.

Al respecto, el artículo 114, II, de la Ley de Amparo señala:

II.- Contra actos que no provengan de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo.

En estos casos, cuando el acto reclamado emane de un procedimiento seguido en forma de juicio, el amparo sólo podrá promoverse contra la resolución definitiva por violaciones cometidas en la misma resolución o durante el procedimiento, si por virtud de estas últimas hubiere quedado sin defensa el quejoso o privado de los derechos que la ley de la materia le conceda, a no ser que el amparo sea promovido por persona extraña a la controversia.

Aquí, el administrado estará facultado para acudir a la protección del amparo, ya que al advertir éste una violación al procedimiento, concretamente en la violación de su derecho de petición establecido en el artículo 8º de la Constitución, no importará que el administrado no haya agotado todos los recursos o inclusive no haya acudido a la jurisdicción contenciosa, toda vez que se estará ante una violación a un derecho fundamental, de los que dieron origen a los padres del amparo para crear a esta figura.



Otra forma de impugnar los actos de la administración es vía amparo directo, contra sentencias definitivas dictadas por los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo y siempre que no admitan recurso en contrario. Este tipo de amparo se encuentra regulado en la Ley de Amparo en los artículos 158 a 191, y será competencia de los colegiados.

En este procedimiento de amparo el administrado, previa interposición del amparo, tendrá que agotar la jurisdicción contenciosa y los recursos que procedan, dado que aquí lo que tutela el amparo es la legalidad y no la constitucionalidad.

E. EL TERCERO PERJUDICADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA

Sobre este tema en particular, el maestro Ignacio Burgoa señala: "...la persona o personas que hayan gestionado en su favor el acto contra el que se pide amparo, cuando se trate de providencias dictadas por autoridades distintas de la judicial o del trabajo, o que, sin haberlo gestionado, tengan interés directo en la subsistencia del acto reclamado."²⁷¹

Por lo tanto, para que una persona sea considerada tercero perjudicado en materia administrativa se necesita que éste haya hecho una gestión expresa ante las autoridades responsables para tratar de obtener de éstas la realización a su favor del acto reclamado.

²⁷¹ Burgoa, Ignacio. *El juicio de amparo*, 34ª ed., México, Porrúa, 2001, pp. 346 y 347.

Capítulo Cuarto

El Derecho de Petición

- i.* Antecedentes históricos

- ii.* Concepto

- iii.* El derecho de petición y sus figuras afines
 - a)* El derecho de petición y la acción
 - b)* El derecho de petición y el recurso administrativo
 - c)* La diferencia entre petición y denuncia

- iv.* Obligaciones de las autoridades en el derecho de petición
 - a)* El examen material de la petición
 - b)* La obligación de resolver las peticiones
 - c)* La resolución debe estar motivada y producirse en plazo razonable

- v.* El contenido del derecho de petición

- vi.* Naturaleza jurídica del derecho de petición

- vii.* Panorama actual del derecho de petición

- viii.* El derecho de petición en México

- iv.* El derecho de petición en las constituciones mexicanas
- v.* Debate sobre el derecho de petición en el constituyente de 1856
- vi.* Debates del constituyente de 1916
- vii.* La protección del derecho de petición
- viii.* Las técnicas de control
- ix.* La responsabilidad administrativa, como consecuencia del silencio negativo
- x.* El futuro del derecho de petición

CAPÍTULO CUARTO

EL DERECHO DE PETICIÓN

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Referente a este derecho, podemos decir que existe una gran confusión en la doctrina respecto al lugar y su forma de aparición.

Pero podemos suponer que este derecho tiene un carácter universal, ya que existe desde tiempos inmemoriales, ya sea bajo el despotismo oriental, o bajo las instituciones representativas de Europa²⁷².

Por lo tanto, es de suponer que las peticiones a los gobernantes han existido siempre y en todo lugar, pero es precisamente en Europa donde encontramos un cauce institucional regulado por normas jurídicas²⁷³, que le permiten al gobernado

²⁷²En este sentido Nicolás Pérez Serrano señala: "Históricamente ha tenido una enorme importancia; la Historia constitucional inglesa es obra, en buena parte, del derecho de petición, porque la condensación de opiniones y asenso de voluntades ha servido de acicate poderoso para las más variadas reformas. El Bill de Derechos reconoció como uno de éstos el que tienen los súbditos para presentar peticiones al Rey, siendo ilegales las prisiones y procesamientos de los peticionarios (art. 6°); la Enmienda 1a. a la Constitución norteamericana prohíbe dictar Ley que limite el derecho de pedir al Gobierno reparación de agravios; y la Constitución francesa de 1791 incluye entre los derechos naturales y civiles el de dirigirse a las Autoridades constituidas peticiones firmadas individualmente. La mayoría de las Constituciones mantienen este derecho; así, la de Suiza, en su artículo 59; la de Italia, en sus artículos 57 y 58, aunque sólo con relación a las Cámaras legislativas, y proscribiendo la presentación personal, así como las peticiones colectivas, que sólo podrán formular las Autoridades constituidas; la de Portugal, artículo 8, número 18, que lo admite para representación y para queja, y tanto con respecto a derechos propios como con respecto al interés general; la de Alemania, artículo 126, que expresamente acepta su ejercicio individual o colectivo, y la española de 1931, artículo 35, que reproduce estos términos, pero priva del derecho de petición a toda clase de fuerza armada". Ver: Pérez Serrano, Nicolás. *Tratado de derecho político*. 2a. ed., Madrid, Civitas, 1984, p. 670.

²⁷³Véase Bartomeu Colom, Pastor, *El derecho de petición*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 15 y 16, que, además, señala: "El derecho de petición se consagra de forma indirecta en Inglaterra en la Carta Magna impuesta al Rey Juan sin Tierra por sus barones en 1215, en cuya cláusula 29 se proclama. *Nulli vendemus, nulli negabimus aut differemus, reatum vel iustitiam*

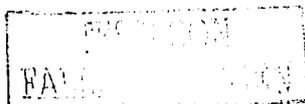
Más adelante, el autor en comentario señala: "Precisamente se hace uso de este derecho en la trascendental *Petition of Right* de 1628, uno de los textos fundamentales del régimen político británico, a través del cual los ingleses impusieron a Carlos V el reconocimiento formal de sus libertades públicas".

Y finalmente señala el mismo autor: "Tras la Gloriosa Revolución de 1688, el referido derecho recibe, un año después, su sanción definitiva y consigue su forma escrita en el art. 5 del *Bill of Rights* al proclamar que es derecho de los súbditos dirigir peticiones al Rey, y todo encarcelamiento y procesamiento basado en tal petición es ilegal.

De cualquier forma, el derecho de petición siguió aumentando en importancia política, hasta llegar a su más conocida y trascendental manifestación con la aprobación de la *Petition of Right* en 1628. Posteriormente en 1661, se hizo necesario promulgar una Ley "contra las peticiones formuladas" limitando y disciplinando el ejercicio de este derecho, que no obstante alcanzó finalmente su reconocimiento expreso y directo en el *Bill of Right* de 1689, cuyo artículo 5° señalaba:

"Es un derecho de los súbditos presentar peticiones al rey, siendo ilegal toda prisión o procesamiento a los peticionarios".

Desde el punto de vista del derecho de petición, la diferencia entre Inglaterra y el Continente se encuentra, por



dirigirse primero al monarca y posteriormente al Parlamento, al gobierno o a otras autoridades públicas, en demanda o solicitud de gracias; por lo que a esta institución hoy en día se le conoce con el nombre de "derecho de petición", y que, tras la victoria del constitucionalismo y su posterior expansión por todo el mundo, hace que actualmente se le tenga reconocida como un derecho fundamental del ciudadano en gran parte de los Estados.

El derecho de petición, tal como se entiende en el siglo XIII, es decir, la posibilidad del súbdito de dirigir al monarca una solicitud de gracias de todo tipo, se manifestó por la confluencia de dos elementos: el de carácter de instancia judicial suprema que le correspondía al rey desde antiguo y el deber moral y religioso de éste de tratar con piedad al súbdito.

Desafortunadamente, la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, de 12 de junio de 1776 no señala nada al respecto; tampoco la Constitución de los Estados Unidos de América, pero sí su enmienda primera²⁷⁴.

La gran influencia del derecho de petición en la antigüedad la destaca Antonio García Cuadrado en los términos siguientes:

Cualquiera que fuera el momento preciso y la causa que lo originó, lo cierto es que la presentación de peticiones al monarca, primero como una praxis y después como un verdadero derecho reconocido a los súbditos, se había impuesto en los diversos reinos cristianos de Europa en la época en que surgen las primeras Asambleas estamentales. Más aún, existe una estrecha relación entre el nacimiento de los Parlamentos o Cortes medievales y el ejercicio del derecho de petición en su faceta política: las peticiones colectivas o sobre intereses generales. Vemos pues cómo se consolida el

lo que se refiere a las peticiones colectivas, en que el Parlamento británico dispuso de suficiente poder para obligar al rey a aceptar las peticiones; mientras que en España y en Francia las peticiones colectivas de naturaleza política conservaron su carácter originario de súplica graciable: se pedía no por que se tuviera medios para coaccionar al monarca a otorgar lo pedido, sino tratando de convencerle única y exclusivamente por la razón de justicia o conveniencia que fundamentaba la petición. Es decir, si en la Baja Edad Media la concesión de tributos funcionaba como medio de presión al monarca para que aceptase las peticiones que los procuradores traían en nombre del pueblo, ahora el equilibrio vuelve a romperse en favor del monarca: las peticiones carecen nuevamente de otra fuerza coercitiva sobre el rey que no sea razonabilidad o justicia intrínsecas de la propia petición.

²⁷⁴ Al señalar que: "tampoco aprobará (el Congreso) ley alguna que coarte la libertad de palabra y de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar reparación de cualquier agravio".

derecho de petición y de que forma se diversifica su contenido al ser ejercido por las Asambleas estamentales²⁷⁵.

En Francia, el deber de administrar justicia se le reconocía tradicionalmente al rey, por lo que ya desde tiempos muy antiguos Hugo Capeto (987 – 996) señalaba que su función era: "de rendre justice à tous et par tous les mohines", de manera que va institucionalizándose la práctica de los reyes de recibir peticiones, en ciertos días, en los cuales le manifiestan los súbditos las quejas al rey.

Hacia el año de 1190, a partir del rey Felipe Augusto, este le recomienda a su madre y a su tío Guillermo, arzobispo de Reims, dedicar tres veces al año, en París, durante todo el día, a escuchar las peticiones de los súbditos y tratarle de dar satisfacción a estas.

Pero es sin duda con Luis IX, cuando aquel ideal político del rey misericordioso y justiciero con todos alcanza su máximo esplendor.

No está por demás hacer notar que los efectos de las peticiones que el súbdito le dirigía al rey no se agotaran en esta época, sino todo lo contrario, ya que inciden considerablemente hasta fines del Antiguo Régimen, y como señala Antonio García Cuadrado en su espléndido estudio sobre el derecho de petición:

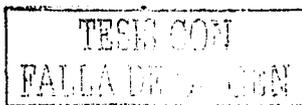
De esta justicia personal del rey surgirá después progresivamente una jurisdicción especial, las *Requets* de l'Hotel, que subsistirá hasta el fin del Antiguo Régimen. Esas *requets* han sido después consideradas como manifestación del derecho de petición sobre intereses individuales²⁷⁶.

No obstante todo esto, existían también las *requets* escritas mismas que también se le remitían al monarca demandándole justicia o gracia. Pese a lo antiguo de esta práctica, los Estados Generales de 1484 solicitaron al rey que señalara un día a la semana para la recepción de estas peticiones escritas y que la ordenanza de Blois de 1579 regulaba su ejercicio²⁷⁷.

²⁷⁵ García Cuadrado, Antonio, "El Derecho de petición", *Revista de derecho político*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, núm. 32, 1991, p. 129.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 130.

²⁷⁷ *Idem.*



En los siglos XVII y XVIII estas *requetes* recibieron el nombre de *placets*. El *placet* era una petición escrita, normalmente redactada por un escribano público, por la cual un individuo o corporación se dirigía a la bondad o a la justicia del rey. Si el *placet* solicitaba una gracia (una pensión, condecoración o subsidio, por ejemplo) quedaba a la entera discrecionalidad del rey concederla o denegarla; por el contrario, si el *placet* apelaba a la justicia regia, entonces el rey estaba obligado a responder mediante un auténtico juicio²⁷⁸.

Por lo que respecta a la Revolución francesa, que tanta influencia tuvo en el reconocimiento de las libertades públicas, desafortunadamente no así en el derecho de petición, ya que éste no figura en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789²⁷⁹; no obstante, aparece dos años después de

²⁷⁸ *Idem*.

²⁷⁹ Una de las causas de que el derecho de petición no figure en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, podría ser el que no se le considere a éste como un derecho autónomo, sino como un derecho complementario, o sea, un derecho compuesto de otras libertades, entre ellas la libertad individual, de pensamiento, opinión, reunión y seguridad.

Sobre la evolución del derecho de petición en Francia León Duguit señala: El derecho de petición no estaba expresamente mencionado en la Declaración de derechos de 1789. Se pensó, probablemente, que era inútil hacerlo, puesto que era la consecuencia necesaria de la libertad individual y de la libertad de opinión. Este parece ser también el criterio de la Constitución de 1791, si bien el título I el legislador declara garantizados, como derechos naturales y civiles, la libertad individual, la libertad de opinión y la libertad de prensa, la libertad de reunión y, además "la libertad de dirigir a las autoridades constituidas peticiones suscritas individualmente". En la Declaración de 1793 se menciona claramente este derecho, disponiendo en el artículo 32: "El derecho de presentar peticiones a los depositarios de la autoridad pública no puede ser, en ningún caso, prohibido, suspendido ni limitado." (V informe a la Const., año III, Art. 37 y 364; de 1848, artículo 8°). Una dificultad se ofreció, desde luego, para el ejercicio del derecho de petición, según los términos de la Constitución de 1791.

Primer caso. La petición puede ser formulada para un objeto puramente individual: pidiendo la modificación o la supresión de una decisión individual; solicitando, ya del Gobierno, ya del Parlamento, la adopción de una medida individual. La petición, así formulada, en interés puramente individual, es incuestionablemente el ejercicio de un derecho natural y civil, según la terminología de los autores de la Declaración de derechos y de la Constitución de 1791, esto es, un derecho natural que pertenece a todo individuo en cuanto hombre, y un derecho civil, porque esta reconocido y garantizado por la sociedad. Así, pues, este derecho pertenece a todos, incluso a aquellos que no disfrutaban de la plenitud de los derechos políticos, a las mujeres, a los niños, a los individuos que sufren la pena de interdicción civil, y hasta a los extranjeros. El derecho de petición, entendido así, es, seguramente, un derecho superior al legislador, que puede reglamentarlo pero no restringirlo, y menos suprimirlo.

Segundo caso. Una petición puede ser formulada y dirigida por un individuo o grupo de individuos para un fin de interés general. No se pide una decisión de carácter individual, sino que se adopte una decisión por vía general y en interés colectivo, ya dirigiéndose al Parlamento para que vote una ley, rechace un proyecto de ley, abroge o modifique una ley vigente; ya dirigiéndose al Gobierno para que, en los límites de su competencia, adopte una medida de carácter general o para que, usando de su derecho de iniciativa, presente al Parlamento un determinado proyecto de ley. En el caso que examinamos, ¿No viene a ser esta petición el ejercicio de una especie de iniciativa legislativa, una participación efectiva en el poder público? Entendido así el derecho de petición, ¿a quiénes debe reconocérsele? ¿No debería estar exclusivamente reservado a quienes se hallan en la plenitud del disfrute de sus derechos políticos? ¿No debería negársele a las mujeres, a los niños, a los civilmente interdicidos y a los extranjeros? Tal creemos nosotros. Pero, en realidad, nunca, hasta ahora, se ha dado a esto una solución clara y precisa. El derecho de petición a las Cámaras ha tenido, en ciertas épocas, una importancia de que hoy carece. En la aplicación de Constituciones que rehusaban a las Cámaras la iniciativa de las leyes, el derecho de petición constituía un medio de soslayar

la Constitución francesa de 1791 como un derecho natural y civil, y, por ende, abierto a todos los hombres, incluso a los que no gozaban de derechos políticos, como "la libertad" de dirigir a las autoridades constituidas peticiones firmadas individualmente. Por lo tanto, el derecho de petición se constituye en esta etapa como un mecanismo de corrección del sufragio político adoptado por la Constitución de 1791. Gracias a este derecho, todos los ciudadanos podían tener una participación secundaria e indirecta en el ejercicio del Poder Legislativo. Por lo que respecta a los ciudadanos que no gozaban de sufragio político, no podían, de esta forma, rehusar la obediencia de las leyes bajo pretexto de no estar representados en las votaciones, toda vez que el derecho de petición les permitía pedir la reforma o mejora de las mismas; por lo que el referido derecho representaba para los ciudadanos activos un correctivo al gobierno representativo que les permitía recordar a sus diputados sus deseos y proyectos, constituyendo

aquella dificultad, obligando a las Cámaras a interesarse de cuestiones importantes que el Gobierno no sometía a su estudio. Hoy, diputados y senadores disfrutan de plena iniciativa, y por esto, el derecho de petición a las Cámaras ha caído en completo desuso. Por otra parte, la prensa, con el enorme poderío alcanzado en nuestros días, ejercita constantemente este derecho, constituyendo por sí sola el medio más poderoso y eficaz para llamar la atención de los Poderes públicos, y substituyendo así, con ventaja, por su mayor difusión y publicidad, al modesto derecho de petición. Sin abolirlo, ni mucho menos, antes bien, prestando al derecho de petición la enorme fuerza de que dispone, la prensa lo apoya y completa, estimulando la atención y la influencia de la opinión pública y forzando la acción del Parlamento y del Gobierno cuando alguna petición, incluso más de una llena de millares de firmas, permanece olvidada en el in-pace de las Comisiones parlamentarias.

