

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO



EL DESVIO DE PODER EN LA FACULTAD DISCRECIONAL ADMINISTRATIVA Y SU CONTROL MEDIANTE EL JUICIO DE AMPARO

TESIS DE GRADO QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
MARIA ISABEL URRUTIA CARDENAS



FACULTAD DE DERECHO
COORDINACION DE EXAMENES
PROFESIONALES

SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO

MEXICO, D. F. 1985



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

	Pág.
PROLOGO	
CAPITULO I. BREVE REFERENCIA AL ESTADO MEXICANO SOCIAL DE DERECHO	
1. El estado de Derecho	2
2. La Juridicidad	8
3. El Principio de Legalidad	9
4. Poderes o Funciones Federales del Estado Mexicano Social de Derecho	10
5. El Poder Ejecutivo, Titular de la Administración Pública	19
6. El Acto Administrativo	23
CAPITULO II. EL PODER DISCRECIONAL ADMINISTRATIVO	
1. Concepto	29
2. Aspectos Generales de la Discrecionalidad en el Estado de Derecho	33
3. Origen	35
4. Su naturaleza	39
5. El elemento político	40
6. Su finalidad	42
7. Límites	43
8. Diferencia con otras figuras jurídicas	49
a) El arbitrio y las facultades discrecionales	49
b) Las facultades discrecionales y la arbitrariedad	54

c) Facultades discrecionales y Regla das	57
9. Formas Posibles de Discrecionalidad	61
a) Discrecionalidad en cuanto al fin	63
b) Discrecionalidad en cuanto a los- motivos	63
c) Discrecionalidad en cuanto al con- tenido	65
d) La denominada discrecionalidad -- técnica	66
10. La razonabilidad en la facultad dis- crecional del Administrador Público	69

CAPITULO III. EL DESVIO DE PODER

1. Características del desvío de poder- en el Consejo de Estado Francés. -- Acogimiento en el Derecho Mexicano	73
2. Concepto	82
3. Su relación con las facultades dis- crecionales	84
4. El control jurisdiccional	87
a) Técnica de control de la discre- cionalidad por el desvío de poder	87
b) El control por los tribunales de- Plena Autonomía	89

CAPITULO IV. EL CONTROL MEDIANTE EL JUICIO DE AMPARO

1. El Juicio de Amparo en el Estado So- cial de Derecho	93
2. El conocimiento por el Poder Judi- cial de las facultades discreciona- les del Administrador Público	95
3. El desvío de poder y el Juicio de Am- paro como sistema de control de la -- legalidad	97
a) El desvío de poder y la debida -- fundamentación y motivación legal en los actos de autoridad	99

Pág.

b) Opinión de la sustentante 102

TRADUCCIONES 103

CONCLUSIONES GENERALES 107

BIBLIOGRAFIA 111

PROLOGO

Ha sido considerado como uno de los más difíciles interrogantes científicos, por unanimidad de los doctos del derecho, la problemática que encierra el poder discrecional administrativo y el deseo por alcanzar un control eficaz sobre su distorsionamiento que conlleva al abuso de poder.

Tal motivo fué lo que me inquietó para la realización de un estudio sobre el fenómeno del poder discrecional. Sobre todo en el anhelo por encontrar un control al elemento político que encierra, para lo cual se ha utilizado, como base, la creación pretoriana francesa conocida como "detournement de pouvoir", la que durante un siglo controló y controla de manera efectiva el abuso a la facultad discrecional administrativa en Francia. Dicha causal, se ha dejado ver tímidamente en algunos Códigos que conforman nuestro ordenamiento jurídico.

Como primer punto tocaremos el tema sobre el sistema en que descansa un Estado Social de Derecho, en virtud de que -- nuestro régimen constitucional se ajusta a dicho modelo, la importancia que posee su estudio para nuestro tema radica, -- principalmente, en los cimientos sobre los que se estructura toda su actividad: el Derecho y el respeto a la legalidad; -- por lo cual resulta paródico que encontremos figuras que es

capan o pretenden escapar a cualquier tipo de reglamentación- básicamente jurídica.

El segundo punto consistirá en un análisis más amplio de las potestades discrecionales, ratificando nuestra intención- de manifestar la necesidad que tiene el Estado, y principal- mente su órgano gubernativo de contar con dichas potestades - para el logro de los fines encomendados: el bienestar social.

Sin embargo, la justificación jurídico-administrativa no es óbice para que éstas sean utilizadas apartadas del fin que condiciona el ejercicio de competencia de la administración, - pues si el fin alcanzado es distinto a las necesidades concre- tas del momento, al no encuadrar con los postulados que se -- desprenden de toda norma jurídica, debe ser anulado; de aquí- que la figura de anulación por fines ilícitos denominada "des- viación o desvío de poder" sea el personaje preferente en el- tercer punto y la forma como ha sido acogido en el Derecho me- xicano.

Es sin duda, el juicio de amparo el único medio para la- protección de nuestra Carta Magna y de la legalidad que deben revestir las leyes secundarias y los actos que de ellas emanen. - Por lo que, sin el deseo de quitar ni un ápice de importancia a tan grandioso instrumento jurídico, gloria del derecho mexi- cano, en el análisis tocado en el cuarto punto, se hace el es- tudio sobre la posibilidad de incluir en nuestro máximo Cuer- po de Derecho, como otra característica al principio de lega-

lidad, por lo que concierne a su incumplimiento, y el papel - que juega en ello el vicio del desvío de poder.

Asimismo, se transcriben las tesis jurisprudenciales, -- que a juicio de esta sustentante, reviste una gran importan-- cia en lo que concierne al uso de facultades discrecionales.

Finalmente concluiremos con algunas sugerencias y pers-- pectivas que pueden plantearse en esta materia, en el capítu-- lo de conclusiones generales.

"El valor de un pueblo se mide por su aptitud para la democracia".

EMILE GIRAUD.

CAPÍTULO I

BREVE REFERENCIA AL ESTADO MEXICANO SOCIAL DE DERECHO

1. El Estado de Derecho.

El Estado moderno es y debe ser un Estado de Derecho. La observancia de las normas jurídicas, que rigen la función estatal deben encontrarse en un plano de superioridad frente a cualquier otro tipo de poder; esto corresponde a una exigencia para el buen funcionamiento de la organización estatal.

El Poder debe servir al Derecho. El sentido y finalidad de un Estado de Derecho es la protección de los ciudadanos -- contra el abuso del poder público, del poder político, el -- cual sólo podrá ser cometido por los órganos del Estado y más particularmente por los funcionarios públicos, pues "sólo el poder ejercido por los gobernantes del Estado es un poder político" (1).

El Derecho, además de ser uno de los elementos esenciales del poder, constituye "un medio de acción del poder, una

(1) Maurice Duverger, "Instituciones Políticas y Derecho Constitucional". Editorial Demos. Barcelona 1970.

forma del poder, institucionaliza el poder, contribuye a legitimarlo. Pero no obstante comporta también elementos de - garantía contra el poder". (2)

Todos estos elementos de garantía contra el poder que - se encuentran presentes en toda Constitución Moderna encuentran sus bases o principios fundamentales, (sin los cuales - no se hablaría de un verdadero Estado de Derecho) en: el - - principio de legalidad, el principio de competencia y el de - controlabilidad e independencia judicial. El primero de - - ellos, consiste en que todos los actos del Estado, ya sean - gubernamentales y administrativos, estarán subordinados a la Ley, es decir, no podrán contravenir el sentido de ella, - - existiendo también una jerarquización de tales actos. El -- principio de competencia se refiere a que la actividad del - Estado quede comprendida en una suma de competencia mediante la división y distribución de poderes en: legislativo, ejecu - tivo y judicial, (de la que nos ocuparemos posteriormente); - y la controlabilidad e independencia judicial se entiende como el control judicial, (por jueces cuya actividad se encuentre ligada a las leyes y no a las prescripciones generales o in - dividuales de autoridades superiores) de los medios de poder.

Así pues, "puede caracterizarse como Estado de Derecho-

(2) Op. Cit., Pág. 40.

todo Estado que respete sin condiciones el derecho objetivo- los derechos subjetivos que existan" (3).

Al hablar de un Estado cuya actividad política se encuentra regulada por el Derecho, se hace patente la idea de un orden jurídico, de un conjunto de leyes, normas jurídicas mediante las cuales la actividad del poder del Estado estarán controlados, existiendo la supremacía de una ley originaria, una ley fundamental de la cual emanarán todas las leyes secundarias; la Constitución que deberá contener expresamente los derechos fundamentales y la división de poderes (4).

Teniendo con lo anterior la idea del Estado legalitario es necesario saber quien crea ese conjunto de normas del Derecho que dirigirá y sancionará la actividad del Estado. Para ello nos remitiremos al concepto de Ley dado por Karl - - Schmitt diciendo que Ley "es lo acordado por los órganos legislativos competentes, dentro del procedimiento legislativo prescrito". Pero ¡un momento!, con una simple definición -- nos damos cuenta que quien crea la Ley que regulará toda la-

(3) Schmitt Karl. "Teoría de la Constitución", Editora Nacional, 1966.

(4) Lowenstein Karl. "Teoría de la Constitución". Editorial-Ariel. Colección Demos. Biblioteca de Ciencia Política.- Segunda Edición, 1976. Págs. 150 y 151 "La Constitución de Haile Selassie, en Etiopía (1931), que en su artículo 5 establece: "En el Imperio Etíope el poder supremo yace en el emperador", no podrá ser considerada como una auténtica Constitución ya que prescinde de institucionalizar la distribución y la limitación del ejercicio del poder".

vida jurídica y política del Estado son los órganos que lo conforman.

De lo expuesto con antelación, se colige que el Estado-organizado sobre la base de las normas del Derecho, que tienen por misión limitar su poder, son creadas por él mismo, - debiendo el derecho imponerse a ese poder que lo crea y sanciona.

Doctrinariamente al Estado mexicano es posible considerarlo como un Estado de Derecho y más ampliamente, con base en nuestro pasado histórico, como un Estado Social de Derecho, en virtud de que presenta un régimen legal y administrativo encaminado para "reestructurar la sociedad y regular su substratum económico" (5).

Nos conlleva para afirmar dicha aseveración, las principales características obtenidas de su forma actual de gobierno:

1. Nuestra Carta Magna en el capítulo I del título Segundo en el artículo 40 establece:

"Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal, compuesta de -

(5) García Pelayo Manuel. "EL ESTADO SOCIAL Y SUS IMPLICACIONES", Cuadernos de Humanidades No. 1, Difusión Cultural, Depto. de Humanidades, U.N.A.M. 1975.

Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta Ley Fundamental".

Los rasgos que caracterizan a este Estado Federal son:- "La lucha permanente por una independencia política y económica cada vez mayor; las garantías sociales incorporadas a la Constitución de 1917; la concepción de la propiedad privada, como una función social en sentido estatutario; la Nación como propietaria originaria de los recursos naturales; y, la separación de la Iglesia y el Estado, consumada hace más de un siglo". (6)

Dentro de la Constitución de 1917, encontramos elementos de la estructuración del Estado y la sociedad para considerar a éste, como un Estado Social de Derecho; estos elementos se han plasmado materialmente hablando en los artículos 30, 27, 28, 39, 40 115 y 123 de nuestra Ley Suprema.

Con lo anterior se corrobora que la Constitución de 1917, fue la primera Constitución en el mundo eminentemente protectora de los derechos sociales y es ella y no la de Weimar, como pretenden hacer creer algunos autores, (7) la que dió origen a lo que en la doctrina alemana se denominó -

(6) González Cosío Arturo. "El Poder Público y la Jurisdicción en Materia Administrativa en México". Editorial Porrúa, Méx. 1982.

(7) García Pelayo Manuel, Op. Cit.

Estado Democrático Social de Derecho.

Sin embargo, creemos que es más correcto emplear el término Estado Social de Derecho, ya que "la democracia implica una forma de gobierno, caracterizándose por la aglutinación de diversos principios que se conjugan en declaraciones dogmáticas del orden jurídico fundamental del Estado; en instituciones jurídico-políticas, en demarcaciones normativas al poder público y en los fines estatales a cuyo servicio éste se ejercita" (8); y por lo tanto la democracia es necesariamente un régimen de Derecho ya que es en base a éste por el que se estructura y funciona; dicha estructuración se encuentra basada en los siguientes principios:

1. Declaración dogmática sobre la radicación popular de la soberanía.

2. Origen popular de los titulares de los órganos primarios del Estado.

3. Control popular sobre la actuación de los órganos Estatales.

4. La Juridicidad.

5. La división o separación de Poderes.

6. La justicia social". (9)

(8) Burgoa Orihuela Ignacio. "La Estructura Democrática del Estado". Revista de la Fac. de Der. de México No. 115, 1980

(9) Burgoa Orihuela Ignacio, Op. Cit.

Por la importancia que reviste para el tema a tratar, nos referimos al principio de juridicidad.

2. LA JURIDICIDAD

Como ha quedado manifestado con antelación en el Estado de Derecho el poder se encuentra supeditado a las normas jurídicas emanadas y acordes con la Constitución, la conducta que deben seguir los órganos del Estado encuentra su máxima representación en el principio de juridicidad, que para el Doctor Burgoa comprende los principios de superlegalidad constitucional y el de legalidad stricto sensu.

Por lo que respecta al principio de superlegalidad Constitucional, no es más que la famosa pirámide Kelseniana en cuya cúspide se encuentra incólume la supremacía de la Constitución respecto de la legislación secundaria, condicionando también a todos los actos de los órganos estatales para adecuarse con lo establecido por la norma Suprema.

La Constitución, por lo tanto es el módulo de validez de todo el actuar del Estado, ya que ningún acto de autoridad cualquiera que sea su naturaleza puede encontrarse en contraposición de lo establecido por ella.

Lográndose con ello asegurar la vigencia de la Constitución, es decir del fundamento de la estructura jurídica.

3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Nuestra Constitución contiene un catálogo de los derechos de libertad individual, así como de la colectiva, declarando que es ilegítima la intervención del Estado en esa esfera de libertad, la cual sólo podrá realizarse sobre las bases de las leyes creadas con anterioridad al caso concreto, pues todo acto del Estado necesita ineludiblemente de una correcta motivación y fundamentación legal.

Inclusive en la Constitución del 17, se consideró como una de las garantías individuales y, hoy por hoy sociales, de mayor trascendencia, encontrándose tuteladas por los artículos 14 y 16 que establecen las seguridades jurídicas.

Cabe hacer la aclaración que la debida fundamentación y motivación de los actos gubernamentales y administrativos, se refiere a que las leyes secundarias, ya sean formales o materiales no podrán oponerse a los preceptos de la Ley originaria, así como deberán contener el llamado principio de racionalidad (las leyes o actos) vital para el buen funcionamiento de un Estado Social de Derecho como lo es el nuestro.

Por lo anteriormente expuesto, en el Estado mexicano toda decisión particular ha de ir precedida de la emisión de una regla general que reglamente la materia y a la cual quedará sometida.

4. PODERES O FUNCIONES FEDERALES DEL ESTADO
MEXICANO SOCIAL DE DERECHO

La División de poderes, contiene uno de los principios del elemento del Estado de Derecho propio de toda Constitución Moderna. Es como dice Schmitt "el principio orgánico - destinado, a asegurar, al ponerse en práctica, la moderación y controlabilidad de todos los órganos de poder del Estado". (10).

En el artículo diéciseis de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano, que fué resultado de la Asamblea Nacional Constituyente de 1789, plasmó e hizo realidad la -- idea de la necesaria separación de los poderes, sostenida -- por el barón de Montesquieu en su egregia obra "El espíritu de las Leyes". En el mencionado artículo se establece que:- "La sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, no tiene - Constitución". (11)

A este fin ha servido la separación, más correctamente dicho distribución (12) de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, distribución que debió permitir asegurar la libertad de los hombres, establecer un gobierno de leyes y - combatir el Absolutismo, convirtiéndose así en el principio

(10) Schmitt Karl, Op. Cit.

(11) De la Cueva Mario, "La Idea del Estado" U.N.A.M. 1980.

(12) Kelsen Hans, "Teoría General del Estado" Méx. 1983.

básico de la organización de los Estados Constitucionales -- contemporáneos.

Decimos distribución de poderes, siguiendo a Kelsen en el sentido de que no obstante el principio de separación de poderes presupone las tres distintas funciones coordinadas - del Estado y el sentido de la libertad tomado como una participación en la legislación se consigue repartiendo las funciones entre los principales órganos, además como los actos del Estado son al mismo tiempo creación y aplicación del Derecho, las distinciones entre las diversas funciones poseen un carácter relativo.

Ello viene a confirmar la teoría denominada "Unidad del Poder Estatal", la cual adopta el carácter de postulado político, con el fin de no disminuir, sino de aumentar en lo posible el poder efectivo del Estado y de mantenerlo a salvo. Este poder, a su vez contendrá a los tres poderes aludidos, - estando coordinados y separados en cuanto a su organización: la de establecer las normas generales, la de tutelar el orden jurídico y declarar el derecho, así como la satisfacción de las necesidades sociales para lograr la armonía y el bienestar social, siendo por ello evidente la coordinación y colaboración de órganos distintos en la unidad del Estado.

