

73
2Eg

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE TEORIA GENERAL DEL ESTADO

FACULTAD DISCRECIONAL COMO ACTO DE
AUTORIDAD DEL ESTADO

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARIA GEORGINA ANDRADE CARMONA

Directora de Tesis: Dra. Ma. Elena Mansilla y Mejia



México, D. F.

1988

FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES



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.

INTRODUCCION

CAPITULO I

ANALISIS DE CONCEPTOS

1.1	Acto Jurídico.	1
1.2	Acto Regla.	10
1.3	Acción	13
1.4	Diferencia entre Acto y Acción	18
1.5	Autoridad	19
1.6	Facultad	26
1.7	Discrecional	32
1.8	Estado	50
1.9	Acto Reglado, Acto Discrecional y Acto Arbitral. . .	61
1.9.1	Acto Reglado	61
1.9.2	Acto Discrecional	64
1.9.3	Acto Arbitral.	69
1.9.4	Diferencias entre Acto Reglado, Acto Discrecional y Acto Arbitral.	73

CAPITULO II

FACULTAD DISCRECIONAL EN MEXICO

	Pág.	
2.1	Concepto	77
2.2	Fuente	87
2.3	Elementos.	88
2.3.1	Elementos Subjetivos	89
2.3.2	Elementos Objetivos	92
2.3.3	Elementos Formales	94
2.3.3.1	Concepto de Fundamentación	96
2.3.3.2	Concepto de Motivación	101
2.4	Fines	108
2.5	Requisitos	114

CAPITULO III

LA FACULTAD DISCRECIONAL EN LA CONSTITUCION MEXICANA

3.1	Constitución	116
3.2	La Constitución Mexicana	128
3.3	Análisis	128

CAPITULO IV

ESBOZO DE UNA TEORIA SOBRE LA FACULTAD DISCRECIONAL

	Pág.
4.1 Concepto	146
4.2 Fuente	146
4.3 Principios que rigen a la Facultad Discrecional.	147
4.4 Elementos	147
4.5 Fines	148
4.6 Impugnación.	148
C O N C L U S I O N E S	149
A N E X O I	152
A N E X O II	165
B I B L I O G R A F I A	167

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

El Estado, como la máxima institución jurídica, política y social, tiene encomendadas a través de sus distintos órganos estatales, diferentes funciones, entre las cuales, se encuentra el logro y la preservación del fin axiológico supremo de toda conducta humana, la Justicia y por ende la Seguridad Jurídica del gobernado o particular y del propio Estado.

En aras de dicho valor supremo, surge en el marco del Sistema Jurídico Mexicano, la Facultad Discrecional, como acto de autoridad del Estado, traducido en la potestad otorgada a los órganos del Estado, para hacer más equitativa la actividad de la autoridad, dando flexibilidad, al orden jurídico -- mexicano, caracterizado por su rigidez, se trata de evitar, de esta forma, el que la autoridad estatal, caiga en las más severas injusticias, por un inflexible apego al Derecho, manteniendo incólume la justicia, como presupuesto esencial de la seguridad jurídica de la comunidad social y del Estado, -- salvaguardando, asimismo, el interés general, condición sine qua non del ejercicio de la competencia discrecional.

"La Facultad Discrecional como Acto de Autoridad del -- Estado", tema de esta tesis, ha sido tratado en cuatro capítulos, en el primero, hemos desglosado conceptos, aportando --

los propios, de tal manera, que esto nos permitiese llegar a una clara comprensión del concepto: Facultad Discrecional.

En el capítulo segundo, hemos analizado, bajo los criterios de la lógica y la técnica jurídica, así como mediante la aplicación de los principios generales del Derecho, el cómo opera la Facultad Discrecional en México.

Posteriormente a la luz del Máximo Ordenamiento Jurídico, hemos hecho un estudio analítico de la Facultad Discrecional, atribuida a la autoridad en la Constitución Mexicana, a través de distintos vocablos, que el Constituyente de 1917, empleó para tal efecto.

Por último, y como una aportación más a las disciplinas jurídicas que han tocado el tema, nos hemos permitido emitir el esbozo de una teoría sobre la Facultad Discrecional.

Es nuestro deseo que este trabajo provoque la inquietud en aquéllos, que como nosotros, inspirados en las grandes enseñanzas de nuestros maestros, se preocupen por ahondar aún más en la Ciencia Jurídica, teniendo como meta de nuestra conducta profesional, cumplir y hacer cumplir los fines primordiales del Derecho: la Seguridad Jurídica, la Justicia y el Bien Común.

CAPITULO I

ANALISIS DE CONCEPTOS

1.1 ACTO JURIDICO.

ACTO JURIDICO.- En un contexto social, toda actividad humana se manifiesta a través de actos y hechos jurídicos y hechos materiales.

Siendo nuestro tema de estudio "La Facultad Discrecional como Acto de Autoridad del Estado", creemos necesario hacer un breve análisis del concepto "acto jurídico", toda vez que la actividad discrecional, basada en el principio de "legalidad", sobre el que se debe asentar la manifestación de voluntad del Estado, - voluntad que se configura mediante la realización de sus funciones, ya sea la legislativa, la jurisdiccional o la administrativa, se manifiesta a través de un acto, cuyas características, y como a continuación se analizan, son jurídicas, puesto que toda actividad discrecional debe estar contenida dentro de un marco legal al cual deben contraerse todas las funciones del Estado.

Siguiendo la idea anterior, todo orden jurídico positivo -- se encuentra integrado por imperativos hipotéticos, entendiend-

do éstos como "los juicios que postulan un deber condiciona--do" (1) llamados también "Normas Jurídicas". Toda norma jurídica posee una estructura compuesta de dos elementos "el su--puesto" y la "disposición", existiendo entre ambos el llamado "nexo de causalidad".

Por "supuesto" entendemos "la hipótesis de cuya realización--dependen las consecuencias establecidas por la norma". (2) De esta definición se concluye claramente que existe un nexo de causalidad entre la realización del supuesto y la conse--cuencia, es decir, entre los deberes y derechos que el precepto respectivo impone y otorga.

A mayor abundamiento y para efectos de una mejor comprensión hemos acudido al estudio que sobre la "Teoría general del --negocio Jurídico", realiza el maestro Ortíz Urquidi, (3) en su obra "Derecho Civil".

El mencionado autor basa su estudio en el análisis que, del supuesto jurídico, realiza, prefiriendo esta denominación que la de "hecho jurídico", adhiriéndose de esta manera a la

(1) García, Maynez Eduardo, Introducción al Estudio del Dere--cho, 33a. edición, edit. Porrúa, S.A. México, 1982, - - -pág. 169.

(2) Ibidem., pág. 172.

(3) Ortíz, Urquidi Raúl, Derecho Civil, 2a. edición, Edit. --Porrúa, S.A. México, 1982, págs. 228 y 55.

opinión del maestro García Maynez quien nos señala que "la terminología usual fomenta la confusión entre el supuesto de derecho como hipótesis contenida en una norma y el "hecho" de la realización de tal hipótesis". (4)

Evitando pues, la confusión antes mencionada, el autor Ortíz Urquidi, logra en su Anteproyecto de Código para el Estado de Morelos, una distinción clara y precisa entre supuesto y hecho jurídico, de tal suerte, que en el artículo 26 -- del citado anteproyecto nos señala: "supuesto jurídico es la hipótesis prevista por la ley, de cuya realización depende -- el nacimiento, la transmisión, la modificación o la extinción de derechos y obligaciones o de situaciones jurídicas concretas". (5) Asimismo, nos dice en su artículo 27: "cuando el supuesto se realiza y consiste en un acontecimiento -- real, toma el nombre de hecho jurídico". (6)

Bajo el mismo concepto de supuesto jurídico y siguiendo con su desarrollo analítico aborda los conceptos "acto -- jurídico" y "negocio jurídico", señalándonos en el artículo 28 lo que el autor en cuestión entiende por "acto jurídico":

(4) García, Maynez Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, op. cit. pág. 172.

(5) Ortíz, Urquidi Raúl, Anteproyecto de Código Civil para el Estado de Morelos, Cuernava, Mor. México, 1945.

(6) Ibidem.

"Cuando el hecho es realizado voluntariamente por su autor, - pero sin intención de producir ninguno de los efectos que men ciona el artículo 26, no obstante lo cual se producen, se le llama "acto jurídico", (7) y según el artículo 28 del citado- anteproyecto, "cuando el acto es lícito y se realiza con el - propósito primordial de producir cualesquiera de las conse- - cuencias a que se refiere el artículo 26 toma el nombre de -- "negocio jurídico". (8)

Antes de seguir adelante, creemos pertinente hacer una aclaración. Si bien es cierto que nuestra legislación sigue a la Teoría Clásica Francesa, en cuanto a que sólo habla de hecho y acto jurídico, nosotros, a lo largo de nuestra carre ra y como lo hemos señalado con anterioridad, hemos encontra do en la Teoría Alemana del Negocio Jurídico un método más - amplio y completo para entender los conceptos, hecho, acto y negocio jurídico, siendo éste para los alemanes, lo que el - acto jurídico es para los franceses.

Continuando con el desarrollo de nuestro tema y desean do lograr una distinción clara entre los conceptos en men - ción, es menester tomar en cuenta la intervención de la vo- luntad, su presencia o ausencia en dos momentos específicos, a decir:

(7) Ortíz, Urquidí Raúl, Anteproyecto de Código Civil para el Estado de Morelos, Cuernavaca, Mor. México, 1945.

(8) Ibidem.

- En la realización del acontecimiento en que el hecho, acto o el negocio pueden consistir y
- En la producción de las consecuencias jurídicas, de tal forma que precisemos el "acto jurídico" (negocio jurídico).

De lo anterior, desprendemos que intervenga la voluntad o no, en la realización de la hipótesis o en la producción de las consecuencias previstas por la norma, se podrá distinguir entre hecho, acto o negocio jurídico.

Cuando hay ausencia de la voluntad tanto en la realización de la hipótesis, como en la producción de consecuencias o efectos jurídicos, no obstante lo cual éstos se producen, estamos frente al "hecho jurídico".

Interviniendo la voluntad, sólo en la realización de la hipótesis, más no en la producción de las consecuencias jurídicas, no obstante lo cual se producen, entonces se genera el "acto jurídico".

Cuando la voluntad interviene, tanto en la realización del acontecimiento, como en la producción de las consecuencias jurídicas, entonces tiene lugar el "negocio jurídico", llamado así por la Teoría Alemana y "acto jurídico", para la Teoría Francesa.

No obstante nuestra aclaración sobre el por qué nos hemos adherido a la Teoría Alemana, creemos, que estando nuestra legislación basada en los estudiosos franceses del "acto-jurídico, es nuestro deber hacer una ordinación del negocio - jurídico a nuestra legislación positiva, lo cual haremos tomando sólo al "hecho" y al "acto jurídico".

Para lograr dicha ordinación es conveniente señalar que si todo acto jurídico es un hecho jurídico, no todo hecho jurídico es un acto jurídico. Esto quiere decir que se trata de conceptos que están en relación de género a especie siendo el género el hecho y el acto la especie. Precisamente porque no todo hecho jurídico es un acto jurídico, existe otra categoría de hechos jurídicos; los hechos jurídicos en strictu -- sensu y que con los actos viene a constituir la especie del - género hecho jurídico en sentido lato. De ahí que los hechos jurídicos en sentido lato se dividan en:

- Hechos jurídicos strictu sensu, y
- Actos jurídicos.

Los hechos jurídicos en sentido estricto pueden ser:

- Producidos por la naturaleza.- Con abstracción de toda- intervención activa o pasiva del hombre.
- Producidos por la naturaleza, pero referidos pasiva- --

mente a la persona humana, por lo cual podrían ser llamados humanos involuntarios.

- Producidos voluntariamente por el hombre, éstos a su vez se subdividen en lícitos e ilícitos.