Finalmente, las peticiones propiamente dichas dirigidas al Gobierno, han venido a ser todavía más innecesarias que las dirigidas al Parlamento. El individuo que pretende ser víctima de un acto arbitrario se halla provisto, por el derecho moderno, de recursos contenciosos que garantizan sus derechos de manera más enérgica y eficaz que el derecho de petición. Por el carácter de generalidad que la jurisprudencia ha atribuido al recurso por exceso de poder, por la extensión creciente que, de día en día, tiende a reconocerse a la responsabilidad del Estado y de los funcionarios, el individuo se halla cada vez más amparado contra la arbitrariedad administrativa, de suerte que el derecho de petición viene a ser, a su vez, de día en día más inútil. Duguít, León, *op cit.*, pp. 244, 245 y 246.

Al parecer, la última muestra importante del derecho de petición en el Antiguo Régimen lo constituyen los llamados "Cuadernos de quejas" que presentaron los miembros del Tercer Estado y el estamento eclesiástico al Rey Luis XVI cuando éste convocó los Estados Generales en 1789. La negativa del monarca francés a conceder algunas de esas peticiones unida a otras causas originó la constitución de la Asamblea Nacional y puso en marcha así la Revolución Francesa.

Sin embargo, con el triunfo del constitucionalismo se produce el declive del derecho de petición en toda Europa Continental. Las causas son múltiples: el desarrollo de la empresa y los partidos políticos, los medios de control otorgados a los parlamentarios sobre el Ejecutivo, tales como interpelaciones y preguntas y sobre todo el perfeccionamiento del sistema de garantías y recursos jurisdiccionales, particularmente en el orden contencioso - administrativo. se olvida sin embargo la causa principal: que el derecho de petición tiene, por su propia naturaleza, un fuerte componente moral muy difícilmente jurificable. por eso, la implantación del Estado de Derecho y la consiguiente reducción a relaciones jurídicas estrictamente tales de las relaciones políticas gobernantes - gobernados tenía necesariamente que traer consigo la pérdida de sentido de una institución del tipo de derecho de petición. Así sucedió, en efecto, en Europa Continental, pero no en Inglaterra, donde el recurso al derecho de petición como medio de agitación política llegó a ser muy común a fines del siglo XVIII y proporcionó una buena base a organizaciones radicales que buscaban la reforma parlamentaria. De ahí que el número de peticiones presentadas entre 1780 y 1830 se multiplicara por veinticinco.



para los ciudadanos no activos un sucedáneo del derecho de sufragio político²⁸⁰. Es por esto que entiendo que el derecho de petición constituía en esta etapa histórica un instrumento de legitimidad democrática.

La importancia histórica de este derecho es muy grande, si tomamos en cuenta su influencia en el desarrollo de otros derechos, muy especialmente los de reunión, asociación, manifestación o imprenta.

Tampoco figura el derecho de petición ni en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948, ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, ni en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades, de 4 de noviembre de 1950, pero sí aparece en el artículo 24 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana, reunida en Bogotá, del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948.

2. CONCEPTO

Escribir sobre el concepto del derecho de petición, no parece, pues, que sea muy alentador. Pero lo cierto es que el derecho de petición en la actualidad está reconocido en casi todas las Constituciones del mundo, tanto en los países de tradición democrática - liberal como en los Estados Socialistas. Más aún, no parece que este reconocimiento tienda a desaparecer; al contrario, los más recientes textos constitucionales siguen formulando el derecho de petición con toda clase de garantías para asegurar su ejercicio. Y así por ejemplo la Constitución mexicana, le otorga al derecho de petición el rango supremo en cuanto garantía se refiere:

Este derecho tiene por finalidad el que el peticionario, por medio de un escrito, el cual se le conoce con el nombre de petición, dirija peticiones a los

²⁸⁰ Ideas emitidas día 9 de mayo de 1791 con ocasión de la discusión del Proyecto de Ley sobre el Derecho de Petición en la Asamblea Nacional Constituyente.

poderes públicos sobre las materias de su competencia, cuando no son titulares de un derecho subjetivo o de un interés legítimo²⁸¹.

En efecto, si el peticionario es titular de algún derecho subjetivo o de un interés legítimo, lo que éste debe hacer es dirigir a la administración una solicitud de iniciación de un procedimiento o ejercitar su derecho de acción ante los tribunales.

El supuesto más general del derecho de petición bien podría ser el de interesar un acto graciable; esto es solicitar de los poderes públicos una decisión, acto o comportamiento en el más amplio sentido, sin que el peticionario posea un derecho subjetivo o tenga un interés legítimo a que el acto o el comportamiento se adopten.

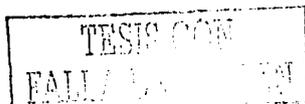
Siendo uno de los ámbitos típicos del ejercicio del derecho de petición el de un acto graciable, o, en supuestos excepcionales, incluso político, es el campo de la oportunidad o conveniencia política o, como señala Hauriou: "Se trata de un antiguo derecho que existía ya, en forma de placer, bajo las monarquías más absolutas y bajo las tiranías de tipo asiático"²⁸². Proviene de la admisión de que es objeto un hombre para hablar a otro hombre, por encumbrado que éste se encuentre, mientras no se exceda el tono de súplica para adoptar el de reclamación contenciosa. Es decir, que en vez de exigirse un derecho, se pide un favor o una gracia. La petición pertenece a la categoría del favor, de las medidas benévolas y del poder discrecional

²⁸¹ La doctrina española ha ido conceptualizando al derecho de petición de la siguiente manera. Jesús González Pérez le reconoce al derecho de petición un carácter residual, ya que para éste la petición no es objeto de un procedimiento administrativo o jurisdiccional. "Régimen jurídico del derecho de petición", *Documentación Administrativa*, número 40, p. 18.

Por otra parte, los españoles García de Enterría y Fernández Rodríguez formulan la distinción en función de si la petición se ampara en una norma material o en el artículo 29 de la Constitución española. *Curso de derecho administrativo*. Volumen II, Madrid, Civitas, 1993, p. 97. Esta opinión no se separa de la anterior si consideramos que el ciudadano se ampara en una norma material distinta del artículo 29 de la Constitución es por el hecho de ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. Por lo que en este caso estará obligado, si el ciudadano pretende ejercitar su posición activa, a seguir un procedimiento administrativo o judicial. Y solamente en el caso contrario ejercitará el derecho de petición.

En un caso, podemos apreciar que el ciudadano mantiene una posición relevante frente a los poderes públicos por ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo y lo que pide éste es un resultado que viene exigido por el derecho, sin perjuicio de lo que después se dice sobre la legitimación pública. En el otro caso, el ciudadano no goza de esta posición, ya que no es titular de un derecho subjetivo frente a los poderes públicos, por lo que en este caso los poderes públicos valorando lo más oportuno para el interés general otorgarán o denegarán las peticiones.

²⁸² *Principios de derecho público y constitucional*. 2a ed., Traducción de C. Ruiz del Castillo, Madrid, 1928, p. 132.



Por lo tanto, el derecho de petición debe verse desde la perspectiva del que pide, pero también del que otorga. En suma, para el ciudadano que ejerce el derecho de petición y que por ende no goza de un derecho subjetivo ni interés legítimo a que se acceda a lo solicitado el acto, es graciable. Pero, desde la perspectiva de la administración, al valorar ésta lo más oportuno o conveniente para el interés público debe otorgar o negar lo pedido; por ello se considera que el acto es discrecional o, en supuestos de excepción político.

Algunos autores suelen establecer las finalidades principales de la petición, entendiendo por esto, a las consecuencias que el peticionario pretende surtan efectos en el mundo jurídico, con motivo de la petición que éste dirige al poder público, ya que como dice Bartomeu Colom Pastor:

Por lo general las peticiones se encaminan a la consecución de una actividad jurídica o del cese de la misma o simplemente a la consecución de una actividad material de los órganos del Estado y dentro de la primera categoría a la promulgación, derogación o modificación de normas (disposiciones de carácter general, normas con rango de ley y leyes), a la provocación u oposición a los actos administrativos, actos jurídicos privados de la Administración, actos materialmente administrativos dictados por un poder público que no sea Administración, actos parlamentarios, actos del poder judicial, actos internacionales o constitucionales, o a la celebración de contratos o convenios²⁸³.

A continuación enumeramos las siguientes características propias del derecho de petición:

a) Las peticiones sólo se pueden dirigir a los poderes públicos, ya que éstas no se podrán dirigir en ninguna circunstancia a los ciudadanos o personas físicas o jurídicas privadas; por lo que se excluye lo que podríamos llamar las peticiones estrictamente privadas, como podrían ser los requerimientos. En suma, estamos

²⁸³ *El derecho de petición*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 44.

ante la relación del ciudadano y el poder público que hace a un lado las relaciones de carácter privado.

b) Referente a la materia, sólo se podrán formular peticiones en el ámbito de las competencias del órgano público²⁸⁴.

Esto es así, ya que no sería correcto dirigir peticiones a un poder público sobre una cuestión penal si no tiene competencia el poder público. Esto significa que sólo se deberán formular peticiones que pueda resolver el poder público en función de sus competencias, de manera que un poder público no podrá resolver peticiones relativas a competencias atribuidas a otro órgano.

En definitiva, el derecho de petición permite instar al ciudadano, para que éste, de manera directa, formule peticiones a los órganos del poder público; de manera que estamos ante un mecanismo idóneo para tutelar o hacer valer los intereses de los ciudadanos frente a la administración pública.

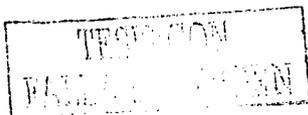
Muy importante es señalar, también, que el ciudadano que ejercita el derecho de petición no lo hace para que se cumpla el ordenamiento jurídico, ya que el derecho de petición es para actividades que por principio de cuentas no son regladas, que se encuentran dentro del ámbito de la discrecionalidad u oportunidad. En suma, las peticiones se refieren a actividades indiferentes para el ordenamiento jurídico, por lo que un ciudadano ejercita el derecho de petición cuando fórmula y no es titular de derecho subjetivo.

3. EL DERECHO DE PETICIÓN Y SUS FIGURAS AFINES

A. EL DERECHO DE PETICIÓN Y LA ACCIÓN

Resulta muy evidente que la práctica medieval de acudir al rey en demanda de justicia o reparación de agravios se ajustaba a un régimen muy distinto del que corresponde actualmente. Ya que a lo largo del tiempo aquella institución fue transformándose dando lugar a otras figuras o derechos que actualmente se

²⁸⁴ En el artículo 1º de la Ley del Derecho de Petición en España señala: "El derecho de petición es la facultad que corresponde a los españoles para dirigirse a los Poderes Públicos en solicitud de actos o decisiones sobre materia de su competencia".



consideran como sustancialmente distintos del derecho de petición en su sentido actual. El caso más claro, pero no el único, es el denominado derecho a la acción o inicio de un proceso jurisdiccional.

Para Fairén Guillén, la acción como petición se formula ante los órganos jurisdiccionales para que éstos diriman un conflicto, por lo que se deduce que la acción encuentra su base en el derecho de petición²⁸⁵. Históricamente, es probable que el derecho de acción sea una consecuencia o una subespecie del derecho de petición²⁸⁶; no obstante, en la actualidad se les considera como dos derechos autónomos y separados. Para ejercitar el derecho de acción es necesario ser titular de derechos o intereses legítimos, mientras que para hacer uso del derecho de petición se requiere lo contrario; esto es, no ser titular de derechos o intereses legítimos.

En cualquier caso, si se da por buena la teoría que liga la acción con la petición, no debemos olvidar que en la actualidad el régimen constitucional y legal de ambas instituciones jurídicas es sustancialmente distinto, así como distinta es también su naturaleza y modo de ejercicio.

La diferencia esencial radica en lo siguiente: se utiliza la acción cuando se considera que el ordenamiento jurídico respalda la pretensión que se persigue; en cambio, se utiliza la petición cuando se sabe que la pretensión perseguida carece de apoyo suficiente en el ordenamiento positivo, aunque a la vez se considere que tal pretensión es justa o razonable. Por lo demás, la acción se ejercita siempre ante un órgano jurisdiccional, mientras que la petición va dirigida a cualquier órgano investido de autoridad política.

B. EL DERECHO DE PETICIÓN Y EL RECURSO ADMINISTRATIVO

No cabe la confusión entre el derecho de petición y el recurso administrativo, ya que el recurso lo que busca es anular o reformar los actos administrativos, mientras que las peticiones lo que pretenden son provocarlos o producirlos.²⁸⁷

²⁸⁵ *Estudios de derecho procesal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 88, 89, 90 y 95.

²⁸⁶ García Cuadrado, "El derecho de petición", *Revista de Derecho Político*, Madrid, número 32, 1991, p. 149.

²⁸⁷ Respecto a la posible afinidad entre el derecho de petición y el recurso administrativo, Alfonso Nava Negrete comenta:

C. LA DIFERENCIA ENTRE PETICIÓN Y DENUNCIA

Aquí tampoco cabe la confusión, ya que las denuncias administrativas o penales sólo pretenden poner en conocimiento de las autoridades judiciales o administrativas unos hechos, los cuales pueden constituir delito, faltas o infracciones administrativas con objeto de que las referidas autoridades puedan iniciar un procedimiento penal o incoar un expediente sancionador.

4. OBLIGACIONES DE LAS AUTORIDADES EN EL DERECHO DE PETICIÓN

El ejercicio del derecho de petición por parte del ciudadano entraña ciertas obligaciones positivas para la autoridad a quien se dirige la petición; entre estas

"No es un simil jurídico sino un mal sustituto del recurso administrativo no es el derecho de petición consagrado en el artículo 8º de nuestra Constitución. Antes y después de establecido el recurso administrativo en las leyes, los particulares lo emplean para inconformarse contra actos de la autoridad administrativa que juzgan violatorios de sus derechos. Quienes acogidos a la idea de que el artículo constitucional los faculta para recurrir y obtener resoluciones a su queja de parte de la Administración, dejan transcurrir el término para hacer valer la inconformidad administrativa o para promover el juicio, según corresponda, sin que logren con aquel su propósito. En efecto la autoridad administrativa que conoce del derecho de petición no queda obligada a realizar un nuevo examen de fondo del acto reclamado ni a resolver sobre la cuestión planteada, su deber está en admitir la promoción y acordar sobre ella y nada más", *Derecho procesal Administrativo*, México, Porrúa, 1959, pp. 100 y 101. Referente al mismo tema el español Jesús González Pérez señala: "El recurso administrativo no es un derecho, como a veces se ha dicho. Es indudable que existe un derecho subjetivo del particular de solicitar la anulación o reforma de un acto administrativo. Este derecho subjetivo, de carácter público, es una concreta manifestación del derecho de petición que se reconoce en casi todas las constituciones y, por supuesto, en el derecho español. Una S. de 20 de octubre de 1965 (ponente: Bermúdez Acero) se refiere al "derecho a la acción, que en modo alguno supone el reconocimiento de un derecho material a favor del actor, sino la aceptación de su derecho al juicio o proceso". Pero el recurso es un acto, una declaración de voluntad". *Los recursos administrativos*, 2ª edición, Madrid, 1969, p. 35.

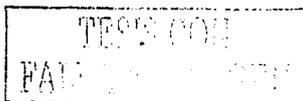
"El recurso administrativo sea una consecuencia de las prerrogativas de la Administración en el régimen administrativo, concretamente del privilegio que se conoce con el nombre de decisión ejecutiva. Pues si la Administración puede, por sí, sin acudir a los Tribunales dirimir los conflictos que surjan con las personas que con ella se relacionan, en ejercicio de esta prerrogativa decide los recursos que se deduzcan contra sus actos" *Ibidem*, pp. 35 y 36.

"De aquí la diferencia esencial respecto de otros tipos de peticiones deducidas ante la Administración que no presuponen un acto administrativo objeto de impugnación, como las que el artículo 39, LRJ, denomina "instancias" y las "peticiones graciosas" y las reclamaciones contra resoluciones provisionales a que se refiere el artículo 21, LPA.

Precisamente por no existir un acto administrativo que impugnar no es un recurso la queja, que se regula en el artículo 77, LPA. También la doctrina del Consejo de Estado ha negado la naturaleza del recurso. Así, en Dictamen de 10 de noviembre de 1960, dictado en expediente núm. 26.252" *Idem*.

"El diferente específico del recurso administrativo respecto de otras peticiones que se deducen ante la Administración en su contenido: el recurso consiste en una impugnación. Mediante el mismo se impugna un acto anterior, dando lugar a un nuevo procedimiento de naturaleza administrativa, en el que la Administración examina de nuevo un acto dictado por ella, a fin de pronunciarse sobre su nulidad, anulación o reforma." *Ibidem*, pp. 36 y 37.

En suma el recurso administrativo tiene como base la impugnación de un acto administrativo, con la finalidad de poder lograr una revisión de los propios actos de la administración. En conclusión, resulta evidente que el derecho de petición jamás se podrá equiparar a las consecuencias del recurso administrativo, las cuales son: revocación, anulación, modificación, del acto por mandato de la autoridad, acaso, por gracia de ésta.



obligaciones se destacan: la de recibir la petición, de admitir las peticiones, la tramitación; esto es, la realización del correspondiente examen de la pretensión, y así mismo, la obligación de resolver la petición en plazo razonado, motivándola y comunicando la resolución al peticionario. Dichas obligaciones son las que analizaremos a continuación.