Uno de los más preclaros defensores de esta teoría lo es el investigador Charles Eisenmann quien nos dice: "es --

inexacto afirmar que el ejercicio incontrolado, soberano, de la integración de cada una de las funciones estatales sea -- atribuída a una autoridad o a un grupo de autoridades absolutamente distinto. El poder legislativo -el poder de expedir las reglas legislativas- está confinado no únicamente al parlamento, sino conjuntamente al parlamento y al gobierno; el monarca recibe, en efecto un veto absoluto contra los proyectos de ley adoptados por las dos cámaras que no llegarán a - ser leyes más que por su consentimiento.

"Si el poder ejecutivo está encomendado en su totalidad solamente al gobierno, éste no lo ejerce, sin embargo en forma soberana. Montesquieu le reconoce al parlamento el derecho de controlar su actividad ejecutiva dentro de un Estado-Libre, el poder legislativo (entiéndase parlamento) tiene el Derecho y debe tener la facultad de examinar la forma en que son ejecutadas las leyes que él mismo ha expedido.

"La función jurisdiccional en fin, sería sin duda ejercida en principio por los Tribunales... el interés de la justicia lo exige que la actuación y el conocimiento de ciertos procedimientos criminales pertenecerán a las cámaras del Parlamento". (13)

Esta unidad corresponde a que no podríamos imaginarnos-

(13) Eisenmann, Charles, "L' Esprit des Lois" Anuario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Méx.1975.

a un poder ejecutivo independiente de la acción del Poder Legislativo y viceversa, pues se aludiría a regímenes de poder muchos de los cuales elevan a la dictadura.

Por ello, el llamado poder legislativo, cuya función -- viene siendo la creación de normas jurídicas generales, normas de grado superior que poseen la característica de ser -- formales-materiales, no posee el monopolio de la creación de la Ley, ya que la mayoría de las Constituciones que encarnan el principio de "separación de poderes", (incluyendo la nuestra), facultan al jefe del Ejecutivo para expedir leyes en - lugar de aquel, ya sea con o sin su autorización, de allí -- que surja una función legislativa del jefe del poder ejecutivo al emitir normas (reglamentos, leyes, decretos).

La CONSTITUCION de los Estados Unidos Mexicanos acoge - dicha institución en los siguientes términos:

"Artículo 49.- El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judi - cial.

No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en - un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo -

párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar".

El Estado Social de Derecho Mexicano constituye un reto histórico. Esta modalidad del Estado Democrático Liberal no niega los valores que éste ha perseguido; pero mientras el -segundo es fundamentalmente un Estado Legislador, el primero es un Estado Administrativo o "un estado gestor a cuyas condiciones han de someterse las modalidades de la legislación-misma (predominio de los decretos leyes, leyes medidas, etc), mientras que el uno se limitaba a asegurar la justicia legal formal, el otro se extiende a la justicia legal material". -
(14)

- Digo que es un reto histórico porque en México, como en muchos países latinoamericanos, en los que se considera a la Constitución como una Ley "sagrada", por que proviene del poder originario del pueblo, y como anteriormente ha quedado asentado, sirve de base para toda la amalgama de ordenamientos jurídicos que conforman la Estructura Jurídica y Política del Estado; sin embargo los cambios constantes en nuestra sociedad, las decisiones políticas relámpago, la creciente -deuda que conlleva a situaciones adversas en la economía nacional, obliga a los gobernantes a tomar medidas, dictar leyes, que en muchos de los casos por la crudeza de la reali--

dad presente se contraponen a los valores más sagrados que emanan de nuestra Carta Magna, modificándola para la realización de los fines perseguidos por la administración, destruyendo con ello la rigidez que debía protegerla. No es precisamente en la supremacía de las decisiones administrativo-políticas en donde radica el problema, sino en la calidad del material humano a quien se encomienda la función orgánica y por tanto en último término a la bondad del hombre. "Quien crea en la posibilidad de hombres buenos, sabios y justos, - que jamás abusarán de su poder, estará dispuesto a abandonar lo todo en sus manos" (15); desgraciadamente no ha sucedido así.

Podemos concluir que es vano esperar que las Instituciones políticas-democráticas funcionen en comunidades que de "facto" no sean socialmente democráticas.

Continuando con el tema, cabe decir siguiendo a Lambert, que nuestro régimen, es un régimen de "preponderancia presidencial", (16), adoptando a lo largo de la historia modalidades que lo caracterizan en una institución eminentemente nacional, poseedora de los siguientes factores:

Primero, al Presidente de la República, la Constitución

(15) Kelsen Hans, Op. Cit.

(16) Lambert, Cit. por Maurice Duverger. Instituciones Políticas y Derecho Constitucional, Colección Demos, Ediciones Ariel, Barcelona 1970.

le otorga una serie de facultades consistentes en funciones políticas, legislativas, administrativas y jurisdiccionales.
(17)

Segundo, al poseer el presidente, en cuanto a sus funciones una preponderancia enorme sobre los otros Poderes Federales, se fomenta y desarrolla el centralismo, en una Nación que por su pasado histórico, debe ser eminentemente Federalista.

Tercero, con lo anterior existe una ruptura del principio federal en la esfera de las potestades legislativas del Congreso.

Cuarto, el presidencialismo se encuentra reforzado por la existencia de un partido que predomina en las Cámaras - - (P.R.I.).

Quinto, corresponde todo lo anteriormente citado a la necesidad que tiene el pueblo mexicano, de escasa educación política, por personalizar el poder. (18)

Siguiendo con el esquema proporcionado por los artículos 39 y 49 constitucionales, podemos decir que los poderes federales se organizan como a continuación se manifiesta:

(17) Serra Rojas Andrés, "La Función Constitucional del Presidente de la República" Inst. Pol. Méx. 1962.
(18) Duverger Maurice, Op. Cit.

I.- El Poder Constituyente.- Este poder se encuentra por encima de toda Constitución, ya que ésta deriva de aquél. El poder constituyente, en un régimen democrático dimana y es la voluntad popular (art. 39). El pueblo mexicano delega a su vez, recurriendo al sistema representativo a un sistema orgánico, integrado por las voluntades de los poderes Ejecutivo (arts. 71 fracción I y 72 inciso A) y Legislativo (arts. 71 fracción II, 72 y 135) así como la mayoría de las Legislaturas de los Estados (art. 135).

II.- El Poder Legislativo.- Se encuentra integrado por las dos Cámaras del Congreso de la Unión: la de Diputados representante de la ciudadanía; y el Senado, representante de las Entidades Federativas y el Distrito Federal (arts. 50 a 52 y 56 respectivamente) también existe en los interregnos del Congreso una Comisión Permanente (arts. 78 y 79).

III.- El Poder Judicial.- Se encuentra previsto por los artículos 94 a 107 de la Constitución, así como en el III párrafo séptimo, las atribuciones de este poder de la Federación radican en la Suprema Corte de Justicia, Tribunales Colegiados de Circuito, Tribunales Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito.

"Las normas generales creadas por la legislación o la costumbre guardan esencialmente la misma relación con su - -

aplicación por los tribunales y las autoridades administrativas". (19)

En efecto, al igual que la función desempeñada por el - ejecutivo, la función judicial es al propio tiempo creación- y aplicación del derecho, ya que al resolver una controver-- sia que se suscite entre dos particulares o condenar a un -- acusado al cumplimiento de la sanción que el tribunal aplica, si bien se basa en una norma general de derecho positivo, al aplicarla la individualiza y crea con ello una norma indivi- dual.

El poder de juzgar, es como los otros dos poderes, una- simple delegación de soberanía. Esta verdad ha sido recono- cida, por lo menos, en el texto de nuestro máximo ordenamiento jurídico, además de declarar la existencia del poder judicial como poder independiente, sin embargo, como al mismo -- tiempo se han conservado las antiguas leyes que lo suponía - como una delegación del ejecutivo y además se han dictado algunas otras, poco conformes con aquel principio, ha resulta- do que en la práctica el poder judicial ni ha sido ni es considerado tan independientemente como los otros dos.

(19) Kelsen, Hans, "Teoría General del Derecho y del Estado"
U.N.A.M. 1979.

5. EL PODER EJECUTIVO, TITULAR DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

El titular del Poder Ejecutivo es el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, siendo sus colaboradores inmediatos los Secretarios de Estado, el jefe del Departamento del Distrito Federal, el Procurador General de la República, -- así como infinidad de organismos que dependen de él.

El poder ejecutivo realiza sus funciones mediante la actividad administrativa, constituyendo una actividad importantísima pues el Estado es principalmente una organización de servicios públicos cuyo desarrollo debe ser enmarcado por -- las normas jurídicas.

Como fue manifestado, México adopta un régimen en el -- cual se acepta la distribución de poderes, coordinación que implica colaboración entre los tres poderes federales, por -- lo que su distinción es más que nada de carácter cuantitativo que cualitativo (obligatoriedad de la Jurisprudencia de -- la Suprema Corte de Justicia como si fuera una norma legal, -- facultades legislativas para el Ejecutivo, en los casos previstos en los artículos 29 y 131 constitucionales, funciones judiciales del Congreso para conocer de determinados delitos, etc.).

Así también, encontramos que a la administración considerada en un sentido estricto, como dice Fleiner: "todo aque

llo que se ocupa el Estado fuera de la Legislación y justicia, es administración".

Sin embargo la función administrativa en sentido lato no es privativa del órgano ejecutivo, ya que también la realizan los otros dos poderes, en lo que se refiere a su organización interna; no nos ocuparemos en dar las distinciones entre las funciones que desempeñan cada uno de los tres poderes, pues existen infinidad de tratadistas que aluden al tema, además de que la brevedad del capítulo no nos lo permite.

(20)

La función que realiza el poder ejecutivo, no se limita, como dice Kelsen a la creación y aplicación de la ley ya que al poder ejecutivo es posible apreciarlo bajo dos aspectos: como gobierno o poder político y como poder administrativo.

Es necesario dilucidar ambos campos, en el sentido que para el desarrollo de la discrecionalidad administrativa aún existen dudas de que ésta se produzca en los actos administrativos generales (que podrían ser actos de gobierno), o únicamente en los actos individuales.

Para Fraga el ejecutivo como gobierno o poder político se define por la situación que guarda dentro del Estado, con

(20) Urzúa Macías Efraín, Teoría Administrativa, Editorial - Universitaria, Guadalajara, 1965, Tercera Edición.

relación a éste y a los demás poderes en que se divide el -- ejercicio de la soberanía.

La situación del ejecutivo como Poder Administrativo se define como la relación con la ley que ha de aplicar y ejecutar en casos concretos.

Así pues, diremos que la administración funciona como -- un complejo orgánico regido por relaciones de dependencia -- que se revelan en el derecho a dar instrucciones del órgano superior y en el deber de obedecerlas del inferior, la cual se realiza mediante la llamada instrucción o circular que es "un acto ejecutivo, en cuya virtud un órgano ejecutivo prescribe a otro sí ha de hacer y como, uso de su competencia".

(21)

El Estado Mexicano, como Estado Social de Derecho, re-- viste y se encuentra ante un fenómeno de compenetración jurídica de todas las actividades del Estado, que incluyen a la administración, por lo tanto no se puede considerar en este tipo de régimen a la administración como una actividad libre. Independientemente de que sea un Estado eminentemente admi-- nistrativo, ya que ello corresponde a que se le concede a la administración un espacio relativamente grande dentro del -- sistema funcional y posee una situación preponderante respecta

(21) Merkl Adolf, "Teoría General del Decreto Administrativo" Editora Nacional. Méx.

to a las otras dos actividades estatales. La administración en un Estado Social de Derecho es un función jurídica, lo -- que hace imposible su libertad frente al derecho.

No podríamos, por lo tanto concebir la existencia en un Estado legalitario, de facultades discrecionales aboslutas, - ya que su uso se encuentra supeditado, por un lado a lo que marca la norma jurídica y por el otro al principio de razona bilidad que debe revestir todo acto de autoridad; sobre este punto continuaremos hablando en el siguiente capítulo.

Decíamos al inicio de este inciso, que el Presidente de la República es el titular del Supremo Poder Ejecutivo de la Unión, el que, entre otras funciones desempeñaba la administrativa y la gubernamental. Nuestro interés se encuentra -- centrado en las funciones administrativas delegadas en los - diversos órganos que conforman al "monstruo" burocrático, ya que las funciones gubernamentales se materializan en actos - eminentemente políticos.

Para cumplir con el objetivo propuesto será necesario - conceptualizar lo que es la función administrativa diciendo:

Es aquella función del Estado que es realizada por el - Poder Ejecutivo al aplicar o ejecutar las leyes, mismas que - al concretizarse en actos materiales, buscan la satisfacción de necesidades, manteniendo con ello los servicios públicos - y la seguridad interior y exterior del Estado.

6. EL ACTO ADMINISTRATIVO

De la acepción de función administrativa, desprendemos que ésta se realiza o concretiza mediante actos.

"Podemos decir que el acto administrativo puro, es una declaración concreta y unilateral de voluntad de un órgano de la Administración activa, en ejercicio de la potestad administrativa" (22)

La clasificación del acto administrativo se realiza siguiendo diversos criterios de caracterización. Independientemente de las que reúne en forma general: "su presunción de legitimidad y su ejecutoriedad inmediata". (23)

Siguiendo a Fraga, la clasificación quedaría como a continuación se expone:

I. Desde el punto de vista de su naturaleza:

a) Actos materiales.- sin efectos jurídicos, pero importan en cuanto a que:

1. Condicionan la validez de un acto jurídico.
2. Integran el procedimiento de la formación o de la ejecución de un acto jurídico.

b) Actos Jurídicos.- Aquéllos que crean, modifican o -

(22) Urzúa Macías Efraín, Op. Cit.

(23) Ibidem.

extinguen situaciones jurídicas particulares y los -
actos condición.

II. Por las voluntades que intervienen en su formación:

a) Actos unilaterales o actos simples.

b). Actos plurilaterales.

b1) Acto Colegial o Colegiado.- aquél en que inter--
viene un sólo órgano con varios titulares que --
son los consejos, comisiones y cuerpos municipa-
les.

b2) Acto complejo o colectivo.- aquélen que intervie-
nen varios órganos, como los actos del presiden-
te con refrendo del secretario o secretarios res-
pectivos.

b3) Acto Unión.- Como el nombramiento de un empleado
público.

b4) Contratos Públicos o Administrativos.

III. Desde el punto de vista de la relación que guarda su ma-
nifestación de voluntad con la Ley:

a) Acto obligatorio, reglado o vinculado.

b) Acto Discrecional.

IV. Por su radio de acción:

a) Internos.- Que producen efectos sólo dentro de la Ad-
ministración.

b) Actos externos.- Que producen efectos fuera de la Ad-

ministración.

V. Por su finalidad:

- a) Actos preliminares y de procedimientos.
- b) Actos ejecución.
- c) Decisiones y resoluciones.

VI. Por su contenido y efectos jurídicos:

- a) Actos destinados a restringir o limitar la esfera jurídica de los particulares.
- b) Actos de expropiación.- Procedimiento en virtud del cual el Estado impone a un particular la cesión de su propiedad cuando existe una causa de utilidad pública, mediante el cumplimiento de ciertos requisitos, de los cuales el principal es la indemnización que el particular expropiado recibe por la privación de su propiedad.
- c) Actos destinados a ampliar la esfera jurídica de los particulares, por ejemplo: Admisión, aprobación dispensa o condonación, las autorizaciones, licencias, permisos, concesiones, funciones como de la policía del Estado como atribuciones que lo facultan para efectuar los derechos de los particulares a fin de asegurar en un orden primario la tranquilidad, la seguridad y la salubridad pública.
- d) Actos destinados a hacer constar la existencia de un

. Estado de Derecho.- Registro, certificación, autentificación, notificación y publicación.

Existen en la Doctrina una gran cantidad de clasifica--
ciones del acto administrativo, una de las más conocidas es--
aquella que sigue el criterio según las consecuencias generales
o particulares del acto, dividiéndolo en: Actos indivi--
duales y Actos reglamentarios.

El reglamento es una fuente importantísima del Derecho--
Administrativo, desde un punto de vista formal se le ha con--
siderado como un acto administrativo y desde un punto de vista
material como un acto legislativo, postura adoptada por -
nuestra Suprema Corte de Justicia.

"El Reglamento es una norma o conjunto de normas jurídicas
de carácter abstracto e impersonal que expide el Poder -
Ejecutivo en uso de una facultad propia y que tiene por objeto
facilitar la exacta observancia de las leyes expedidas --
por el Poder Legislativo. (24)

El objeto del reglamento es el de proveer a la más exacta
aplicación de la ley por lo tanto, se encuentran subordi--
nados a la ley y no pueden contradecirla, ni ir más allá de -
los límites de aplicación que la ley señala.

El artículo 89 de nuestra Ley Suprema en su fracción I,

(24) Fraga Gabino, Derecho Administrativo, Ed. Porrúa, México, 1977.

otorga al jefe del Ejecutivo de la Unión de facultades promulgatorias y ejecutorias de ley, entre las que se encuentra la reglamentaria.

Al reglamento lo podemos considerar como ley en sentido material, ya que lo expide el órgano administrativo.

Existen también los denominados reglamentos autónomos - que no aplican ley alguna, sino que hacen referencia a una determinada actividad administrativa, con este tipo de reglamentos existen dudas sobre su validez jurídica, independientemente de que la teoría del Derecho Administrativo reconoce su existencia y validez, basándose en el artículo 21 de nuestra Ley Suprema. Como ejemplo de este tipo de reglamentos - tenemos el reglamento de policía y tránsito, etc.