Claro ejemplo de los lícitos es la "gestión de negocios ajenos" y como ilícitos tenemos los delitos y los cuasidelitos.

A su vez los Actos Jurídicos se dividen, pero para lograr su ordinación debemos tomar en cuenta lo que tradicionalmente se ha entendido, dentro de la doctrina francesa - adoptada en México, como acto jurídico.

El concepto tradicional adoptado por los juristas mexicanos ha sido el emitido por el autor francés Bonnetcase, así vemos que en sus respectivas obras, los maestros Manuel Borja Soriano ⁽⁹⁾ y Eduardo García Maynez, ⁽¹⁰⁾ hacen cita textual del concepto en mención, señalándonos que: "El Acto Jurídico es una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo consiste en engendrar, con fundamento en una regla de derecho o en una institución jurídica, a cargo o en provecho de una o varias personas, un -

(9) Borja, Soriano Manuel, Teoría General de las obligaciones, 8a. edic. Edic. Porrúa, S.A. México 1982, pág. 88.

(10) García Maynez, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, op. cit., pág. 184.

estado, es decir, una situación jurídica permanente y general o por el contrario, un efecto de derecho limitado, relativo a la formación, modificación o extinción de una relación jurídica.

Siguiendo este concepto tradicional Ortiz Urquidi define al acto jurídico como "la manifestación de voluntad hecha con el primordial propósito-objeto de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones o situaciones jurídicas concretas". (11)

En virtud de los conceptos expuestos, es claro observar que la participación de la voluntad es esencial y en función de ella se ha clasificado a los actos jurídicos en "unilaterales" o "plurilaterales", comprendiendo dentro de éstos a los "bilaterales", según sea el número de voluntades que intervengan en la formación del acto.

De igual forma los actos plurilaterales se subdividen en:

- Contractuales.- Aquéllos en los que las partes que intervienen persiguen fines distintos.
- Colectivos, complejos o de colaboración.- En éstos todos los participantes persiguen la misma finalidad.

(11) Ortiz Urquidi, Raúl, Derecho Civil, op. cit. págs.246 y 247.

Actos Unión.- En ellos vemos una participación de las características de los anteriores, pues en su formación las voluntades concurrentes, persiguen, en un aspecto, una misma finalidad, en lo cual, se parecen a los actos colectivos, y, en otro aspecto persiguen finalidades diversas, como en los contractuales.

Esta subdivisión ha sido hecha por el maestro Gabino Fraga, en su obra "Derecho Administrativo". (12)

Desde el punto de vista de su objeto, o sea de las consecuencias que producen, los actos jurídicos se subdividen -

- actos regla;
- actos subjetivos; y
- actos condición.

Nosotros consideramos que, merece atención especial el concepto de "acto regla", por estar directamente conectado a nuestro tema de Tesis, hemos creído conveniente tratarlo y dedicarle un inciso en especial, por lo que aquí solamente hacemos su enunciación.

Habiendo hecho una exposición sucinta de lo que es el "Acto Jurídico" emitiremos nuestro concepto sobre el mismo.- Por "Acto Jurídico entendemos": La realización dinámica de -

(12) Fraga, Gabino, Derecho Administrativo, Derecho Administrativo, op. cit. págs. 35 y 36.

la hipótesis prevista en la norma, a través de la manifestación de la voluntad de los sujetos que en dicha realización intervienen, y a quienes la misma norma imputa y hace responsables de esa conducta, imponiéndoles derechos subjetivos y deberes jurídicos respectivos, creando así una relación jurídica cuyo propósito es la creación, modificación, transmisión o extinción de obligaciones.

1.2

ACTO REGLA.

El "Acto Regla", constituye un concepto al que dedicaremos un inciso aparte, dada la importancia que para nosotros implica su análisis, toda vez que esta figura otorga la base jurídica a nuestro tema de estudio: "La Facultad Discrecional como acto de autoridad del Estado",

Las funciones del Estado, entendidas como la forma de actividad de esta Institución, se exteriorizan por medio de actos de distinta naturaleza, ya sean aquellos que producen consecuencias jurídicas o los que sólo producen consecuencias de hecho o materiales, creándose por cuanto a los primeros de ellos, situaciones jurídicas que son generales y abstractas.

La situación jurídica general, tiene como características el ser:

- Abstracta e impersonal, es decir, que al ser creada se refiere a un número indeterminado o indeterminable de casos. Su carácter abstracto impide que se le confunda con la situación que crea un acto en el que, aunque dirigidas a una pluralidad de personas, pueden ser determinadas todas éstas;
- Permanentes, ésto quiere decir que el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones en dicha situación consiste, no la hacen desaparecer, no la extinguen; y
- Es esencialmente modificable por la ley o reglamento.- "Ningún individuo puede alegar que el conjunto de facultades derivadas de la norma que crea la situación jurídica general, constituya un derecho irrevocable".- (13)

El "Acto Regla" derivado de la clasificación de los -- actos según los efectos que éstos producen, constituye dentro de la terminología jurídica tradicional el llamado derecho objetivo o simplemente el derecho, pues el tipo de esta categoría de actos es la ley.

Duiguit ⁽¹⁴⁾ les ha llamado "acto regla" dando a entender con esta designación que ellos constituyen normas de carácter general y abstracto. Por su parte Jèze los designa simplemente "actos creadores de situación jurídica general, legislativos o reglamentarios". (15)

(13) Fraga, Gabino, Derecho Administrativo, op. cit. pág. 31.

(14) Duiguit, León, cit. por Gabino Fraga, Ibidem. pág. 33.

(15) Jèze, Gastón, Ibidem.

Estos actos crean, modifican o extinguen una situación jurídica general, por lo que cabe definirlos, como lo hace -- Duiguit, diciendo que es "todo acto emanado del Estado, conteniendo una regla de derecho objetivo". (16)

Si bien es cierto que las funciones del Estado se estudian desde un punto de vista de su doble eficacia, es decir -- desde el punto de vista formal, tomando en cuenta el órgano -- que la realiza, y desde el punto de vista material, es decir, -- por la naturaleza intrínseca de la función, el acto regla, se traduce, desde el punto de vista formal, en el Acto Legislativo, y desde el punto de vista material en la Ley.

Desde el punto de vista formal se deriva el principio de la "Autoridad Formal de la Ley" que significa que, todas las -- resoluciones del Poder Legislativo sólo pueden ser derogadas, -- modificadas o aclaradas por otra resolución del mismo Poder y -- siguiendo los mismos procedimientos efectuados en la formación de la resolución original.

Este principio se encuentra consignado en -- forma expresa en la fracción f) del artículo 72 Constitucional así redactado: "En la interpretación reforma o derogación de las--

(16) Duiguit, León, cit. por Gabino Fraga, Derecho Administrativo, op. cit. pág. 33.

leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación".

De lo antes expuesto, puede afirmarse que, el principio de "autoridad formal de la ley", sólo se refiere a los actos que el poder legislativo realiza dentro de la esfera de su - competencia.

LA FACULTAD DISCRECIONAL, ES EL EFECTO DE UN ACTO LEGISLATIVO.

Desde el punto de vista material, el acto regla se traduce en la Ley, la que, al estar constituida por una manifestación de voluntad encaminada a producir un efecto de derecho, constituye un acto jurídico. El efecto de derecho que produce la ley es el que viene a darle su carácter distintivo.

Consideramos que el acto regla es el acto jurídico crea dor de situaciones jurídicas impersonales y permanentes, capaces de ser modificadas pero sólo bajo el principio de autoridad formal de la ley por el órgano creado por el Estado, para cumplir con una de sus actividades: la función legislativa.

1.3

ACCION.

Una de las constantes que se ha presentado en la historia de la humanidad, ha sido la solución a los conflictos- que entre los seres humanos se han presentado.

Desde la época primitiva, encontramos reacción contra el conflicto mediante la solución puramente privada, es decir, sin la intervención de un poder público que pudiera lograr conciliar los intereses en choque.

Durante esta etapa de la humanidad tuvo lugar el llamado "régimen de autodefensa", en la que corresponde al particular la facultad de defender su derecho, repeler los ataques dirigidos contra éste y conseguir por toda suerte de medios, cuando la violación se ha consumado, el restablecimiento de las cosas a su estado anterior". (17)

Posteriormente el poder público empieza a intervenir, limitándose el ejercicio de la venganza y tratando de establecer una incipiente solución a los conflictos, se presenta entonces, la llamada "Ley del Talión". Más tarde el poder público interviene como conciliador, llegando a una composición amigable, hasta establecer, como único factor de solución a los intereses en conflicto, la intervención del Poder Público, mediante la función jurisdiccional, que para tal efecto realiza el Estado.

Por función jurisdiccional entendemos la actividad del Estado, como organización específica que tiende a la conse--

(17) García Maynez Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, op. cit. pág. 227.

cución de la Justicia, consistente en la aplicación de una norma de derecho a casos concretos, a través de órganos creados específicamente para tal fin.

De tal suerte que, quien se sienta afectado, en su esfera de derechos, no puede ya, debido a la función jurisdiccional del Estado, hacerse justicia por propia mano, sino -- que, debe acudir a dichos órganos a fin de que determinen si la pretensión del reclamante es procedente y ordene su satisfacción, incluso, por medios coactivos.

El maestro José Becerra Bautista, en su obra "El Proceso Civil en México", define a la función jurisdiccional como "la facultad de decidir con fuerza vinculativa para las partes, una determinada situación jurídica controvertida". (18)

Hugo Rocco define a la función jurisdiccional en los siguientes términos: la actividad con que el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, interviniendo a petición de los particulares, sujetos de interés jurídicamente protegidos, se substituye a los mismos en la actuación de la norma que tales intereses ampara, declarando, en vez de dichos sujetos, qué tutela concede una norma a un interés determinado, imponiendo al obligado, en lugar del titular del derecho, la observancia de la norma y realizando, mediante -

(18) Becerra, Bautista José, El Proceso Civil en México, 10a. ed. Edit. Porrúa, México, 1982, pág. 6.

el uso de una fuerza coactiva, en vez del titular del derecho, directamente aquellos intereses cuya protección está legalmente declarada". (19)

La función jurisdiccional tiene su fundamento en el -- principio de "legalidad", el cual sustenta que toda actuación del Estado debe basarse en el ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, la función jurisdiccional es -- para los órganos correspondientes un deber jurídico.

Este deber, como todos los que el derecho objetivo establece, es correlativo de una facultad concedida por el mismo derecho a los particulares y en ocasiones a otros órganos del Estado.

Por lo antes expuesto, el derecho que tiene todo particular, de acudir ante los órganos jurisdiccionales para pedir la aplicación de normas jurídicas a casos concretos, se le ha llamado "Derecho de Acción".

El Derecho de Acción, es un derecho público subjetivo -- traducido en garantía individual.

El Derecho de Acción, es un derecho de orden público, --

(19) Rocco Hugo, cit. por Barrera Bautista José, El Proceso - Civil en México, op. cit. pág. 8.

porque es correlativo de una obligación impuesta a ciertos --
órganos del Estado y cuyo fundamento se encuentra en nuestra
Carta Magna en los artículos octavo y décimo séptimo. El ma-
estro Ignacio Burgoa en su obra El Juicio de Amparo señala -
que "esa mera potestad de solicitar la actuación autónoma se-
convirtió en una obligación pública individual contenida en -
el artículo décimo séptimo constitucional con el correlativo-
derecho a pedir o solicitar la actuación de los órganos del - -
Estado". (20)

Nuestra adhesión a la teoría que considera a la acción,
como una garantía individual se basa en lo siguiente:

En primer lugar, es una de las decisiones fundamentales
que integran nuestro orden normativo supremo.