A. EL EXAMEN MATERIAL DE LA PETICIÓN

Este derecho lleva consigo determinadas exigencias positivas, por lo que las autoridades están en la obligación de tomar en consideración la petición y, por ende, realizar el correspondiente examen sobre ésta, para una vez realizado darle a las peticiones el curso que proceda²⁸⁸.

B. LA OBLIGACIÓN DE RESOLVER LAS PETICIONES

Este punto es de trascendental importancia, ya que dispone la obligación de resolver las peticiones por parte de los poderes públicos. Y sobre esta cuestión en particular dan cuenta diversos textos, ya sean nacionales o extranjeros, como es el caso del artículo 24 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que dispone: "Toda persona tiene derecho de presentar peticiones

²⁸⁸ El español Bartomeu Colom Pastor, *El derecho de petición*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 76, al hacer un estudio de la Ley del Derecho de Petición, destaca lo siguiente: "Si bien en la LDP y con carácter general no se prevé una fase en la que se realice un examen material de las peticiones, ello se deduce de un análisis más sosegado del articulado. De esta manera, "si la petición se estimase fundada, se adoptarán las medidas oportunas" (art. 11.1). Las peticiones dirigidas a las Cortes (...) serán sometidas por el Presidente de la Comisión Permanente, que decidirá acerca de su pertinencia" (art. 13.1), las peticiones dirigidas al Gobierno o a sus Comisiones Delegadas se someterán "a la deliberación del Consejo o de la Comisión correspondiente" (art. 14); las peticiones dirigidas a los Ministros, "se resolverán por los mismos previos los asesoramientos que estimen oportunos" (art. 15). Cuando las peticiones se dirijan a los Gobernadores generales, Gobernadores civiles, Subgobernadores, Delegados gubernativos, Representaciones Consulares, Diputaciones Provinciales, Mancomunidades Interinsulares, Cabildos Insulares, Ayuntamientos y sus Presidentes, "serán informadas por el Secretario general o Secretario respectivos, sin perjuicios de otros asesoramientos, que según las circunstancias se consideren procedentes" (art. 16.2).

Este examen igualmente se deduce de la dicción del Art. 7 de la LDP referido a peticiones a organismos no competentes:

"1. Cuando se reciba una petición que deba ser objeto de determinado procedimiento administrativo o judicial, se comunicará así al peticionario, con expresa indicación del Órgano ante el que deba interponerse.

2. Si la autoridad ante la que se deduzca una petición se estimase incompetente para resolverla, la remitirá a la que considere competente y comunicará el hecho al peticionario."

Por lo tanto, al llevar a cabo la verificación el órgano encargado, éste determinará si es competente para resolver dicha petición, por lo que ello implica la realización de un examen a dicha petición en el que la autoridad podrá ver si reúne los requisitos formales de toda petición.

respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución."

Esta obligación también se encuentra contemplada por la Constitución de Venezuela, en su artículo 67, que expone lo siguiente: "Todos tienen el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier entidad o funcionario público, sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos, y a obtener respuesta oportuna."

En tanto que en el caso de México, esto lo podemos ver en el artículo 8º de la Constitución, al señalar:

Los funcionarios y empleados públicos respetaran el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República. A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene la obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario.

Lo que garantiza este precepto constitucional es el derecho del ciudadano a recibir respuesta por parte de la autoridad a la que se le dirigió la petición.

Sobre el particular, la Suprema Corte de Justicia ha establecido la obligación de resolver las peticiones de la siguiente forma:

Las garantías que otorga el artículo 8º constitucional, no consisten en que se tramiten las peticiones sin las formalidades establecidas por la ley, sino en que a toda petición hecha por escrito, esté bien o mal formulada, debe recaer un acuerdo, también por escrito, de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer, en breve término, al peticionario. Si a una petición hecha por escrito, le falta algún requisito legal, no puede, por esa causa, rehusarse a recibirla la autoridad, ni negarse a acordarla; pues para no violar el derecho de petición, debe recibir y acordar, desde luego, ese escrito, aunque sea negando lo que se pida, o

aplazando el acuerdo para cuando se cumpla con los requisitos exigidos por la ley²⁸⁹.

C. LA RESOLUCIÓN DEBE ESTAR MOTIVADA²⁹⁰ Y PRODUCIRSE EN PLAZO RAZONABLE

Otra cuestión que es preciso plantear es la de si la resolución debe ser motivada. En mi opinión, sí debe ser motivada, tal como lo señala el artículo 8º de la Constitución en su segundo párrafo, que señala: "A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene la obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario."

Sobre el particular, la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado de la siguiente manera:

Las garantías que otorga el artículo 8º constitucional tienden a asegurar un proveído sobre lo que se pide, y aunque las peticiones no deben tramitarse sin el estudio correspondiente, si ha transcurrido un término razonable sin que se hubiera acordado y comunicado el resultado del acuerdo recaído al peticionario, debe concederse el amparo que por este motivo se solicite para el efecto de que sea contestada la solicitud²⁹¹.

Por su parte, en España, la Ley del Defensor del Pueblo en su artículo 17.1 señala que cuando éste rechace las quejas "lo hará en escrito motivado."

Respecto al plazo de resolución de la petición, la Constitución señala que debe ser en "breve término"; no obstante la norma fundamental no hace referencia a lo que se deba entender por "breve término".

²⁸⁹ Semanario Judicial de la Federación, quinta época, t. XV, pp. 102 - 103.

²⁹⁰ Así, Bartomeu Colom Pastor, *ibidem*, p. 84, señala: "Y teniendo en cuenta que, como ya hemos señalado, desde la perspectiva de la Administración las peticiones dirigidas a la misma en el ejercicio del derecho de petición dan lugar a actos discrecionales o actos políticos y que los actos políticos son, en cierto modo, un tipo de actividad discrecional, resulta que las resoluciones deben ser motivadas."

²⁹¹ Semanario Judicial de la Federación, quinta época, T. LXVII, p. 379.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en este tema se ha pronunciado de la siguiente manera:

Término para que la autoridad emita y dé a conocer al peticionario el acuerdo respectivo.

El término con el que cuentan los funcionarios y empleados públicos para dar contestación a alguna petición de un particular conforme a lo dispuesto por el artículo 8º constitucional, debe entenderse como aquel en el que razonablemente puede estudiarse una petición y acordarse, por lo que resulta inexacto que los funcionarios y empleados cuenten con un término de cuatro meses para dar contestación a dicha petición²⁹².

De manera que la Corte considera que el término se ve en razón de la petición.

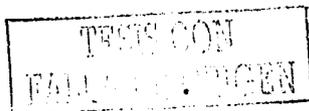
En el amparo en revisión 1393/58, la Corte ha señalado que al pasar más de cuatro meses sin que se dé respuesta a un recurso, se violaba la garantía establecida en el artículo 8º constitucional; no obstante, en jurisprudencia posterior señaló que no significaba que debía pasar ese lapso para que se considerara violado tal artículo. Esto es evidente, ya que en el caso particular en el que habían pasado más de cuatro meses sin que se diera respuesta a la petición, se consideraba la violación al artículo 8º de la Constitución, esto por no dar respuesta en breve término; sin embargo, de aquí no es posible desprender que por breve término se entiendan cuatro meses.

La Corte Suprema, en una interesante jurisprudencia de la quinta época, dispone:

Las garantías que otorga el artículo 8º constitucional, tienden a asegurar un proveído sobre lo que se pide, y aunque las peticiones no deben tramitarse

²⁹² Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, Amparo en revisión 119/90, Elías Jorge Cruz Garfías, 7 de junio de 1990, unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretario: Cuauhtémoc González Álvarez.

Semanario Judicial de la Federación, octava época, T. XII, enero de 1991, p. 263.



sin el estudio correspondiente, si ha transcurrido un término razonable sin que se hubiera acordado y comunicado el resultado del acuerdo recaído al peticionario, debe concederse el amparo que por este motivo se solicite para el efecto de que sea contestada la solicitud²⁹³.

5. EL CONTENIDO DEL DERECHO DE PETICIÓN

El derecho de petición contiene la autorización para que el particular se dirija a los poderes públicos solicitando gracia, reparación de agravios o adopción de medidas que satisfagan el interés del peticionario o los intereses generales. En realidad, este derecho no se ejercita respecto a otros ciudadanos, ni de manera difusa a la colectividad, por lo que toda petición destinada a los poderes públicos implica una contestación, aunque a veces no recaiga, y mucho menos no se de en sentido afirmativo.

Como lo ha señalado la doctrina, este derecho se extingue con la pretensión del peticionario; sin embargo, esto no significa que la respuesta de la autoridad sea concediendo lo pedido en la petición. Sobre este particular, el jurista español Bartomeu Colom Pastor explica: "Ello significa que el ciudadano en principio no tiene derecho al logro de lo pedido y sólo tiene derecho a los aspectos procedimentales del derecho de petición, esto es, a una resolución fundada, dictada siguiendo un procedimiento. Estos elementos reglados pueden ser controlados por los tribunales, que pueden anular las decisiones adoptadas por los poderes públicos contestando a una petición si se infringen estos límites."²⁹⁴

De igual forma, el jurista mexicano Ignacio Bugoa señala: "Dicho acuerdo no es sino el parecer que emite el órgano estatal sobre la petición formulada, sin que ello implique que necesariamente deba resolver de conformidad con los términos de la solicitud."²⁹⁵

²⁹³ Semanario Judicial de la Federación, quinta época, T. LXVII, P. 379.

²⁹⁴ *Ibidem.*, p. 86.

²⁹⁵ Bugoa O, Ignacio, *Las garantías individuales*, 34ª ed., México, Porrúa, 2002. p. 377.

Esta opinión ha sido corroborada por la Suprema Corte, la cual señala: "Lo que garantiza el artículo 8º constitucional, es que a la solicitud recaiga el acuerdo respectivo, pero dicho artículo no garantiza un acuerdo o resolución favorable."²⁹⁶

De tal forma que, una autoridad cumple con la obligación que el precepto constitucional le señala, al dictar un acuerdo, por escrito, respecto de la solicitud encomendada, independientemente del sentido en que esté concebida.

Sin embargo, no debemos olvidar que vivimos en un régimen de derecho; por lo tanto, toda resolución debe pronunciarse conforme a derecho; de manera que si la petición está debidamente fundada, debe ser obsequiada en cuanto a su contenido. No obstante, en caso de que el acuerdo que recaiga a una petición no esté fundado en derecho, la autoridad que lo dicta no viola de manera alguna el derecho de petición, ya que el precepto constitucional que consagra este derecho no obliga a la autoridad a que funde legalmente su resolución, ya que lo único que le exige es una resolución, de manera que en este caso el agraviado conserva su derecho de impugnar según corresponda.

Sobre el particular la Corte ha dispuesto que: "La garantía que otorga el artículo 8º constitucional no consiste en que las peticiones se tramiten y resuelvan sin las formalidades y requisitos que establecen las leyes relativas; pero sí impone a las autoridades la obligación de dictar a toda petición hecha por escrito, esté bien o mal formulada, un acuerdo también por escrito, que deba hacerse saber en breve término al peticionario."²⁹⁷

De la tesis de jurisprudencia antes citada se desprende que aun cuando toda autoridad estatal, dentro de un Estado de derecho, debe observar el principio de legalidad, la violación de este precepto al pronunciar un acuerdo por escrito no entraña la contravención al citado precepto constitucional, ya que éste sólo impone como obligación el dictado de dicho acuerdo, sin importar el sentido en que se dicte.

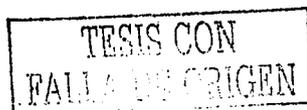
²⁹⁶ *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. XIV, p. 229.

²⁹⁷ Quinta época:

T. CXIV, p. 136, Murillo Gil Óscar y coagraviados.

T. CXIV, p. 498, Penagos de Coss Carlos y coagraviados.

T. CXIV, p. 965, Ramírez Vda. De Castañeda María de Jesús.



Por último, el derecho de petición desde el punto de vista material u objetivo, es decir, atendiendo al contenido de las peticiones, es claro que debe versar sobre algo a lo que no se tiene derecho, pues en caso contrario no se pediría sino que se exigiría por los procedimientos administrativos y jurisdiccionales correspondiente.

En pocas palabras el derecho de petición debe versar sobre actuaciones discrecionales del ámbito competencial del sujeto pasivo, y por consiguiente no puede pedirse algo ilegal.

Por lo tanto, ¿cuál es el contenido esencial del derecho de petición? En su sentido genuino podemos señalar que consiste en el derecho de toda persona a ser escuchado por quienes ejercen el poder público. En suma, presenta, pues, un doble aspecto: activo y pasivo. El elemento activo lo constituye el acto por el cual cualquier individuo o colectividad se dirige a una autoridad pública para tratar de convencerle de que otorgue algo o actúe de un modo u otro; el elemento pasivo es el acto del gobernante de escuchar la petición que se le hace, la valora conforme a derecho y justicia, otorgándole o denegándole, según sea la apreciación.

6. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE PETICIÓN

Uno de los temas que más han sido objeto de polémica a lo largo de la historia de esta figura, es sin duda el de su naturaleza jurídica. Son diversas las posturas sobre la naturaleza jurídica de este derecho. En efecto, para algunos autores su postura es negar el derecho de petición como una categoría de derecho subjetivo²⁹⁸; no obstante, la doctrina dominante es la que considera al derecho de petición como un verdadero derecho subjetivo²⁹⁹; para otros importantes autores

²⁹⁸ Entre estos podemos señalar el caso de Bornhak, Kollersberg, Giese y Seydel en la doctrina alemana.

²⁹⁹ En esta postura se puede destacar el jurista mexicano Burgoa al comentar: "La potestad jurídica de petición, cuyo titular es el gobernado en general, es decir, toda persona moral o física que tenga este carácter, se deriva como derecho subjetivo público individual de la garantía respectiva consagrada en el artículo 8º de la Ley Fundamental. En tal virtud, la persona tiene la facultad de ocurrir a cualquier autoridad, formulando una solicitud o instancia escritas de cualquier índole, la cual adopta, específicamente, el carácter de simple petición administrativa, acción, recurso, etc. El Estado y sus autoridades (funcionarios y empleados), en virtud de la relación jurídica consignada en el artículo 8º constitucional, tiene como obligación, ya no un deber de carácter negativo o abstención como en las anteriores garantías individuales, sino la ejecución o cumplimiento positivo de un hacer, consistente en dictar un acuerdo escrito a la solicitud que el gobernado les eleve" *op. cit.*, p. 377.

estamos ante la presencia de un derecho político³⁰⁰. Ante la complejidad de un encuadramiento total en alguna de las categorías de los derechos públicos subjetivos podemos considerar a este derecho como un instituto sui generis de derecho público. No faltan además autores que lo contemplan como una garantía

No ignorando las duras críticas que este concepto ha recibido por algunos autores que consideran al derecho subjetivo una categoría ya agotada e inútil como instrumento de análisis jurídico de los derechos fundamentales. Así, A. E. Pérez Luño ha señalado: "La figura del derecho público subjetivo es una categoría histórica adaptada al funcionamiento de un determinado tipo de Estado, el liberal, y a unas condiciones materiales que han sido superadas por el desarrollo económico - social de nuestro tiempo. De ahí que la pretensión de proyectar esa categoría a los supuestos actuales implique una distorsión". Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho, y Constitución*, 6a. ed, Madrid, Tecnos, 1999, p. 34. No obstante y de manera particular en el derecho de petición considero que esta categoría no es del todo inútil.

³⁰⁰ En esta postura se destaca Biscaretti di Ruffia, *Derecho constitucional*, traducción por Pablo Lucas Verdú, además León Duguil, *Manual de derecho constitucional*, 2a. ed, Traducción: José G. Acuña, Madrid, Francisco Beltrán, 1921, p. 244 a 246. y Nicolás Pérez Serrano, *Tratado de derecho político*, 2a. de, Madrid, Civitas, 1984, p. 670 - 671. 3ª edición, Madrid, Tecnos, 1987, p. 749; Carl Schmitt, *Teoría de la constitución*, traducción de Francisco de Ayala, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 174, "Los derechos ciudadanos democráticos no presuponen al hombre individual libre en el estado extraestatal de "libertad", sino al ciudadano que vive en el Estado, *al cívico*. Tienen por eso un carácter esencialmente político. Hay que distinguirlos de los derechos individuales fundamentales, como derechos de *status* político o como derechos populares. El contraste más importante estriba en que no pueden ser ilimitados en principio, no pueden ser "libertades", y por ello no corresponden al principio de distribución de los auténticos derechos fundamentales. Se mueven dentro del Estado, y afectan sólo a una cierta medida de la participación en la vida del Estado. Están informados por el pensamiento democrático de la igualdad, y deben recaer sobre todos los ciudadanos en la misma medida. Naturalmente, no son para extranjeros, porque entonces cesaría la unidad y comunidad política y desaparecería el supuesto esencial de la existencia política, la posibilidad de distinción entre amigos y enemigos." A este tipo de derecho democrático pertenece el derecho de petición.

Los derechos que integran este grupo no se refieren a actos de la vida privada, sino que implican cierta participación en el manejo de la cosa pública, ya porque directamente facultan para dirigir ésta, ya porque sirvan, al menos, para orientarla e influir en su marcha. No corresponden, por tanto, al hombre, sino al ciudadano, y en todo caso no reconocen al extranjero, sino únicamente al nacional. En su virtud, no se trata de derechos anteriores y superiores al Estado, aun suponiendo que tales derechos puedan verdaderamente existir: son una consecuencia de la Sociedad política, significan instrumento para su actuación y forman en algún sentido el *status civitatis* de la clasificación de Jellinek, con mayor motivo ha de entenderse, por tanto, que no otorgan a los titulares medios de lucha contra el Estado, sino elementos para su desarrollo y eficacia, aunque a veces un partidismo estrecho y morboso induzca a utilizar en daño de la institución lo que sólo nació y se justifica como palanca destinada a su mejor servicio. Por su carácter eminentemente público, por su adscripción a finalidades de tipo colectivo, estos derechos son los que mejor califican al *status* personal, atribuyendo o negando la condición de elector, de funcionario, etcétera, investiduras en cierto modo, que marcan la órbita de facultades del sujeto, pero condicionando su ejercicio a la idea del bien general de la comunidad, que es su verdadero motor.