Los actos individuales de las autoridades administrativas presentan una diversidad mayor que los actos jurídicos - generales. Al crear situaciones jurídicas para un caso individual entran en paralelo con las sentencias judiciales, pudiéndolos dividir por lo tanto en actos declarativos que - - constituyen las resoluciones administrativas y actos constitutivos que son las disposiciones administrativas.

Dentro de los actos constitutivos se señalan a las concesiones, permisos, autorizaciones y los contratos de Derecho Público y como ejemplo de actos declarativos tenemos a - las certificaciones.

"La discrecionalidad, es el
caballo de Troya en el Esta
do de Derecho".

Hans Huber

CAPITULO II

EL PODER DISCRECIONAL ADMINISTRATIVO

1. CONCEPTO

Como ha quedado asentado en el capítulo anterior, un Estado Legalitario debe velar por la conservación de los principios fundamentales que lo conforman y dan vida, uno de los más importantes es el principio de legalidad mediante el - - cual el Estado no puede realizar actos individuales que no - estén previstos o autorizados por disposición general o anterior.

El Estado Social de Derecho, un Estado preponderantemente administrativo realiza funciones mediante actos adminis--trativos predominando los denominados discrecionales o que - se hacen libremente.

Conviene advertir que ese modo discrecional de obrar no es privativo en el Estado de la Administración como función--del Estado, se encuentra más o menos desenvuelto en todas -- las funciones del Estado.

Existe en el más alto grado en la función legislativa, - para la cual las cámaras, por lo general no están ligadas --

por ninguna norma general imperativa anterior. Existe a título excepcional sólo en la función judicial y como ya había dicho, existe por fin a título de hecho normal y habitual en las funciones gubernamentales y administrativa del poder ejecutivo.

Michoud considera que "hay poder discrecional siempre - que una autoridad obre libremente, sin que su conducta le sea dictada de antemano por una regla de Derecho". (25)

Sin embargo, nosotros creemos que esta libertad de los órganos del Estado deberá estar condicionada por factores de la Ley, pues su deficiente utilización conlleva a lo denominado por la teoría francesa como desvío de poder.

Al poder discrecional de la administración jamás se le ha hecho un estudio profundo en nuestra literatura jurídica, de allí que existan infinidad de conceptos respecto a la naturaleza de esta figura. (26)

Gabino Fraga, citando a Bonnard sostiene "que hay poder discrecional para la administración cuando la ley o el reglamento previendo para la administración cierta competencia en ocasión de una relación de Derecho con un particular dejan a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, en que momento debe obrar, cómo-

(25) Michoud, cit por Posadas Adolfo. en su "Tratado de Derecho Administrativo".

(26) Conf.- Carrillo Gamboa. Primer Congreso Internacional de Justicia Fiscal y Administrativa, celebrado en la ciudad de México en agosto de 1981.

debe obrar y qué contenido le va a dar a su actuación.

"El poder discrecional consiste en la libre apreciación dejada a la administración para decir lo que es oportuno hacer o no hacer".

Para Miguel Acosta Romero, la Facultad Discrecional consiste en "la facultad que tienen los órganos del Estado por-determinar su actuación o abstención y si deciden actuar que límites le darán a su actuación y cual será el contenido de-la misma; es la libre apreciación que se le dá al órgano de la administración pública con vistas a la oportunidad, la necesidad, la técnica, la equidad, o razones determinadas que-pueden apreciar circunstancialmente en cada caso, todo ello-con los límites consignados en la ley".

Linares dá un concepto provisorio de facultad discrecional:

"Poder o competencia discrecional de la administración-es el que resulta de leyes que dejan sin determinar aspectos esenciales de los actos de aplicación de tales leyes".

Adolfo Posadas en su obra de Derecho Administrativo, dice "Considérase como facultad discrecional aquella facultad-atribuída a la administración, concebida y definida como poder y función del Estado, y en virtud de la cual aquella procede y actúa según su libre apreciación de las circunstan- -cias y condiciones en que ha de moverse".

En la Enciclopedia Jurídica Omeba encontramos:

"Debe entenderse por facultad discrecional aquellas - - cuando el órgano administrativo se encuentra investido de facultades o poderes para obra o no obrar, para obrar en una o en otra forma, para obrar según su discreto y leal saber y entender, para la mejor satisfacción de las necesidades colectivas que constituyen la razón de su obrar, por cuanto la ley le otorga cualquiera de esas posibilidades en forma expresa o tácita, entonces diremos que nos hallamos frente al ejercicio de facultades discrecionales.

Para Eduardo Ortiz, "la discrecionalidad es la libertad dejada a la administración para escoger y crear la configuración de los elementos materiales del acto administrativo que no han regulado la ley y la jurisprudencia".

Siguiendo a Carrillo Gamboa, podemos distinguir tres posturas del concepto de la facultad discrecional:

a) La que considera a la facultad discrecional como una libertad que el orden jurídico da a la administración para la elección oportuna y eficaz de los medios y al momento de su actividad, dentro de los fines de la ley;

b) Aquella que describe a la facultad discrecional como la potestad que tiene la administración de apreciar el interés público con el fin de decidir la conveniencia o no de la acción administrativa.

c) La que sostiene que se presente cuando la autoridad está capacitada para obrar con fundamento en hechos cuya prueba o no es posible o no está obligada a suministrar.

Dentro del primer inciso incluye conceptos como el del tratadista argentino Bielsa, quien sostiene que lo discrecional es la libertad que la autoridad tiene para que elija el camino, los medios y el momento de su acción, precisamente para la mayor satisfacción del propósito de la ley.

Dentro del segundo inciso, se citan conceptos como los del jurista Manuel María Díez "cuanto que la autoridad o no puede o no está obligada a probar elementos o datos de esa generalidad". (27)

Antes de continuar y aventurarnos a realizar una acepción personal de lo que es la facultad discrecional delimitaremos las características que le son propias y su naturaleza jurídica; así como las diferencias que tiene con otras figuras de la ciencia del Derecho Administrativo.

2. ASPECTOS GENERALES DE LA DISCRECIONALIDAD EN UN ESTADO DE DERECHO

Para poder preservar y consolidar al "Estado de Derecho", al derecho administrativo se le ha encomendado un objeto

(27) Antonio Carrillo Flores, Op. Cit.

tivo fundamental, que radica en la protección al principio de legalidad y el control de la legitimidad para que, la actividad administrativa se desarrolle y se mantenga el marco de la juridicidad.

Con el fin de controlar el imperio de la administración pública en bien de la seguridad del ciudadano, el principio de legalidad, exige manifestarse y materializarse en un conjunto de normas jurídicas; no obstante que para algunos tratadistas consideren como opuesto "al derecho administrativo-objetivo en la actividad administrativa al arbitrio subjetivo de la administración... apareciendo la administración como producto de los dos factores, derecho administrativo y --discrecionalidad administrativa". (28)

No compartimos la idea de que la discrecionalidad sea una excepción al principio de legalidad, en un sistema legal como el nuestro no existe la facultad discrecional absoluta, así como sostuvimos con antelación, que a la administración tampoco se le puede considerar como la actividad libre del Estado, ya que el "estado de derecho" ha "juridizado" el concepto de "libertad" de tal manera que ésta ya no consiste en la posibilidad entendida como "hecho", sino concebida como "derecho", transformándose, así en una facultad jurídica pa-

(28) Merkl Adolf. Op. Cit.

ra establecer relaciones que creen, modifiquen, o extingan -
derechos y deberes.

No obstante de que toda la actividad de la administra--
ción pública se halla delimitada por el derecho, a la discre
cionalidad se le ha utilizado como bandera política para jus
tificar el "intervencionismo" estatal en la esfera jurídica
de los gobernados.

3. ORIGEN

El origen o fuente de la discrecionalidad administrati
va lo podemos encontrar en el momento en el cual el órgano -
ejecutivo aplica la ley, existiendo en todo acto de aplica--
ción por un lado una parte de autonomía y por la otra, parte
de heteronomía, esto ocurre cuando la norma superior no sumi
nistra todos los elementos de la actividad ejecutiva o norma
de aplicación.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico tiene sólo dos mo
dos de establecer lo que ella permite:

a) declarar que todo lo que no está prohibido se encuen
tra permitido, y

b) disponer que todo lo que no está permitido se encuen
tra prohibido.

Ambas fórmulas deben ser empleadas en un Estado Legali
tario, pues con ello se delimita la órbita de actuación del-

Estado respecto de las libertades individuales.

Por un lado el administrado tiene permitido todo aquello que expresamente no se le ha prohibido. Mientras que al Estado le está prohibido todo lo que no tiene constitucionalmente permitido.

"Esta es la razón jurídica en cuya virtud la aptitud para obrar en el derecho privado (capacidad) se halla normada en sentido negativo -es decir que, si la incapacidad no se ha establecido, se entiende y debe interpretarse que el sujeto de derecho es capaz- mientras que la aptitud de obrar o decidir en el derecho público y, específicamente, en el derecho administrativo (competencia), se encuentra normada en sentido "positivo" es decir que, si no se ha otorgado la facultad o atribución pertinente, se entiende y debe interpretarse que el órgano que a nombre del sujeto de derecho (del que forma parte) decide, carece de competencia para actuar o adoptar decisiones". (29)

Cuando el ordenamiento jurídico deja libre al órgano competente la determinación del motivo o el contenido o el fin del acto estamos en presencia de facultades discrecionales.

Lo anterior, considerándolo "a priori" no debería de

(29) Scagliarini Amadeo F.J. "Introducción al Estudio de la Discrecionalidad en el Derecho Administrativo", Revista "La Ley", Buenos Aires, Argentina 13 de abril de 1970.

ocurrir, pues el ideal de un Estado de Derecho sería tener una regulación exhaustiva de la conducta autoritaria de la administración por leyes que emanaran del Congreso de la Unión, pero recordemos que la Ley tiene, entre otras características el ser preventiva y abstracta frente a la realidad social, por lo que sería imposible que previera y ordenara todo cuanto pudiese acontecer, es por ello que tiene que confiar a la autoridad administrativa, quien por la naturaleza de sus funciones posee un mayor contacto con la realidad social, para que regule las relaciones del Estado con el ciudadano según el criterio de los funcionarios, criterio que al convertirse en posibilidad de obrar encuéntrase jurídicamente vinculada al derecho positivo y a los principios generales del derecho que de éste emanan.

Así nace la discrecionalidad como la libertad de la administración para determinar y decidir su conducta imperativa frente a otros sujetos en cuanto a los aspectos de esa conducta no regulados por la Ley.

La imposibilidad de una regulación anticipada, producto de la naturaleza de las cosas (hechos sociales), no es óbice para considerar o hacer a un lado la importancia de la función legislativa pues la historia ha dejado manifiesto que "lo de ayer fue libre y sin regulaciones es hoy una porción-rigurosa reglamentada de la acción administrativa". (30)

(30) Ortiz Eduardo, Revista Judicial, Costa Rica 1984.

Tanto el Órgano ejecutivo como el judicial al aplicar - la norma jurídica a un caso concreto, crean derecho, normas- jurídicas individuales que se concretizan mediante actos - - creados o mediante el ejercicio de libertad o arbitrio; este arbitrio es consubstancial al momento mismo de aplicación y- por ello constituye un arbitrio necesario u ordinario del de- recho. Pero este tipo de arbitrio en la norma jurídica no - es el denominado por la doctrina como arbitrio extraordina-- rio o discrecional.

Si el Poder Legislativo como Órgano estatal que crea de- recho aplicado por los otros Órganos, deja ciertas cláusulas que incluye en la ley y confiere una libertad a su "leal sa- ber y entender" a los ejecutantes de las denominadas "fórmu- las de goma" por Gény o "fórmulas elásticas" por Linares, en virtud de que existen cierta categoría de relaciones socia-- les complejas, variantes y diversas, resultando imposible su regulación legal, se deja a las aplicadoras una libertad am- plísima, que encontramos en frases como: "espectáculos inde- corosos", "atente contra las buenas costumbres", "por causa- de utilidad pública", etc. etc.

Para Kelsen y Merkl esta cantidad de fórmulas dependerá de la "técnica" legislativa utilizada al dictarse la norma.- Esta es la razón por la que ambos tratadistas consideran co- mo fuente de la discrecionalidad a las fórmulas especiales e insuficiencia de la Ley.

Algunos juristas como Scagliarini no comparte dicha postura al considerar que yerran "la generalidad de autores que tratan el tema al pretender explicar o justificar la existencia de la actividad discrecional en la circunstancia de que las normas no pueden preveer siempre la solución a dar ante la infinita variedad de casos y supuestos susceptibles de -- plantearse. Desde tal punto de vista y, aunque no se lo confiese expresamente, la discrecionalidad vendría a ser un "defecto" del derecho o, por lo menos, una "imposibilidad material" para poder regular normativamente aquellos distintos casos y supuestos". (31)

Este autor encuentra el origen de la discrecionalidad en el propósito que tuvo el legislador de dar una solución "a posteriori", más acertada, o que sobreviniese en el momento adecuado, es decir que la facultad discrecional surge precisamente al preveer los cambios socio-jurídicos, para una buena aplicación de la ley.

4. SU NATURALEZA

El poder discrecional posee dos interesantísimos aspectos: uno político y el otro meramente doctrinario. Del político nos ocuparemos cuando toquemos la parte referente al mismo. Al respecto únicamente diremos que durante mucho tiempo se le consideró, precisamente por ser una de las "en-

(31) Scagliarini, Amadeo F.J. Op. Cit.

carnaciones del Estado", como algo ajeno al derecho, esto -- fue sostenido por los neo-legistas del derecho alemán, La- - band, Jellineck, etc. Posteriormente los novísimos legistas lo consideraron como un "poder jurídico", pero liberado de - la coercibilidad del derecho.

Fue hasta hace menos de un siglo que Francia e Italia - desalojaron la idea de la teoría de la incontrolabilidad, -- merced a las extensiones acordadas a los recursos contencio- so-administrativos de ilegitimidad, hasta el grado de escu- char a firmar a León Duguit que "en Francia ya no existían - los poderes discrecionales de la administración.

En efecto, de lo citado anteriormente se colige que el poder discrecional administrativo se encuentra dentro del de- recho y no fuera de él, por lo cual su naturaleza es eminen- temente jurídica, por así exigirse en un Estado Social de De- recho, encontrándose, por lo mismo sujeto a él.

Se encuentra dentro del derecho y no fuera de él, por-- que es expresión misma de la aplicación de la norma jurídica hecha ley mediante la cual se manifiesta el derecho, no es - el arbitrio conatural de ella, sino que viene siendo un arbi- trio extraordinario.

5. EL ELEMENTO POLITICO

La atribución discrecional en un sistema de Ejecutivo -

Presidencial como lo es el de México, es sumamente peligroso.

Como ya quedo citado en el primer capítulo, el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos posee una serie de atribuciones que los otros poderes no tienen, y su control, prácticamente en la realidad nacional no existe.

El poder discrecional del ejecutivo es autónomo, es decir, no es delegado por el Congreso como ocurre en los sistemas parlamentarios europeo al ser la mayoría la que elige al Presidente mexicano, se veda la oportunidad a la minoría, que también es pueblo para decidir, la postura jurídico-política que deberá seguir la Nación. Ello se hace patente sobre todo con las facultades reglamentarias, de expedición, de iniciativa y otras que posee el ejecutivo para la exacta-observancia del orden jurídico.

Independientemente de lo anterior, políticamente siempre se ha tratado de justificar mediante las facultades discrecionales, a la actividad administrativa como una actividad libre frente al derecho, lo que oculta un postulado político inconciliable con el derecho positivo. Además, si bien, como ya dijimos anteriormente, todo Órgano estatal goza de Poder Discrecional el de la administración reclama fueros que los otros poderes, por ejercitarlo no con la constancia de éste no aparejan ninguna preocupación y, al ser el Poder Discrecional administrativo una de las encarnaciones actuales -

de la "ragione di Stato" (32), se considera como una posible y constante amenaza a la libertad individual.

6. SU FINALIDAD

La discrecionalidad es una necesidad de la administración pública que busca la satisfacción de las necesidades de una colectividad, mismas que no pueden ser humanamente determinadas en punto, medio, oportunidad, ectétera en forma rígida bajo un esquema legislativo fijo.

La facultad discrecional, es por lo tanto un instrumento precioso que tiene en sus manos los órganos del poder público para aplicar la ley de acuerdo con las necesidades del caso-concreto que se plantea; "es una herramienta jurídica que la ciencia del derecho entrega a la administración, para que la gestión de los intereses sociales se realice respondiendo a las necesidades de cada momento". (33)

Podemos concluir al respecto, que la finalidad pretendida mediante el uso adecuado de facultades discrecionales administrativas consiste en asegurar una adecuación del acto autorizado con el fin público que debe perseguir, razón por la que se otorga la respectiva potestad.

(32) Maquiavelo, Nicolás. "El Príncipe", Buenos Aires, Argentina, 1957.

(33) Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XI, Editorial Bibliográfica, Buenos Aires, Argentina.