En segundo lugar, no podemos dudar su naturaleza de or-
den público, al darle nuestra Carta Magna la categoría de "de-
recho individual público", puesto que la Acción es la facul-
tad de acudir ante el órgano jurisdiccional para solicitar --
dicha función pública, en tanto que ésta es un deber jurídico
del Estado en ejercicio del poder público, establecido por la
misma Constitución.

Consideramos que el Derecho de Acción, es el derecho --

(20) Burgoa, Ignacio, El Juicio de Amparo. 23a. edic. Edit. -
Porrúa, S.A., México, 1983, pág. 130.

público subjetivo que tiene el individuo como integrante de la organización específica y real, llamada Estado, para acudir ante sus órganos especiales a solicitar el ejercicio de la función jurisdiccional, que como deber jurídico le impone nuestro supremo orden normativo, para que le sea esclarecida una situación jurídica dudosa o se declare la existencia de una obligación a su favor, y en su caso, hacerla efectiva.

Como corolario a nuestra definición, expuesta en el párrafo anterior, queremos hacer hincapié en que, nuestro afán ha sido sólo presentar un esquema general sobre el concepto acción, como marco de referencia del desarrollo de esta investigación.

1.4

DIFERENCIA ENTRE ACTO Y ACCION.

El acto es la expresión de voluntad de todo ente social que goza de capacidad jurídica para dar nacimiento, transmisión, extinción o modificación de derechos y obligaciones surgidos de la relación jurídica entre quienes manifiestan dicha voluntad.

La acción es el ejercicio del derecho público subjetivo, tutelador de particular, cuyo objeto radica en acudir a los órganos jurisdiccionales para que se cumpla o se aclare la situación jurídica emanada de esa manifestación de voluntad a fin de crear, modificar, transmitir o extinguir derechos correlativos que como consecuencia de esa - - - - -

relación jurídica surgieron.

AUTORIDAD.

Toda organización social, por incipiente que sea su estructura, ha requerido, en el devenir histórico de un poder superior a la voluntad de cada individuo que la conforma, que haga posible mantener y hacer valer una ordenación, entendida ésta, "como una jerarquía real de preceptos jurídicos". (21)

Este poder superior recibe el nombre de AUTORIDAD.

Kelsen, en su obra Teoría General del Estado, señala -- como origen de la autoridad, la convivencia de padres e hijos. "De hecho en la persona del abuelo ve la conciencia del niño la primera autoridad, el primer legislador, en una palabra el portador del "deber ser" del orden social". (22)

Así como toda organización social requiere de una autoridad, el Estado, como unidad de acción humana organizada, -- necesita para concretizarse en una estructura de efectividad, como lo señala Heller, de una ordenación objetivada, en cuanto a disposición concreta del obrar que forma la unidad real de acción y decisión como lo es el Estado.

(21) Heller, Hermann, Teoría del Estado, 9a. reimpresión, -- Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1983, pág.252.

(22) Kelsen, Hans, Teoría General del Estado, 15a. Edic., -- Editora Nacional, México, 1983, pág. 31.

Al efecto el maestro Burgoa sostiene que "el Estado, re quiere de un poder o autoridad que garantice ese orden de derecho, mediante su idónea aplicación contra posibles contravenciones por parte de los individuos de la comunidad, asegurando así, el orden social". (23)

La aplicación de la idea de Derecho, a una realidad social concreta o específica, no es posible sin que intervenga una autoridad de la comunidad que positivice el Derecho.

La autoridad del Estado, creadora de las normas jurídicas debe ser reconocida y aceptada por la comunidad social, - debe estar revestida del principio de legitimidad, porque no hay que olvidar que por encima de la legalidad se encuentra - la legitimidad. Hermann Heller, en su obra Teoría General del Estado, nos señala que "la instancia que en el Estado establece las normas se hace legítima cuando los destinatarios de la norma creen que el creador del Derecho, al establecer los preceptos jurídicos, no hace más que dar carácter positivo a - - ciertos principios de Derecho, éticamente obligatorios que -- trascienden del Estado y de su Derecho, y cuyo fundamento precisamente constituyen". (24)

(23) Burgoa, Ignacio, Las Garantías Individuales, edic. Edit. Porrúa, S.A. México, pág. 156.

(24) Heller, Hermann, Teoría del Estado, op. cit. 209.

Esta Autoridad Estatal, requiere, además, de la convicción de que, sus principios jurídicos, y por ende, sus preceptos jurídicos, posean una fuerza obligatoria general que llegue a sus sometidos.

La Autoridad Estatal, se distingue de cualquier otra -- autoridad, por la forma como ha sido creada, es decir, por -- esa concientización colectiva que ha decidido, por su propia-conveniencia, por su propia voluntad, la "volonté générale" - (25), de que hablan los clásicos, de depositar en órganos especiales, el poder supremo, que como consecuencia de la soberanía, radica, única y exclusivamente en el propio núcleo social.

La Autoridad Estatal, se justifica en tanto tiene encomendada la tarea específica de garantizar el nacimiento y mantenimiento del Derecho, de esa ordenación normativa jurídica de la que precisa toda realidad social, y en este caso, el -- Estado, como unidad real de decisión y acción, que, "se ha -- reservado para sí el monopolio de la coacción física legítima" (26) no podría existir como organización de seguridad jurídica, sin una autoridad que hiciera efectivo su cometido.

(25) Rousseau, Jean Jacob, El Contrato Social, 1a. edic. Editores Mexicanos Unidos, S.A., México, 1982, pág. 59 y s.s.

(26) Heller, Hermann, Teoría del Estado, op. cit. pág. 204.

La Autoridad, como poder estatal, tiene que aspirar a ser poder jurídico, lo que implica valer como autoridad legítima, ya que la legitimidad es la que le otorga la cualidad de poder "Supremo", de otra forma, se estaría frente a un poder legal, es decir, creado por órganos legislativos, de acuerdo a un ordenamiento jurídico, pero carente de validez en tanto no contara con la aprobación o aceptación de la comunidad social ante la cual pretendiera hacerse valer. -- Desde luego, aún estando frente a una autoridad de facto, -- ésta no dejaría de ser un poder, pero sólo sería esto, sin la cualidad "Suprema".

Vemos pues, que indubitablemente existe una relación dialéctica entre Derecho, como creador del poder y el Estado como creador del Derecho, "ya que sin el carácter de poder que el derecho entraña no existe validez jurídica normativa ni poder estatal, pero sin el carácter creador del derecho que tiene el poder del Estado, no existe positividad jurídica ni Estado". (27)

Por lo antes expuesto, y a reserva, de emitir nuestro propio concepto sobre autoridad, hacemos mención de la definición que hemos interpretado de la obra de Hermann Heller,

(27) Heller, Hermann, Teoría del Estado, op. cit. pág. 209.

ya que expresamente no la señala y con quien estamos plenamente de acuerdo.

Por autoridad entiende el autor en cuestión: "El Monopolio de la coacción física legítima, reservada para sí por el Estado, convirtiéndose de este modo en Unidad Social Suprema de decisión y acción frente a las demás instancias autónomas". (28)

El Maestro Gabino Fraga, nos señala que: "el Estado -- tiene atribuciones diversas de las que corresponden a los -- particulares que deben realizarse por medios de los que éstos no disponen, como es el uso del poder público del que el Estado dispone como derecho de la Soberanía Nacional". (29)

Entendiendo aquí, poder público como autoridad estatal.

Maurice Hauriou en su obra Principios de Derecho Público y Constitucional, define a la autoridad sosteniendo que: "es una energía espiritual debida a una cierta calidad o valor de voluntad y de la inteligencia, y que permite a una -- élite política, asumir la empresa del gobierno de un grupo -- haciéndose obedecer por los demás hombres en nombre del orden". (30)

(28) Heller, Hermann, Teoría del Estado, op. cit., pág. 204.

(29) Fraga, Gabino, Derecho Administrativo, op. cit. pág.25.

(30) Hauriou, Maurice, Principios de Derecho Público y Constitucional, Edit. Reus, Madrid, 1927, pág. 181.

"Distinguiendo entre autoridad y poder, éste es llamado por Hauriou "poder de dominación", que es definido como: "un poder de voluntad que se hace obedecer por la disposición y el empleo de una fuerza de coacción material". (31)

De la combinación de estos elementos de poder político-se constituirá "el poder de Derecho", que no es otra cosa, a nuestro juicio, que la autoridad estatal o poder público.

Previo a la mención de la definición de autoridad que emite Hans Kelsen, queremos hacer hincapié en que no obstante no estar de acuerdo con la teoría del maestro Vienés, toda vez que no admitimos que se asimile al Estado con el derecho, porque el Estado no puede entenderse sólo como un deber ser, sino como una interacción dialéctica entre el ser y deber ser, hemos acudido a su obra para analizar el concepto en cuestión.

Tratando el tema de los elementos del Estado, Kelsen -- señala que en la doctrina tradicional "el poder ocupa una posición peculiarísima, en la médula substancial del Estado". - (32)

Considera el autor mencionado, que la naturaleza del --

(31) Hauriou, Maurice, Principios de Derecho Público Constitucional, op. cit. pág. 181.

(32) Kelsen, Hans, Teoría General del Estado, op. cit. pág. - 125.

poder del Estado ha provocado la antítesis entre éste y el -- Derecho comprendiendo al poder, en sentido fáctico naturalista como una especie de fuerza física que actúa en sentido -- causal; Kelsen sostiene acerca del poder que "no podría expresar otra cosa sino el hecho real de que unos hombres someten a otros y les fuerzan a realizar una determinada conducta". - (33)

Siguiendo con su exposición Kelsen considera que en -- esencia la unidad del orden jurídico, es la unidad de un proceso de creación del Derecho. "El contenido genérico de la -- norma originaria que fundamenta el sistema del orden jurídico es el establecimiento de una autoridad, de una fuente de Derecho, cuyas manifestaciones tienen fuerza jurídica de obli-- gar. "Comportaos como os ordena la autoridad jurídica". El Derecho es una norma establecida". (34)

Lo anterior nos demuestra que el concepto "autoridad" - o "poder" ha sido anterior a la creación del orden normativo-jurídico.

Para nosotros la autoridad del Estado ha surgido de la voluntad de sus componentes, entes humanos, individuos, quienes en ejercicio de la soberanía que en ellos radica, han de-

(33) Kelsen, Hans, Teoría General del Estado, op. cit. pág. 4.

(34) Ibidem., pág. 125.

positado esa autoridad, esa facultad para ejercer la coacción física legítima, en órganos creados por el Estado.

La autoridad estatal debe estar investida de legitimidad teniendo como característica especial la coacción, lo que permite al Estado cumplir con sus funciones, porque si la autoridad sólo estuviera sujeta al arbitrio de los individuos, no podría cumplir con la función de mantener el orden social, lograr el Bien Común, la Justicia y la Seguridad Jurídica.

Resumiendo, por autoridad, entendemos al titular de la facultad para ejercer la coacción física legítima y soberana que la máxima organización social, como unidad de decisión y acción, denominada Estado, ha creado dialécticamente para cumplir con su función de mantener el orden social, lograr el Bien Común, la Justicia y la Seguridad Jurídica.

1.6

FACULTAD.

Según el Diccionario Jurídico Mexicano, por facultad -- debemos entender:

FACULTAD. I. "(Del latín facultas-atis: capacidad, facilidad, poder; de facul y facile: fácilmente, de facilitas-atis: habilidad; de factible; de facio-is-erefactum: hacer. Significa el poder a la habilidad para realizar una cosa). Normalmente el término "Facultad" se asocia a aquello que es optativo, po

testativo; de ahí: facultativo. El concepto jurídico de potestad significa la aptitud o potestad de una persona para modificar la situación jurídica existente de uno mismo o de otros (Dias). Los romanos con el término *facultas* se referían a la capacidad de celebrar un contrato o de llevar a cabo un acto jurídico válido (Berger), p.e., *facultas solvendi*. Sin embargo, en ocasiones *facultas* era sustituido por *ius* ("Qui in protestas parentis est, testamenti faciendi ius non habet", Digesto 28, 1, 6, pr. "Servus ex persona domini ius stipulandi habet", Institutas, 3, 17, pr.).