Varía relativamente su número de uno a otro País, cambia, asimismo, la importancia que revisten según las épocas (recuérdese la merma de prestigio sufrida por el derecho de petición), e incluso puede ocurrir que ascienda a la categoría política un derecho que antes venía incluido preferentemente en la esfera de lo civil. De ahí que surjan discrepancias en punto a la determinación de si un derecho debe o no incorporarse a esta categoría. Desde luego, no existe duda con respecto a alguno de ellos; nadie discute que el sufragio parlamentario, por ejemplo, en sus aspectos activo y pasivo, o el clásico *ius honorum* en su más amplia acepción, como derecho a ocupar cargos públicos, entran el grupo de las libertades políticas. Ya el derecho de petición suscita dificultades; y otro tanto acontece con los de reunión y de emisión del pensamiento; pero si se tiene que el verdadero centro de gravedad de tales derechos cae en el terreno de lo político, por tanto que orientan la gobernación del País, promueven campañas para una reforma legislativa o para una sustitución de Gabinete, producen opinión pública, y no sirven a fines personales o privados, se comprenderá que su auténtico emplazamiento está en el grupo que estudiamos. Es decir, que la reunión privada, la petición individual y la gracia o la publicación del libro científico no son lo característico de estos derechos; y que, en cambio, las reuniones públicas, las peticiones colectivas y generales, y las campañas de prensa periódica son lo típico de esos derechos o libertades, y su ámbito indudable es el de la cosa pública. Pérez serrano, Nicolás, op. cit., 653 y 654.



de los demás derechos³⁰¹. En la doctrina española se considera como un derecho público subjetivo, al estimar que las peticiones se dirigen a los poderes públicos, por lo que algunos autores apuestan por su contenido de tipo político³⁰² y, algunos otros lo señalan como un derecho de participación administrativa³⁰³.

Inclusive hay quien le confiere a este derecho una doble naturaleza, como es el caso de N. Pérez Serrano, el cual lo describe de la siguiente manera:

El derecho de petición comprende dos cosas distintas: el requerimiento individual, para fines personales, acaso egoístas, (ya sea solicitando beneficio, ya reclamando reparación), y la demanda que se plantea con vistas a intereses generales, de que se hace portavoz la parte peticionaria. Sin dificultad se comprende que lo primero es perfectamente inocuo, con tanta mayor razón cuanto que a nadie compromete; por eso se concibe que puedan ejercitarlo nacionales y extranjeros, hombres y mujeres, adultos y menores de edad, y aun los mismos incapaces; en ese ámbito modesto no hay inconveniente en respaldar la tesis de Laband, que lo consideraba derecho tan natural y tan vacío como el derecho de escribir cartas o el de entonar canciones. En cambio, cuando se pide a nombre y en aras de un interés general, que es cuando adquiere verdadera significación este derecho, su carácter político resulta indudable; y de acuerdo con la tesis que sostuvo La Chapelle en la Asamblea constituyente francesa, y en contra de la impugnación victoriosa de Robespierre, sólo corresponde su ejercicio a los ciudadanos, como reconocen, ad exemplum, las Constituciones alemana, portuguesa y española.³⁰⁴

En mi opinión, ésta distinción no era necesaria en los inicios del derecho de petición, ya que allí los individuos se dirigían al rey demandando justicia de

³⁰¹ Así Jenillek, Georg, *Teoría general del Estado*, traducción y prólogo por Fernando de los Ríos, Buenos Aires, Editorial Maipú, 1978, pp. 593 a 595.

³⁰² Peces – Barba, Gregorio, *La Constitución española de 1978, un estudio de derecho y política*, Valencia, Fernando Torres – Editor, S.A., 1981, pp. 40 y 41.

³⁰³ Para García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo*, vol. II, op. cit., pp. 85, 86, 87, 93 y 94, El derecho de petición viene a ser una modalidad de participación funcional del administrado en las funciones administrativas.

³⁰⁴ Pérez Serrano, N., *Tratado de derecho político*, 2ª ed., Madrid, 1984, p. 670.

conformidad con lo que en la Edad Media se consideraba un deber de los monarcas. Atender las peticiones, y otorgarlas cuando se consideren justas, no implicando con esto que tendrían que separarse las peticiones colectivas de las individuales³⁰⁵.

En los tiempos actuales, cuando el derecho de petición ha variado sustancialmente, resulta innegable que no pueden tener la misma clasificación jurídica ambas formas de ejercer el derecho de petición, no obstante, en la práctica, no es fácil señalar a cuál de ambas categorías pertenece cada petición en particular. Por ejemplo, una petición individual al Parlamento en la que se solicite un subsidio por alguien que carece del derecho a exigirla, no participa únicamente de la naturaleza de la petición individual, ya que normalmente implicaría una modificación al ordenamiento jurídico, que afectará a categorías más o menos numerosas.

No obstante lo anterior, se hace necesario establecer la distinción señalada y analizar las consecuencias jurídicas a que esta distinción nos conduce. Por lo pronto, lo que podemos señalar es que el derecho de petición entraña un derecho público subjetivo. Bien, atendiendo a la célebre clasificación de Jellinek ¿a qué categoría pertenece?

En un primer momento, el derecho de petición se consagra como una libertad³⁰⁶, en los primeros textos constitucionales, como la garantía de que nadie

³⁰⁵ Ni en Francia, Inglaterra o España, la aparición de asambleas estamentales terminó con las otras vías de presentar peticiones colectivas al rey.

³⁰⁶ Los primeros textos constitucionales que reconocieron el derecho de petición, lo consagraban como una libertad, como la garantía de que nadie podría ser procesado por las peticiones que elevara al rey o a las otras autoridades públicas. Es decir quedaba el derecho de petición configurado como un derecho público subjetivo derivado del *status libertatis* o negativo del individuo y por tanto pertenecía al ámbito de libertad de la persona donde las limitaciones impuestas por el Estado no pueden entrar. Considerado desde tal punto de vista, este derecho no sería otra cosa que una derivación o concreción del más genérico derecho a la libertad de opinión y expresión de ideas y pensamientos, en consecuencia derivaría directamente del estatuto ontológico de la persona humana: el derecho de petición no podía ser sólo limitado a los nacionales, en demérito de los extranjeros; tampoco podría excluirse a los menores de edad ni a los incapacitados, ni tampoco a quienes estén suspendidos en el ejercicio de sus derechos políticos. En cambio, cuando el derecho de petición versa sobre materias de interés público, se trataría no de una libertad, sino de un derecho derivado del *status activus civitatis*, y concretamente, sería una manifestación del derecho de los ciudadanos a la participación política. En tal caso sólo cabría su ejercicio por los ciudadanos activos y estarían excluidos de él los extranjeros y las otras categorías de personas antes señaladas.

Por otra parte Jellinek, califica al derecho de petición como un derecho de naturaleza mixta: participa a un tiempo del carácter de libertad negativa y de la modalidad del derecho de participación política. De esta forma no habría inconveniente en permitir al extranjero ejercer este derecho - en su faceta de libertad de opinión - y además no habría necesidad de reconocer obligación positiva alguna del Estado frente a las peticiones de los ciudadanos: bastaría con no perseguir indebidamente a los peticionarios. *Teoría general del Estado*,



podría ser procesado por las peticiones que se elevaran al rey o a las otras autoridades públicas³⁰⁷. Es decir, el derecho de petición quedaba configurado como un derecho público subjetivo como consecuencia de que éste se derivaba del *status libertatis* o negativo del sujeto, y por tanto, al ámbito de libertad de la persona en donde las limitantes impuestas por el Estado no pueden entrar. Considerado desde tal óptica, este derecho no sería otra cosa que una derivación del derecho a la libertad de opinión, expresión de ideas y pensamiento, por lo que derivaría del *status ontológico* de la persona humana, de manera que el derecho de petición no podría limitarse sólo a los nacionales, dejando fuera a los extranjeros; además tampoco podría excluirse a los menores de edad ni a los incapacitados, ni a los sujetos privados de sus derechos políticos.

En cambio, cuando el derecho de petición se limita a materias de interés público, estaríamos en presencia, no de una libertad, sino de un derecho, el cual deriva del *status civil* de la persona, por lo que este derecho quedaría configurado a la participación política de los ciudadanos. Lo cual supone la limitación de este derecho sólo a los nacionales, lo que excluye a los extranjeros y a las otras categorías de personas antes destacadas³⁰⁸.

traducción: Fernando de los Ríos de la 2ª edición alemana, Buenos Aires, 1970, p. 595.

³⁰⁷ Cfr. Artículo 5 del *Bill of Rights* de 1689, primera enmienda de la Constitución de Estados Unidos, de 1787.

³⁰⁸ Esta cuestión de la doble naturaleza del derecho de petición se había ya planteado en la Asamblea Constituyente Francesa que elaboró la Constitución de 1791. El diputado La Chapelle (o Chappelier) defendió, en contra de Robespierre, la restricción del derecho de petición a los ciudadanos, excluyendo de forma expresa a los extranjeros. Argumentando de la siguiente forma su propuesta: "El derecho de petición es el que tiene el ciudadano activo de expresar sus opiniones al Legislativo, al Rey o a los administradores públicos sobre asuntos de administración o de organización (...). El derecho de petición, esta especie de iniciativa del ciudadano en los asuntos generales del gobierno, ¿puede pertenecer a otros que a los miembros del cuerpo social?", y por eso, según él, debía distinguirse el derecho de petición del derecho de queja", considerando a éste como "el derecho de recurrir que tiene todo hombre que ve lesionado sus intereses particulares", y por consiguiente, "la queja es derecho que a todos los hombres corresponde: no hay necesidad para recibir y para resolver la queja de tomar en consideración la existencia política del que la presenta; la petición, en cambio, es derecho exclusivo del ciudadano". García Escudero, J. M., *op. cit.*, p. 255. El artículo 29 de la Constitución española sólo reconoce el derecho de petición a los españoles, además, la Ley de Derecho de Petición española en su artículo 3º señala claramente que este derecho sólo se admite a los españoles. Sin embargo, esto no es definitivo, ya que esto no significa que éste vaya a ser el planteamiento del futuro, ya que la Constitución, en su Art. 13.1, establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas garantizadas en el título I de la Constitución "en los términos que establezcan los tratados y la ley", reservando sólo a los españoles, en el Art. 13.2, los derechos reconocidos en el Art. 23 con las excepciones del derecho del sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales que en el mismo se indican. Ello significa que si bien en la actualidad los extranjeros no pueden hacer uso de este derecho acaso puedan hacerlo en un futuro si se establece en un tratado o ley orgánica que en un futuro regule con tal carácter el derecho de petición. Esto es lo que señala el Art. 50.1 de la Ley General Penitenciaria respecto de los internos y, por ello, a los reclusos extranjeros, al posibilitar que formulen peticiones y quejas, aunque con una lógica limitada de manera material para los extranjeros internos consecuencia de la materia que regula la Ley Penitenciaria, ya que sólo pueden formular las relativas a su tratamiento a al régimen del establecimiento. En la historia del

Dado los inconvenientes que conlleva optar por una sola de estas naturalezas, es pertinente adoptar una postura intermedia, señalada ya por el propio Jellinek³⁰⁹. Lo que supondría clasificar al derecho de petición como un derecho de categoría mixta, el cual participa al mismo tiempo del carácter de libertad negativa y de modalidad del derecho de participación política³¹⁰. De tal forma que de esta manera no se tendría inconveniente de respetarle este derecho a los extranjeros – en su faceta de libertad de opinión – y al mismo tiempo no se tendría la necesidad de reconocer obligación positiva a cargo del Estado frente a las peticiones de los ciudadanos, ya que sería suficiente con no perseguir a los peticionarios indebidamente.

En última instancia, las legislaciones que reconocen el derecho de petición únicamente a sus nacionales es porque consideran a este como un tipo de participación política del ciudadano, como una modalidad del derecho a la participación; esto, acaso, porque se da por entendido el derecho a no ser perseguido por las peticiones realizadas a los poderes públicos como una simple concreción de la libertad de opinión³¹¹.

constitucionalismo español y mexicano, se tiene por regla general que los titulares de este derecho sean los españoles o ciudadanos. En el derecho español, específicamente en la época que tuvo vigencia el Estatuto Real, los ciudadanos no podían presentar peticiones al rey, ni los procuradores o próceres a nombre de éstos. Ahora bien, en el Tratado de la Comunidad Europea, si bien en un principio se lega la titularidad de este derecho a la ciudadanía, al disponer en su artículo 8 b que:

"1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro.

2. Los ciudadanos de la Unión serán titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en el presente Tratado."

No obstante, el párrafo primero del artículo 8 d, dispone que: "todo ciudadano de la Unión tendrá el derecho de petición ante el Parlamento Europeo, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 138 d, que señala: " En realidad, esto no es así, ya que en su artículo 138 d, después de reconocer el derecho a presentar peticiones al Parlamento a " cualquier ciudadano de la unión", extiende esta titularidad a "cualquier persona física o jurídica que reside o tenga domicilio social en un Estado miembro"

En la cuestión inherente de la ciudadanía y con la naturaleza del derecho de petición es la referente a si sólo los vecinos o los que guarden la la condición política de ciudadanos de una comunidad respectiva, o cualquier otro ciudadano, incluso extranjero en los términos que aquí se han señalado podrán formular peticiones a cualquier poder público de cualquier nivel o administración. Es un hecho que, dada la doble condición del derecho de petición, la de participación administrativa y política, además de la defensiva o de garantía jurídica, no es aconsejable exigir esta correlación, lo que viene a significar en el caso español, que los extranjeros, si así lo señalan los tratados o la ley, podrán hacer uso del derecho de petición, y por ende, formular peticiones a cualquier poder público del Estado.

³⁰⁹ Jellinek, George. *Teoría general del Estado*. México, FCE, 1980, p. 595.

³¹⁰ Esta postura de la doble naturaleza del derecho de petición la ha defendido el español Gregorio Peces Barba: *La Constitución española de 1978 (un estudio de derecho y política)*, Valencia, 1981, pp. 41 – 43.

³¹¹ Además de negarle el derecho de petición a los extranjeros, también se le negara a las fuerzas armadas, ya que la fuerza armada no es buena peticionaria, porque dispone de poderes de coacción, que no consiente resolución libre; las peticiones colectivas entrañan, asimismo, cierta previsión inevitable, y más aún si tumultuariamente se presentan a una Asamblea deliberante, como tantas veces ocurriera durante la



Una vez contemplada la dificultad de enmarcar al derecho de petición en alguna de las posturas de los clásicos, en mi opinión, este derecho se distingue por su variante de participación, ya que por medio de este derecho el gobernado se involucra más en la cosa pública, al estar facultado para solicitar información pública administrativa, y dicha participación debe ser facilitada por el Estado, ya que sin lugar a dudas estamos ante una de las grandes vías para poder cimentar una sociedad democrática avanzada, objetivo este que debe ser contemplado por todo Estado que se precie de ser moderno.

Una propuesta muy novedosa es la que podemos ver en la doctrina española por parte de Bartomeu Colom Pastor, al considerar a éste derecho de la siguiente manera:

Junto a este supuesto de participación política o administrativa, a mi juicio lo más característico del derecho de petición en el momento actual es su vertiente defensiva o de garantía jurídica para proteger los intereses jurídicos no protegidos en principio por el derecho. Esto significa que los poderes públicos están obligados a estimar las peticiones con derecho y a contestar motivadamente las peticiones formuladas en el ejercicio del derecho de petición y desde esta perspectiva estamos ante una técnica de cierre del Estado social y democrático de Derecho.³¹²

Así, para Bartomeu Colom Pastor, estamos ante la presencia de un derecho de participación, pero también ante un derecho que consagra la libertad de opinión.

Revolución francesa; finalmente, el ejercicio del derecho de petición por funcionarios públicos puede quebrantar normas de disciplina. como quiera que el caso más grave es el de las peticiones dirigidas al Parlamento, suele exigirse que se presenten por un miembro de la Cámara, y en todo caso pasan a estudio de Comisión, y no tienen la trascendencia que en otras épocas, en que servían para plantear debates sobre materias que no podía abordar el Parlamento, por carecer de iniciativa; hoy se acuerda tenerlas en cuenta para los trabajos legislativos, o remitirlas al Gobierno, o archivarlas simplemente. Por lo demás, la forma general, y en ocasiones preceptiva, de ejercitar el derecho de petición es la forma escrita, que concreta mejor los conceptos y evita la presencia personal. Véase, Pérez Serrano, Nicolás, *op. cit.*, 671.

³¹² Bartomeu Colom, Pastor, *op. cit.*, p. 93.

7. PANORAMA ACTUAL DEL DERECHO DE PETICIÓN

En la actualidad, este derecho se encuentra regulado en casi todos los países del mundo³¹³. Su consagración es por lo general constitucional, con alguna excepción, como es el caso de Francia, ya que su Constitución de 1959 carece de tabla de derechos, por lo que se remite en su Preámbulo a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del año 1789, mismo que omite el derecho de petición. No obstante, una ordenanza orgánica del 17 de noviembre de 1958 reconoce y regula el uso de este derecho en Francia.

De manera general, el uso de este derecho se reconoce a todas las personas físicas, pero para las personas morales hay restricciones.