7.- LIMITES

Algunos de nuestros máximos exponentes del Derecho Administrativo consideran que los límites a las facultades discretionales los encontramos plasmados en los numerales 14 y 16 de nuestra ley Suprema los que a la letra dicen : (34)

"Artículo 14.- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales -- del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito - que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley y, a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho."

"Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive -

(34) Carrillo Gamboa. Op. Cit.

la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persigan de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial. En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluir la un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de-

los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente."

Lo anterior es en virtud de que como el artículo 14 constitucional, al consagrar la garantía de audiencia, permite al gobernado exigir de la autoridad el cumplimiento de las reglas esenciales del procedimiento que contengan las leyes administrativas.

Así también el artículo 16 acoge la garantía de legalidad, la cual hace referencia a dos nociones: Fundamentación y motivación.

Como indica el Dr. Burgoa en su libro relativo a las garantías individuales: "la exigencia de fundar legalmente todo acto de molestia impone a las autoridades diversas obligaciones que se traducen en las siguientes condiciones:

I.- En que el órgano del Estado del que tal acto provenga, esté investido con facultades expresamente consignadas en la norma jurídica (ley o reglamento) para emitirlo.

II.- En que el propio acto se prevea en dicha norma;

III.- En que su sentido y alcance se ajusten a las disposiciones normativas que lo rijan.

IV.- En que el citado acto se contenga o derive de un mandamiento escrito, en cuyo texto se expresen los preceptos específicos que lo apoyen." (35)

Por motivación vamos a entender como la expresión de las circunstancias de hecho y de derecho en virtud de las cuales la autoridad administrativa exterioriza el acto.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en varias ejecutorias ha formulado jurisprudencia en relación a los límites de la facultad discrecional, sobre ella encontramos en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1917 a 1975, -- Tercera Parte, Segunda Sala, Tesis Jurisprudencial 396, visible a fojas 653, que a la letra dice:

"El uso del arbitrio o de la facultad que se concede a la autoridad administrativa puede censurarse en el juicio de amparo, cuando se ejercita en forma arbitraria o caprichosa, cuando la decisión no invoca las circunstancias -- que concretamente se refieren al caso discutido, cuando éstas resultan alteradas o son inexactos los hechos en --

35) Burgoa Orihuela Ignacio, "Las Garantías Individuales". Editorial Porrúa, México, 1977.

que se pretende apoyar la resolución, - o cuando el razonamiento en que la misma se apoya es contrario a las reglas de la lógica."

Encontramos también la Tesis jurisprudencial sostenida -- por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al manifestar lo siguiente:

"Si los artículos 724 y 727 del Código Aduanero determinan que es facultad de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público conceder la exención de impuestos a la importación cuando se satisfagan las condiciones establecidas para ello, debe tenerse en cuenta que esos preceptos otorgan facultades discretoriales a la Secretaría de Hacienda y -- Crédito Público para conceder o negar la exención, pero tal facultad habrá -- de ejercitarse en forma razonable, justa y conforme a argumentos lógicos de parte de la propia Secretaría y si ninguna razón se dió en el caso que pudie -- ra justificar la negativa de importación en franquicia solicitada por la -- actora, cabe concluirse que fueron ine -- xactamente aplicados los artículos 724 y 725 del Código Aduanero, que al con -- ceder facultades discretoriales a di -- cha dependencia del Ejecutivo, no se -- las dá en forma arbitraria para con -- ceder o negar las exenciones de acuerdo -- con un criterio subjetivo propio, sino -- que debe proceder de acuerdo a los re -- quisitos y condiciones señalados en -- los preceptos que se mencionan, con ba -- se en apreciaciones lógicas y razona -- das del interés público, de los servi -- cios a los que se destinan los bienes -- materiales de la importación de manera -- que se determine fundamentalmente la -- negativa de la exención."

Visible en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federa

ción 1917-1975, Sexta Parte, Tribunales Colegiados de Circui--
to, Tesis Jurisprudencial número 45, página 80.

Como ejemplo de otras tesis, tenemos la tesis relacionada de los Tribunales Colegiados de Circuito en materia administrativa, visible en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975, Sexta Epoca, Tercera Parte, Página 655, que dice:

FACULTAD DISCRECIONAL DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA. DEBE EJERCITARLA RAZONANDOLA DENTRO DE LA LEY.- "Es in--
fundado el argumento de que obra dentro de la Ley al conceder o negar licencias para el expendio de bebidas -
alcohólicas en uso de la facultad dis
crecional que la misma le confiere, -
pues aún en ese supuesto, cabe precisar que el hecho de que una autoridad cuente con facultades discrecionales para la realización de determinadas -
actividades, no la libera de la obligación de fundar y motivar debidamente sus resoluciones, ni la facultad para obrar en forma arbitraria y caprichosa."

De las tesis jurisprudenciales y relacionada, transcritas con antelación, entendemos que la postura adoptada por nuestro Máximo Tribunal de Justicia, por lo que respecta a los límites de facultades discrecionales, radica principalmente en conside
rar que ésta sea realizada en forma razonable, oportuna y conveniente. Es decir, no únicamente se limita a una debida fundamentación formal, sino que exige, con base en los tres elementos encontrados, una motivación adecuada, en base al mérito, que justifica la emisión del acto, no exclusivamente en apre--

ciaciones subjetivas del órgano competente para emitirlo.

8. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS JURIDICAS

a) El arbitrio y las facultades discrecionales.

Parece ser que la mayoría de los tratadistas utilizan ambos términos, si no como sinónimos, sí de una forma indistinta. Nosotros consideramos que aunque doctrinariamente sea muy sutil la diferencia entre ambas figuras, en la práctica su importancia se agiganta en el sentido de que es necesario dilucidar las perfectamente para lograr una buena administración de la justicia.

"La ciencia jurídica entiende bajo el concepto de arbitrio el fenómeno de la libertad jurídica del órgano estatal, una libertad del órgano que no está condicionada, o, por lo menos, lo está de modo distinto que la restante actividad de los órganos por el derecho objetivo, y que, depende, por lo tanto de la decisión propia del órgano en cuestión." (36)

"El arbitrio es la facultad que tiene el órgano de actuar libremente, expresando su propia voluntad y por tanto sin estar jurídicamente vinculado o con una vinculación laxa o débil, que le permite libertad de acción." (37)

(36) Merkl Adolf, op. cit.

(37) Urzúa Macías, Efraín, op. cit.

Al realizar una comparación entre las acepciones arriba anotadas, con las que anteriormente dimos de facultad discrecional, podemos darnos cuenta de que no varían demasiado. En efecto, doctrinariamente hablando, somos partidarias de la teoría que ve a la facultad discrecional como una especie de arbitrio, no el conatural u ordinario que se utiliza al aplicar y crear una norma de derecho, sino un arbitrio extraordinario. Esta expresión fue utilizada por el tratadista argentino Juan-Francisco Linares para identificar lo que él llama arbitrio ordinario -que confiere el derecho a los órganos que lo aplican- constituyendo un arbitrio necesario ya que es consubstancial al ser mismo del derecho- del arbitrio extraordinario.

Las atribuciones discrecionales se caracterizan por que se fincan en cláusulas que el legislador incluye en la norma o conjunto de normas jurídicas y confieren una libre apreciación a los órganos que las ejecutan. Es decir se dejan ciertas atribuciones al órgano de aplicación en forma más o menos vaga, mediante expresiones tales como "utilidad pública", "utilidad general", "salud pública", "orden público", "moralidad pública", "moral y buenas costumbres", "obsceno", "decoro", etcétera, las que confieren un más flexible arbitrio interpretativo.

"A este respecto debemos aceptar que no hay duda de que cuando el legislador se propone prever expresamente un caso dado, pero ese caso o situación, por su índole misma, requiere que se deje al órgano estatal aplicador del derecho una gran

latitud de atribuciones, incluye, en la ley, términos gramaticales que entrañan fórmulas elásticas integrantes de un tipo de 'standard' jurídico," (38)

Podemos, asimismo, encontrar poder discrecional en las normas que conceden opciones a la autoridad ejecutora de hacer o dejar de hacer, mediante expresiones como "podrá", u opciones indistintas como las "multa o arresto, o ambas", etcétera.

Así pues, doctrinariamente hablando consideraremos a las facultades discrecionales como una modalidad del arbitrio. Sin embargo procesalmente, los Tribunales Colegiados han dado mediante unas tesis, diferencias que fueron necesarias en virtud de los alegatos que sostuvieron las autoridades sobre la irrevisibilidad de actos de arbitrio, al considerarlos como facultades discrecionales. Dicha Tesis relacionada se encuentra visible a foja 46 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975, Sexta parte. Tribunales Colegiados:

"FACULTADES DISCRECIONALES Y ARBITRIO. DISTINCION.- En nuestro sistema legal, no existe la facultad discrecional absoluta, que permite a las autoridades actuar o tomar decisiones sin tener que dar ninguna explicación de sus actos, pues la jurisprudencia de la Suprema Corte ha establecido que el uso de las facultades discrecionales deberá ser razonado adecuadamente, y que ese uso puede ser revisado por los tribunales, en cuanto a que los razonamientos que lo apoyan deben invocar correctamente las circunstancias del-

(38) Linares Juan Francisco, "Poder Discrecional Administrativo", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1958.

caso, apreciar debidamente los hechos pertinentes y no violar las reglas de la lógica.

Sin embargo, no se deben confundir -- las facultades discrecionales con el uso del arbitrio que la ley concede a las autoridades en determinadas condiciones. Cuando la Ley Federal del Trabajo, o cualquiera otra ley, señala ciertas penas para determinadas infracciones, y al señalar esas penas -- el legislador da un límite inferior y un límite superior, la autoridad que deba aplicar la pena tendrá que usar de su arbitrio para hacerlo y tendrá que razonar adecuadamente ese arbitrio, respetando los hechos pertinentes, los lineamientos legales y las reglas de la lógica. Pero dada la infracción, la autoridad estará legalmente ligada a imponer la pena, y dadas las circunstancias atenuantes o agravantes del hecho, que deberá apreciar adecuadamente, tendrá que moverse dentro de los límites mínimo y máximo de la pena aplicable. En cambio, se trata de facultades discrecionales cuando la norma legal prevé una hipótesis de hecho, a la que la autoridad puede aplicar o no la consecuencia legal prevista en la propia norma. Es decir, no basta para que se satisfaga la hipótesis para que legalmente se deba aplicar la consecuencia, sino -- que ésta queda a la discreción de la autoridad, aunque deba razonar adecuadamente su decisión. Si la norma que señala una infracción permitiese a la autoridad sancionarla o no, según su opinión, se estaría frente a facultades discrecionales. Pero si a la infracción debe seguir la sanción, la autoridad está ligada por la norma. Y el que deba adecuar la sanción a la peculiaridad del caso, es decir, a la existencia de atenuantes o de agravantes, o a la ausencia de ambas o al beneficio económico que por la infracción obtenga el patrón (artículo 674 de la Ley Federal del Trabajo), es --

uso de un arbitrio, pero no de una facultad discrecional.

Por ejemplo, el juez penal, al individualizar la pena, hace uso de su arbitrio, y el Ejecutivo, al conceder el indulto por gracia, hace uso de su facultad discrecional. En consecuencia, este Tribunal estima que debe adoptarse este criterio, modificando el que en ocasiones anteriores sostuvo, en que no hizo distinción entre discreción y arbitrio."

Hechas las distinciones que existen entre arbitrio y facultad discrecional en nuestro sistema jurídico, tendríamos -- que el arbitrio se encuentra un poco más sujeto a lo expresado en la norma jurídica, es decir, el motivo y el fin deberán con tenerse expresamente tanto en la endonorma como en la perinorma (39) como ocurre con los preceptos que dan un mínimo y un máximo en cuanto a la infracción respecto a la transgresión. En tanto que las facultades discrecionales dejan una posición más cómoda al órgano en el momento de aplicar el derecho. Podríamos decir que el arbitrio administrativo viene siendo, siguiendo esta postura y demostrando que no existe contradicción entre la doctrina y la tesis sustentada por los Tribunales, en que al arbitrio podríamos considerarlo como un arbitrio condicionado y a la facultad discrecional como un arbitrio libre, pero nunca frente al derecho.

(39) Kelsen Hans, "Teoría Pura del Derecho", U.N.A.M.

b) Las Facultades Discrecionales y la Arbitrariedad.

"La arbitrariedad es la negación del derecho" (40)

La Arbitrariedad niega al derecho mediante una violación expresa de su forma como legalidad, la que es violada por su propio custodio el "poder público", siendo por ello conducta antijurídica de los órganos del Estado.

Esta conducta puede presentarse en formas diversas:

"a) Por alteración del procedimiento con arreglo al cual debe ser establecida una norma determinada;

b) Por desconocimiento del contenido específico que una norma inferior debe desarrollar por relación a una norma superior;

c) Por transgresión de la esfera de propia competencia -- ejecutiva. Estos actos no siempre se hallan sancionados por el orden jurídico como delitos." (41)

Según Rudolf Stammler (42), el derecho debe mantenerse y no disponer una relación nueva para cada caso, a tenor de las veleidades del que ocupa el poder, como una serie de órdenes conminadas al azar y tampoco dictadas como revocadas, sin asiento sólido alguno.

Es precisamente con lo apuntado con antelación en donde -

(40) Lagaz Lacambra Luis, "Filosofía del Derecho", Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1953.

(41) Lagaz Lacambra Luis, Op. cit.

(42) Stammler Rudolf, cit. por Lagaz Lacambra Luis, "Filosofía del Derecho".

existe el distingo entre derecho y arbitrariedad y el porqué nos inclinamos a considerarlo como conducta antijurídica de las autoridades: (contra el derecho).

La arbitrariedad es capricho, es la voluntad de la autoridad sin normas; lo jurídico no es una palabra vacfa, expresa siempre un punto de vista sobre la justicia, implicando por ello una porción, una igualdad, una generalidad.

La legitimidad de la autoridad que emite mandatos provistos de una fuerza de imposición irresistible, a los cuales llamamos arbitrarios, no implica que por ello posean el carácter de jurídicos.

Sin embargo, la aplicación del calificativo "arbitrariedad" no se aplica a todos los actos contrarios al derecho, "los actos antijurídicos de los particulares y también los de los órganos subalternos del poder público y también aquellos susceptibles de apelación son calificados según los casos de ilegalidad civil, de falta, de delito, de contravención administrativa, o de sentencia o resolución incorrecta -pero de ninguna manera de arbitrariedad en el sentido riguroso de esta palabra y son sancionables y rectificables por instancias superiores. Parece que, en sentido estricto se llama arbitrarios a los mandatos antijurídicos (y con irresistible fuerza impositiva) e inapelables, dictados por órgano de poder público; y que en cambio propiamente, los actos antijurídicos de los poderes públicos, que son rectificables y sancionables por otra --

instancia superior de éstos, merecen en puridad la calificación de ilegales o erróneos". (43)

Tampoco debemos confundir lo arbitrario con lo injusto, - el derecho manifestado mediante las normas jurídicas podría -- ser injusto, pero nunca arbitrario, simplemente en la arbitrariedad no hay normas, es negador del derecho.

Es decir, aún cuando el Derecho debe realizar la justicia, habrá ocasiones en que no podrá ser logrado positivamente la - realización de este ideal, pero bastará que concurren todas -- las notas formales de juricidad para aspirar, que los medios - emanados de ella, ya sea mediante normas justas, menos justas- o aún injustas, busquen la realización de los valores jurídi--cos.

En el Estado Social de Derecho, cuyo mando debe ser emi--nentemente jurídico no puede dar cabida al mando arbitrario, - que es la negación del derecho; es algo que se le contrapone - en forma radical. Porque no emana de un criterio general como el derecho, sino de un "antojo" de la persona que detenta el - poder.

La facultad o poder discrecional, como ya había dicho, se encuentra sometida a normas o bien a los principios generales- del derecho, a la lógica jurídica, etcétera, tan inviolables - como las reglas expresamente plasmadas en la ley. Las facultades discretionales se encuentran dentro del derecho, es más po

(43) Recasens Siches Luis, "Tratado General de Filosofía del - Derecho", Editorial Porrúa, 1981.

dríamos decir que son necesarias para solucionar la complejísima variedad de factores que intervienen en determinadas relaciones.

Si bien en las facultades discrecionales el poder no tiene prefijada su decisión por un precepto previo y detallado -- cualquiera que sea ésta, sea correcta o incorrecta al contradecir la finalidad para la cual fué otorgada conllevaría a un desvío de poder, pero nunca a la arbitrariedad.

Al respecto, Don Gabino Fraga nos dice lo siguiente:

"Esa facultad debe distinguirse del poder arbitrario, -- pues mientras éste representa la voluntad personal del titular de un órgano administrativo que obra impulsado por sus pasiones, sus caprichos o sus preferencias, aunque constituye la esfera libre de la actuación de una autoridad, tiene un origen -- legítimo, como lo es la autorización legislativa y un límite -- en el caso extremo en que no esté señalado en la misma ley o -- implícito en el sistema que ésta adopta, existe siempre en el interés general que constituye la única finalidad que pueden -- perseguir las autoridades administrativas. Por esta razón, -- mientras una orden arbitraria carece en todo caso de fundamento legal, la orden dictada en uso de la facultad discrecional -- podrá satisfacer los requisitos del artículo 16 constitucional de fundar y motivar la causa legal del procedimiento".

c) Facultades Discrecionales y Facultades regladas

En la Teoría Pura del Derecho, se señala que todo acto de

aplicación que dicta un Órgano administrativo también es en -- cierto modo discrecional, en virtud del arbitrio necesario que hay en toda interpretación del derecho para su aplicación, de este modo según Hans Kelsen y Adolf Merkl la distinción entre Poder Reglado y Poder Discrecional de la administración carece ría de bases que sostúvieran el fundamento de sus diferencias.