La confusión del término "Facultad" con el de "Derecho-subjetivo" es desafortunada. El término derecho subjetivo -- suele ser indiscriminadamente usado para designar lo que en algunos casos es un derecho subjetivo, propiamente hablando, -- una facultad o una inmunidad (Hohfeld). Ciertamente, el concepto de facultad se refiere a algo que se puede hacer u omitir, como en el caso del derecho subjetivo. La diferencia -- estriba en que, en el caso de la facultad, no se trata sólo de realizar hechos lícitos (jurídicamente permitidos), sino -- producir actos jurídicos válidos.

II. El concepto jurídico de facultad indica que al -- quien está investido jurídicamente (por un norma de derecho) -- para realizar un acto jurídico válido, para producir efectos-

jurídicos previstos (celebrar un contrato, otorgar un testamento, revocar un poder). El concepto de facultad jurídica presupone la posesión de una potestad o capacidad jurídica - para modificar válidamente la situación jurídica.

La facultad jurídica, como aptitud o potestad para - - crear actos jurídicos válidos por los cuales surgen obligaciones, derechos y facultades, no es correlativa de deber -- alguno. Que alguien tenga la facultad de contratar no genera deberes en ninguno. El ejercicio de la facultad puede - ser un hecho obligatorio, como la facultad del Juez de pronunciar sentencias. En el caso del derecho subjetivo la acción u omisión de la conducta no pueden ser obligatorias; -- cuando la acción u omisión se convierten en el contenido del deber, el derecho subjetivo se agota en su ejercicio. La facultad, por el contrario, no se agota en su ejercicio. La - facultad tiene como objetivo la producción de ciertos actos- jurídicos válidos; su propósito es que los actos, que en virtud de la facultad se realizan, tengan los efectos que pretenden tener (que algo sea un contrato válido, que algo sea un testamento válido).

El concepto facultad jurídica presupone la investidura o el facultamiento. Cuando alguien no está facultado para - celebrar un determinado acto jurídico, el acto es nulo. Cuando no se está investido de la facultad correspondiente el --

acto realizado no produce los efectos jurídicos deseados. -- (Esta última circunstancia distingue radicalmente la facultad del derecho subjetivo: cuando no tengo derecho a entrar en determinado lugar y entro, mi acto no es nulo, es ilícito).

Facultad se opone, así a incapacidad (ausencia de potestad) y es correlativa de la responsabilidad (Hohfeld). -- Estas relaciones pueden observarse claramente en el mandato. Por virtud de un mandato, inter alia, se confieren al mandatario ciertas facultades, poderes, para que éste se encuentre en posibilidad de celebrar ciertos actos jurídicos válidos, que tengan los efectos jurídicos previstos, actos de los que el mandante será responsable.

III. La importancia de las facultades en la descripción del derecho ha conducido a H. L. A. Hart a realizar un minucioso análisis de las normas que confieren facultades. -- Estas normas, las normas que confieren facultades, no imponen obligaciones ni deberes, ni prescriben formas de conducta -- que denominamos ilícitos o delitos. Las normas que confieren facultades realizan otra función social: establecen las formas por las cuales se celebran contratos, matrimonios o se otorgan testamentos válidos. La no conformidad con estas normas no produce una "violación" del derecho ni acarrea una

sanción. Más que imponer obligaciones, proporcionan a los individuos medios (facilities) para realizar sus deseos, confiriéndoles, justamente facultades jurídicas para crear, a través de ciertos procedimientos, derechos y obligaciones. Ciertamente, las normas que confieren facultades no sólo las confieren de naturaleza privada. Ejemplos de facultades públicas se encuentran abundantemente tanto en la administración como en la judicatura. Los poderes así conferidos a los individuos para modelar sus relaciones jurídicas con los demás, mediante contratos, testamentos, matrimonios (o mediante potestades públicas) es una de las grandes contribuciones del derecho a la vida social. Estos rasgos del derecho se verían oscurecidos si no se describieran apropiadamente las facultades y las normas que las confieren (Hart).

IV. La facultad muestra claramente una función esencial de todo orden jurídico: la función de atribución o facultamiento de poderes (Ermächtigung), necesaria para la creación (y modificación) de todo orden jurídico (Kelsen). El derecho privado, como en derecho procesal, la noción de facultad es identificada con la capacidad para testar" (c. II, tít. II, libro III del CC), "Están capacitados para testar:..." (a. 1306 del CC), "...III. La capacidad para ejercitar la acción..." (a.10. del CPC). Estas facultades (capacidades o habilitaciones) son poderes específicos conferidos -

por el orden jurídico a los individuos para concurrir en la creación de normas jurídicas individuales (infralegislativas) contractuales, testamentarias. En el caso de las facultades (capacidades) procesales, son poderes para concurrir en las normas individuales establecidas por las decisiones jurisdiccionales (Kelsen).

En el derecho público la noción de facultad se encuentra asociada a la noción competencia, competencia material, que se identifica con las facultades del órgano (p.e., "El Congreso tiene facultad..." (a. 73 de la C). "Son facultades exclusivas de la Cámara..." (a. 74 de la C), "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución..." (a. 124 de la C). El ejercicio de las facultades (capacidades privadas, es fácil de advertir es, en cuanto a la función que desempeña un órgano legislativo habilitado por el orden jurídico para establecer normas generales. En todos estos casos (públicos y privados) nos encontramos en presencia de una habilitación para crear normas jurídicas".- (35)

De acuerdo a lo anterior, cabe destacar los párrafos 2o., 3o., 4o. y 7o. que hacen alusión directa al concepto de facultad, que interesa al tema de esta tesis.

(35) Diccionario Jurídico Mexicano, 2a. edic., Editorial --- Porrúa, S.A. Edit. UNAM, México, 1987, pág. 1407 y 1408.

Del análisis de estos cuatro párrafos, podemos señalar que la facultad, es la potestad, capacidad, habilidad, medio, en el campo del derecho privado, o competencia tratándose -- del derecho público, otorgada por una norma de derecho para producir o modificar actos jurídicos, que por ser realizados en virtud de dicha facultad producen el efecto de ser válidos.

Facultad, para efectos de esta tesis es la competencia, otorgada a los órganos de la administración, bajo el principio de legalidad, para crear o modificar actos jurídicamente válidos.

1.7

DISCRECIONAL.

Toda actividad del Estado, debe estar investida del -- principio de legalidad, lo que significa que todo acto de -- autoridad estatal debe limitarse y sujetarse a lo preceptuado por el ordenamiento jurídico, es decir, la sumisión de la Administración a los dictados de la ley.

Este principio funciona en tres aspectos en la Administración Pública;

"I.- Cumplimiento en la actuación administrativa de -- las formas determinadas por la Ley para cada caso.

II.- Cumplimiento de las prescripciones de fondo de la materia señalada en la Ley; esto es, la decisión administrativa deberá ser conforme a la Ley dictada previamente.

III.- Respeto por el órgano de facultades para dictar - disposiciones normativas a las que tengan esa naturaleza normativa, pero de jerarquía superior". (36)

La formulación del principio de legalidad ha dado lugar a dos posiciones:

1o.- La actividad de la administración se considera como ejecutora de la Ley; únicamente cumple con la voluntad del precepto legislativo, en el que se estima comprendidas las necesidades colectivas que tienen que satisfacerse para la armonía de la vida social; el esquema de la ley comprende exactamente, lo que tiene que realizar la administración; su misión se reduce a la ejecución mecánica de los actos que determinan la regla general. Le está prohibida toda libertad de apreciación, toda iniciativa. Su actuación se encuentra vinculada a la ejecución precisa de las leyes.

2o.- La Administración tiene como finalidad esencial la satisfacción de necesidades o intereses públicos y la Ley - -

(36) Olivera, Toro Jorge, Derecho Administrativo, Principio - de Legalidad y Actos Administrativos, Tomo II, editado - por el propio autor, México, 1961, págs. 7 y 8.

sólo le proporciona el medio jurídico apto para conseguir un determinado resultado. "La técnica jurídica preside la organización del mecanismo de la vida jurídica. Ofrece las fórmulas, los marcos, los moldes jurídicos en que vendrán a fijarse las soluciones adoptadas como deseables, desde el punto de vista de la oportunidad". (37)

En relación a lo anterior consideramos que la actuación de la administración se debe desarrollar bajo un marco jurídico, sin olvidar la realidad social sobre quien recaerá dicha actuación.

Esta legalidad formal manifiesta una variante en la "Actividad Discrecional".

Por "discrecional" debemos entender "la competencia en cuyo ejercicio se dicta el acto y no el acto mismo". (38)

Es la "resolución de un órgano administrativo, dada en ejercicio de la potestad de esta naturaleza". (39)

La "competencia" en materia administrativa se refiere al poder dado a una persona pública o a sus órganos, para atender y resolver un negocio determinado. Por lo tanto un -

(37) Duez, Paul et Debeyre Guy, citados por Olivera Toro, Derecho Administrativo y Principio de Legalidad, op.cit. -- pág. 10.

(38) Ibidem., pág. 58.

(39) De Pina, Rafael, Diccionario de Derecho, 8a. Edic. Edit. Porrúa, S.A., México, 1979, pág. 229.

órgano administrativo competente, es aquel a quien la ley - - otorga una "facultad para conocer de asuntos determinados". - (40)

Así, la discrecionalidad de una autoridad administrativa consiste en la libre apreciación del órgano en cuestión, - sobre la existencia de circunstancias fácticas, exigidas para la realización de un acto, ya que una determinación administrativa, ajustada a derecho, pero que no contemple dicha circunstancia puede producir la más injusta de las situaciones.

Es la libre apreciación de consecuencias y libertad para la autoridad, es la zona de libertad para la autoridad, lo que no significa arbitrariedad, ya que dicha actividad se encuentra sometida al ordenamiento jurídico.

Es en este aspecto, de la discrecionalidad, donde se -- presenta con mayor énfasis el concepto de mérito que es definido por Olivera Toro en su obra Derecho Administrativo como "la conveniencia y utilidad que tiene el acto administrativo, adecuación para lograr los fines que se tiende a alcanzar". - (41)

(40) Serra, Rojas Andrés, Derecho Administrativo, 8a. edic. Tomo I, Edit. Porrúa, S.A. México, 1977, pág. 246.

(41) Olivera, Toro Jorge, Derecho Administrativo y Principio de Legalidad, op. cit. pág. 12.

Fraga señala con claridad: "La conformidad del acto con la ley constituye el concepto de legitimidad. La conformidad del acto con el interés público hace el concepto de oportunidad". (42)

"El mérito, oportunidad o razonabilidad, según Juan - - Francisco Linares, en su obra Poder Discrecional Administrativo, constituye el aspecto axiológico no expresado por la ley, salvo cuando es señalado por fórmulas elásticas que confieren un más flexible arbitrio interpretativo (utilidad pública, -- moralidad pública, buenas costumbres, decoro, bien general), - siendo éstas el fundamento de legalidad". (43)

Decíamos párrafos atrás que esta competencia discrecional o facultad discrecional no es sinónimo de poder arbitrio. No supone que las medidas y decisiones administrativas dictadas con esa facultad dependan de intereses personales, de animosidad o de la fantasía de los caprichos de los funcionarios, de su odio. Esta facultad se encuentra en relación directa - con la seguridad jurídica de los administrados y se ejerce -- mediante ciertas condiciones, que son: satisfacer el interés-público.

(42) Fraga, Gabino, Derecho Administrativo, op. cit. pág. 36.

(43) Linares, Juan Francisco, citado por Olivera Toro, Jorge, Derecho Administrativo y Principio de Legalidad, op - - cit. pág. 42.