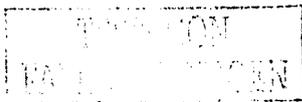
Las peticiones se pueden dirigir a cualquier órgano público, sin que prácticamente existan limitaciones en ninguna parte³¹⁴. Por lo general, las peticiones van dirigidas al Parlamento, al *Ombudsman*, donde existe, o a las administraciones públicas.

Es muy común reducir el número de requisitos exigidos para poder hacer uso de este derecho, pero basta con que éstas sean por escrito, y conste la firma, el nombre y el domicilio del actor. Por lo que parece que se ha impuesto la forma por escrito para poder presentar peticiones.

³¹³ Andrade Sánchez, Eduardo, *Los derechos del pueblo mexicano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1996, pp. 941 - 944, ha recogido la lista de algunos países que contemplan este derecho en su Constitución: "Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, Uruguay, Venezuela, Alemania, España, Italia, Portugal".

Además García Escudero, J. M., *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, dirigido por O. Alzaga, tomo III, Madrid, 1983, p. 248, ha recogido también una lista de los países que contemplan este derecho en su norma fundamental: "Albania, las dos Alemanias, Austria, Bélgica, Bulgaria, Checoslovaquia, Chipre, Dinamarca, Grecia, Holanda, Hungría, Italia, Luxemburgo, Mónaco, Polonia, Portugal, Rumania, Suiza, Turquía, la URSS, Yugoslavia y en el Bill of Rights británico; Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela y en la enmienda primera de la Constitución de los Estados Unidos; Birmania, las dos Coreas, China, Japón, Jordania, Kuwait y Tailandia, en la República Popular del Congo y Egipto. Su consignación es, pues, general en las constituciones europeas y americanas; esporádica en las asiáticas y excepcional en los numerosos Estados Africanos".

³¹⁴ *Ibidem*, p. 265, aunque por razones históricas el *Bill of Right* británico mencione únicamente al monarca.



8. EL DERECHO DE PETICIÓN EN MÉXICO

El actuar del ser humano lleva implícito la admisión de nuestra incapacidad de bastarnos a nosotros mismos, habida cuenta de la necesidad que tenemos de contar con la colaboración y el apoyo de nuestros semejantes, en una permanente relación de servicios jurídicos institucionalizados a través del mecanismo de la obligación y de su respectiva regulación, todo esto mediante un proceso incesante de desarrollo y perfeccionamiento del derecho, con la finalidad de dejar atrás el régimen de vindicta privada que motiva a don Ignacio Burgoa a señalar:

La existencia de este derecho como garantía individual es la consecuencia de una exigencia jurídica y social en un régimen de legalidad. En efecto, sociológica e históricamente el derecho de petición se revela como la exclusión o negación de la llamada vindicta privada, en cuyo régimen a cada cual le era dable hacerse justicia por su propia mano. Cuando se estima que la tolerancia al hecho de cualquiera persona, al sentirse vulnerada en sus derechos, pudiera ella misma, sin la intervención de autoridad alguna, reclamar esa vulneración exigiendo por su cuenta el respeto a su esfera jurídica y el cumplimiento de los compromisos y obligaciones contraídos a su favor, significaba un compromiso de caos y desorden en la vida social, el poder político se investió con la facultad de ser el garante del orden jurídico, manifestado en actos de autoridad, los que, con el auxilio de la fuerza material, en casos necesarios, harían efectivos el imperio del derecho³¹⁵.

Por lo tanto, el régimen de venganza privada fue dejando el paso al Estado de derecho para que éste resolviera los conflictos y contiendas surgidos entre los miembros de una comunidad específica. De manera que el ciudadano que estimaba conculcados sus derechos ya no ejercía represalias directamente contra

³¹⁵ Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, p. 376.

aquel o aquellos a quienes consideraba como autores de tal perjuicio, sino que ocurría a las autoridades, para que por conducto de ellas se resolviera tal conflicto.

Fue de esta forma como el sujeto tuvo la potestad de ocurrir a la autoridad para que ésta, en ejercicio del poder soberano social, obligara al incumplidor a realizar, en beneficio del ocurrente, las prestaciones violadas o a reparar el daño respectivo y purgar la pena que señale la norma, así lo reconoce el propio Burgoa al señalar:

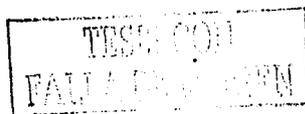
Esa mera potestad de solicitar la actuación autoritaria a poco se convirtió en una terminante prohibición para el ofendido en general, en el sentido de que no debía hacerse justicia por su propia mano; y más tarde en una obligación pública individual (empleando la terminología de Duguit), tal como se contiene en el artículo 17 de nuestra Constitución, con el correlativo derecho de pedir o solicitar la actuación de los órganos del Estado (art. 8 constitucional)³¹⁶.

Por lo tanto, el derecho de pedir, contrario al de venganza privada (empleando las palabras del maestro Burgoa), viene a ser la potestad jurídica del ciudadano de acudir a las autoridades del Estado con el fin de hacerle saber sus peticiones, para que la autoridad intervenga y proceda según corresponda, es conocido hoy en día con el nombre de "derecho de petición".

9. EL DERECHO DE PETICIÓN EN LAS CONSTITUCIONES MEXICANAS

En la Constitución española de Cádiz de 1812 no se dice absolutamente nada acerca del derecho de petición; sin embargo, para Isidro Montiel y Duarte es un hecho que pese a no estar contemplado en la norma escrita, el ciudadano podía dirigirse hacia las autoridades solicitando sus pretensiones. En todo caso, como afirma el citado autor: "es un hecho que a nadie se estorbó ni se pudo estorbar para que formulara sus pretensiones en materias legislativas o administrativas, ya

³¹⁶ *Ibidem.*, p. 376.



tuvieran relación con el interés público de la sociedad, o ya solamente con el privado del individuo.³¹⁷

Por eso debemos tener en cuenta que este fue un rasgo lujoso del despotismo a favor del ciudadano. Desafortunadamente, el hecho de que no se estableciera el derecho de petición en la norma suprema dejaba al ciudadano en una posición de indefensión, ya que éste sólo se atenía a la clemencia de la autoridad para que ésta concediera lo pedido.

El derecho de petición se contempla por primera vez en el artículo 37 del decreto constitucional, sancionado en Apátzingan el 22 de octubre de 1814, el cual establecía lo siguiente: "A ningún ciudadano debe coartarse la libertad de reclamar sus derechos ante los funcionarios de la autoridad pública."

Por su parte el Acta Constitutiva no se ocupó de establecer el derecho de petición, así como tampoco la constitución de 1824; sin embargo, no existe ejemplo de que se haya prohibido tajantemente el ejercicio de este derecho a persona alguna.

Para Montiel y Duarte, una forma de ejercicio de este derecho en esos tiempos se da de la siguiente manera: "Es constante que en asuntos judiciales sólo cabe el derecho del interesado en la forma y acción jurídica³¹⁸, de modo que cuando no es el interés del individuo el que funde la petición, solo tendrá lugar cuando expresamente la ley admita la acción popular.³¹⁹"

Posteriormente, el derecho de petición se vislumbra en el proyecto de reformas de las leyes constitucionales de 1836, mediante voto particular del diputado José Fernando Ramírez, en el cual señalaba:

Todo ciudadano, en mi dictamen, puede dirigir sus proyectos y peticiones en derecho a la secretaria de la Cámara de Diputados, para que esta los pase a la Comisión que establece la segunda parte del artículo 29 de la tercera ley constitucional, que deberá quedar para solo este fin. Todo mexicano tiene derecho de dirigir sus proyectos y peticiones a la secretaria

³¹⁷ Montiel y Duarte, Isidro, Estudio sobre garantías individuales, 4ª. ed., México, Porrúa, 1983, pp. 285 y 286.

³¹⁸ Ver páginas 209 y 210 del presente capítulo.

³¹⁹ Montiel y Duarte, *op. cit.* p. 286.

de la Cámara de Diputados, y ésta luego que lo reciba los pasará a la Comisión de peticiones que como hasta aquí se seguirá nombrando para sólo este objeto, la que consultará a la Cámara si son o no de tomarse en consideración.

Un tercer antecedente del derecho de petición lo encontramos en el artículo 2 del Acta Constitutiva y de Reformas de 1847 el cual señalaba: "Es derecho de los ciudadanos votar en las elecciones populares, ejercer el de petición, reunirse para discutir los negocios públicos y pertenecer a la Guardia Nacional, todo conforme a las leyes³²⁰".

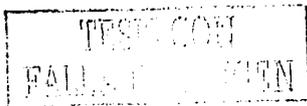
Esta declaración reconoce como antecedente directo e inmediato el "Voto" que en determinado sentido pronunció el ilustre don Mariano Otero, a quien con mucha razón se le reputa como el principal autor de este importante documento constitucional.

El quinto antecedente se encuentra en el artículo veintitrés sección cuarta, titulada "De los ciudadanos", del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856, en el cual se lee lo siguiente: "Son derechos de los ciudadanos: ejercer el de petición, reunirse para discutir los negocios públicos, y ser nombrados para los empleos o cargos públicos de cualquiera clase, todo conforme a las leyes. Solo los ciudadanos tienen facultad de votar en las elecciones populares".

Posteriormente esta disposición se incorporó al artículo 19 del proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 16 de Junio de 1856, y que a la letra señala lo siguiente:

Es inviolable el derecho de petición ejercido por escrito de una manera pacífica y respetuosa; pero en materia política solo pueden ejercerlo los ciudadanos de la República. En toda petición debe recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido: Las que eleven al Congreso federal serán tomadas en consideración según prevenga el reglamento de

³²⁰ Obra del voto particular de Mariano Otero. Este artículo posteriormente fue sancionado por el Congreso extraordinario constituyente de los Estados Unidos Mexicanos el 18 de mayo de 1847.



debates; pero cualquier diputado puede hacer conocer el objeto de ellas, y si fuere de la competencia del congreso, pedir que se pasen a una Comisión o que se discutan desde luego. En todo caso se hará conocer al peticionario.

Es importante señalar que en este artículo se incorporan por vez primera las ideas de que toda petición debe ser por escrito, además de señalar que el derecho de petición sólo pueden ejercerlo los ciudadanos de la República en materia política, mismas ideas que subsisten hasta nuestros días, e inclusive la Suprema Corte ya se ha pronunciado sobre estos tópicos.

Finalmente, el artículo 19 del proyecto de Constitución, se incorpora ya en el artículo octavo de la Constitución Política de la República Mexicana, sancionado en el Congreso General Constituyente del 5 de febrero de 1857, el cual reza: "Es inviolable el derecho de petición ejercido por escrito, de una manera pacífica y respetuosa; pero en materias políticas solo pueden ejercerlo los ciudadanos de la República. A toda petición debe recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, y esta tiene la obligación de hacer conocer el resultado al peticionario".

Al triunfo del imperio sobre la República el derecho de petición subsiste dentro del artículo octavo del estatuto provisional del Imperio Mexicano, dado en palacio de Chapultepec el 10 de abril del 1865, en el cual se señalaba: "Todo mexicano tiene derecho para obtener audiencia del emperador y para presentarle sus peticiones y quejas. Al efecto ocurrirá a su gabinete en la forma dispuesta por el reglamento respectivo".

Como podemos ver, ya en este precepto desaparece la idea de que la petición debe formularse por escrito, pues, ahora las peticiones el ciudadano las manifestaba en audiencia ante el emperador, el cual, tiene la facultad de otorgar o negar lo pedido al ciudadano.

Finalmente, este derecho se consagra en el mensaje y proyecto de Constitución de don Venustiano Carranza, fechados en Querétaro el primero de diciembre de 1916, en el artículo octavo, el cual señala:

Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho repetición, siempre que ésta se formule por escrito, de una manera pacífica y respetuosa; pero en materia política, sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República. A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene la obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario.

10. DEBATE SOBRE EL DERECHO DE PETICIÓN EN EL CONSTITUYENTE DE 1856

Del debate del Constituyente de 1856, sobre el derecho de petición, el cual se consagró en el artículo 8º, y se presentó en el artículo 19º en el proyecto de Constitución de 1856, lo importante es destacar cómo se va perfilando el ejercicio del derecho de petición, el cual señalaron los constituyentes que fuera por escrito, además se indicara que en materia política sólo se le conceda a los mexicanos, y, por último, es también muy importante el hecho de que se señale que a toda petición deberá recaer un acuerdo por escrito de la autoridad a quien se le haya dirigido la petición.

En mi opinión, los constituyentes tenían mucha razón en establecer estas características al derecho de petición. En el caso de que sea por escrito, al formularse el derecho de petición por escrito adquiere una certeza que no tendría si se pudiera ejercer de forma verbal; no obstante, éste se podrá desempeñar de forma verbal en otras instancias, tales como en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos³²¹ y las Procuradurías de Defensa del Consumidor; esto es

³²¹ Referente a la distinción entre el derecho de petición y quejas al Defensor del Pueblo español, Bartomeu Colom Pastor expresa: "La creación del Defensor del Pueblo y de los *ombudsmen* regionales ha supuesto de hecho un transvase de parte de las peticiones que se formulaban al Parlamento a las nuevas instituciones, tampoco pueden entenderse incluidas dentro del concepto técnico – jurídico de peticiones las quejas presentadas al Defensor del Pueblo y dada la similitud de regulación las presentadas ante los *ombudsmen* regionales por varias razones: en primer lugar, desde el punto de vista temporal, las quejas en virtud de lo dispuesto en el Art. 15 de la Ley del Defensor del Pueblo sólo pueden ser presentadas por los administrados ante el Defensor en el plazo máximo de un año, contado a partir del momento en que el interesado tuviera conocimiento de los hechos objetos de la misma, limitación temporal que no opera para las peticiones; en segundo lugar, desde el punto de vista procedimental, en el derecho de petición la actividad de los poderes públicos siempre es consecuencia de una petición formulada por los ciudadanos. Por ello, se trata siempre de un procedimiento incoado a instancia de parte; en cambio, el Defensor del Pueblo puede iniciar y proseguir de oficio cualquier investigación; en tercer lugar, el derecho de petición sólo se puede ejercitar cuando el



así, ya que en estas instancias lo que se busca es la facilidad de trámites al ciudadano, para que éste se sienta más protegido ante las posibles arbitrariedades de las autoridades.

Es de destacar que en el caso de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, ésta recibe numerosas peticiones de forma verbal con la finalidad de ampliarle el campo de acción al ciudadano, por lo que es claro que la autoridad debe darle el debido trámite a este tipo de peticiones, ya que de no hacerlo se estaría incurriendo en una ilegalidad en contra del ciudadano.

En el caso de la limitación del derecho de petición en materia política sólo para los mexicanos, se entiende que todo extranjero que eleve una petición será desatendido por las autoridades, sin que la persona espere un acuerdo por escrito.

Respecto a que a toda petición debe recaer un acuerdo por escrito, es importante advertir que este acuerdo debe estar motivado y fundado, de manera que si la petición se encuentra fundada debe obsequiarse lo pedido al ciudadano; esto, claro, independientemente de que la autoridad decida contestar en los términos que lo solicitó el ciudadano; no obstante, en caso de que el acuerdo que recaiga a una instancia sea notoriamente ilegal ó no se encuentre fundado notoriamente en la ley, la autoridad que lo dicta no viola el artículo octavo constitucional, puesto que lo que se exige es simplemente la existencia de una resolución y no que deba ser dictada legalmente, por lo que en este caso el perjudicado conserva expeditos sus derechos para impugnarla como corresponda.

11. DEBATES DEL CONSTITUYENTE DE 1916

En el debate del constituyente de 1917, el derecho de petición es una garantía, consagrada actualmente en el artículo 8º. Constitucional, el cual se establece como una prerrogativa a favor de los ciudadanos de la República, con la excepción de que los extranjeros no podrán hacer uso de este derecho en materia

ciudadano no es titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo; en cambio, sólo pueden presentar quejas los administrados que invoquen un interés legítimo, aunque bien es cierto que entendido éste sin restricción alguna, en cuarto y último lugar, resulta que los poderes públicos, cuando así esta previsto en las leyes, pueden formular peticiones a otros poderes, sobre todo en el ámbito de sus competencias, son las denominadas peticiones institucionales". Madrid, Marcial Ponds, 1997, p. 39.

política³²², ya que en este caso el derecho es de uso exclusivo de los mexicanos³²³.

³²² Por materia política podemos entender todos aquellos asuntos que tengan que ver con los procesos electorales, asuntos partidistas, así como todos aquellos asuntos que tengan injerencia con la toma de decisiones del poder público. Además, es asunto de materia política todo lo concerniente al proceso de formación de las leyes y la adopción de medidas de carácter ejecutivo, las cuales corresponden a las facultades discrecionales del Poder Ejecutivo. En cambio, la solicitud de una licencia para uso de suelo o todas aquellas funciones de índole administrativo, las cuales se encuentran sujetas a un procedimiento específico, no se considerarán asuntos de tipo político, por lo que en este caso todo extranjero podrá hacer uso de este derecho de petición.

Como bien señala el artículo 8º de la Constitución, el derecho de petición se encuentra limitado en los siguientes casos: sólo podrán hacer uso de este en la materia política los ciudadanos de la República, entendiendo por esto a las personas que de conformidad con los artículos 30 y 34 de la ley fundamental tienen tal carácter. De tal forma que esta limitación constitucional imposibilita a todo extranjero o mexicano no ciudadano que presente una petición a cualquier autoridad de índole política, debe ser desatendida, por lo que no se debe esperar que a estas peticiones recaiga un escrito en los términos del segundo párrafo del artículo 8º constitucional.