De la misma opinión es el egregio jurista Maurice Haurieou, quien sostiene la inexistencia de los actos discrecionales, -- cuando dice: "No hay acto discrecional; hay un cierto poder -- discrecional de la administración que se encuentra más o menos en todos los actos".

En efecto, en la mayoría de la doctrina se ha señalado -- que en todo acto administrativo existen elementos que necesariamente son reglados. Es decir que no hay actos plenamente -- discrecionales:

"Es posible un acto administrativo completamente vinculado no existe ningún acto administrativo completamente discrecional, pues existen únicamente actos administrativos con elementos más o menos numerosos y relevantes de discrecionalidad. A mí juicio no se debe hablar de actos discrecionales, sino so lamente de actos administrativos. Para mí lo que existe, son actos administrativos y en los actos administrativos podrá haber ejercicio de poder discrecional". (44)

(44) Guicciardi y Stainof, Enciclopedia Jurídica Omeba.

La doctrina francesa representada por León Duguit, no es la excepción al tomar dicha postura; considera que el fin del acto administrativo debe necesariamente respetar el propósito o fin señalado. De allí la declaración señalada en anteriores líneas, hecha por este gran jurisconsulto; además considera -- que el éxito obtenido, se debió a que el Consejo de Estado -- Francés pudo apreciar siempre el fin que ha determinado el acto, declarando su anulación si estimaba que el administrador -- había perseguido un fin distinto del que la ley considera al -- otorgarle la facultad.

Sin embargo, habíamos dicho que con un sistema presidencialista como lo es el mexicano, posiblemente las soluciones -- adoptadas por los sistemas parlamentarios europeos serían insu -- ficientes para un buen control de las facultades en comento, -- de allí que sea indispensable en nuestro sistema legal distin -- guir unas facultades de otras en el acto administrativo, para -- ayudar a determinar la improcedencia de ciertas acciones proce -- sales.

En su "Tratado de Derecho Administrativo", Marienhoff, -- nos dice que las principales diferencias entre la facultad dis -- crecional y la reglada radican en lo siguiente:

"a) En cuanto a la emisión del acto, cuando la norma jurí -- dica prevé una facultad reglada, concurriendo los requisitos -- de hecho o de derecho exigidos por ella para su emisión, debe -- ser emitido. Por el contrario, cuando la facultad es discrecio -- nal el acto puede o no ser emitido, pues la valoración de las

circunstancias que justifican su emisión depende de la apreciación subjetiva del órgano competente para emitirlo".

b) En cuanto a los aspectos del acto en que inciden el carácter reglado y el discrecional, el carácter reglado puede referirse a cualquier aspecto del acto administrativo. Por contra, el carácter discrecional incide ya sea en la emisión o en el contenido del acto, según lo disponga el orden jurídico"(45)

Adolfo Posadas ha definido a la potestad reglada de la Administración como "aquella manifestación de la actividad ejecutivo-administrativa sometida a normas previamente formuladas: - la administración, en este caso hállase encerrada en los límites estrictos de la aplicación de una ley, de una ordenanza o de un contrato".

Podríamos concluir diciendo: que cuando las facultades o poderes mediante las cuales se encuentra investido el órgano administrativo han sido plasmados previamente en la ley, señalando la autoridad competente, su forma de obrar, la obligación de obrar y como debe obrar, de tal forma que no se deje margen alguno para apreciaciones del ejecutante sobre las circunstancias del acto, son poderes o facultades reglados.

A contrario sensu, serán facultades discrecionales cuando el ordenamiento jurídico deja en blanco, el fin, el motivo o el contenido del acto, que puede dejar sin regular uno y hasta

(45) Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo" Tomo II, Buenos Aires, Argentina, 1966.

dos de esos elementos, pero nunca los tres.

"En cambio, cuando el órgano administrativo, se encuentra investido de facultades o poderes para obrar o no obrar, para obrar en una o en otra forma, para obrar cuando lo crea oportuno, o para obrar según su discreto leal saber y entender por la mejor satisfacción de las necesidades colectivas que constituyen la razón de su obrar por cuanto la ley le otorga cualquiera de esas posibilidades en forma expresa o tácita, entonces decimos que nos hallamos frente al ejercicio de facultades discrecionales".

9. FORMAS POSIBLES DE DISCRECIONALIDAD

La Discrecionalidad como necesidad inexorable para la buena administración en un Estado de Derecho se da con vistas a una compleja realidad consistente en infinidad de situaciones de hecho que afectan o pueden afectar la satisfacción del interés público y las formas como éste se manifieste.

Si bien, como anotamos en el inciso anterior, podría suceder que faltase alguno de los elementos del acto administrativo, que la norma jurídica hubiese omitido para el surgimiento de facultades discrecionales, la autoridad administrativa debe tener como regla fundamental lograr la satisfacción del fin público, para lo cual es necesario adaptar el motivo y el contenido del acto, si éstos son los omitidos, al anhelado fin.

El ejercicio de las facultades discrecionales de la administración radica precisamente en la determinación correcta de los elementos del acto que no fueron considerados por el legislador. Esto se realizará mediante una ponderación adecuada -- del principal frente a los otros intereses públicos en juego.

Los fines nunca se presentarán aislados, siempre convergerán con ellos, otras necesidades, valores, que la autoridad -- después de considerar todas las circunstancias deberá decidir actuar o no actuar.

De esto y todo lo anteriormente dicho, tenemos que el poder discrecional conlleva siempre a dos operaciones de suma importancia:

"a) La ponderación de los intereses públicos en juego -- frente a una situación de hecho, para determinar el fin del acto y la forma mejor posible de satisfacerlos en relación con -- los demás intereses y eventualmente, para no hacer nada y abstenerse.

b) La elección de una configuración determinada del motivo y/o del contenido del acto dejados en blanco por la ley, como medio para lograr el fin perseguido si se opta por actuar".

(46)

Las formas posibles de discrecionalidad, se dan precisamente en el faltante, por cuanto al fin, motivo o efecto en la

ley para la configuración del acto.

a) Discrecionalidad en cuanto al fin.

Cuando el fin del acto no está indicado, sino sólo su contenido, nos encontraremos frente a este tipo de discrecionalidad. Sin embargo, no es óbice que el fin del acto no esté determinado para que la autoridad realice otro distinto, es decir, la norma significa que dado un acto para un fin, no podrá realizarse para otro, pero podrá eventualmente no realizarse si el logro del fin es inasequible e inconveniente.

Es sumamente importante determinar el fin exacto buscado por el legislador, o de lo contrario, es aquí en donde exclusivamente se presenta la figura de desvío de poder, consistente en la emisión de un acto cuyo fin es distinto al considerado por la ley.

Como ejemplo de este tipo de discrecionalidad, la tendríamos en el caso de que una norma autorizara al Consejo Municipal para remover al Presidente Municipal, por mayoría de dos tercios de sus votos, sin decir porqué ni para qué.

b) Discrecionalidad en cuanto a los motivos.

La necesidad social o pública provocada por las realidades externas son, por lo general, el origen de los actos administrativos.

De aquí que se sostenga que el funcionario no actúa en forma caprichosa, sino movilizado por eventos exteriores de di

versa naturaleza. Así, por ejemplo, la solicitud de pensión, - el deteriorio del área urbana o una escasez de vivienda barata, provocará la reacción de la administración mediante un único - acto legalmente posible, o uno entre varios, fijados o no por el ordenamiento.

En efecto, el evento que desencadena la acción administrativa puede o no estar legalmente regulado. Si no lo está la - autoridad elige su mejor adaptación al contenido del acto que quiere realizar.

"La esencia típica de la discrecionalidad es la potestad de elegir el motivo y el contenido del acto, no determinados - por la ley, para determinar el uno al otro y ambos al fin con miras a la óptima realización de éste. Todo empieza por el motivo, es decir: por el contacto del administrador con la realidad social contemplada por la ley. El funcionario, enfrentado a una necesidad pública y a los hechos que la motivan, tiene - que removerlos y lograr la satisfacción de esa necesidad, para lo cual sólo puede actuar de acuerdo con la ley". (47)

Como ejemplo de este tipo de discrecionalidad tendríamos a cualquier ley que no especificara que en caso de epidemia, - se decretaría una cuarentena o vacunación general o aquella -- que decretase la fijación de tasas múltiples de cambio de divisas sin determinar que se haría exclusivamente en caso de

(47) Ortiz Eduardo, Op. Cit.

una amenaza grave contra la estabilidad de la moneda, etc.

c) Discrecionalidad en cuanto al contenido.

El contenido del acto administrativo, resulta cuando éste ya ha sido perfeccionado, en virtud de haber reunido los elementos y requisitos para su formación, adquiriendo por lo tanto de fuerza obligatoria y presunción de legitimidad.

El contenido del acto, no es más que los efectos del acto administrativo, los cuales normalmente si se encuentran contemplados por la ley, salvo excepciones como son los casos de urgencia, estado de necesidad u otros. Como todos sabemos, el efecto del acto administrativo consiste en generar, modificar o extinguir una situación jurídica individual o condicionar para un caso particular el nacimiento, modificación o extinción de una situación jurídica general, de allí la importancia de su estipulación expresa dentro de la norma jurídica.

Existe una íntima correlación entre contenido y motivo -- del acto, por lo que la indeterminación de uno puede corresponder a la del otro, para hacer posible su adaptación, y a la inversa la definición legal de uno se hace coincidir usualmente con la del otro.

La Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación prohíbe este tipo de regulación al declarar mediante la Tesis Jurisprudencial número 339, visible a fojas 569 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, lo siguiente:

"AUDIENCIA, GARANTIA QUE DEBE RESPECTARSE AUNQUE LA LEY EN QUE SE FUNDE LA RESOLUCION NO PREVERA EL PROCEDIMIENTO PARA TAL EFECTO.- La circunstancia de que no exista en la ley -- aplicable precepto alguno que imponga a la autoridad responsable la -- obligación de respetar a alguno de los interesados la garantía de previa audiencia para pronunciar la resolución de un asunto, cuando los actos reclamados lo perjudican, no exige a la autoridad de oírlo en defensa, en atención a que, en ausencia de precepto específico, se halla el mandato imperativo del artículo 14 - constitucional, que protege dicha garantía a favor de los gobernados sin excepción".

d) La denominada Discrecionalidad Técnica.

Toda la conducta que despliega la Comunidad Estatal es -- política. Todo lo que el Estado hace como empresa en acción, es política; ya lo decía Maquiavelo de que la política es técnica o arte del triunfo, sin otro valor que la eficacia, para conquistar o mantener el poder. (48)

El Estado debe valerse de ciertos medios para lograr sus fines, los que se realizan mediante la organización estatal, -- la constitución jurídica que la conforma y todo el ordenamiento jurídico. Es decir el derecho es utilizado como medio para lograr imponer a la política como obligatoria.

Constituye sólo un aspecto de la política la impuesta como obligatoria por el orden jurídico, sin embargo, es esencial

(48) Maquiavelo, Nicolás. Op. Cit.

para la subsistencia del Estado. La técnica social, es empleada por la comunidad estatal sin hacer obligatoria para los súbditos los modos o medios utilizados (la enseñanza, la propaganda, etc.). El Estado al dejar en manos de los individuos parte de su libertad de señorío con fines comunitarios (la elección de profesiones, del cónyuge, etc), hace política.

La política en cuanto a técnica, se ha considerado como autónoma frente a la moral y al derecho (49), pues lo que busca es ser eficaz, la cual a la larga no es tan autónoma como se dice, ya que necesariamente debe estar dotada de sentido axiológico-jurídico.

Dicha eficacia, que por lo regular es buscada principalmente por el órgano administrativo predominante sobre los otros órganos de poder, tiene como resultado una enorme complejidad en cuanto a la técnica que debe adoptar dicho órgano para alcanzar sus metas, esta técnica, como dije con antelación, no siempre es eminentemente jurídica, sino que entran al juego otros campos científicos, es decir, de índole diversa a la jurídica, pero que deben ser aplicadas sus reglas como si fueran normas jurídicas. Por ejemplo, para adoptar medidas de salud, es preciso saber de medicina, y así en todas las ramas de la administración, que abarcan obviamente todos los del saber humano. Nada es extraño, hoy en día a la administración.

(49) Linares Juan Francisco. Op. Cit.

El Derecho acepta la vigencia jurídica de las reglas, de las otras ciencias, en la medida en la que sirvan para su exacta definición con fines de aplicación de la norma. Es decir, la técnica y la Ciencia se incorporan al Derecho, siempre dentro de la circunstancia.

No obstante que la técnica y la Ciencia pueden dar soluciones a las alternativas planteadas, en el dominio de la política, no dá la Ciencia la última solución sino la decisión del funcionario, y es a lo que se le llama "discrecionalidad técnica".

Con todo lo asentado, únicamente queremos dejar en claro que la denominada discrecionalidad técnica de la administración ocurre cuando la elección de una de las varias posibilidades de sentido que deja la norma al órgano que la aplica, utiliza otras pautas axiológicas que considere más eficaces a las de valoración jurídica.

Podría considerarse como una contradicción, respecto a los lineamientos de la discrecionalidad, pero esto viene ocurriendo en el más amplio ejercicio del arbitrio extraordinario por órganos administrativos. La determinación del error, en este tipo de poder resulta sumamente difícil, y además los órganos jurisdiccionales se resisten para anular este tipo de actos, al considerarlos como eminentemente políticos.

Por ejemplo, tenemos la Tesis Jurisprudencial 460, visible a fojas 744, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federa-

ración, 1917-1975, que a la letra dice:

"PATENTES DE INVENCION, NEGATIVA A -
UNA SOLICITUD DE PROCEDENCIA DE LA -
PRUEBA PERICIAL EN EL AMPARO CONTRA-
ACTOS DE LA SECRETARIA DE INDUSTRIA-
Y COMERCIO.- Si la Secretaría de In-
dustria y Comercio, al resolver en -
sentido negativo una solicitud de pa-
tente de invención, pronuncia una re-
solución eminentemente técnica, den-
tro del juicio de amparo promovido -
contra esa resolución es procedente-
la prueba pericial, pues lo contra-
rio daría categoría de infalible a-
la resolución técnica de la responsa-
ble, ya que la prueba pericial, úni-
ca idónea para auxiliar al juez en -
este tipo de asuntos, no podría admi-
tirse, dejando, al quejoso en estado
de indefensión".

10. LA RAZONABILIDAD EN LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL ADMINISTRADOR PUBLICO

En nuestro sistema político se ha implantado el principio de legalidad como garantía constitucional, en modo expreso a través de los artículos 14 y 16 de la Constitución de 1917. -
Habiendo hecho un pequeño análisis de dicho principio en el -- primer capítulo, tocaremos ahora uno de sus aspectos: la razo-
nabilidad.

La razonabilidad existe como una obligación positiva y vi-
gente sobre los tres órganos del Estado: sobre el órgano legis-
lativo, la de legislar con razonabilidad, o en otras palabras-
la de dictar leyes razonables: sobre el órgano judicial encon-
tramos que el razonamiento jurisdiccional se encuentra presen-

te en la estructura lógica de la sentencia, la cual reviste - una gran importancia en el sentido de que la garantía constitucional de control de constitucionalidad de leyes establecidas en nuestro ordenamiento, permite a los particulares interesados obtener de los jueces la revisión de las leyes; el ejecutivo, cuando dicta leyes "materiales", se encuentra obligado a - dicho principio, así como cuando realiza sus funciones de administración.

Los actos administrativos irrazonables, en un Estado de - Derecho, deben ser anulados ya sea de oficio por la autoridad - que dictó el acto o a petición de los interesados en recursos - jerárquicos. Las anulaciones por desvío de poder, constituyen especies de anulaciones por irrazonabilidad.

Constituye pues, una exigencia al funcionario mexicano actuar con razonabilidad, es decir, existe el "deber jurídico" - de actuar razonablemente:

"Esta obligación se refiere simplemente al cumplimiento - de la ley, puesto que su labor, como ejecutor de la discrecionalidad, debe ser eficaz y meritoria. Asimismo como al legislador se le obliga, aunque sin sanción, a dictar leyes justas, o al magistrado dictar sentencias dignas y probas, al administrador se le impone el deber de dictar actos oportunos...

"Por eso es obligación de buena administración por ende - del "buen administrador", cumplir con las directivas legales y

utilizar en la apreciación discrecional la prudente ponderación de la experiencia, el conocimiento científico, las reglas técnicas y el respeto por los derechos individuales. La mayor utilidad social con el mínimo de sacrificio privado debe ser el lema imperativo". (50)

Hasta aquí, creemos que se han tocado los puntos más sobresalientes de la facultad discrecional, para después continuarla en el siguiente capítulo, referente a su mala utilización, únicamente nos queda dar una definición propia de la facultad o poder discrecional administrativo:

Aquel tipo de arbitrio que la ley concede al funcionario administrativo mediante fórmulas elásticas, o bien mediante opciones de hacer o no hacer, dejándole una libertad mayor que la concedida por otro tipo de facultades, para apreciar el caso concreto y darle la solución más adecuada.