Bonnard, citado por Gabino Fraga, señala que; "Hay poder discrecional para la Administración, cuando la ley o reglamento previniendo para la Administración cierta competencia en ocasión de una relación de derecho con un particular, deja a la administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, en qué momento debe obrar y qué contenido va a dar a su actuación. El poder discrecional consiste, pues, en la libre apreciación dejada a la Administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer". (44)

Cabe aclarar que Bonnard, está empleando aquí el concepto de poder como sinónimo de facultad.

De la lectura de las siguientes ejecutorias así como de la jurisprudencia emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia, en ocasión de diversos casos, se desprende que la discrecionalidad otorgada a una autoridad, no depende de su voluntad arbitraria o caprichosa, sino que el ejercicio de dicha facultad no la libera de fundar y motivar debidamente su resolución, así como tampoco debe faltar a los elementales principios de la lógica y siempre debe tener como propósito realizar el fin expreso que la norma otorgante, de dicha competencia, trata de alcanzar, llenando todos los requisitos que para el efecto se estipulen en la ley, sobre todo, que --

(44) Fraga, Gabino, Derecho Administrativo, op. cit. pág. 100.

siempre debe perseguir, el ejercicio de dicha competencia, el interés público y deberá estar sujeto dicho ejercicio al control Constitucional.

Asimismo, lo discrecional implica que la autoridad facultada, para actuar, deberá ejercer su criterio, es decir, - deberá actuar discrecionalmente siempre y cuando funde y - - motive el ejercicio de esa facultad.

"FACULTAD DISCRECIONAL DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA.

DEBE EJERCITARLA RAZONANDOLA DENTRO DE LA LEY.- Es infundado el argumento de la autoridad responsable de que obra dentro de ley al conceder o negar licencias para el expendio de bebidas alcohólicas en uso de la facultad discrecional 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 actuar en forma arbitraria y caprichosa". (45)

(45) Semanario Judicial de la Federación. Sexta Epoca, Volumen CXXXVI. Tercera Parte. Octubre de 1968. Segunda Sala pág. 21.

Amparo en revisión 2282/68.- María Dolores Aguilar Be--
cerra, 4 de octubre de 1968.- 5 votos.- Ponente: Alberto - -
Orozco Romero.

Véase :

Tesis 102, apéndice de Jurisprudencia 1917-1965, Tercera Par--
te, pág. 129.

"FACULTADES DISCRECIONALES. APRECIACION DE LAS, EN EL -
AMPARO (CONCESION PARA LA EXPLOTACION DE UN CANAL DE TELEVI--
SION).- Corresponde a la Secretaría de Comunicaciones y Trans--
portes, para el efecto de otorgar una concesión para la explo--
tación de un canal de televisión, determinar quién entre los--
diversos solicitantes, atendiendo a diferentes circunstancias
ofrece mayor seguridad y eficacia en la prestación del servi--
cio correspondiente, y la elección que en su caso haga, cons--
tituye un acto que puede conceptuarse como de discrecional--
idad administrativa, que no puede ser revisado por el Poder --
Judicial en la vía de amparo, a no ser que se demuestre una -
evidente violación legal o que la autoridad faltó a los ele--
mentales principios de la lógica. La Secretaría de Comunica--
ciones y Transportes tiene a su favor, la presunción de con--
tar con los conocimientos y criterio suficiente para elegir a
la persona física o moral a quien habrá de otorgar la conce--
sión, 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 convivencia de otorgar a una empresa y no a otra, una concesión determinada". (46)

Amparo en revisión 452/68.- Federico Obregón Cruces y -
Otra.- 19 de septiembre de 1968.- Unanimidad de 4 votos.- Po-
nente: Jorge Iñárritu.

"FACULTADES DISCRECIONALES. APRECIACION DEL USO INDEBIDO DE ELLAS EN EL JUICIO DE AMPARO.- El uso del arbitrio o de la facultad discrecional que 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 que pretende apoyar la resolución, o cuando el razonamiento en que la misma se apoya es contrario a las reglas de la lógica". (47)

Sexta Epoca, Tercera Parte:

Vol. IV, 120. A. en R. 6489/55.- Fábricas de Papel de -
San Rafael y Anexas, S.A.- 4 votos.

(46) Informe 1968. Segunda Sala Pág. 139.

(47) Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario-Judicial de la Federación, Tercera Parte. Segunda Sala - Pág. 129.

Vol. VIII, Pág. 55. A. en R. 3294/56.- Farmacéutico Lakeside, S.A.- 5 votos.

Vol. VIII, Pág. 55. A. en R. 4249/52.- Internacional de Comercio, S.A.- 4 votos.

Vol. XIX, Pág. 57. A. en R. 4862/58.- Adrian Garcini -- Navarro.- 4 votos.

Vol. XIX, Pág. 59. A. en R. 136/57.- Antonio Mardegain Simeón.- 4 votos.

"FACULTADES DISCRECIONALES. ARTICULOS 724, 725 y 727 -- DEL CODIGO ADUANERO.- Tales preceptos no otorgan a las autoridades facultades omnímodas, sino que éstas deben ejercitarse en forma prudente y razonada, ya que el término "poder" empleado en el artículo 725, tiene un sentido limitativo, y no potestativo en forma absoluta, y debe entenderse que el otorgamiento de tales facultades, tiene como propósito realizar el fin expreso que la norma trata de conseguir, llenando todos los requisitos que para el efecto, se estipulan en la ley". (48)

(48) Informe 1970. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Pág. 51.

- R.F. 238/68 Compañía Eléctrica Mexicana del - -
Norte, S.A. 11 de julio de 1969.
- R.F. 48/69 Compañía Mexicana de Aviación, S.A.,
15 de julio de 1969.
- R.F. 176/69 Compañía Mexicana de Aviación, S.A.,
11 de diciembre de 1969.
- R.F. 270/68 Compañía Eléctrica Mexicana del Nor
S.A., 8 de octubre de 1970.
- R.F. 480/70 Compañía Eléctrica Nacional, S.A., 6
de noviembre de 1970.

"IMPORTACION, FACULTADES DISCRECIONALES PARA EXIMIR DEL
IMPUESTO DE.- "La interpretación de los artículos 724 y 725 -
Código Aduanero, lleva a pensar que conceden facultades dis--
crecionales a la autoridad, para conceder las franquicias, de
acuerdo con la conveniencia del interés público. Pero induda
blemente el uso de tales facultades no puede ser arbitrario o
caprichoso, sino que debe ajustarse a la ley y a la lógica -
(y está sujeto al control constitucional), atendiendo a ver -
si las importaciones se verifican en orden a la satisfacción-

de servicios públicos o de interés meramente privados". (49)

Revisión fiscal 107/68.- Cía. Eléctrica de Mérida, S.A.-
17 de marzo de 1969.

- Unanimidad de votos.

Revisión fiscal 19/69.- Mexicana de Aviación, S.A.- 26
de junio de 1969.

- Unanimidad de votos.

Revisión fiscal 43/69.- Cía. Mexicana de Aviación, S.A.-
14 de junio de 1969.

- Unanimidad de votos.

Revisión fiscal 17/69.- Cía. Mexicana de Aviación, S.A.-
28 de julio de 1969.

- Unanimidad de votos.

Revisión Fiscal 15/69.- Cía. Mexicana de Aviación, S.A.-
5 de agosto de 1969.

Unanimidad de votos.

"IMPORTACION FACULTADES DISCRECIONALES PARA EXIMIR DEL
IMPUESTO DE.- Ante el lenguaje legal, de los artículos 724 y
725 del Código Aduanero, permisivo más que operativo, la in-
terpretación normal de los preceptos lleva a pensar efecti-
vamente en facultades discrecionales, otorgadas a la recu-
rrente para conceder la franquicia de acuerdo con la conve-
niencia del interés público, más que una simple norma de com-
petencia. Si se hubiese usado la expresión "corresponderá a

(49) Informe 1971. Primer Tribunal Colegiado en Materia Admi-
nistrativa del Primer Circuito. Pág. 29.

la Secretaría de Hacienda concederlas (las exenciones)", o alguna otra expresión semejante, se pensaría en una regla de -- competencia, pero la expresión "es facultad de la Secretaría de Hacienda concederlas", y la que, dice "podrá conceder", llevan a la conclusión primeramente apuntada. Pero, por otra parte, indudablemente el uso de tal facultad discrecional no puede ser arbitrario o caprichoso. Cuando se dice que la autoridad fiscal está calculada discrecionalmente para determinar -- cuándo se satisfacen los requisitos de la exención, no se está diciendo que puede hacerlo de manera subjetiva y caprichosa. -- Es decir, es una facultad que debe sujetarse a los principios de la Ley y de la lógica y sujeta al control constitucional, -- atendiendo a ver si las importaciones de que se trata se verifican en orden a la satisfacción de intereses de servicios -- públicos o de intereses meramente privados, etc.". (50)

Revisión fiscal RF-211/70.- Compañía Eléctrica Mexicana del Sureste, S.A.- 6 de octubre de 1970.- Unanimidad de votos.

"IMPORTANCIA TRASCENDENTE PARA EL INTERES NACIONAL. AMPLIA FACULTAD DISCRECIONAL DE LA SUPREMA CORTE PARA DECIDIR SI UN ASUNTO SE ENCUENTRA O NO EN ESA HIPOTESIS.- Del análisis de los artículos 107, fracción VIII, inciso e), de la Constitu-

(50) Informe 1970. Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Pág. 28.

ción Federal, 84, fracción I, inciso e), de la Ley de Amparo y 25 fracción I, inciso d), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como del proceso legislativo -- que culminó con su formación, se desprende que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuenta con amplias facultades discrecionales para determinar cuándo un asunto reviste importancia trascendente a los intereses de la Nación. Esto significa que por primera vez en la evolución de nuestro juicio de amparo la Suprema Corte puede, conforme a la facultad constitucional y legal de que se encuentra investida, asumir o no su propia competencia en cada hipótesis contemplada de acuerdo exclusivamente con su criterio, es decir, discrecionalmente, con tal de que funde y motive el ejercicio de su facultad discrecional". (51)

Amparo en revisión 3193/69.- Balneario de San Bartolo, S.A.- Fallado el 6 de noviembre de 1970.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Mtro. Jorge Iñárritu.- Srio.: Lic. Carlos de Silva.

Sostiene la misma tesis:

Amparo en revisión 4093/70.- Jorge Malcolm Navarrete.- Fallado el 23 de noviembre de 1970.- Unanimidad de 5 votos.- Ponente: Jorge Saracho Alvarez.- Srio.: Lic. José Tena Ramírez.

(51) Informe 1970. Segunda Sala. Pág. 101.

Precedente:

Amparo en revisión 3179/68.- Margarita Meillón Canal.- -
Fallado el 5 de septiembre de 1969.- Unanimidad de 5 votos en-
cuanto a la tesis sustentada y mayoría de 4 votos en cuanto a-
la aplicación de la misma al caso concreto, en contra del emi-
tido por el Ministro José Rivera Pérez Campos.- Ponente: Mtro.
Felipe Tena Ramírez.- Srío.: Lic. Mariano Azuela Guitrón.

"IMPORTACIONES, FACULTAD DISCRECIONAL EN MATERIA DE - -
FRANQUICIAS O EXENCIONES DE IMPUESTOS PARA ORGANISMOS DESCEN--
TRALIZADOS O SEMIOFICIALES EN LAS.- Del contenido de los - -
artículos 724 a 727 del Código Aduanero, se infiere que la ma-
teria de franquicias o exenciones de impuestos, es facultad --
exclusiva de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y que
para su otorgamiento se requiere la satisfacción de diversas -
condiciones; que la facultad discrecional de que habla el - -
artículo 726 para conceder a organismo descentralizados o semi
oficiales franquicias no incluidas en la enumeración que con--
tiene el artículo inmediato anterior, debe quedar sujeta al --
cumplimiento de la condición que en el mismo se establece o --
sea que el organismo respectivo tenga como misión la de impor-
tar o exportar efectos al país para regular los precios inte-
riones; finalmente, que las franquicias a que se refieren las-
fracciones V, VI y VII del artículo 725 del propio Código, son
concedidas en atención a la naturaleza de las obras a que se -

destinen, obras que específicamente se señalan en las fracciones en cita". (52)

Revisión fiscal 567/64.- Unión Nacional de Productores - de Azúcar, S.A., de C.V.- 4 de mayo de 1966.- 5 votos. - Ponente: Felipe Tena Ramirez.