³²³ Ya en la Edad Media, concretamente en España, era muy frecuentemente que los municipios pudieran formular peticiones al rey. Ver García Cuadrado, *El derecho de petición*, pp. 135 y 136. Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1978 esta significación en el derecho español ha dado un giro adelante en la potenciación de los cuerpos intermedios y, por consiguiente, de estas personas. Ya en el preámbulo la Constitución proclama su voluntad de establecer una sociedad democrática avanzada y en su artículo 9º señala que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida, política, social económica y cultural, reconoce además el derecho de petición y constitucionaliza los colegios profesionales y las asociaciones empresariales. Al respecto pueden verse los artículos 7, 22, 28 y 52 de la Constitución.

También, las personas jurídicas públicas o privadas pueden ser poseedoras de un derecho fundamental. Sobre esta cuestión puede verse el excelente artículo de Iñaki Lasagabaster, "Derechos fundamentales y personas jurídicas de derecho público", *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Madrid 1, Civitas, 1991, pp. 651 - 674. Esto así lo ha entendido el Tribunal Constitucional para las personas jurídicas - privadas en su sentencia 64/1988, del 12 de abril, FJ 1, siempre que "se trate, como es obvio, de derecho que, por su naturaleza, pueden ser ejercitado por este tipo de personas", como es el caso que nos ocupa. Conclusión que en la misma sentencia y fundamento jurídico extiende el alto tribunal a las personas jurídicas de derecho público, "siempre que recaben para sí mismas ámbitos de libertad, de los que deben disfrutar sus miembros, o la generalidad de los ciudadanos, como singularmente ocurre respecto de los derecho reconocidos en el artículo. 20 cuando son ejercitados por personas de derecho público".

Referente al mismo tema, la Ley de Derecho de Petición, en su artículo 3.1, había reconocido que las personas jurídico - privadas de nacionalidad española podían deducir peticiones.

Ahora bien, si las personas jurídico - privadas pueden ejercitar el derecho de petición, cabe igualmente la interrogante de si podrán dirigir peticiones a cualquier poder público, sea estatal, regional, provincial o municipal, o solamente a los poderes públicos que tengan como territorio el de su sede o domicilio. En mi opinión, entiendo que en el presente caso el ordenamiento jurídico español podrá limitar el ejercicio de este derecho a las entidades o asociaciones con domicilio en el territorio del ente al que se dirija la petición.

En lo que corresponde a las personas jurídicas de derecho público, la Ley de Derecho de Petición, en su artículo 4 y particularmente en lo que se refiere a las corporaciones, señala: "Las Corporaciones, Funcionarios públicos y miembros de las Fuerzas e Institutos armados sólo podrán ejercitar este derecho de acuerdo con las disposiciones porque se rijan."

Finalmente, y por añadidura, entiendo que podrían ser titulares de este derecho los poderes públicos u órganos constitucionales que no gozan de personalidad.

En la Ley del Defensor del Pueblo se encuentran muchos ejemplos de este tipo de peticiones. Por ejemplo en el artículo 10.2 se señala que los diputados o senadores o las comisiones de investigación o relacionadas con la defensa de los derechos y libertades públicas o la de relación con el Defensor del Pueblo para la investigación o esclarecimiento de actos, resoluciones y conductas concretas producidas en las Administraciones públicas, que afecten a un ciudadano o grupo de ciudadanos, en el ámbito de sus competencias. Paradójicamente en esta misma ley, en su artículo 10.3 expresamente prohíbe que las autoridades puedan presentar quejas al Defensor en asuntos de su competencia.

Lo que protege el derecho de petición es la garantía del ciudadano a recibir respuesta por parte de la autoridad a las peticiones formuladas por éste. De manera que el derecho de petición se le puede contemplar en el caso de la autoridad como una obligación que éstas deben cumplir, ya que todas las gestiones que el ciudadano efectuó frente a los órganos del Estado estarán protegidas por el derecho de petición.

Para Eduardo Andrade Sánchez, el derecho de petición equivale también a lo siguiente: "Es también el sustento genérico del derecho de acción procesal que consiste en la posibilidad de hacer actuar a los órganos jurisdiccionales para que se pronuncien respecto de la aplicación de la ley a un caso concreto, trátase de un litigio o de una situación que deba ser definida jurídicamente."³²⁴

Respecto a quienes están obligados a responder, la Constitución nos marca que son los funcionarios públicos, por lo que en este caso debe entenderse a las autoridades de los tres poderes, como son el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, las cuales tienen facultades de decisión que les marcan las disposiciones legales, no obstante, esto no abarca a todos los funcionarios del Estado, ya sean éstos federales, estatales o municipales; por ejemplo, el director del jurídico de un municipio está obligado a responder por escrito a todas las peticiones que le dirija el particular, no así el jefe de intendencia, pese a que éste también es un servidor público³²⁵.

³²⁴ Sánchez Andrade, Eduardo, *op. cit.*, p. 906.

³²⁵ En el derecho español se establece en lo referente a los órganos o entes a los que se puede dirigir la petición, bien, la Constitución española de 1978 no refiere sobre los sujetos pasivos a los cuales se pueden dirigir peticiones, salvo a las Cortes en el artículo 77, por lo que la norma suprema española se limita a señalar que los españoles tendrán el derecho de petición en la forma y con los efectos que determine la ley; esto significa que no se impone al respecto ninguna restricción y, por ende, remite a la ley el determinar a los sujetos pasivos, misma que podrá señalar un sistema de unidad o pluralidad de sujetos. Sistema de unidad de sujetos será el de la Comunidad Europea, ya que según el artículo 138.d del Tratado de la Comunidad Europea, las peticiones se tienen que presentar única y exclusivamente al Parlamento Europeo, y no ante otros órganos, de manera que este órgano es el único sujeto pasivo y, por consiguiente, ostenta el monopolio de la titularidad pasiva.

La Ley de Derecho de petición, en su artículo 2, opta de manera clara por el sistema de pluralidad de destinatarios, ya que esta señala: "Los españoles podrán dirigir individualmente peticiones al jefe del Estado, a las Cortes, al Consejo de Ministros, a las Comisiones Delegadas, al Presidente del Gobierno y a los Ministros en el ámbito nacional, y a los Gobernadores generales, Gobernadores civiles, Subgobernadores y Delegados gubernativos, así como a las Diputaciones Provinciales, Mancomunidades Interinsulares, Cabildos Insulares, Ayuntamientos y sus respectivos Presidentes en el ámbito local; y a las Representaciones Consulares tratándose de españoles residentes en el extranjero".

En cuanto a los requisitos que se contemplan actualmente en el derecho mexicano para que el ciudadano pueda ejercer este derecho, tenemos los siguientes:

Que se formule por escrito y de manera pacífica y respetuosa³²⁶, el que el derecho de petición se formule por escrito permite dar mayor certeza a la petición, además, en mi opinión, el hecho de que no se pueda peticionar de forma oral, lo que busca es impedir el abuso de este derecho por el ciudadano, ya que esto repercutiría en la administración al verse abrumada de peticiones; después de todo, existen instancias que en la actualidad sí permiten la forma oral, como es el caso de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; por lo tanto, pienso que es correcta la exigencia de la forma escrita en el derecho de petición. En lo que se refiere a que debe ser de forma pacífica y respetuosa, está claro que el peticionario está en la obligación de conducir sus peticiones ante la autoridad con el debido respeto, si el ciudadano desea que sea atendida su petición, ya que esto es una exigencia que marca nuestra norma suprema.

Además, la autoridad se encuentra obligada a dar respuesta al peticionario en breve término. Es esta idea de breve término la que suscitó una mayor discusión en el seno del Constituyente de 1916, ya que fue difícil para los constituyentes ponerse de acuerdo sobre el significado de "breve término", pues, mientras para algunos era claro que se tenía que señalar un término para dar respuesta a las peticiones del peticionario, para otros de nada serviría establecer un término concreto, ya que es un hecho que todas las peticiones son distintas, y unas ameritan más tiempo que otras para responderse; finalmente, los constituyentes no llegaron a un consenso respecto a la idea de fijar un término, no obstante, ser ésta una cuestión de primordial importancia en la redacción de este artículo; sin embargo, sobre el particular la Corte Suprema habría de manifestarse posteriormente señalando lo siguiente:

³²⁶ El estudio de este requisito se puede ver en las páginas 224 y 225. Para don Juventino V. Castro, es muy claro que el derecho de petición no se limita a la forma escrita, ya que para el actual ministro de la Corte el segundo párrafo del artículo 9º de la Constitución precisa la legalidad de las asambleas o reuniones que tengan por objeto hacer una petición a la autoridad, si no se profieren injurias contra ésta, ni se hace uso de violencias o amenazas para intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que se desee. *Garantías y amparo*, 9ª. ed., México, Porrúa, 1996, p. 104. Ya desde los orígenes del derecho de petición, que se remontan a Inglaterra, el derecho de petición debía ejercitarse sin injuriar al funcionario ante el cual se presentaba.



La tesis de jurisprudencia 767 del Apéndice de 1965 al Semanario Judicial de la Federación, expresa: "Atento lo dispuesto en el artículo 8º de la Constitución, que ordena que a toda petición debe recaer el acuerdo respectivo, es indudable que si pasan más de cuatro meses desde que una persona presenta un recurso y ningún acuerdo recae a él, se viola la garantía que consagra el citado artículo constitucional." De lo señalado por esta tesis no se desprende que deban pasar más de cuatro meses sin contestación a una petición para que se considere transgredido el artículo 8º de la Constitución federal, y sobre la observancia del derecho de petición debè estarse siempre a los términos en que está concebido este precepto³²⁷. Ahora bien, este lapso no debe entenderse que es invariable, ya que la misma Corte posteriormente ha señalado lo siguiente: "La expresión "breve término" empleada por el artículo 8º constitucional, debe interpretarse en el sentido de ser aquel en el cual prudentemente puede conocerse y resolverse una petición hecha a la autoridad respectiva"³²⁸.

³²⁷ Tesis 767 del Apéndice de 1965 al Semanario Judicial de la Federación.

³²⁸ Amparo en revisión 384/59, *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época.

Como se ha constatado, la Suprema Corte y los constituyentes no quisieron dar el paso de establecer un término específico para dar contestación a las peticiones; no obstante, el legislador federal ordinario se ha llegado a dar ese paso, por lo que si han llegado a establecer un término para que la autoridad conteste las peticiones.

El artículo 18 de la Ley de Responsabilidades de Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales, y de los altos Funcionarios de los Estados, de febrero de 1940, señalaba como delito oficial el volver nugatorio el derecho de petición, no comunicando por escrito al peticionario el resultado de su gestión, dentro de los treinta días siguientes a la presentación de la solicitud.

Respecto a lo anterior, el ministro Juventino V. Castro señala: "Es cuestión perfectamente dilucidada que la disposición constitucional contiene un concepto no definible totalmente, como lo es la obligación de las autoridades de contestar las peticiones en "breve término", lo cual obliga a una interpretación de dicha norma al momento de aplicarse. La interpretación primaria es la llamada "auténtica, como lo es en el presente caso las consideraciones del Constituyente que ya hemos señalado, y ésta no puede ceder frente a consideraciones o criterios del legislador ordinario - federal o local -, que evidentemente contradicen el espíritu del legislador Constituyente, claramente expuesto en los anales de sus discusiones. Por ello consideramos que la fracción transcrita era inconstitucional, al fijar para ello un término a las autoridades, que el propio Constituyente se negó a precisar, independientemente de las ventajas - reales o supuestas - que tal fijación pudiera tener". *Ibidem.*, pp. 102 y 103.

Una crítica al párrafo segundo del 8º constitucional ya la había manifestado Esteban B. Calderón, integrante del Constituyente de Querétaro, al manifestar que se estableciera un tiempo razonable a las autoridades para responder; ya que este consideraba que era muy ambiguo el decir que debían hacerlo en "breve término", no obstante la opinión del constituyente, esta observación se omitió y quedó como tal (sesión del 15 de diciembre de 1916).

Respecto a la declaración del párrafo primero del artículo 8º constitucional, otro constituyente de Querétaro, don Félix F. Palavicini, comentaba lo siguiente: "Desgraciadamente fue una imprevisión de los constituyentes no fijar sanciones a las autoridades que faltasen al cumplimiento de este precepto. Es uno de los artículos de la Constitución que casi ninguna autoridad respeta y contra las violaciones del mismo los particulares, aun teniendo el recurso de amparo, resultan frustrados en sus derechos por falta de castigo para contra los infractores." Palavicini, Félix F., *Historia de la Constitución de 1917*, tomo I, 1938, p. 359.

Posteriormente, dicho tribunal ha estimado que por "breve término" debe entenderse aquel en que deba conocerse y acordarse una petición, por lo que la Corte ha sostenido al respecto:

La garantía que se consagra en el artículo 8º constitucional tutela el derecho de los particulares para que les sea contestada toda petición que eleven a las autoridades en breve término y, si la demanda de amparo se promueve antes de transcurridos cuatro meses desde la presentación del escrito que no ha sido contestado, y no existe motivo alguno para considerar que no pudo haberse dado debida respuesta en dicho lapso, existe violación al artículo octavo constitucional en perjuicio de la parte quejosa, pues las características de la petición son las que determinarán el término para que se estime violado dicho precepto e inclusive éste podría ser computado en días, si la naturaleza de la solicitud así lo exige³²⁹.

En mi opinión, es difícil establecer un término con el carácter de absoluto para que una autoridad dé respuesta a una petición del ciudadano; esto es así, ya que la extensión del lapso dentro del que una autoridad deba dar contestación por escrito a una petición es variable según su naturaleza, de manera que el término debe ser aquel en que la autoridad pueda tener conocimiento de la petición y acordarla.

Otro requisito, pese a no indicarlo expresamente el artículo 8º constitucional, es el acuerdo escrito que debe recaer a toda petición, el cual debe ser congruente con lo pedido, ya que así lo entiende nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación:

El artículo 8º constitucional obliga a las autoridades a comunicar un acuerdo escrito en respuesta a toda petición, y a comunicarlo en breve término. Es claro que la respuesta debe ser congruente con la petición, pues sería absurdo estimar que se satisface la obligación con una respuesta

³²⁹ Amparo en revisión 1966/88, *Semanario Judicial de la Federación*, octava época.



incongruente. Pero también es cierto que la respuesta no es incongruente por el hecho de que se diga al solicitante que se estima que faltan elementos formales o materiales en la petición, para poderle dar curso en cuanto al fondo de lo pedido. Y en este caso, lo que procedería sería impugnar la legalidad de la exigencia de tales elementos o requisitos, pero no podría decirse válidamente que la autoridad omitió dictar un acuerdo congruente con la petición, pues la congruencia del acuerdo no debe ser confundida con la legalidad de su contenido³³⁰.

12. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE PETICIÓN

Una vez formulada una petición, tenemos que tener en cuenta qué sucede si el órgano ante quien se presenta no la resuelve, y por lo tanto deniegue la misma. De manera que se impone la pregunta sobre si estos actos son fiscalizables, y en caso de que la respuesta sea afirmativa ¿ante qué instancias y con qué límites? Bien, contestando a la pregunta, diremos que sí son fiscalizables ante la jurisdicción contencioso – administrativa, por amparo o por recurso administrativo. No obstante, también debemos preguntarnos qué sucede con el funcionario, qué responsabilidad tiene éste en el caso de su inactividad, y por ende, surja el silencio administrativo, y más concreto el negativo, en el cual el peticionario puede entender que lo peticionado se tiene por no admitido, y en consecuencia se está ante una ficción legal, que permite al peticionario acceso a otra instancia, pero ¿qué pasa con la responsabilidad del sujeto omiso ante la violación de una garantía de libertad, como es la que establece el artículo 8º constitucional? Esto es lo que pretendemos analizar más adelante en el presente apartado.

13. LAS TÉCNICAS DE CONTROL

Al estudiarse los actos dictados contestando a las peticiones, y viendo esto desde la perspectiva de la administración, de actos discrecionales o políticos,

³³⁰ Amparo en Revisión 37/75, *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época.

afortunadamente en este caso, y como pudimos ver en el pasado capítulo, hemos asistido a una evolución de las técnicas de control de la inactividad administrativa.

Una primera etapa de esta evolución bien podría ser posterior a la Constitución de 1917, ya que anteriormente, la doctrina no consideraba susceptible de fiscalización las denegaciones presuntas de las peticiones, quedando el particular indefenso al arbitrio de la administración.

En mi opinión, la negativa a fiscalizar las denegaciones presuntas producidas por la violación al derecho de petición tiene los siguientes argumentos: el ejercicio del derecho de petición no obliga a la administración a dictar acto alguno, sino solamente a acusar recibo de la misma. Para que se aplique la doctrina del silencio administrativo se debe formular una petición que la administración tenga el deber de dar respuesta. Es por esto que el régimen de denuncia de mora no es aplicable cuando el órgano administrativo no viene obligado a resolver, sino tan sólo a acusar recibo de la petición.

Como podemos ver, anteriormente todo el debate, el cual se refería básicamente a los actos presuntos, partía de una premisa equivocada, o al menos discutible, consistente en que la administración no-tenía obligación de resolver las peticiones, ya que sólo tenía que acusar recibo de éstas, para no vulnerar la legalidad.

Pero, como en otros aspectos de la vida jurídica, la entrada en vigor de la Constitución tenía que operar necesariamente una influencia positiva sobre la construcción doctrinal hasta el momento efectuada. Basta recordar que la administración debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho, de manera que los tribunales controlaran la legalidad de esta actuación, que los ciudadanos tienen el derecho a la tutela efectiva de sus derechos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Además, como hemos podido ver en el presente capítulo, el contenido esencial del derecho de petición comprende, la obligación de resolver las peticiones a cargo de los poderes públicos. Esta evolución, como se vio en el pasado capítulo, vino de la mano de los tribunales, que con gran tacto y con objeto de hacer posible el control jurisdiccional sobre los actos expresos o presuntos dimanantes del ejercicio del derecho de petición,



terminaron por aceptar que estos eran verdaderos actos administrativos, o sea, actos que se dictaban por la administración, y en consecuencia, se encontraban sujetos al derecho administrativo.