(50) Fiorini, "Discrecionalidad Administrativa", cit. por Linares Juan Francisco, Op. Cit.

"Summum jus, summa injuria"

Cicerón.

CAPITULO III

EL DESVIO DE PODER

1. CARACTERISTICAS DEL DESVIO DE PODER EN EL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS. ACOGIMIENTO EN EL DERECHO MEXICANO.

La técnica de la denominada desviación o desvío de poder, viene del derecho francés en donde cuenta con más de un siglo de vida. En nuestro país se le ha acogido, en nuestro ordenamiento jurídico por vía legal como desvío de poder (51), aunque algunos tratadistas se oponen a dicha denominación:

"...el texto federal de 1937 traduce "détournement de pouvoir" en forma aparentemente incorrecta, pues la unanimidad de la doctrina de lengua castellana habla de desviación y nunca de desvío. Esto que pudiera parecer un preciosísimo lingüístico podría tener importancia, al revelar de entrada la --aprehensión de nuestro legislador: el femenino "desviación" se antoja subjetivo en cuanto a describir la "acción y efecto de desviar o desviarse", es decir, más revelador --que el masculino objetivo "desvío"--, de la mala fe, de la incorrecta intención de la autoridad, para servirse de su poder desviándolo de

(51) Artículo 228 inciso c) del Código Fiscal de la Federación de 1982.

su fin. En otros términos, por fidelidad doctrinal, pero también por rigor de lenguaje, nos inclináramos a la modificación del texto vigente, sustituyéndolo por desviación." (52).

Los tratadistas franceses distinguen dentro del Sistema de las Comunidades Europeas, cuatro motivos para impugnar los actos ilegítimos que sean cometidos, ya sea por las empresas o gobiernos miembros de dichas comunidades:

"La Cour est compétente pour se prononcer sur les recours en annulation pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du Traité ou de toute règle de Droit relative 'a son application, ou détournement de pouvoir, formés contre les décisions et recommandations de la Haute Autorité par un des Etats membres ou par le Conseil" (53).

De estos cuatro motivos destacamos el denominado "détournement de pouvoir", el que es definido por la doctrina europea como sigue:

"Le vice de détournement de pouvoir tient à ce qu'un pouvoir a été détourné de l'objet en vue duquel il a été institué et a été utilisé 'a des fins autres que celles aux quelles il était destiné...Le détournement de pouvoir résulte de ce que l'esprit de la règle de Droit a été méconnu. Pour déceler le détournement de pouvoir, le juge... ne peut pas se borner 'a -

(52) González Cosío Arturo, Op. Cit.

(53) Pellicer Valero Jesús A., "La Desviación del Poder en el Derecho Comparado Europeo",

controler la légalité externe ou meme seulement la legalité - objective de la décision qui lui est déférée, il doit recher-- cher les mobiles qui ont inspiré l' auteur de cette décision - et apprécier si ces mobiles étaient juridiquement corrects... La notion de détournement de pouvoir est purement doctrinale - et prétorienne; elle est, en conséquence, souple, fluide et -- essentiellement évolutive." (54).

Con lo anterior se manifiesta que la desviación de poder- implica la búsqueda del fin realmente perseguido por el autor- de la decisión, quedando por lo tanto descartada cualquier si- militud que quisieran encontrar con la violación a la ley que, es otra forma distinta del exceso de poder." (55)

La desviación del poder nace en Francia directamente de - la incompetencia." Hasta 1872 el único fundamento legal del - recurso por exceso de poder-que, en realidad, es enteramente - una creación puramente pretoriana del Conseil d' Etat- fué una ley revolucionaria circunstancial: La Ley 7-14 de octubre de - 1790. El Conseil d'Etat no la descubrió hasta 1823, abstenién- dose de referirse a texto legislativo alguno antes de esa fe-- cha."

La ley de 1790, estaba concebida así:

"Les réclamations d'incompétence á l' égard des Corps ad-

(54) Odent, "Cours de contentieux administratif", Tomo III.

(55) Bosch Tristán J. "Tribunales Judiciales o Tribunales Admi- nistrativos para Juzgar a la Administración Pública", Bue- nos Aires, 1951.

Nota: Las traducciones pueden verse al final del trabajo.

ministratifs ne sont en aucun cas du ressort des Tribunaux; -- elles seront portées su Roi, chef de L'Administratio générale."

Por lo tanto, la extralimitación de la competencia de una autoridad pública fué concebida como un exceso de poder, Albert comenta:

"...a y regarder de près, le détournement de pouvoir est- une sorte d' incompétende. Une décision qui renferme un détournement de pouvoir est, dans une certaine mesure, entachée d' incompétence, sinon par les prescriptions qu'elle edicte, du moins par le but qu'elle poursuit. On conçoit, des lors, que, d'assez bonne heure, la jurisprudence ait dégagé la notion du détournement de pouvoir. Ce moyen d'annulation des actes administratifs, elle l'a déduit très logiquement du moyen primitif c'est-a-dire de l'incompetence proprement dite ou usurpation de pouvoir: détourner un pouvoir de son but légal, c'est bien, en effet, agir incompétement". (56)

Deducimos de las citas textuales de la legislación y de los tratadistas franceses consultados, que no hay excepción al principio que rige todo el Derecho Administrativo latino: el principio de finalidad, con lo cual se recalca lo sostenido en este trabajo, en líneas anteriores, por cuanto los poderes de la administración sólo deben ser utilizados para el logro de los fines para los que han sido conferidos; los fines por alcanzar se encuentran constituidos por el interés general, el

(56) Pellicer Valero Jesús, op. cit.

bien común que a su vez fundamentan el orden social.

La doctrina europea ha considerado que la desviación de poder puede encontrarse en casos en que el fin perseguido no es ilegítimo en sí mismo, no es contrario al interés general; sin embargo, la autoridad no actúa en orden a los fines que estaba obligada, demostrándose así, la incompetencia de dicha autoridad.

La jurisprudencia francesa exige, que cuando se trata de desviación de poder, al juez administrativo deben ser aportadas las pruebas por el recurrente o resulte de manera cierta de los autos.

Lo anterior es en razón a que no se deben sospechar "a priori" las intenciones, y mientras no se pruebe lo contrario, la administración gozará de la presunción de haber actuado en interés del servicio que tiene a su cargo.

Ya lo decían los funcionarios en Europa:

"Il est facile de concevoir que toute Autorité publique est exposée a' se me' prendre soit dans l' appre' ciation des dispositions légales dont elle est tenue d' assurer le respect. Elle est investie de ses attributions par la Loi, en vue de buts déterminés. Si elle use de ses attributions pour des buts autres que ceux qu'a visés explicitement ou implicitement le législateur, elle méconnaît la volonté de celui-ci et cette me' connaissance constitue l' excés de pouvoir ou meme "pour

nous servir d'une expression commune en France" le détournement de pouvoir". (57)

La jurisprudencia y la doctrina francesa distinguen como dos figuras diferentes al desvío de poder con el exceso de poder como a continuación se repite palabra por palabra:

"Pour l'exces de pouvoir, on comprend tout de suite ce que cela veut dire: je dépasse le cadre, moi Ministre, du pouvoir que je tiens de la Loi. J'agis en dehors de mes pouvoirs. Voilà l'exces Mais qu'est-ce alors que le détournement de pouvoir? C'est le rapporteur, accomplir un acte de sa charge, avec les formes prescrites mais en aboutissant á un résultat autre que celui visé par la Loi. En violant l'esprit de la Loi, on a détourné de son véritable objectif le pouvoir dont on est nanti: une Autorité communale sous l'apparence d'une Réglementation policière, bride en réalité la liberté du commerce, la liberté de la presse, celle des opinions et des cultes, ou le droit d'association. Tel est le texte de l'honorable rapporteur. En un mot, le détournement de pouvoir est, selon moi, le fait d'une Autorité administrative qui, tout en accomplissant un acte de sa compétence, et suivant les formes que la Loi prévoit et en agissant conformément a' la lettre de celle-ci, use cependant de son pouvoir dans un but autre que celui en vue duquel ce pouvoir lui a été conféré." (58)

(57) Deveze, citado por Pellicer Valero Jesús.

(58) Discusión en el Senado, cit. por Pellicer Valero.

La desviación de poder es considerada como un arma delicada y difícil de manejar, en razón de la gravedad del litigio, - la única competente para conocer es la Asamblea General de la sección contenciosa del Consejo de Estado, la remisión se hace de oficio si la a quo constata la posibilidad de un desvío. - El manejo de la desviación de poder ha sido rodeado de garantías a favor de la administración, no obstante, el Consejo de Estado francés no ha dudado de hacer varias anulaciones basadas en dicha causal.

El apogeo de la causa de nulidad conocida como desvío o desviación de poder estuvo en Francia, por el período comprendido entre 1890 y 1920, pues últimamente se ha hablado de una declinación de esta causal de anulación, substituyéndola por otras como lo es la violación a la ley.

La teoría de la desviación, debemos considerarla como la defensa de la moralidad administrativa, por lo menos en el derecho francés, pues algunos autores la consideran como un "simple caso de violación a la ley". (59).

Dicha postura ha sido tomada por varios tratadistas mexicanos, posiblemente a que en México el desvío de poder fue plasmado como causa de anulación en nuestro derecho positivo desde la Ley de Justicia Fiscal de 1936 circunscribiéndola solamente a las sanciones y no obstante de que esta causal de anulación fue tomada del derecho francés al transportarla a --

(59) Carrillo Gamboa Francisco, op. cit.

nuestro derecho adquiere peculiaridades exclusivas de la cultura, sociedad, jurisprudencia mexicana.

Los forjadores del contencioso-administrativo en México - del presente siglo, distinguieron y consagraron las cuatro clásicas causales de la acción de nulidad, en nuestro derecho positivo:

"Artículo 228 del Código Fiscal de la Federación de 1967- y 1982". Serán causas de anulación de una resolución o de un procedimiento administrativo:

"a) Incompetencia del funcionario o empleado que haya dictado el acuerdo o que haya tramitado el procedimiento impugnado.

b) Omisión o incumplimiento de las formalidades que legalmente deba revestir la resolución o el procedimiento impugnado.

c) Violación de la disposición aplicada, o no haberse - - aplicado la disposición debida.

"d) Desvío de Poder tratándose de sanciones."

La formulación mexicana de las cuatro causales de nulidad, complementa la formulación liberal decimonónica de la debida fundamentación y motivación; sin embargo se había considerado a la cuarta causal, arriba anotada como una especie de "apertura residual", cuando, a nuestro juicio no debería haber sido - desatendida, ni por nuestra legislación, ni por nuestra juris-

prudencia y mucho menos por nuestros jurisconsultos. (59)

El artículo 22 de la Ley del Contencioso Administrativo, no la contempla o deja una apertura de gran amplitud en su cuarto inciso:

"Serán causas de nulidad de los actos impugnados:

I.- Incompetencia de la autoridad.

II.- Incumplimiento u omisión de las formalidades legales.

III.- Violación de la ley o no haberse aplicado la debida.

IV.- Arbitrariedad, desproporción, desigualdad, injusticia manifiesta o cualquiera otra causa similar".

"En efecto, rebasa el alcance de la desviación de poder y la desviación del procedimiento". (60)

La figura de desvío de poder en el derecho mexicano presenta características muy particulares y grandes diferencias con la "desviación" europea:

Por principio de cuentas, y como ya lo manifestamos, en el Código Fiscal de la Federación de 1967, la causal de anulación por desvío de poder solamente se refería a las sanciones (multas), dejando a la arbitrariedad del poder decisiones capitales de la administración financiera. Se desvirtuaba con ello la teoría de la técnica del control de las potestades discrecionales por desvío de poder, ya que nuestro máximo tribu-

(59) Posteriormente el Código Tributario Federal de 1982, amplía los motivos de anulación (infra 72).

(60) González Cosfo, op. cit.

nal al realizar distingo entre facultades discrecionales y arbitrio, consideraba dentro de este último a las sanciones.

Como un avance en esta materia, fué considerada la ampliación de los motivos de anulación realizada con las reformas a este ordenamiento jurídico en el año de 1982 y que las contempla actualmente el Código Tributario que nos rige:

"Artículo 238.- ... V.- Cuando la resolución administrativa dictada en el ejercicio de facultades discrecionales no corresponde a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades."

Gran avance en materia tributaria, no así en lo que respecto a otros ordenamientos administrativos:

"Como la finalidad real del acto puede disimularse tras de una finalidad legal aparente y como por lo general, la ley no obliga a que se exprese en el acto su finalidad, con mucha frecuencia, la desviación de la que legalmente debe tener, queda fuera de la posibilidad de ser sancionada por medio de la nulidad." (61)

2.- CONCEPTO

El Consejo de Estado Belga, define a la desviación de poder como sigue:

(61) Expresado por el eminente jurista Don Gabino Fraga, en su obra "Derecho administrativo".

"L'acte est régulier dans sa forme; sa légalité extrinsèque est respectée; il émane d'une Autorité compétente, mais -- cette Autorité a détourné de sa véritable destination le pouvoir qui lui est conféré."

En ese caso:

"...la valeur d'un acte s'apprécie non d'après son objet mais d'après le but qui détermine la volonté dont il émane. - Le but devient ainsi un élément de la compétence."

La ley española del 27 de diciembre de 1956 la define como sigue:

"...constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico."

Juan Francisco Linares considera:

"...la competencia de un órgano ha sido concedida con -- ciertos fines, que cuando no son expresos, deben determinarse por interpretación. Si el funcionario dicta un acto administrativo con otros fines que los supuestos por la norma general, - por levantados y serios que sean esos fines, el acto adolece - del vicio "de desviación de poder y debe, a petición de parte interesada, anularse jurisdiccionalmente."

Los juristas mexicanos como Fraga, la denominan "ilegalidad de los fines del acto", al respecto este autor comenta:

"Esta ilegalidad es la que se conoce con el nombre de - -

"desviación de poder", o abuso de autoridad, ya que en realidad el poder administrativo se desvía y abusa cuando persigue fines distintos de los que la ley señala".

De todo lo anteriormente transcrito deducimos que se entiende por desvío de poder, como aquél vicio del acto administrativo emanado o dictado por la autoridad legalmente capacitado para ello, que no consiguió los fines previstos en la ley, o que si ésta no los preveía, el funcionario al hacer uso de sus facultades discrecionales erró en determinar el verdadero espíritu de la ley fundamental o bien el caso concreto no ameritaba la posición del acto dictado.

3. SU RELACION CON LAS FACULTADES DISCRECIONALES

La relación entre facultad discrecional y el desvío de poder es sumamente importante, además de interesante, en el sentido de que este último sólo podrá presentarse en el caso de que la norma no prevea el fin de determinados actos, es decir en facultades discrecionales en cuanto al fin.

Como habíamos dicho, la desviación o desvío de poder se manifiesta cuando la autoridad, al tomar una decisión, lo hace por móvil distinto del que debería inspirarle su conducta", -- que es una violación de la ley que puede autorizar una encuesta sobre los móviles que han inspirado el acto discrecional de

la administración pública." (61)

Así pues, el uso de un poder discrecional en el que se -- persiguen fines ilícitos o falsamente cualificados no obstante que emanen de órganos competentes y sean conformes a la letra de la ley, son ilegítimos en tanto que están realizados con un fin, distinto de aquel para el que fué acordado el poder discrecional, lesionando con ello el fin pretendido por el legislador. Esa lesión constituye lo denominado en párrafos anteriores como desvío de poder.

La determinación de fines, posee una gran importancia en el derecho administrativo, el Consejo de Estado francés fue -- creado en razón de poner coto a la arbitrariedad administrativa en el ejercicio de facultades discrecionales, precisamente con la causal de anulación denominada "detournement de pouvoir."

Es muy difícil determinar con fuerza de convicción cuáles son esos fines, de los que tanto hemos hablado en el presente trabajo, tácitos de la ley. Existen técnicas especiales para poder determinarlos: (62)

"Es la finalidad determinada por el espíritu de la función ejercida en cada caso, que al par que el objeto constituye el elemento más importante de ese acto. La importancia del elemento finalista en el acto administrativo está especialmente

(61) Pellicer Valero, Op. cit.

(62) Por vía de construcción o por vía de interpretación

te caracterizada por el hecho de que si la administración debe tener en principio la elección de los medios de acción, no le suele pertenecer la libertad de elegir libremente los fines -- que ella debe perseguir. Y es por eso que el valor jurídico - del acto administrativo se medirá muy frecuentemente según la finalidad procurada por el autor del acto." (63)

Se le ha denominado a la aptitud del acto para realizar - el fin legal que debe perseguir o a la aptitud del acto para - realizar el fin legal que debe perseguir en función de su motivo o de su contenido discrecional como oportunidad.

Así pues, consideramos al desvío de poder como el vicio - que puede adolecer un acto administrativo dictado mediante el uso de facultades discrecionales, cuando se violan las reglas elementales de lógica, de justicia, cuya imperfección impide - la realización del fin, por lo cual la nulidad debe ser absoluta.