Vol. 21, pág. 32. A.R. 5771./68.- Auto Transportes Unidos de Costa Chica, S.A. de C.V.- 5 votos.

Vol. 27, pág. 67. A.R. 4243/70.- Amado Yañez Rivera.- -- Unanimidad de 4 votos.

Vol. 30, pág. 41. A.R. 1535/69.- Fábrica de Camisas Manchester, S.A.- Unanimidad de 4 votos.

"PROPIEDAD INDUSTRIAL. FACULTADES DISCRECIONALES.- Como en el caso a estudio el C. Juez de Distrito se sustituyó en la facultad discrecional de la autoridad responsable, resulta evidente que debe revocarse la sentencia porque la Dirección de la Propiedad Industrial en uso de las facultades que le otorga el artículo 116 de la Ley de la Propiedad Industrial, ejerció una facultad discrecional, apreciando con criterio que produce la marca "NS" al considerar que producía confusión con la marca "N", apoyando su razonamiento en las reglas de la lógica y por tanto, debe negarse la protección federal solicitada". (53)

(52) Semanario Judicial de la Federación. Sexta Epoca. Volumen CVII Tercera Parte. Mayo de 1966. Segunda Sala Pág. 12.

(53) Informe 1967. Segunda Sala. Pág. 172.

JUEGOS Y SORTEOS. FACULTADES DE LA SECRETARIA DE GOBERNACION.

Aún cuando la Ley Federal de Juegos y Sorteos conceda a la Secretaría de Gobernación facultad discrecional para conceder o negar los permisos que le soliciten, al resolver acerca de alguna solicitud debe motivar y fundar debidamente su resolución, como terminantemente lo ordena el artículo 16 Constitucional, ya que, de otra suerte, priva de defensa al peticionario. Pero los motivos y fundamentos deben darse al dictar la resolución correspondiente, porque si se admitiera a las autoridades motivar y fundar sus actos en el informe justificado, se impediría también al solicitante la defensa de su derecho".

(54)

Sexta Epoca, Tercera Parte: Vol. LX, pág. 190. A.R. - -
1603/55.- Refrescos Pascual, S.A.- Unanimidad de 4 votos.

MARCAS INDUSTRIALES ARBITRIO DE LA SECRETARIA DE ECONOMIA EN EL REGISTRO DE.

El juicio de amparo quedaría suprimido de manera absoluta respecto de las resoluciones de la Secretaría de Economía - en materia de propiedad industrial, si fuera absolutamente - inobjetable la facultad que tiene de resolver cuestiones - -

(54) Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1985

técnicas relativas a las normas a que se refiere la Ley de la Materia. Por tanto, cuando el criterio de dicha Secretaría al resolver sobre cuestiones de propiedad industrial, sea notoriamente inaceptable porque los hechos sean de tal manera objetivos que no pueden provocar duda racional alguna, si es legal combatirlo en el juicio de garantías. (55)

Sexta Epoca, Tercera Parte: Vol. XI, Pág. 30. A.R. 5104/
57.- Ropa Pre-cortada, S.A.- 5 votos.

MARCAS INDUSTRIALES, ARBITRIO DE LA SECRETARÍA DE ECONOMÍA EN EL REGISTRO DE.

No es absoluta ni omnímoda la facultad de que goza la -- Secretaría de Economía para decidir si conviene, o no, conceder el registro de una manera semejante a otra registrada, o que invada el legítimo campo de acción de un nombre comercial anteriormente en uso, cuando una autoridad tiene poder discrecional o libertad de apreciación, en el amparo se debe aceptar, por lo general, el ejercicio de ese poder, salvo que la autoridad haya partido de datos irreales o no comprobados, o que funde sus conclusiones en argumentos contrarios a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia. De ordinario, corresponde a la Secretaría de Economía resolver acerca de la existencia o inexistencia de imitación entre dos marcas, pero

(55) Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985.

cuando la califican es notoriamente inaceptable porque los -- hechos son de tal manera objetivos que no puedan provocar duda racional alguna, es posible concederla en el juicio de amparo, ya que, de otro modo, éste quedaría suprimido en forma absoluta, cualesquiera que fuesen las circunstancias en cada caso. (56)

Sexta Epoca, Tercera Parte: Vol. IV, Pág. 176. A.R. - - 3167/50.- Compañía Euzkadí.- 5 votos.

1.8

ESTADO.

El hombre, ente humano, por esencia dialéctico, al ser el autor y actor del contexto histórico-social que lo rodea, nunca ha podido ser concebido en forma aislada, sino que dada su capacidad de obrear y decidir conscientes, es miembro y -- participe de una unidad de seres humanos, unidad dialéctica - de naturaleza y cultura que bajo una organización y una ordenación se le ha denominado "sociedad". A su vez, esta realidad social, entendida como efectividad humana, como creación del hombre, situada en un mismo territorio y bajo una ordenación jurídica que otorgue legitimidad a la necesidad de hacer cumplir, aún en contra de los miembros de esa unidad consciente del grupo, ese orden jurídico, en otras palabras, bajo un poder legítimo, es lo que configura al Estado, entendiéndose-

(56) Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985.

tal, una unidad que actúa en la realidad histórico-social.

"Sólo si se concibe a esa estructura de efectividad que es el Estado, en su significación inmanente dentro del conjunto de la vida social, podrá en general distinguírsele, como una forma especial de la acción humana". (57)

Ante la diversidad de conceptos que sobre el estado se han emitido, a continuación presentamos algunas de las muchas definiciones que existen al respecto, las cuales han sido formuladas atendiendo a distintos puntos de vista según sus elementos componentes, de los "fines" o funciones que debe tener, según las diferentes doctrinas de Derecho, Teoría del Estado, Ciencia Administrativa y Sociología, encontrándose dentro de éstas las teorías subjetivas y objetivas, para conocer su naturaleza; las jurídicas, ya sea para conocer al Estado como objeto o institución, como relación o como sujeto de derecho y la sociológica, considerando al Estado como realidad.

Según lo antes expresado:

- "Estado es la persona política organizada de la Nación". (58)

(57) Heller, Hermann, Teoría del Estado, op. cit. pág. 118.

(58) Bluntchli, Die Lehre vom Modernen, cit. por Fonseca y Pimentel, Antonio, Apuntes para la Cátedra de Teoría del Estado y Administración Pública, Folleto a polígrafo, ESAPAC, San José, Costa Rica, 1964, pág. 27.

- "Estado es la personificación de la Nación". (59)
- "Una comunidad de hombres fijada sobre un territorio -- propio y que poseé una organización de la que resulta -- para el grupo, considerado en sus relaciones con sus -- miembros, una potestad superior de acción, de mando y -- de coerción". (60)
- "El Estado es la unidad de asociación dotada original-- mente de poder de dominación y formada por hombres asen-- tados en un territorio". (61)
- "El Estado es una unidad real de acción. Su unidad es -- la unidad real de una estructura activa cuya existencia, como cooperación humana, se hace posible gracias a la -- acción de 'órganos' especiales conscientemente dirigida hacia la formación eficaz de unidad". (62)
- "El Estado es un conjunto de medios destinados a limi-- tar los conflictos entre grupos sociales, arbitrarlos y superarlos, de manera que se realice la integración de-- los diferentes grupos en la comunidad nacional y con --

(59) Carré de Malberg, Raymond, Teoría General del Estado, -- Fondo de la Cultura Económica, México, 1948, pág. 28.

(60) Ibidem, pág. 26.

(61) Ibidem, pág. 135.

(62) Heller, Hermann, Teoría del Estado, op. cit. pág. 248.

- ella se obtengan el interés general, el bien común". (63)
- "Estado es manera de ser o estar constituida políticamente una comunidad humana". (64)
 - "El Estado es sólo aquella parte del cuerpo político a la que concierne específicamente el mantenimiento de la ley, la promoción del Bienestar Común y el orden público y la administración de los asuntos públicos. El Estado es la parte que se especializa en los intereses -- del todo". (65)
 - "La palabra "Estado" designa la organización política - en su conjunto, en su completa unidad formada por los - diversos elementos que la constituyen... El Estado... - abarca todo". (66)
 - "Estado es... "la corporación formada por un pueblo dotada de un poder de mando originario y asentada en un - territorio". (67)

(63) Duverger, Maurice, La Influencia de las fuerzas políticas en la Administración Pública en los países en proceso de desarrollo, Separata No. 6 de la Revista del Colegio de Abogados, San José, Costa Rica, 1965, págs. 126 y - 127.

(64) Porrúa, Pérez Francisco, Teoría del Estado, Edit. Porrúa, S.A., México, 1954, pág. 116.

(65) Maritain, Jacques, Man and the State, Hollis & Carter, - Londres, Inglaterra, 1954, págs. 10 y 11.

(66) Porrúa, Pérez Francisco, op. cit. pág. 344.

(67) Jellinek, citado por Porrúa, Pérez Francisco, Teoría del Estado, op. cit. pág. 121.

- "El Estado es un fenómeno de poder". (68)
- ... "El Estado es ante todo y en el fondo una comunidad que radica en el instinto social del hombre y que se -- caracteriza por su finalidad social". (69)
- "Debe dominarse Estado en una función política institu- cional, en el caso de que, y en cuanto que, su poder de administración aspire con éxito al monopolio del poder- físico legítimo, para la realización de los órdenes de una unidad de jurisdicción". (70)
- "El Estado es una comunidad ética teológica que encuen- tra su razón de ser, en su fin, el bien común; este -- bien común vincula la existencia, el contenido y los -- límites del poder del Estado. La supremacía del poder- del Estado se define por su fin, el Estado tiene una -- potestad suprema en su esfera, ésto es, la comunidad en que radica y en su valor, ésto es, en la medida de su - fin". (71)

- (68) Duiguit, León, citado por Porrúa, Pérez Francisco, Teo-- ría del Estado, op. cit. pág. 196.
- (69) Messner, Johannes, Etica Social, Política y Económica a- la Luz del Derecho Natural, Ediciones Rialp, S.A., Ma-- drid, 1967, pág. 940.
- (70) Weber, Max, citado por Jiménez Castro Wilbur, Administra- ción Pública para el Desarrollo Integral, 2a. edic. EciĀ. Fondo de Cultura Económica, México, 1975, pág. 150.
- (71) Sánchez, Agesta Luis, Los orígenes de la Teoría del Es-- tado en el pensamiento del siglo XVI, Revista de Estu- - dios Políticos, Instituto de Estudios Políticos, No. 98, marzo-abril de 1958, Madrid, España, pág. 91.

- "El Estado es la voluntad divina, en el sentido de, es el espíritu presente en la tierra, que se despliega para convertirse en la forma de organización real de un mundo". (72)

- "El concepto de Estado no es menos inseguro en su relación con el de sociedad. Tan pronto aparece el Estado como supuesto y garantizador del Derecho, como a la inversa. El Estado es frente al Derecho, ora el concepto más amplio, ora el más restringido. Asimismo, sostiene que: ..."como quiera que la multiplicidad de sentido de la palabra Estado es casi ilimitada, hay que considerar también totalmente estéril emprender la lucha por tal concepto, con la finalidad de mostrar cuál sea la significación justa, única y admisible de entre las muchas indicadas y que fácilmente podrían aumentarse".