En conclusión, actualmente existe la obligación de resolver las peticiones, en cuanto a que el contenido mínimo del derecho fundamental de petición exige del órgano competente una resolución decisoria que estime o deniegue la pretensión que se formule³³¹.

En definitiva, toda petición debe tener una motivación, la cual exige explicitar las razones de hecho y de derecho por las que se niegan las peticiones; esto es, los motivos.

14. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA, COMO CONSECUENCIA DEL SILENCIO NEGATIVO

Como pudimos ver, la omisión a dar respuesta a una petición en ocasiones genera una ficción administrativa, o, dicho de otra forma, surge el silencio negativo, el cual hoy en día se puede controlar por diversos medios, tales como recursos administrativos, tribunales, amparo, que vienen a ser instrumentos de protección de los derechos fundamentales; no obstante todo esto, vale la pena preguntarnos si la omisión de dar respuesta al derecho de petición de la forma en que lo marca la ley y la jurisprudencia, no ocasiona alguna responsabilidad administrativa, o sólo estamos ante mecanismos correctores. Pues bien, en efecto, si cabe la responsabilidad administrativa contra la denegación presunta o silencio negativo, y

³³¹ Ver la obra colectiva de Parejo Alfonso, Luciano, Jiménez Blanco y Ortega Álvarez, *Manual de derecho administrativo*, Barcelona, Ariel, 1990, p. 365; García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo*, vol. II, Madrid, Civitas, 1993, p. 476.

En España la dificultad de que se dé el control judicial del ejercicio del derecho de petición es lo que se explica a continuación: Los ciudadanos formulan peticiones concretas a los poderes públicos, peticiones que en la mayoría de ocasiones tan siquiera son resueltas por éstos. Pues bien, olvidando que el derecho de petición por regla general es un derecho de contenido formal que sólo da derecho a un examen material de la petición y a una resolución motivada por parte del poder público, los ciudadanos acuden a los tribunales de la jurisdicción contencioso – administrativa solicitando condenen a la administración a que realice lo que ha pedido el ciudadano, cuando precisamente el derecho de petición no da derecho en general al logro de lo pedido, sino únicamente a una contestación motivada a lo que se ha pedido. En este sentido, hay que señalar que es común que los peticionarios no invoquen ni ante el poder público ni ante los tribunales de la jurisdicción contencioso – administrativa ni ante el Tribunal Constitucional el artículo 29 de la Constitución para no reconocer que no tienen derecho a lo que piden, y en cambio suelen invocar para fundamentar su petición otros preceptos constitucionales o legales, lo que distorsiona el debate ya que en lugar de analizar si se ha lesionado el derecho de petición, los tribunales analizan si se han lesionado otros principio o derechos constitucionales. Ver: Bartomeu Colom, Pastor, *El derecho de petición*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 179.

esto se desprende de la Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de marzo de 2002.

Las responsabilidades administrativas se desprenden de un análisis a los siguientes artículos de la Ley en comento. Primero que nada, el artículo 8º, fracción IV, señala: "Rendir cuentas sobre el ejercicio de las funciones que tenga conferidas y coadyuvar en la rendición de cuentas de la gestión pública federal proporcionando la documentación e información que le sea requerida en los términos que establezcan las disposiciones legales correspondientes".

Respecto de la sanción en caso de violación al derecho de petición la redacción del artículo 12 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, señala que:

Los servidores públicos de la secretaría que incurran en responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 8, serán sancionados conforme al presente capítulo por la contraloría interna de dicha secretaría. El titular de esta contraloría será designado por el presidente de la República y sólo será responsable administrativamente ante el.

Como podemos ver el artículo ya establece claramente una responsabilidad administrativa, y por lo tanto, una sanción por el incumplimiento de sus obligaciones señaladas en el artículo 8 de la Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos. Dicha sanción será impuesta por el titular del órgano contralor.

Las sanciones a que se hace acreedor un servidor público que incurra en una responsabilidad administrativa van desde una amonestación, hasta la inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público.

Es de llamar la atención que la Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos no considere como grave el incumplimiento de la fracción



IV del artículo 8° de la Ley, ya que esta fracción es la que establece la obligación de respetarle el derecho de petición al administrado, y si éste se encuentra consagrado como una garantía individual en la Constitución³³², podemos afirmar que la violación a esta garantía sí debe considerarse como una falta grave.

Ahora bien, al servidor público que incurra en alguna responsabilidad administrativa, la ley le permite interponer el recurso de revocación, o de lo contrario, acudir directamente al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa³³³.

Por nuestra parte, creemos que lo señalado por la Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, de proporcionar los documentos e información que le sean requeridos, al servidor público, resulta muy positivo, toda vez que desarrolla correctamente lo señalado por el artículo 8° constitucional, y, por tanto le permite una mayor seguridad jurídica al ciudadano, en contra de la arbitrariedad de la administración.

Además, podemos señalar que el derecho de petición es de suma importancia, y más aún desde que se instituye como parte de las garantías individuales.

³³² Burgoa sustenta un criterio de libertad al afirmar que la libertad es una cualidad inherente al ser humano, además de destacar la evolución de esta garantía, hasta llegar a establecerse en la ley. Al efecto, el autor afirma: "La libertad, en los términos que acabamos de expresar, es una condición *sine qua non*, imprescindible para el logro de la teología que cada individuo persigue. En estas circunstancias, la libertad se revela como una potestad inseparable de la naturaleza humana, como un elemento esencial de la persona. En un plano deontológico, pues, la libertad se manifiesta bajo ese aspecto".

Más adelante el autor, continuando con la misma idea, señala: "La libertad estaba reservada a una clase privilegiada, a un sector que imponía su voluntad sobre el resto de la población constituida por los esclavos. Estas no eran personas, sino cosas, como sucedía principalmente en Roma. No era cierto que todo hombre, por el hecho de ser tal, fuese libre; era falso que la libertad constituyera un atributo inseparable de la naturaleza humana; la potestad libertaria se reservaba a una clase social superior, privilegiada, que tenía todos los derechos sobre los seres no libres. Esta negación de libertad a un grupo humano de la sociedad, esta desigualdad inicua que imperaba entre dos clases sociales - hombres libres y esclavos -, eran el signo invariable y característico de las realidades políticas de la antigüedad. En la Edad Media y hasta los tiempos modernos, la libertad humana no existía como atributo real de todo hombre. Los privilegios y la reserva de libertad en favor de grupos sociales determinados subsistieron, a pesar de las concepciones filosóficas propaladas en el sentido de que todos los hombres sin distinción son igualmente libres. No fue sino hasta la Revolución francesa cuando se proclamó la libertad universal del ser humano; todo hombre, se dijo entonces, por el hecho de ser tal, nace libre; la libertad se hizo extensiva a todo sujeto, con independencia de su condición particular de cualquier género y especie". Ver. Burgoa, Ignacio, *op cit.*, pp. 307 y 308.

En suma, para el maestro Burgoa, anterior a la Revolución francesa, el hombre libre, entendiendo por tal, al hombre que pertenecía a una clase social privilegiada, sólo gozaba de una libertad civil frente a sus semejantes, pero carecía de libertad pública frente a los gobernantes.

Por lo tanto, ante el cúmulo de arbitrariedades de los gobernantes, el gobernando exigió respeto a sus prerrogativas como ser humano, dentro de las cuales ocupa un lugar importante la libertad, conservándose así hasta nuestros días.

³³³ Es importante destacar que el recurso de revocación que establece la Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, en su artículo 25, representa una clara contradicción con el objetivo de unificar los recursos que busca la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

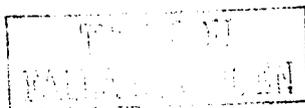
Para concluir, debe tenerse en cuenta, que en realidad, es muy limitado el alcance que hoy puede asignarse al derecho de petición; mientras no hubo recursos más eficaces y expeditos, y las Cámaras conservaron cierta función jurisdiccional común, según acontecía en Inglaterra, pudo tener mayor eficacia; desafortunadamente en la actualidad, ha sido remplazado en parte por otras instituciones; Cámaras y ciudadanos electores tienen un derecho a iniciar leyes; los parlamentarios pueden plantear por medio de ruegos, preguntas e interpelaciones, la solicitud o exigencia de reparación que por vía de petición tendría menos éxito; el sistema de recursos jurisdiccionales y jerárquicos brinda al particular ofendido un cause más severo para reclamar lo que en justicia corresponda, sin que pueda dejar de dársele respuesta; la difusión de acciones populares permite a cualquiera defender un interés de tipo colectivo; por último, la difusión y enorme influjo de la prensa periódica y las facilidades que para una campaña vigorosa ofrece el derecho de reunión, hacen que raramente tenga que acudir al trámite de la petición escueta, peor provisto de factores de eficiencia. No obstante, puede haber momentos en que agotados otros caminos, o cegados los procedimientos normales, sea necesario o conveniente acudir, como remedio heroico, al clásico derecho de petición, y entonces, acompañado de otros factores, y con base en una argumentación más sólida y el apoyo de núcleos de opinión interesada, acaso tenga el valor de los recursos supremos.

15. EL FUTURO DEL DERECHO DE PETICIÓN

Antes de concluir el presente capítulo, conviene recapitular lo visto hasta el momento para tener una perspectiva que nos permita una visión de lo que le espera a este derecho en el futuro.

El derecho de petición es una institución política surgida en Europa durante la Edad Media que consistía en la posibilidad de todos los súbditos de dirigirse al rey en solicitud de gracias o reparación de agravios.

Con el paso del tiempo el derecho de petición fue diversificando su contenido: las peticiones presentadas al rey por el parlamento dieron lugar a la iniciativa



legislativa, y en el caso de Inglaterra, a la asunción por la Asamblea de la propia función legislativa; de la misma manera, aquellas peticiones individuales que se fueron considerando como de estricta justicia, originaron el derecho a accionar ante los tribunales toda clase de procesos.

No obstante, nunca desapareció el núcleo fundamental del derecho de petición: las peticiones graciabiles, es decir, las que solicitaban al Rey, Parlamento o a cualquier otra autoridad pública la concesión de gracias no exigibles por vía judicial, por no considerarse en ese momento histórico concreto como de estricta justicia. En ese sentido, cabe afirmar que las peticiones graciabiles se han seguido presentando de forma ininterrumpida en Europa, lo mismo bajo el Absolutismo que tras el triunfo y la consolidación del Constitucionalismo.

En la medida en que se han ido perfeccionando los mecanismos jurídico-políticos que garantizan los derechos y libertades de los ciudadanos, el derecho de petición va quedando arrinconado como un instrumento poco útil.

Sin embargo, hoy en día son muy variados los ordenamientos constitucionales que reconocen y garantizan el derecho de petición de todos los ciudadanos a los poderes públicos.

Lo que pasa es que al examinar el sentido, la función y la naturaleza actual del derecho de petición, la doctrina encuentra graves dificultades para clasificarlo como un derecho público subjetivo, el cual parece no tener contenido alguno. Se duda de su carácter de mera libertad negativa (una manifestación más de la libertad de expresión y de opinión) o de auténtico derecho de participación política, por lo que se originan frecuentes incongruencias entre el régimen constitucional y legal de este derecho.

Por lo tanto, ¿que le espera en el futuro a este derecho?, pese a las críticas que se le puedan hacer, en lo personal, me inclino a pensar que el derecho de petición no sólo no se encuentra destinado a desaparecer, sino que aún tiene un importantísimo papel político que cumplir. Amen de constituir en toda época y bajo cualquier régimen un canal privilegiado de comunicación entre gobernantes y gobernados (incluso hoy que se le considera un derecho disminuido) es quizás también un medio principal de recordar a quienes ejercen cargos públicos el

carácter de servicio a la comunidad que debe orientar su actuación. En este sentido, una revitalización del derecho de petición redundaría en favor del saneamiento de las relaciones políticas entre quienes ostentan el poder y los ciudadanos; pues tales relaciones no pueden ser sólo jurídicas, aunque ciertamente las garantías jurídicas son necesarias, sino también relaciones más amplias de contenido moral que contribuyan a perfeccionar lo que el derecho estricto deja inacabado. Por lo que en este campo aún tiene que decir mucho el derecho de petición.

De lo antes expuesto se desprenden las siguientes conclusiones:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCLUSIONES

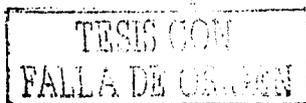
PRIMERA.- El silencio administrativo es resultado de la indebida inercia de la administración pública ante la petición del particular; la lamentable frecuencia de esa conducta omisiva ha motivado al Estado a interpretar esa inercia, en diversos ordenamientos legales, mediante una respuesta ficta a ese silencio de la administración.

SEGUNDA.- En el derecho comparado se ha conferido al silencio administrativo efectos en dos sentidos: la negativa ficta implica la presunción legal de que la autoridad u órgano administrativo dio respuesta negativa a la petición del particular; se trata, pues, de una ficción legal que suple la voluntad no expresada de la administración cuyos efectos permiten al interesado el acceso a la siguiente instancia. La afirmativa ficta en cambio, consiste en presumir la respuesta favorable de la administración, a la petición del particular. En ambos casos, la presunción opera cuando la administración no da respuesta en el plazo señalado en la norma.

TERCERA.- El silencio administrativo constituye una violación a uno de los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, así como en textos constitucionales, cual es el derecho de petición.

CUARTA.- El derecho de petición es la facultad que le concede la norma a los particulares de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, y de exigir una pronta respuesta por parte de la administración.

QUINTA.- En México el derecho de petición se encuentra consagrado en el artículo octavo constitucional, el cual se refiere a las garantías individuales.



SEXTA.- La frecuente violación de estos derechos ha motivado al Estado a establecer mecanismos e instancias de protección de los derechos humanos como son: recurso administrativo, Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, *ombudsman*, amparo administrativo y contencioso administrativo.

SÉPTIMA.- No obstante, la multiplicidad de mecanismos de protección de derechos del administrado, el Estado debe perfeccionarlos, dotándolos de mayores facultades para evitar, disminuir o en su caso subsanar las violaciones a los derechos humanos.

OCTAVA.- Es necesario que las legislaturas de los Estados y el Congreso de la Unión legislen, en sus respectivos ámbitos de competencia, para expedir sendas leyes sobre el derecho de petición y su violación mediante el silencio administrativo, a fin de darle mayor seguridad jurídica al administrado.

NOVENA.- Se deben endurecer las sanciones en contra del servidor público que viole constantemente los derechos humanos, uno de los cuales es el derecho de petición, para lo cual se debe contemplar la destitución del funcionario público que se convierta en violador contumaz de derechos humanos.

DÉCIMA.- Al margen de la respuesta ficta –afirmativa o negativa– la administración tiene la obligación constitucional de contestar las peticiones o recursos del particular de forma fundada y motivada, con una resolución que apruebe o niegue la pretensión formulada.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta Romero, Miguel, Teoría general del derecho administrativo, Primer curso, 13a. ed., México, Porrúa, 1997.

Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, Proceso, autocomposición y autodefensa, 3ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

Álvarez Gendin, Sabino, Tratado general de derecho Administrativo, tomo V, Barcelona, Bosch, 1958.

Álvaro Gil Robles y Gil Delgado, El control parlamentarios de la administración (el Ombudsman), Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976.

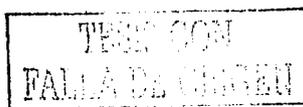
Amuchástegui González Jesús, Ética y derechos humanos, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2000.

Andrade Sánchez, Eduardo, Los derechos del pueblo mexicano, México, Miguel Ángel Porrúa, 1996.

Armienta Hernández, Gonzalo, Tratado teórico-practico de los recursos administrativos, 3a. ed., México, Porrúa, 1996.

Atienza, Manuel, "Derechos naturales o derechos humanos: un problema semántico", en el vol. *Col. Política y derechos humanos*, Valencia, Fernando Torres, 1976.

Atienza, Manuel, *Marx y los derechos humanos*. ed. Mezquita.



Auby y Drago, *Traité des recours en matiere administrative*, Paris, 1992.

Baena del Alcázar, Mariano, *Curso de ciencia de la administración*, vol. I, 3a. ed. Madrid, Tecnos, 1993.

Bartomeu Colom Pastor, *El derecho de petición*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

Basave Fernández del Valle, Agustín, *Filosofía del derecho internacional*.

Battaglia, F, *Declaraciones de derechos*, Vol. Estudios de teoría del estado, Traducción: Elías y Pedro de Vega, Publicaciones del Real colegio de España en Bolonia, 1966.

Berthélemy, H., *Traité elementaire de droit administratif*, 10ª ed., París, Rousseau Editeurs, 1923.

Betti, E, *Teoría general del negocio jurídico*.

Bidard, Campos Germán, *Teoría de los derechos humanos*, México, UNAM, 1986

Biscaretti di Ruffia, *Derecho constitucional*, trad. Pablo Lucas Verdú, 3ª edición, Madrid, Tecnos, 1987.

Blázquez, *Los derechos del hombre*, Madrid, 1980.

Bobbio, Norberto, "Iusnaturalismo y positivismo jurídico", *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1992, p. 167.

Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, traducción de Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1985.

Bobbio, Norberto, Teoría general del derecho, Madrid, Debate, 1991.

Bobbio, Norberto, N, Pontara G. y S,Vega. Crisis de la Democracia, Barcelona, Ariel, 1985.

Bonnard, Roger, Précis Elémentaire de droit administratif, París, Recueil Sirey, 1926.

Boquera Oliver, José Maria, Derecho administrativo, 10a ed., Civitas, volumen I, Madrid, 1996.