Como ejemplo de lo anterior tendríamos a una norma que -- dictara "las municipalidades podrán establecer contribuciones sobre la propiedad inmobiliaria", en vez de decir "Las, municipipalidades podrán establecer contribuciones sobre la propiedad inmobiliaria para financiar la creación de escuelas primarias". Es decir, en esta última encontramos al fin y al motivo mejor especificados que en la primera.

(63) Pellicer Valero, Op. cit.

De lo anteriormente expuesto, nos queda por decir que consideramos a la causal de anulación denominada como desvío de poder como la más adecuada para nulificar actos emanados de facultades discrecionales, por la subjetividad que ellas presentan.

4. EL CONTROL JURISDICCIONAL

- a) Técnica de control de la discrecionalidad en el desvío de poder.

Ha quedado comprobado que no existen las facultades discrecionales absolutas dentro de la administración, en virtud de que forzosamente, por un lado, el legislador al crear la norma de derecho no puede dejar en blanco a todos los elementos que conforman y dan vida al acto administrativo, y por el otro, el juzgador al encontrarse en presencia del desvío de poder en facultades discrecionales, tendrá que realizar una búsqueda eligiendo la configuración en lugar de la administración del fin no expresamente previsto; tiene pues el deber de eliminar la discrecionalidad en materia de fines, pero no podrá restarle determinación ni facultad de decisión al órgano administrativo, en razón a la exacta observancia del principio de "separación de poderes". Ello hace más difícil, el por sí diffícil cumplimiento de las sentencias dictadas por los tribunales de "plena autonomía que hay en México, por lo que respecta a la nulidad por desvío de poder:

Al respecto el artículo 239 del Código Fiscal de la Federación establece:

"La sentencia definitiva podrá:

...III.- Declarar la nulidad de la resolución impugnada - para determinados efectos, debiendo precisar con claridad la forma y términos en que la autoridad debe cumplirla, salvo que se trate de facultades discrecionales."

También encontramos la tesis relacionada, visible a fojas 654 en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación - - 1917-1975 que a la letra dice:

"FACULTADES DISCRECIONALES, APRECIACION DE LAS, EN EL AMPARO. (Concesión para la explotación de un canal de Televisión.). Corresponde a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes - para el efecto de otorgar una concesión para la, explotación de un canal de televisión, determinar quien - entre los diversos solicitantes, atendiendo a diferentes circunstancias, ofrece mayor seguridad y eficacia en la prestación del servicio correspondiente, y la elección que en su caso haga constituye como de discrecionalidad administrativa...La Secretaría de Comunicaciones y Transportes tiene en su favor la presunción de contar con los conocimientos y criterio suficientes para elegir a la persona física o moral a quien habrá de otorgar la concesión y cuenta con facultades discrecionales al respecto, y las facultades del poder judicial no pueden llegar al extremo de imponer a dicha Secretaría su opinión sobre la conveniencia de otorgar a una empresa y no a otra, una concesión determinada."

La determinación del desvío del poder en las facultades - discrecionales es sumamente árida, independientemente de que - se han plantado diversidad de técnicas para su determinación:

La potestad discrecional se apoya en una realidad de he-- cho que funciona como presupuesto fáctico de la norma aplica-- da." La valoración de la realidad podrá acaso ser objeto DE - UNA FACULTAD DISCRECIONAL, pero la realidad, como tal, si se - ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha produ-- cido, y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de - una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio- de la administración, discernir si un hecho se ha cumplido, o- determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. - El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo de Derecho Administrativo". (64)

b) El control por los Tribunales de Plena Autonomía

En realidad el control que se ejerce mediante las resolu- ciones dictadas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es muy limitado, al avocarse de conocer únicamente actos -- emanados de las diversas dependencias del Departamento del Distrito Federal, y por lo que se refiere a la regulación como -- causal de nulidad del "desvío de poder", específicamente no lo regula la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo -- del Distrito Federal, con todo ello, nos avocaremos únicamente (64) Linares, Juan Francisco, Op. cit.

control que sobre esta causal ofrece el Tribunal Fiscal de la Federación.

El control que ejerce este Tribunal se ejercita mediante el denominado "juicio de nulidad", se excitará al órgano competente cuando la autoridad utiliza sus facultades discrecionales con un fin ajeno a la ley, viola ésta y por tanto puede invocarse la causal contenida en el inciso V del artículo 238 de nuestro Código Tributario.

Comienza a cobrar una enorme importancia la figura del desvío de poder por lo que se refiere a la materia tributaria, hasta el grado de hacer una distinción entre ésta y la debida fundamentación y motivación del acto:

Revisión No. 1072/78:

"MULTAS. DIFERENCIAS ENTRE FALTA O INDEBIDA FUNDAMENTACION Y DESVIO DE PODER. SU IMPOSICION.- Un proveído sancionador puede adolecer de dos distintas causales de nulidad que no deben confundirse: una, el que no se encuentre fundado ni motivado o que le éste indebidamente e incumpla, por tanto, con lo preceptuado por el artículo 37 - fracción II, del Código Fiscal, incurriendo en la causa de nulidad prevista en el artículo 228, inciso b) o c) respectivamente; y la otra, en que la autoridad incurra en desvío de poder, al no tomar en cuenta para determinar el monto de una multa dentro de un marco fijado por la ley, lo señalado por el artículo 37, fracción I, por lo -

que puede darse el caso de una resolución que esté debidamente fundada y motivada, pero que sin embargo, incurra - en desvío de poder y viceversa.

"La Constitución es el objeto
primordial y directo de tutela
del juicio de amparo".

Dr. Ignacio Burgoa.

CAPITULO IV

EL CONTROL MEDIANTE EL JUICIO DE AMPARO

1. EL JUICIO DE AMPARO EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

No es posible desprender del Estado Moderno la existencia de los derechos del hombre y por tanto la existencia de procedimientos para la guardia, custodia, respeto y vigencia de sus dichos derechos cuando fueren violados por el Estado.

La Constitución Mexicana de 1917, propugna por la existencia de un sistema de Estado Social de Derecho, ampliando la esfera de protección otrora, estrictamente individualista, por otra mediante la cual se salvaguarden los derechos o garantías sociales.

El Juicio de Amparo, gloria y orgullo del Derecho Público mexicano, cuyo objetivo primordial consiste en "tutelar un ordenamiento de derecho superior, o sea la Constitución de las posibles violaciones que cometen las autoridades del Estado, en las diversas hipótesis de procedencia establecidas en el artículo 103. La esencia teleológica del amparo radica, pues, en proteger o preservar el régimen constitucional, la cual deriva no solamente de su naturaleza misma, sino de sus antece--

dentes históricos", (65) no estuvo exento a este adelanto, producto del movimiento de bases eminentemente sociales conocido como Revolución Mexicana.

Si bien es cierto que el juicio de amparo se concibió y realizó como una institución protectora y defensora de los derechos del hombre, conforme lo establecía la Constitución liberal-burguesa de 1857, no es óbice para negarle el indubitable progreso que adquiere una institución de tan alta ralea de más de un siglo de vida, constituyendo el "baluarte de nuestras libertades y la defensa eficaz y oportuna de los derechos humanos-individuales o sociales- toda vez que oponer ambos tipos como contrarios es falso y más aún peligroso". (66)

Constituye, así pues el juicio de Amparo como la más alta garantía para la conservación al principio de legalidad que tiene gran importancia en la vida misma de un Estado Social de Derecho.

Prueba de ello, son las innumerables tesis de la Corte -- por lo que se refiere a asuntos agrarios y laborales, así como infinidad de juicios de amparo indirecto que resuelven día con día los Juzgados de Distrito, por falta de fundamentación y motivación en los actos de autoridad, que lo conservan vigente y refutan las declaraciones sobre su inminente caducación, en --

(65) Burgoa Orihuela Ignacio, "El Juicio de Amparo", Editorial Porrúa, México 1977.

(66) Noriega Cantú Alfonso, Primer Congreso Nacional de Teoría del Estado, publicado en la revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M.

convertirse como un recurso o una especie de amparo casación.

2. EL CONOCIMIENTO POR EL PODER JUDICIAL DE LAS FACULTADES DISCRECIONALES DEL ADMINISTRADOR PUBLICO

El juicio de Amparo, es considerado por excelencia como el medio de control más eficaz de los actos de la administración contrarios a la Constitución.

Es verdad sabida que todo Estado que se considere estructurado bajo el sistema de un Estado Social de Derecho postule y haga suya la doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la legalidad. Postura adoptada y sostenida por nuestro Máximo Tribunal mediante las Tesis jurisprudenciales citadas en el segundo capítulo de este trabajo.

Así pues, nadie pone en duda la competencia que posee la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer de los litigios que surjan entre los particulares y la administración, cuando los primeros defienden sus derechos atacados por los actos de autoridad viciados por el exceso de poder.

Tal control es posible en virtud de que toda potestad administrativa procede directamente del ordenamiento jurídico, sujeta por lo mismo a la letra y sentido de nuestra Norma Fundamental.

Por lo que concierne al uso de potestades discrecionales de la Administración, cabe sostener aquí lo ya establecido con

antelación, en el sentido de que al existir por lo menos cuatro elementos reglados por la ley en toda potestad discrecional como son: la existencia misma de la potestad, su extensión (la cual como vimos no es absoluta), la competencia para actuarla y por último el fin. En base a esto el juzgador puede apreciar si efectivamente el funcionario al hacer uso de sus facultades discrecionales lo hizo conforme a la lógica y oportunidad para la realización del acto, así como si los fines se ajustan perfectamente con los requeridos en la ley.

Hasta ahora la Suprema Corte ha resuelto con éxito algunos casos sobre desvío de las facultades discrecionales, para corroborar lo dicho, transcribiremos algunas tesis jurisprudenciales, que si bien no las contemplan expresamente, es posible encontrarlas en forma tácita.

"IMPUESTOS, DESTINO DE LOS, EN RELACION CON LOS OBLIGADOS A PAGARLOS. De acuerdo con el artículo 31 fracción IV, de la Carta Magna, para la validez constitucional de un impuesto se requiere la satisfacción de tres requisitos fundamentales: primero, que sea proporcional; segundo que sea equitativo y tercero que se destine al pago de los gastos públicos. Si falta alguno de estos requisitos, necesariamente el impuesto será contrario a lo estatuido por la Constitución, ya que ésta no concedió una facultad omnímoda para establecer las exacciones que, a juicio del Estado, fueren convenientes, sino una facultad limitada por estos tres requisitos.

La tesis citada puede verse, junto con la siguiente en la Jurisprudencia de 1917-1954.

"TESIS 537. Impuestos, APLICACION DE-
LOS,.- Al establecer la fracción IV,-
del artículo 31 constitucional la - -
obligación para contribuir a los gas-
tos públicos así de la Federación co-
mo del Estado y Municipio en que resi-
da, se está refiriendo a que los im-
puestos federales se aplicarán exclu-
sivamente para los gastos de la Fede-
ración, los Estatales para los Esta-
dos y los municipales para los munic-
pios; por lo que si una ley impusiera
una contribución para una obra deter-
minada de un municipio y extendiera -
su aplicación a toda la República, in-
dudablemente que contrariaría la Cons-
titución, porque las obras de carác-
ter municipal, únicamente pueden cu-
brirse con los arbitrios municipales."

3. EL DESVIO DE PODER Y EL JUICIO DE AMPARO COMO SISTEMA DE CONTROL DE LA LEGALIDAD.

No obstante de la instauración en nuestro país de los Tri-
bunales especializados en materia administrativa nuestro siste-
ma de jurisdicción, en dicha materia, sigue los "lineamientos-
del sistema judicialista" (67). Es decir, existe la posibil-
idad por parte de los afectados de impugnar las decisiones de -
dichos organismos administrativos con funciones judiciales, an-
te los Órganos del Poder Judicial, del cual deberán conocer --
los Tribunales Colegiados y la Suprema Corte de Justicia, según

(67) Fix Zamudio Héctor, "Introducción a la Justicia Adminis-
trativa en el Ordenamiento mexicano."

se trate del amparo uninstitucional o bien de la revisión fiscal.

Existe una gran diferencia con el sistema de control francés, en el sentido de que los fallos dictados por el Consejo de Estado son en firme y con efectos "erga omnes", impidiendo el conocimiento a jueces ordinarios, constituyendo el mencionado Consejo un órgano de apelación.

Sobre la posibilidad de que los actos administrativos deben ser juzgados por Tribunales judiciales o por Tribunales Administrativos o por ambos sucesivamente, existen infinidad de investigaciones realizadas por doctos en la materia del Derecho Administrativo Latinoamericano (68) y que no nos corresponde discutir por ahora.

Por lo que a nosotros respecta nos avocaremos al conocimiento sobre la figura del desvío de poder en la facultad discrecional administrativa y el control que puede tener nuestro máximo Tribunal mediante el Juicio de Amparo.

Dentro de las garantías de los gobernados que consagra -- nuestra Ley Suprema revisten como ya dijimos y repetimos aquí, una enorme importancia las tutelaciones dentro de los artículos 14 y 16 de dicho cuerpo jurídico. La importancia de estos dos preceptos jurídicos para nuestro estudio dimana de que ambos contemplan la protección al principio de legalidad y no podemos olvidar que el vicio en las facultades discrecionales de

(68) Ver obras: Hedúan Virúes, Gordillo Agustín de entre otros.

nominado "desvío de poder" ha sido considerado como un "vicio de estricta legalidad". (69)

Algunos autores consideran que el tímido acogimiento por nuestro derecho a esta causal de anulación se debe a que carece de base constitucional, como la tienen las figuras de debida fundamentación y motivación legal, las que en el derecho mexicano tienen un sentido que no precisa los motivos psicológicos, o la escondida intención de la autoridad y que nuestra Suprema Corte, vía jurisprudencial, se inclina en restringir al desvío de poder mediante la utilización formal de causales más objetivas tales como el vicio de forma o la violación a la - - ley. (70)

Realizaremos un breve análisis de la teoría en comento para lo cual necesitaremos precisar:

a) El desvío de poder y la debida fundamentación y motivación legal en los actos de autoridad.

Para ello, es necesario remitirnos a los conceptos dados con anterioridad (ver supra 39), respecto a la fundamentación y motivación y la del desvío de poder establecida en el tercer capítulo. También nos ayudará para nuestro cometido la Revisión 1072/78 dictada por el Tribunal Fiscal de la Federación, para llegar a la conclusión de que efectivamente la falta de -

(69) García De Enterría Eduardo, Derecho Administrativo.

(70) González Cosío Arturo, op. cit.

fundamentación y motivación legal respecto al desvío de poder-
son causales diferentes de anulación según lo considerado por-
nuestra doctrina y jurisprudencia.

La Tesis relacionada, visible a fojas 668 del Semanario -
Judicial de la Federación 1917-1975 dice:

"MOTIVACION, CONCEPTO DE LA.- La moti-
vación exigida por el artículo 16 - -
constitucional consiste en el razona-
miento, contenido en el texto mismo -
del acto autoritario de molestia, se-
gún el cual quien lo emitió llegó a -
la conclusión de que el acto concreto
al cual se dirige se ajusta exactamen-
te a las prevenciones de determinados
preceptos legales. Es decir, motivar
un acto es externar las consideracio-
nes relativas a las circunstancias de
hecho que se formuló la autoridad pa-
ra establecer la adecuación del caso-
concreto a la hipótesis legal".

Al parecer, es verdad que por lo menos en cuanto a motiva-
ción y fundamentación, nuestro Tribunal Supremo ha sido omiso-
en exigir de la autoridad que sus apreciaciones por más subje-
tivas que éstas sean, persigan y se adecúen con lo voceado en-
la norma aplicada.

Sin embargo no podemos estar considerando a las partes --
que conforman al principio de legalidad aisladamente, pues es-
necesario considerarlas en bloque para el exacto cumplimiento-
que le ha sido encomendado a nuestro juicio de garantías. Así
pues, aquí en México se le han dado enormes características de
preponderancia a la fundamentación y motivación legal y no así

a la causal de nulidad en comento.

Además de que no podemos olvidar que el juicio de amparos es el instrumento mediante el cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación juzga la inconstitucionalidad de las leyes o de los actos de autoridad y de la forma como se aplican aquellos, contrastando las leyes o los actos con los artículos de la Constitución y no con las normas de justicia como lo hacen aquellos gobiernos que se instauraron bajo el régimen del "debido proceso legal".

La solución propuesta por este eminente jurista, conlleva a la mejor utilización que los particulares pudiesen hacer para el uso del amparo indirecto, sin embargo, hay que tomar en cuenta lo sostenido por algunos tratadistas franceses y españoles en cuanto a su experiencia con esta causal de anulación, pues los hay que la consideran como una desgracia en su derecho y otros hablan del declive de la "desviación de poder" por lo que seríamos al respecto más bien parcos dentro del numeral constitucional que contempla a los requisitos antes mencionados. Además, suponiendo sin conceder, que admitiésemos su inclusión en el multireferido precepto, también debían de incluirse a las otras causales de anulación de los actos administrativos, que no porque sean más objetivos que la causal anotada, no se les puede considerar como vicios de estricta legalidad como: la arbitrariedad, desproporción, etc. que mienta el artículo 22 de lo Contencioso Administrativo.

b) Opinión de esta sustentante:

Al contemplar dicha causal de anulación, nuestro Código - Fiscal (y cuyo órgano de tutela posee base Constitucional), lo hemos considerado como un gran avance en nuestro derecho, así - pues el hecho de incluir esta causal de anulación en los demás - códigos de procedimientos administrativos, sería al igual un - enorme paso, pues nuestro máximo tribunal es competente para - conocer de las resoluciones dictadas por los tribunales autóno - mos. Conociendo pues de los dictámenes en cuanto a facultades - discrecionales que no corresponden a los fines para los cuales - fueron atribuidas.