Continúa diciendo... "es revelante más bien establecer ...aquél concepto de Estado que presupone la doctrina del poder, del territorio, del pueblo, de la Constitución, de la forma, de los órganos, de las uniones entre Estados, etc.". (73)

(72) Hegel, citado por Rogina, Villegas Rafael, Introducción y Teoría Fundamental del Derecho y del Estado, Teoría del Estado, Tomo II, Edit. Botas, México, 1947, págs.528 y 531.

(73) Kelsen, Hans, Teoría General del Estado, op. cit. págs.-5 y 55.

Desde el punto de vista de la totalidad de la realidad social trataremos de concebir al Estado, partiendo de la idea del -- hombre real, actuando bajo las condiciones naturales y culturales del mundo que le circunda, comprendiendo la realidad -- social actuada por el hombre, como una unidad corporal y de - sentido, ya que no existe realidad social alguna desligada de la naturaleza, ni una naturaleza completamente vírgen de todo contacto con la efectividad social y no sometida a las transformaciones histórico-sociales.

En nuestra opinión, el Estado es el resultado de la relación dialéctica entre el individuo como "yo" y los demás -- "yos" existentes a su alrededor, relación de espíritu y cultura, de estos "dos yos".

Es el producto de la actividad humana, de la volición - de permanecer unidos bajo un mismo territorio, misma organización y ordenación normativa, convencidos de querer lograr el Bien Común.

Es la voluntad unitaria de conservar el acervo cultural y civilizador, que en un momento de su evolución les pertenece, convirtiéndose, entonces, en bien común nacional, teniendo insita la idea de alcanzar la justicia social.

Creemos conveniente hacer mención de nuestra clara adhesión a la teoría sociológico-jurídica de Hermann Heller, la -

cual hemos adoptado, por identificarnos con su criterio, para analizar el concepto Estado, lo que creemos haber demostrado al emitir nuestra propia definición.

En cuanto a las condiciones naturales y culturales que incluyen en la conducta del Estado, que han de considerarse - por ser elementos relativamente permanentes, se encuentran -- el territorio y el pueblo.

La influencia que ejercen estos dos elementos sobre la conducta del Estado es decisiva, puesto que al estar por encima de la voluntad de los individuos y de las formas de Estado nos revela que dicha conducta no obedece a la imposición de líderes o grupos en un momento dado de su evolución, sino que, debido a dichos elementos, el Estado, como efectividad humana, adopta determinadas conductas.

De esta forma, según la disposición geográfica del territorio sobre el que se asienta un Estado, permite que éste tenga características especiales, condicionadas por la existencia de fronteras y accidentes del relieve, tanto naturales como de origen cultural o políticas, consideradas como "zonas y lindes arbitrarios, artificiales, queridos por los hombres, nacidas de las relaciones de poder y de manifestaciones de -- voluntad de los que trazan las fronteras". (74)

(74) Heller, Hermann, Teoría del Estado, op. cit. pág. 161.

Por cuanto al "pueblo" concierne, éste en su aspecto natural es la "población", que con el transcurso del tiempo, mediante vínculos culturales, religiosos, lingüísticos y políticos, consciente de permanecer unidos por esos vínculos, y sobre todo, por el vínculo político, se convierte en Nación.

El Estado no puede ser concebido ni como función de la tierra, ni como fenómeno de expresión del pueblo, no obstante que estos factores sean histórica y universalmente condiciones necesarias del nacimiento y permanencia de la unidad Estatal.

Como realidad social, como efectividad humana, el Estado requiere de un poder para llevar a cabo una ordenación entre sus integrantes.

Dado que el Estado representa la organización política, normalmente más fuerte, todo poder político debe aspirar a --organizar la cooperación social territorial, transformándose en poder estatal, el cual tiene a su disposición el orden jurídico establecido y asegurado por órganos estatales.

El poder público que permita cumplir con las funciones o actividades estatales debe estar asentado sobre el "principio de legalidad", el que representa una de las consagraciones políticas del Estado de Derecho, por limitar la competencia de la actuación de los titulares de los órganos de la - -

Administración.

Este principio, se traduce en Seguridad Jurídica para los integrantes de la unidad estatal, protegiéndolos de las arbitrariedades a que estarían expuestos, si el poder público no estuviera sujeto a normas jurídicas.

Analizados los elementos, pueblo, territorio y poder, pasaremos a tratar el aspecto que ha sido considerado por todas las doctrinas de Teoría del Estado, como el problema fundamental: la cuestión del "fin", tratando, de esta manera, de entender la esencia del Estado.

Dentro de estas doctrinas, dos de ellas, trascendentales, el Iusnaturalismo y el Romanticismo, trataron de encontrar -- solución al problema del "fin", sin alcanzar su propósito, ya que por una parte, el Romanticismo, al considerar al Estado "un fin en sí mismo", deja desatendida la cuestión, por no -- encontrarle solución.

El Iusnaturalismo, por su parte, considera erróneamente que el Estado ha sido una creación arbitraria de los individuos para un fin consciente.

Como es de comprenderse, ninguna de las dos doctrinas mencionadas, nos conduce a la esencia del Estado.

Consideramos que para llegar al conocimiento de la --

esencia misma del Estado, debemos hablar de "funciones" más - no de "fines", ya que sólo los hombres y no las instituciones o grupos pueden proponerse fines subjetivos.

El Estado, como institución humana, tiene una función - subjetiva que se traduce en una acción social.

Esta función subjetiva del Estado, no debe confundirse, ni concebirse como un fin de manera formal, en tanto un fin - para el mantenimiento de la existencia y del bienestar indivi dual, tampoco, con la idea del valor justo y válido que se -- deba atribuir al Estado, ya que esto último corresponde a su justificación.

La función del Estado, sólo puede presentarse hasta en- tanto surja una voluntad consciente, entre sus habitantes, de lograr una organización de efectividad, la cual estará a car- go de órganos especiales que deberán cumplir y hacer cumplir, las tareas específicas, que se ha impuesto a sí misma, dicha - unidad estatal.

El cumplir y hacer cumplir dichas tareas específicas, - sólo se logra, mediante el establecimiento y aseguramiento, - por parte del Estado, de una ordenación jurídica establecida- bajo el principio de legitimidad, es decir, bajo la acepta- - ción consciente, por todos los miembros de la unidad estatal, del orden jurídico establecido.

En cuanto a la justificación del Estado, creemos que -- ésta radica, en la organización necesaria para asegurar el Derecho en una determinada etapa de su evolución, es decir, entanto brinda y mantiene la Seguridad Jurídica en la unidad -- estatal.

Por lo antes expuesto, es posible señalar que, el Estado no puede concebirse como la suma de los individuos que lo forman, ni como expresión del pueblo, tampoco como función -- del individuo, ni como fin o meta del ser humano, como ficción o como organismo.

El Estado es la unidad real de acción y decisión humanas, bajo una organización, que se diferencia de otras organizaciones sociales porque tiene a su disposición el uso legítimo de la coacción física que le permite cumplir y hacer cumplir con el ordenamiento jurídico, que dicha organización se ha impuesto.

1.9 ACTO REGLADO, ACTO DISCRECIONAL, ACTO ARBITRAL.

1.9.1 ACTO REGLADO.

Los actos reglados en su forma más pura comprenden la actividad de las autoridades administrativas que siempre se basan en una ley escrita ordinaria, una disposición general, una circular general dictada por autoridad administrativa - -

superior en el ámbito de su competencia, disposiciones que -- claramente indican lo que la autoridad administrativa tiene - que hacer, qué decisión debe dar, qué obligación debe imponer al administrado o qué derecho le debe proteger o reconocer.

"Un acto administrativo puede estar determinado, de manera reglada por una resolución de un Tribunal ordinario u -- otra decisión dada como consecuencia de un procedimiento ju-- risdiccional o de otro acto administrativo". (75)

De acuerdo con el maestro Gabino Fraga, "este tipo de - actos constituyen la mera ejecución de la ley, el cumplimien- to de una obligación, que la norma impone a la Administración, cuando se han realizado determinadas condiciones de hecho". (76)

En esta clase de actos la ley establece exactamente no- sólo la autoridad competente para actuar, sino también si és- ta debe actuar y cómo debe actuar, estableciendo las condicio- nes de la actividad Administrativa de modo de no dejar margen a diversidad de resoluciones según la apreciación objetiva -- que el agente haga de las circunstancias del caso.

"Este tipo de actos es el que en la Jurisprudencia y -- doctrina de los Estados Unidos de América se conoce con el -

(75) Merikoski, Veli, citado por Olivera, Toro Jorge; Derecho Administrativo y Principio de Legalidad, op.cit. pág.60.

(76) Fraga Gabino, Derecho Administrativo, op. cit. pág. 237.

nombre de actos ministeriales y constituye la base para determinar la procedencia del writ of mandamus". (77)

"El maestro Andrés Serra Rojas, en su obra Derecho Administrativo, sostiene en relación al "acto reglado" lo siguiente: "En las leyes administrativas se determina en forma concreta, cómo ha de actuar la Administración, cuál es la autoridad competente, estableciendo, además, cuáles son las condiciones de la actuación administrativa, en modo a no dejar margen para elegir el procedimiento a seguir según la apreciación que el agente pueda decidir de las circunstancias del caso". (78)

Por lo antes expuesto podemos observar que el acto reglado es denominado así por ser la actividad que se deriva del principio de legalidad, lo que implica que toda actividad del Estado debe moverse dentro del marco de la ley, y tiene como consecuencia el sometimiento del agente que lo produce a los mandatos de la ley.

"La norma es el punto de partida y la fundamentación de todos sus actos, al mismo tiempo que constituye una sólida garantía para los particulares. Es esto lo que se denomina la administración reglada o vinculada y tiende a eliminar las arbitrariedades del poder público". (79)

(77) Fraga, Gabino, Derecho Administrativo, op.cit.pág. 237.

(78) Serra, Rojas Andrés. Derecho Administrativo, op. cit. --
pág. 239.

(79) Ibidem, pág. 181.

"El principio de la Administración sometida a la ley -- tiene origen político y se instituye como freno a la omnipotencia del Poder Ejecutivo", agregando; "El Poder Ejecutivo, - la Administración recibe de la Ley el impulso para obrar. Sin embargo, no lo recibe sólo de la ley, puesto que además hay - normas de derecho consuetudinario que son eficaces y los conceptos fundamentales políticos y económicos sobre los que el Estado concreto está edificado, llegan a ser principios no -- escritos que presiden su derecho constitucional y administrativo. Todo acto administrativo precisa de un fundamento legal". (80)

Es aquí, sobre el acto reglado o vinculado donde opera en toda su extensión y de forma concreta el principio de legalidad al cual nos hemos referido con anterioridad, es decir, - toda actuación de los órganos de la Administración, a través de sus titulares, llamados servidores públicos debe someterse a los estrictamente señalado por la Ley, de lo contrario, su actuación, sin estar ajustada a la norma, conduciría a un régimen de autoritarismo.

1.9.2

ACTO DISCRECIONAL.

"El acto discrecional tiene lugar cuando la ley, deja a

(80) Fleiner, Fritz, citado por Serra, Rojas, Derecho Administrativo, op. cit. pág. 181.

Administración un libre poder de apreciación para decidir si debe abstenerse u obrar, como debe actuar y en qué momento -- debe hacerlo, o en fin, qué contenido va a dar a su actuación". (81)

El autor Jorge Olivera Toro, en su obra Derecho Administrativo, sostiene que en este tipo de actos hay una especie de zona libre, en la que "la autoridad administrativa, al decidir, puede escoger entre dos o más soluciones que tienen, cada una de ellas, el mismo valor legal". (82)

Al respecto nosotros no estamos de acuerdo con el mencionado autor, ya que tratándose de un acto discrecional, la autoridad que emitirá dicho acto, no tiene ante sí dos o más soluciones, sólo tiene una solución frente a ella, actuar o no actuar, que es precisamente en lo que consiste el acto discrecional.