Burgoa O, Ignacio, El juicio de amparo, 34ª ed., México, Porrúa, 2001.

Burgoa O, Ignacio, Las garantías individuales, 34ª ed., México, Porrúa, 2002.

Carpintero Benítez, Francisco, Una introducción a la ciencia jurídica, Madrid, Civitas, 1988.

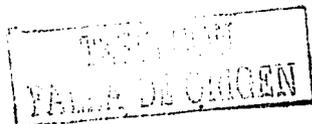
Carpizo, Jorge, Derechos humanos y ombudsman, 2a. ed. México, Porrúa, 1998.

Carrillo Flores, Antonio, La defensa jurídica de los particulares frente a la administración pública, México, Porrúa, 1939.

Castán Tobeñas, José, Los derechos del hombre, Madrid, Reus, 1969.

Castro, Juventino V., Garantías y amparo, 9ª ed., México, Porrúa, 1996.

Cortina Gutiérrez, Alfonso, Ensayos jurídicos en materia tributaria, México, Themis, 1993.



- Cruz, Parcerio, Juan Antonio, Los derechos sociales desde una nueva perspectiva, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2000.
- D'Agostino, Francesco, Los derechos y deberes del hombre, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.
- De Laubadère, André Traité de droit administratif, Huitième édition, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980.
- Del Vecchio, Filosofia del derecho, 2ª de.
- De la Garza, Sergio Francisco, Derecho financiero mexicano, México, Porrúa, 1986.
- De, Valles, Arnaldo, Elementi di diritto amministrativo, 2a ed. Padova, 1951.
- Devvasch et Ricci, Contentieux administratif, Paris, 1990.
- Díez, Manuel María, El acto administrativo, 2a ed, Buenos Aires, Tipográfica editora Argentina, 1961.
- Díez, Manuel María, Derecho administrativo, Buenos Aires, Omeba, 1967.
- Díez Sánchez, Juan José, El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional, Madrid, Civitas, 1992.
- Dromi, José Roberto, Derecho administrativo económico, tomo 2, Buenos Aires, Astrea, 1997.

Duguit, León, *Las transformaciones del derecho público y privado*, Buenos Aires, Eliastra, 1975.

Duguit, León, *Manual de derecho constitucional*, Traducción: José G. Acuña, Madrid, Francisco Beltrán, Madrid, 1921.

Entrena Cuesta, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos, 1968.

Entrena Cuesta, Rafael, *Curso de Derecho administrativo*, volumen I, 11a. ed., Madrid, Técnos, 1996.

Escalante, Daniel, *El Ombudsman*, Rowat C, Donald (coor), México, Fondo de Cultura Económica, 1973.

Escola, Jorge Héctor, *Tratado teórico práctico de los recursos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1967.

Fairen Guillen, Víctor, *El defensor del pueblo –Ombudsman–*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982.

Falla, Garrido, Fernando, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956.

Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1995.

Ferrer Mac–Gregor, Eduardo (coor), *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa. 2002.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- Ferrajoli, Luigi, Los fundamentos de los derechos fundamentales, Traducción de Antonio de Cabo y Gerardo Pissarelo, Madrid, Trota, 2001.
- Ferrajoli, Luigi, Derechos y garantías, la ley del más débil, Traducción: Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trota, 1999.
- Fiorini, Bartolomé, Manual de derecho administrativo, Buenos Aires, La Luz, 1968.
- Fix – Zamudio, Héctor, "Breve introducción al juicio de amparo indirecto", Memoria de El Colegio Nacional, 1977.
- Fix – Zamudio, Héctor, Ensayos sobre el derecho de amparo, 2ª ed., México, Porrúa, 1999.
- Fix – Zamudio, Héctor, Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano, México, El Colegio Nacional. 1983.
- Fix Zamudio, Héctor, "La necesidad de una ley de procedimiento administrativo y de la responsabilidad patrimonial de la administración pública en el distrito federal", Memoria del Colegio Nacional, 1993.
- Fix - Zamudio, Héctor, Protección jurídica de los derechos humanos, 2a Ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999.
- Fraga, Gabino, Derecho Administrativo, 41ed. México, Porrúa, 1998.
- García Bauer, Carlos, Los derechos humanos, preocupación universal, Guatemala, 1960.

García de Enterría, Eduardo, y Fernández Tomas - Ramón, Curso de derecho administrativo I, 109 ed., Madrid, Civitas, 2000.

García de Enterría y Fernández Rodríguez. Curso de derecho administrativo, Volumen II, Madrid, Civitas, 1993.

García de Enterría, Eduardo, Hacia una nueva justicia administrativa, Madrid, Civitas, 1989.

García Escudero, J. M, Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978, dirigido por O. Alzaga. tomo III, Madrid, 1983.

García Novoa, César, El silencio administrativo en derecho tributario, Navarra, Aranzandi Editorial, 2001.

García Pelayo, Manuel, Las transformaciones del Estado contemporáneo, Madrid, Alianza Editorial, 1995.

García - Trevijano Garnica, Ernesto, El silencio administrativo en el derecho español, Madrid, Civitas, 1990.

García - Trevijano Fos, Ernesto, "Reglamento de Procedimiento del Ministerio de Industria", Revista de Administración Pública, número 15, 1954.

Garrido Falla, Fernando, Tratado de derecho administrativo, 12a. ed., Madrid, Técnos, 1994.

Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, El control parlamentario de la administración, 2a. ed., Madrid, 1981.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Gómez Puente, Marcos, "Defensor del Pueblo y administración tributaria", Escritos Jurídicos en Memoria de Luis Mateo Rodríguez, Universidad de Cantabria, Facultad de Derecho, 1993.

González Navarro, Francisco, Derecho administrativo español. El acto y el procedimiento administrativo, Navarra, Eunsa, 1997.

González Pérez, Jesús, Administración pública y libertad, México, 1971.

González Pérez, Jesús, "Arbitrariedad administrativa", Anuario Jurídico, México, I, 1974.

González Pérez, Jesús, Derecho procesal administrativo mexicano, México, Porrúa, 1997.

González Pérez, Jesús, El administrado, Madrid, 1966.

González Pérez, Jesús, El Derecho a la tutela judicial, 3ª. Ed., Madrid, Civitas, 2001.

González Pérez, Jesús, La dignidad de la persona, Madrid, Civitas, 1986.

González Pérez, Jesús, Los recursos administrativos, 2ª edición, Madrid, 1969.

González Pérez, Jesús, Procedimiento administrativo federal, 3ª ed., México, Porrúa, 2000.

Gordillo, Agustín, Problemas del control de la administración pública en América Latina, Madrid, Civitas, 1981.

Gracia, Jaime, Una Constitución para la democracia, México, UNAM, 1996.

Gros Espiell, Héctor, Estudios sobre derechos humanos II, Madrid, Civitas, 1988.

Haberle, Peter, "El concepto de los derechos fundamentales", Problemas actuales de los derechos fundamentales, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 1994.

Hauriou, Andre, Derecho constitucional e instituciones políticas (trad. José Antonio Gonzáles Casanova), 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1980.

Hauriou, Maurice, Obra escogida, Traducción: Santamaría Pastor y Muños Machado, Madrid, 1976.

Hervada, Javier, y Zumaquero, José, Textos internacionales de derechos humanos, Pamplona, 2ª. Ed., Eunsa, 1992.

Hervada, Javier, "Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho", C. I. Massini (ed), El iusnaturalismo actual, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.

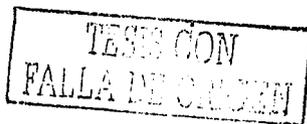
Horiad, Vintila, Los derechos humanos y la novela del siglo XX, Madrid, 1981.

Jellinek, George, Teoría general del Estado, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.

Jeze, Gastón, Principios generales de derecho administrativo, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1948.

Kelsen, Hans, Teoría general del derecho y del Estado, México, UNAM, 1958.

Kelsen, Hans, Teoría pura del derecho, México, Porrúa, 1978.



Kelsen, Hans, *The Law of the United Nations*, 1950

Kriele, Martín, *Introducción a la teoría del Estado*, (trad. Eugenio Bulygin), Buenos Aires, Depalma, 1980.

Lanz Cárdenas, José Trinidad, *La contraloría y el control interno en México*, 2da. Ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

Laubadère, André de, *Traité de droit administratif*, Huitieme edition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980.

Lasagabaster, Iñaki, "Derechos fundamentales y personas jurídicas de derecho público", *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Madrid 1., Civitas, 1991.

Margaín Manautou, Emilio, *De los contenciosos administrativos de anulación o de ilegitimidad*, 7ª. ed., México, Porrúa, 1988.

Margaín Manautou, Emilio, *Introducción al estudio del derecho tributario mexicano*, 8a ed., México, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 1985.

María Díez, Manuel, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Omeba, 1967.

María Díez, Manuel, *El acto administrativo*, 2a. de., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1961.

Marienhoff S, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, 3a, ed., Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982.

Marx, Carlos, *La cuestión judía*, trad. Ichuda Tubin, Buenos Aires, Ed. Dos, 1970.

- Massini Correas, Carlos I., Filosofía del derecho. El derecho y los derechos humanos, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1994
- Massini Correas, Carlos I. Los derechos humanos, Buenos Aires, Perrot, 2a ed, 1994
- Maritain, Jacques, Introducción al volumen los derechos del hombre, Estudios y comentarios en torno a la nueva declaración universal, reunida por la UNESCO, México, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1949.
- Maritain, Jacques, Los derechos del hombre, Traducción: Antonio Esquivas, Madrid, ediciones palabra, 2001.
- Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, barón de la Bréde y de, Del espíritu de las leyes, trad. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Sarpe, 1984, t. I.
- Montiel y Duarte, Isidro, Estudio sobre garantías individuales, 4ª. ed., México, Porrúa, 1983.
- Morillo-Velarde Pérez, José Ignacio, El procedimiento administrativo en el derecho comparado, Madrid, Civitas, 1993.
- Nava Negrete, Alfonso, Derecho procesal Administrativo, México, Porrúa, 1959.
- Nava Negrete, Alfonso, "Recursos administrativos", Justicia administrativa, México, Trillas, 1987.
- Nieto García, Alejandro, Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo, Madrid, INAP, 1986.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Nino, Carlos, Santiago, *Ética y derechos humanos*, Madrid, Paidós, 1984.

Nikken, Pedro, *En defensa de la persona humana*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1988.

Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos su desarrollo progresivo*, Madrid, Civitas, 1987.

Noriega Cantú, Alfonso, *La naturaleza de las garantías individuales en la Constitución de 1917*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1967.

Paine, Thomas, *Los derechos del hombre*, traducción castellana. De J. A. Fernández de Castro y T. Muñoz Molina, México, FCE, 1944.

Palavicini, Félix F., *Historia de la Constitución de 1917*, tomo I, 1938.

Parada, Ramón, *Derecho administrativo I*, Madrid, Marcial Pons, 1991.

Parejo Alfonso, Luciano, Jiménez Blanco y Ortega Álvarez, *Manual de derecho administrativo*, Barcelona, Ariel, 1990.

Peces – Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1991.

Peces Barba, Gregorio, *Escritos sobre derechos fundamentales*; Madrid, Eudeba, 1988.

Peces – Barba, Gregorio, *La Constitución española de 1978, un estudio de derecho y política*, Valencia, Fernando Torres – Editor, S.A., 1981.

Pérez Luño, Antonio Enrique, Derechos humanos, Estado de derecho, y Constitución, 6a, ed, Madrid, Tecnos, 1999.

Pérez Serrano, N., Tratado de derecho político, 2ª ed.; Madrid, Civitas, 1984.

Recaséns Siches, Luis, Introducción al estudio del derecho, 13 ed., México, Porrúa, 2000.

Robles Gil y Gil Delgado, Álvaro, El control parlamentario de la administración (el Ombudsman), Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976.

Rowat, Donald (editor), El ombudsman, (traducción de Eduardo L. Suárez), México, Fondo de Cultura económica. 1973.

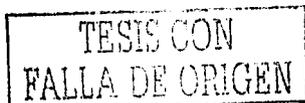
Sáenz de Robles C. Federico, "El silencio administrativo en la ley", Tapia, Madrid, número 69, marzo - abril de 1993.

Sáenz de Robles, "El Silencio administrativo, un escándalo en el Estado de derecho", La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez, Madrid, Chivitas, 1993-I.

Saldaña Javier y Beuchot, Mauricio, Derechos humanos y naturaleza humana, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

Santa María Pastor, Juan Alfonso, La génesis del derecho administrativo español en el siglo XIX (1812 - 1845), Ed. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1973.

Sayagués, Laso, Enrique, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 1953.



- Schmitt, Carl, Teoría de la constitución, trad. Francisco de Ayala, Madrid, Alianza Ed., 1982.
- Tena Ramírez, Felipe, Leyes fundamentales de México, 1808 – 1982, México, Porrúa, 1986.
- Terrazas Salgado, Rodolfo, El juicio de amparo y los derechos político-electorales.
- Tomás y Valiente, Francisco, Manual de Historia del Derecho Español, Madrid, Tecnos, 1981.
- Truyol y Serra, Antonio, Los derechos humanos, Madrid, Tecnos, 1968.
- Valadés, Diego, El control del poder, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.
- Vázquez Alfaro, José Luis, El control de la administración pública en México, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.
- Vedel, Georges, Droit Administratif, Paris, Press Universitaires, 1973.
- Vivancos, Las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo, Barcelona, 1962.
- Villey, Michel, Les origines de la notion de droit subjetif, leçons de histoire de la philosophie du droit, Paris, Dalos, 1962.
- Weil, Derecho administrativo, Madrid, 1989.
- Zagrebelsky, El derecho dúctil, Madrid, Trotta, 1997.

Zubiri, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.

Zumaquero, José Manuel, Bazán, José Luis, Hervada, Javier *Textos internacionales de derechos humanos*, tomos I y II.

1. Hemerografía

Bobbio, Norberto, *Presente y porvenir de los derechos humanos*, "Anuario de derechos humanos", Madrid.

Bulygin, Eugenio, en revista "Doxa" (cuadernos de filosofía del derecho), número 4, Alicante, España, 1987.

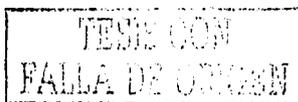
Calvo Chaparro, María, *Revista de Administración Pública*, núm. 128, mayo - agosto de 1992, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

Calvo Murillo, Virgilio, "El silencio positivo de la administración pública. Aspectos doctrinales - jurisprudenciales y legales", *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José Costa Rica, número 58, septiembre - diciembre 1987.

Calvo Murillo, Virgilio, "El silencio positivo de la administración pública. Aspectos doctrinales-jurisprudenciales y legales", *Revista de Ciencias*, San José Costa Rica, 37, 1998.

Carpizo, Jorge, "Los derechos humanos", *Pemex Lex Revista Jurídica de Petróleos Mexicanos*, México, número 41 - 42, noviembre - diciembre, 1991.

Cassin, René, "La Déclaration Universelle des Droits de l' Homme", *Recueil des Cours*, 1951.



- Correas – Massini, Carlos Ignacio, "El pensamiento contemporáneo acerca de los derechos humanos", Revista Persona y Derecho, Suplemento Humana Iura 1, Pamplona, 1991, p. 260.
- Cotta, Sergio, "Ii diritti dell'uomo: una rivoluzione culturale", Persona y Derecho, núm. 22, 1990.
- Cudola I Aguado Vicenc, "La evolución histórica del silencio administrativo: de los estatutos de Calvo Sotelo hasta la ley 30/1992", Revista de Administración Pública, Madrid, 1990.
- Fernández Pastrana, José María, "Reivindicación del silencio positivo: reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas", Revista de Administración Pública, Madrid, núm. 127 Enero - Abril de 1992.
- Fernández Ruiz, Jorge, "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", México, UNAM, Núm. 89 mayo - agosto de 1997.
- Fernández Ruiz, Jorge, "El derecho a la privacidad e intimidad", Revista Mexicana de Justicia, número 6.
- García Cuadrado, Antonio, "El Derecho de petición", Revista de derecho político, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, núm. 32, 1991.
- García, Enterría, Eduardo, "La crisis del contencioso administrativo francés, el fin de un paradigma", Reda, No 58, Abril-Junio, 1988.

González Pérez, Jesús, "El silencio administrativo", Revista de Derecho Procesal, Madrid, número 3, 1975.

González Pérez, Jesús, "Régimen jurídico del derecho de petición", Documentación Administrativa, número 40.

Legaz Lacambra, Luis, "La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre", Revista de Estudios Políticos, núm. 55.

Nieto, Alejandro, "La inactividad de la administración pública y el recurso contencioso administrativo", Madrid, Revista de Administración Pública, No 37, Enero- Abril, 1962.

Nieto, Alejandro, "La inactividad material de la administración: dos años después", Madrid, Documentación Administrativa, No 208, Abril-Diciembre, 1986.

Penagos, Gustavo, "Nueva época", Colombia, No 24, Julio-Agosto-Septiembre, 1994

Quadri, Ricardo P., "La cuestión de la coordinación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos", en Revista de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas, año XIX, 1970, número 37 – 38.

Rivero, Jean, "Sobre la evolución contemporánea de la teoría de los derechos del hombre", Anales de la Cátedra Francisco Suárez", Granada, 25, 1985.

Rubio, Ilorente, "Estudios en homenaje a Manuel García Pelayo", Revista politeia, Enero-Junio de 2001, No 26, 2001.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Sagüés, Néstor Pedro, "El Estado soberano en el Pacto de la Sociedad de las Naciones y en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas", en Revista del Colegio de Abogados, año 7, número 11, 1975.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso, "Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa", RAP, núm. 77, 1975.

2. Diccionarios

Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, Porrúa – Universidad Nacional Autónoma de México, 12a. ed., México, 1998.