T R A D U C C I O N E S

Capítulo III, Desvío de Poder:

- Página 74:

"La Corte es competente para conocer de los recursos de -
anulación por incompetencia, violación de las formas substan--
ciales, de Tratados y de toda regla de Derecho relativa a su -
aplicación o desviación de poder, formas contra las decisiones
y recomendaciones de la Suprema Autoridad por uno de los Esta-
dos miembros o por el Consejo."

"El concepto de desviación de poder tiende o hace referencia
a un poder que ha sido desviado del objeto, en vista del -
cual ha sido investido y ha sido utilizado con otros fines a -
los que estaba destinado... La desviación del poder resulta --
dentro del espíritu de la regla de Derecho en forma inmersa. -
Para atenuar la desviación del poder el juez no puede recurrir
al control de la legalidad externa, es decir solamente la legalidad
objetiva de la decisión con la que difiere, debe buscar-
los móviles que inspiraron al autor y percibir si estos móvi--
les eran jurídicamente correctos... La noción de la desvia- -
ción del poder es puramente doctrinal y pretoriana; es en con-
secuencia, nace, fluye y esencialmente evolutiva."

Página 75:

"Las reclamaciones de incompetencia dictadas por los cuerpos administrativos no son en ningún caso recurribles ante los tribunales, serán llevados al Rey, jefe de la administración general".

"...posteriormente se observó que la desviación de poder es una clase de incompetencia. Una decisión que encierra una desviación de poder es, en cierta medida una clase de incompetencia, no tan sólo por las prescripciones que dicta, sino por el objetivo que persigue. Percibimos, desde entonces que en suficiente buena hora, la jurisprudencia ha definido la noción de desviación de poder. Es un medio de anulación de los actos administrativos siendo deducido muy lógicamente de los medios primitivos, es decir de la incompetencia propiamente dicha o usurpación de poder: desviar un poder de su objetivo legal, es bien, en efecto señalar incompetencia".

Página 77:

"Es fácil concebir que toda autoridad pública está expuesta a equivocación ya sea en la apreciación de su competencia, - sea en la aplicación de las disposiciones legales, en las cuales se le ha otorgado el deber de asegurar su respeto, ella se encuentra investida de sus atribuciones por ley y con relación a objetivos determinados, si ella utiliza sus atribuciones para otros objetivos totalmente distintos a los que explícitamenu

te le ha asignado el legislador, la autoridad administrativa - desconoce la voluntad de éste y dicho desconocimiento constituye el exceso de poder o bien "para tomar o servirnos de una expresión común en Francia", como desviación de poder."

Página 78:

"Por exceso de poder comprendemos inmediatamente a que -- nos estamos refiriendo; yo adelantándome a la nómina hago uso como ministro del poder que tengo por ley. Yo hago uso, por -- lo tanto de mis poderes fuera de tiempo. He aquí el exceso. -- Pero entonces ¿qué debemos entender por desviación de poder?.- Es acoplar un acto de su cargo por formas prescritas, pero sin seguir los confines y dirigiéndose a un resultado distinto determinados en ley. Violando el espíritu de la ley, desviando el verdadero objetivo, por el cual nos fué conferido el poder: una autoridad comunal bajo la apariencia de una reglamentación policíaca, brinda en realidad la libertad de prensa, comercio, libertad de cultos o el derecho de asociación. Este es el texto del honorable informante. En una palabra el desvío de poder es el hecho de que una autoridad administrativa quien realiza un acto de su competencia, siguiendo las formas que la -- ley prevé y totalmente conforme a la letra de ella, utiliza, -- sin embargo su poder hacia un objetivo totalmente distinto a -- aquel cuyo poder le habfa sido conferido."

Página 73:

"Es el acto regular en su forma, su legalidad extrínseca-
y respectiva emana de una autoridad competente, pero esta auto-
ridad ha desviado el verdadero destino del poder que le fué --
conferido."

"...el valor de un acto se aprecia no con relación al su-
jeto, sino más bien con relación al objetivo que determina la-
voluntad de la cual ha emanado."

CONCLUSIONES GENERALES

Con base en el examen panorámico y superficial que se ha realizado en este modesto trabajo, pasaré a continuación a elaborar algunas conclusiones, que no pretenden ser resumen de -- las reflexiones anteriores, pues se encuentran dirigidas esencialmente a proponer y si es posible aportar algunas modificaciones en la forma como hasta ahora se ha venido solucionando la problemática de las facultades discrecionales y el desvío de poder, las medidas adoptadas es necesario que se estudien sin apasionamiento de ninguna índole, sin precipitación y de acuerdo con el desarrollo de las instituciones jurídicas y políticas nacionales.

Primera. Los principios fundamentales producto del movimiento revolucionario mexicano, fueron plasmados en la Constitución Política que rige la vida de todos los mexicanos, elementos que sirven para estructurar al Estado como el primer Estado Social de Derecho en el mundo. Las facultades discrecionales dentro de este tipo de Estado de Derecho, no es posible seguir las considerando como excepciones arbitrarias al sistema general de los derechos, sin embargo es necesario dilucidar su justo medio para que la administración no abuse del poder que-

le confiere dicha facultad.

Segunda. Ante la imposible tarea de lograr regular jurídicamente toda la actividad del Estado en su función administrativa, que hace necesaria y vigente la utilización de facultades discrecionales, debemos procurar reforzar la función de los Tribunales Administrativos y de las figuras anulatorias de los actos de autoridad con exceso de poder, en el sentido de que un Estado de Derecho, eminentemente administrativo debe contar con medios eficaces para el control de sus actos y de los funcionarios encargados.

Tercera. Dentro del reforzamiento de las causales de nulidad de actos viciados al no alcanzar el fin previsto, encontramos aquel que se avoca al análisis de los móviles que motivaron al funcionario para tomar la decisión administrativa en el momento, y que ha sido denominada: desvío o desviación de poder.

Cuarta. La desviación de poder, como ha sido denominada por la doctrina europea, ha alcanzado su máximo desarrollo en el sistema jurídico francés. La que al ser utilizada como causal de anulación de los actos administrativos ante el Consejo de Estado, anula con efectos "erga omnes", incluyendo los reglamentarios. Sin embargo no es posible considerar a dicha causal de anulación como la panacea que vendrá a resolver los problemas suscitados por el uso indebido de las facultades discrecionales, pues como se pudo ver algunos autores considera--

ron nocivo para su derecho la inclusión de dicha causal y hay otros que la tildan de obsoleta.

Quinta. En México la inclusión del desvío de poder en -- nuestro derecho Tributario ha sido acogida con mucho optimismo, no obstante de la timidez con que ha sido tratada por el Código Fiscal de la Federación, sin embargo parece ser que ha dado buenos resultados en la aplicación de la justicia tributaria -- para los contribuyentes.

Sexta. Consideramos, en base a lo expuesto en la cuarta-- conclusión, y con el único efecto de respetar la rigidez que -- protege a nuestra Ley de Leyes, de arriesgado el modificar el artículo 16 para incluir dentro de los postulados del princi-- pio de legalidad al desvío de poder, aunque no descartamos la-- conveniencia que revestiría el conocimiento mediante el uso de dicha causal del poder judicial federal en los amparos indirec-- tos, con el objeto de que no se siguiese tildando, por algunos escépticos, a nuestro juicio de amparo como únicamente útil en su modalidad de amparo directo.

Séptima. No obstante de que nuestro máximo Tribunal ha -- resuelto con éxito algunos casos de uso indebido de facultades discrecionales, es necesario que se le dé mayor importancia a-- tales problemas, sobre todo en materia tributaria y de gasto -- público en razón a la creciente deuda externa y la malversa-- ción de fondos por parte de los funcionarios, patente en la de-- ficiente aplicación en logros inútiles.

Octava. El reforzamiento al que nos hemos referido en -- puntos anteriores, también debe darse con los otros ordenamientos de índole administrativa con el objetivo de adaptar a nuestra vida jurídica la causal de anulación apuntada, antes de -- ser incluida finalmente en la Constitución mexicana.

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

1. ACOSTA ROMERO, MIGUEL. "DERECHO ADMINISTRATIVO"; Ed. Porrúa. México, 1981.
2. BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTONIO. "DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y CONTROL JUDICIAL". Revista de Derecho Público. Anuario de Derecho Administrativo 1975-1976. Universidad Católica de Chile, Págs. 451 y 452.
3. BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO. "LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO". Revista del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, Órgano informativo del Tribunal de lo Contecioso Administrativo del Distrito Federal. Volumen I, número 1, Ciudad de México 17 de julio de 1972, pp. 7-26.
4. BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. "LAS GARANTIAS INDIVIDUALES", - Editorial Porrúa, México 1977.
5. BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. "EL JUICIO DE AMPARO". Editorial Porrúa, México 1977.
6. BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. "LA ESTRUCTURA DEMOCRATICA DEL-ESTADO". Revista de la Facultad de Derecho de México, número 115, 1980.

7. CADENA ROJO, JAIME. "JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL FISCAL - DE LA FEDERACION".
8. CARRILLO FLORES, ANTONIO. "LA DEFENSA JURIDICA DE LOS PAR TICULARES FRENTE A LA ADMINISTRACION PUBLICA". Editorial- Porrúa.
9. CARRILLO FLORES, ANTONIO. "EL PROCESO ADMINISTRATIVO EN - LA CONSTITUCION MEXICANA".
10. CARRILLO GAMBOA, FRANCISCO MANUEL. PRIMER CONGRESO INTER NACIONAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. Agosto de - 1981. México.
11. CLAVERO AREVALO. "LA DESVIACION DE PODER EN LA RECIENTE - JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO". Revista de Adminis- tración Pública 1959, número 30, p.p. 105-165.
12. CHANES NIETO, JOSE. "LA PROCEDEURE MEXICAINE D' AMPARO ET LE RECORIS POUR EXCES DE POUVOIR", Thèse, Faculté de Droit et des Sciences Economiques de París, 129 Págs. 1966 Pa-- rías.
13. DE LA CUEVA, MARIO. "LA IDEA DEL ESTADO". U.N.A.M. 1980.
14. DUVERGER, MAURICE. "INSTITUCIONES POLITICAS Y DERECHO - - CONSTITUCIONAL". COLECCION DEMOS. EDICIONES ARIEL. Barce- lona 1970.

15. DUVERGER, MAURICE. "SOCIOLOGIA DE LA POLITICA". Colección Demos. Ediciones Ariel. Barcelona 1970.
16. EISENMANN, CHARLES. "L' ESPRIT DES LOIS". Anuario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ciudad de México, U.N.A.M. Tomo II, 1975 p.p. 429-453.
17. ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo XI. Editorial Bibliográfica, Buenos Aires, Argentina.
18. FRAGA, GABINO. "DERECHO ADMINISTRATIVO" Editorial Porrúa, 1977.
19. FENECH, MIGUEL. "LA POSICION DEL JUEZ EN EL NUEVO ESTADO"
20. FIX ZAMUDIO, HECTOR. "INTRODUCCION A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO".
21. FORSTHOFF, ERNEST. "TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO". - Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1964, Pág. 125.
22. GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO. "LA INTERDICCION DE LA ARBITRARIEDAD EN LA POTESTAD REGLAMENTARIA".
23. GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO. "DERECHO ADMINISTRATIVO". Capítulo VIII. El Principio de Legalidad de la Administración. Madrid, España.
24. GARCIA PELAYO, MANUEL. "EL ESTADO SOCIAL Y SUS IMPLICACIONES". U.N.A.M. 1975.

25. GARCIA PELAYO, MANUEL. "TRANSFORMACIONES EN EL ESTADO CONTEMPORANEO". Alianza Editorial.
26. GONZALEZ COSIO, ARTURO. "EL PODER PUBLICO Y LA JURISDICCION EN MATERIA ADMINISTRATIVA EN MEXICO". Editorial Porrúa. 1982.
27. GORDILLO A., AGUSTIN. "PROBLEMAS DEL CONTROL DE LA ADMISTRACION PUBLICA EN AMERICA LATINA" Cuadernos Civitas - 1981.
28. HAURIOU, MAURICE. "PRINCIPIOS DE DERECHO PUBLICO Y CONSTITUCIONAL".
29. HEDUAN VIRUES, DOLORES. "LOGROS Y EXPECTATIVAS DEL CONTENOSIO-ADMINISTRATIVO FEDERAL EN MEXICO". En revista de la FACULTAD DE DERECHO Méx. número 65, enero-marzo de 1967.
30. INSTITUT FRANCAIS DES SCIENCES ADMINISTRATIF. (Colloque - dut mers 1977), París Editions cujas=c1978=91 Págs. (cahier, no. 16).
31. KELSEN, HANS. "TEORIA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO".- U.N.A.M.
32. KELSEN, HANS. "TEORIA GENERAL DEL ESTADO". Editora Nacional 1979.
33. KELSEN, HANS. "TEORIA PURA DEL DERECHO", U.N.A.M.

34. LAGAZ LACAMBRA, LUIS. "FILOSOFIA DEL DERECHO". Bosch Casa Editorial Barcelona, 1953.
35. LINARES, JUAN FRANCISCO. "PODER DISCRECIONAL ADMINISTRATIVO". Abeledo-Perrot, 1958.
36. LINARES, JUAN FRANCISCO. "EL DEBIDO PROCESO COMO GARANTIA INNOMINADA". Editorial de Palma, Buenos Aires 1944.
37. LOEWENSTEIN, KARL. "TEORIA DE LA CONSTITUCION". Editorial Ariel. Colección Demos. Biblioteca de Ciencia Política. - Segunda Edición, 1976.
38. MAQUIAVELO, NICOLAS. "EL PRINCIPE", Editorial el Ateneo - 1957.
39. MERKL, ADOLF. "TEORIA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO".
40. NORIEGA CANTU, ALFONSO. "PRIMER CONGRESO NACIONAL DE TEORIA GENERAL DEL ESTADO". U.N.A.M. 1980.
41. OVALLE FAVELA, JOSE. "TEMAS Y PROBLEMAS DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA EN MEXICO". U.N.A.M.
42. PELLICER VALERO, JESUS. "LA DESVIACION DE PODER EN EL DERECHO COMPARADO EUROPEO. Editorial Reus, S.A. Preciados - 6, Madrid 1966.
43. PINEDA GONZALEZ, GUILLERMO. "DESVIO DE PODER EN EL DERECHO PUBLICO MEXICANO". U.N.A.M. Acatlán, Monografía 1979, 39 Pág.

44. POSADA, ADOLFO. "TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO".
45. RECASENS SICHES, LUIS. "TRATADO GENERAL DE FILOSOFIA DEL DERECHO". Editorial Porrúa 1981.
46. RECASENS SICHES, LUIS. "NUEVA FILOSOFIA DE LA INTERPRETACION DEL DERECHO". Editorial Porrúa, 1973.
47. RETORTILLO, SEBASTIAN. "LA DESVIACION DET PODER EN EL DERECHO ESPAÑOL". Revista de Administración Pública 1957. - No. 22 p.p. 129-175.
48. ROSELLI, ALESSANDRO. "STUDI SUL POTERE DISCREZIONALE DELGIUDICE CIVILE". Univerista de Firenze. Fondazione Piero-Calamandrei 1975.
49. SCAGLIARINI, AMADEO F.J. "INTRODUCCION AL ESTUDIO DE LA DISCRECIONALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO". Revista "LA LEY" Buenos Aires, Argentina 13 de abril de 1970.
50. SCHMITT, KARL. "TEORIA DE LA CONSTITUCION". Editora L. - Nacional. 1966.
51. SERRA ROJAS, ANDRES. "LA FUNCION CONSTITUCIONAL DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA". Instituciones Políticas Mexicanas 1962.
52. TENA RAMIREZ, FELIPE. "DERECHO CONSTITUCIONAL". Editorial Porrúa.

53. TRUJILLO PEÑA. "LA DESVIACION DE PODER EN RELACION CON EL RECURSO DE APELACION Y EL SILENCIO ADMINISTRATIVO". Revista de Administración Pública 1961, número 35 p.p. 153-165.
54. URZUA MACIAS, EFRAIN. "TEORIA ADMINISTRATIVA". Editorial-Universitaria, Guadalajara, 1965, Tercera Edición.
55. VANOSSI REINALDO, JORGE. "LA DEMOCRACIA SOCIAL".
56. V. CASTRO, JUVENTINO. "LECCIONES DE GARANTIAS Y AMPARO". Editorial Porrúa, México 1973.
57. VARIOS AUTORES. "REPRESENTACION POPULAR Y DIVISION DE PODERES" Anuario Jurídico VI-1979.
58. YAÑEZ RUIZ, MANUEL. "EL JUICIO DE AMPARO Y EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION". Publicación de la Suprema Corte - de Justicia de la Nación.

LEYES Y CODIGOS

59. CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
60. CODIGOS FISCALES DE LA FEDERACION DE 1982 y 1984.
61. LEY ORGANICA DEL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL DE 1982.
62. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, APENDICE 1917-1975. Tercer Tomo, Segunda Sala.