EL ACTO DISCRECIONAL ES EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL.

De los términos mismos que usa la ley, podrá deducirse si ella concede a las autoridades una facultad discrecional.

(81) Fraga, Gabino, Derecho Administrativo, op. cit. pág. 238.

(82) Olivera, Toro Jorge, Derecho Administrativo y Principio de Legalidad, op. cit. pág. 60.

Así, normalmente, cuando la ley use términos que no sean imperativos sino permisivos o facultativos se estará frente al otorgamiento de un poder discrecional. De igual forma sucederá en función del "mérito", es decir, la adecuación del acto administrativo, la conveniencia o utilidad, tendiente a alcanzar los fines propuestos por el mismo. Es en este punto donde se justifica la existencia del acto discrecional, puesto que las facultades discrecionales concedidas por la ley a una autoridad encargada de realizar un acto, se refieren más que a la realización del acto en su integridad, a uno de sus elementos: al motivo o al objeto. "De esta manera puede ocurrir que la ley otorgue discreción para juzgar si existe motivo bastante que provoque la intervención de la autoridad, pero que obliga a ésta a realizar un acto determinado, toda vez que discrecionalmente se ha llegado a la conclusión de que el motivo existe, o bien por el contrario, que siendo la ley la que fije los motivos se deje en libertad a la autoridad competente para determinar el contenido mismo de su actuación". (83)

Manuel Ma. Díez señala: "En todo acto administrativo existen dos elementos inconfundibles el que se refiere al mérito y el relativo a la legitimidad.

En cuanto al mérito, se puede decir que es el referente

(83) Fraga, Gabino, Derecho Administrativo, op.cit. pág. 238.

a la oportunidad y a la conveniencia del acto. Es zona libre en que la voluntad de la administración decide sobre las soluciones que resulten más adecuadas al interés público.

La legitimidad es la observancia de la ley que vincula la declaración de voluntad de la administración estableciendo un anexo de causalidad entre el acto y la norma de derecho.

En consecuencia puede decirse que los elementos del acto administrativo son la legitimidad y el mérito. Por lo que hace al mérito, la conveniencia y la oportunidad las ha de apreciar la administración en la medida en que tenga un poder discrecional. Como que actuando dentro de los límites de su poder discrecional, la administración tiene libertad para decidir, no puede atacarse el acto por vicios en el mérito..." (84)

El autor en cuestión sostiene acerca del acto emitido en ocasión de competencia discrecional que el objeto de dicho acto "debe encuadrarse en los límites legales de libertad de apreciación que la norma jurídica concede a la administración". (85)

Cabe señalar que Díez identifica el contenido del acto, con el objeto del mismo, entendiendo como contenido "la - - -

(84) Díez, Manuel Ma., Derecho Administrativo, Tomo II, Edit. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, Argentina, 1965, pág. 242.

(85) Ibidem, pág. 266.

declaración de conocimiento de voluntad o de juicio en que el acto consiste. De allí que se pueda decir que por tal debe entenderse el efecto práctico que con dicho acto se pretende observar". (86)

Clasifica el contenido en natural, implícito y eventual, sosteniendo que tratándose de actos con contenido discrecional, la parte eventual, la cual está vinculada a la voluntad del órgano agente, tiene gran posibilidad de desarrollo.

El acto discrecional no es sinónimo de arbitrariedad como ya lo hemos expuesto, ya que es precisamente bajo el marco del principio de legalidad que esta actividad concedida al funcionario administrativo, pueda operar, ya el maestro Gabino Fraga lo ha dicho al señalar que de la propia ley, de la manera como ésta lo establezca podrá deducirse si existe o no la facultad discrecional alrededor de la cual el funcionario podrá darle contenido a su actuación. Asimismo, el maestro Serra Rojas sostiene: "discrecionalidad no es arbitrariedad, siempre hay un marco legal que razonablemente debe respetarse, un interés legítimo que no debe transgredirse y una finalidad que debe mantenerse". (87)

El maestro Rafael de Pina define el acto discrecional como "el acto de la autoridad administrativa realizado en el-

(86) Díez, Manuel Ma., Derecho Administrativo, op. cit. pág.266.

(87) Serra, Rojas Andrés, Derecho Administrativo, op.cit.pág.239.

ejercicio de la potestad de esta naturaleza, reservado, con carácter excepcional a los órganos personales de la Administración Pública, para la resolución de determinado orden de cuestiones. El Acto Discrecional no queda fuera de la posibilidad legal de la impugnación". (88)

Por nuestra parte consideramos al Acto Discrecional, como el emanado del titular del órgano de la Administración Pública, derivado de la Facultad Discrecional que por ley se le ha concedido y bajo la cual siempre debe actuar, tendiente a la consecución del interés público, haciendo uso, para tal fin, de la equidad y la seguridad jurídica, es decir, fundando y motivando su actuación, de tal suerte que ésta se someta a lo preceptuado por la Ley.

1.9.3

ACTO ARBITRAL.

Adolfo Merkl define al arbitrio en los siguientes términos: "La Ciencia Jurídica entiende bajo el concepto de arbitrio el fenómeno de la libertad jurídica del órgano estatal, una actividad 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 - -

(88) De Pina, Rafael, Diccionario de Derecho, 8a. edic. Edit. Porrúa, S.A., México, 1979, pág. 51.

tanto, de la decisión propia del órgano en cuestión". (89)

Tratando de entender el concepto de arbitrio, hemos acu
dido a la obra del maestro García Maynez, quien refiriéndose
a las características de la sanción jurídica nos dice: "Las -
sanciones del derecho halláanse determinadas casi siempre en -
cuanto a su forma y cantidad. Inclusive en los casos en que
se deja al juez cierta libertad para imponerlas, como deduce
en la institución del "arbitrio judicial", de antemano puede-
saberse cuál será la índole de la pena, y entre qué límites -
quedará comprendida". (90)

En virtud de lo anterior consideramos que el arbitrio -
es una facultad concedida a la autoridad en determinadas con-
diciones, la cual debe estar sometida, a su vez a lo precep--
tuado previamente por la ley, y que opera en forma distinta a
la facultad discrecional, ya que deja un margen de libertad -
entre un mínimo y un máximo en la resolución o acto que ha de
dictar.

La Suprema Corte de Justicia ha emitido ejecutorias dis
tinguiendo el Arbitrio de la Facultad Discrecional.

A continuación reproducimos dichas ejecutorias:

FACULTADES DISCRECIONALES Y ARBITRIO.- En nuestro sisteu

(89) Merkl, Adolfo, citado por Serra, Rojas, Derecho Adminis-
trativo, op. cit. pág. 182.

(90) García, Maynez Eduardo, Introducción al Estudio del Dereu
cho, op. cit. pág. 34.

ma legal, en principio no existe facultad discrecional absoluta, que permita 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 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 obligada 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 -- preveé 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 con que se satisfaga la hipótesis, para que legalmente se deba aplicar la consecuencia, sino que ésta queda a discreción de la autoridad, aunque deba razonar adecuadamente su decisión. Si la norma que señala la infracción permitiése 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 las peculiaridades 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 aplicable), es uso de un arbitrio, pero no de una facultad discrecional. Por ejemplo, el juez penal al individualizar la pena, hace uso del arbitrio y el Ejecutivo, al conceder el indulto por gracia, hace uso de una facultad discrecional. En consecuencia, este tribunal estima que debe adoptarse este criterio, modificando el que en ocasiones anteriores sostuvo, en que no hizo distingo entre discreción y arbitrio.

- Amparo Directo DA- 333/70.- Ramón García Manzano.- 30 - de marzo de 1971.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Guillermo Guzmán Orozco.

Sostiene la misma tesis:

Amparo Directo DA-529-67.- Francisco Pacheco Hernández.
30 de marzo de 1971.- Unanimidad de votos.- Ponente: --
Jesús Ortega Calderón.

Informe 1971. Primer Tribunal Colegiado en Materia Admi-
nistrativa del Primer Circuito. Pág. 40.

1.9.4 DIFERENCIAS ENTRE ACTO REGLADO, ACTO DISCRECIONAL
Y ACTO ARBITRAL.

Respecto a la diferencia entre el Acto Reglado o Vinculado y el Acto Discrecional, si bien ya el maestro Gabino Fraga ha dicho "que entre el acto obligatorio y el acto discrecional no existe una línea perfecta de separación, y que entre ellos existe una infinita variedad en la que concurren -- los caracteres de uno y de otro en grado muy diversos". (91) Y que por otra parte Arias de Velasco sostiene que "los actos administrativos son más o menos reglados y más o menos discrecionales, agregando, ...Debemos decir no que los actos son -- reglados o discrecionales, sino que en todos los actos por -- reglados que sean, existe un poder discrecional mayor o menor, y que en todos los discrecionales, por libres que los supon-- gamos, se ejercita una actividad más o menos reglada". (92)

(91) Fraga, Gabino, Derecho Administrativo, op. cit. pág.238.

(92) Arias de Velasco, Lo Discrecional y lo Reglado en el -- Acto Administrativo, Revista de Derecho Público, Febrero, Madrid, España, 1932, pág. 37.

Nosotros consideramos que es precisamente en la libertad de actuación de la autoridad, desde luego sujeta a lo señalado por la Ley, en donde radica la diferencia entre ambos actos, ya que si se actuara en estricto cumplimiento al orden normativo, se estaría frente al acto reglado u obligatorio, - como ha quedado señalado, y no sería más que la estricta ejecución de la ley, en tanto que, en el acto discrecional, la autoridad tiene la libre apreciación, fundada y motivada de los hechos, para actuar o no actuar.

Por otra parte, podemos señalar que, en el acto reglado, el legislador ya ha tomado en cuenta las situaciones especiales del caso que tienden a proteger el interés público, porque él ha previsto de antemano dichas circunstancias, señalándole a la autoridad cómo debe actuar, precisamente para proteger el interés general.

En el acto discrecional, es precisamente en esa facultad libre de apreciación en donde reside la protección al interés general, de tal suerte que si no existiera este tipo de actos se cometerían las más grandes injusticias y habría también, un ataque a la Seguridad Jurídica, en la medida en que el particular viera trastocados o violados los derechos que pudiera derivar de una circunstancia no prevista en la norma y que como consecuencia de dicha omisión, el particular viera mermado sus derechos de no existir dicha facultad, que permi-

ta a la autoridad emitir un juicio haciendo uso de la equidad, teniendo como finalidad el mantener la conservación de la Seguridad Jurídica, la cual constituye, la garantía individual, por excelencia, a la que toda organización social, bajo un -- estado de Derecho, debe aspirar.

Por cuanto a la diferencia entre el Acto Arbitral y el Acto Discrecional, podemos señalar que ésta estriba en que el primero es aplicable en tanto se trata de imponer una sanción, es decir se ha satisfecho la hipótesis prevista en la ley, y la autoridad deberá aplicar la sanción prevista por la norma, actuando dentro del límite inferior o superior que la norma -- señala para la aplicación de la sanción y es en esto en lo -- que consiste el Acto Arbitral.

Tratándose de Acto Discrecional, no basta con que se -- satisfaga la hipótesis prevista en la norma, para que legal-- mente se deba aplicar la consecuencia, sino que ésta queda a -- discreción de la autoridad, pero siempre y cuando funde y mo-- tive dicha resolución.

En conclusión, podemos afirmar que:

- En el Acto Reglado o Vinculado no hay forma de que la -- autoridad obre Indistintamente a lo preceptuado expresamente por la ley. Su actuación debe ser estricta con-- forme a lo dispuesto por la norma.

- En el Acto Discrecional, la autoridad puede decidir si actúa o no. La norma legal le concede un margen de apreciación. La autoridad puede obrar indistintamente en cuanto a actuar o no actuar, pero siempre bajo la motivación y fundamentación de su actuación.

- En el Acto Arbitral, la actuación de la autoridad está determinada por la norma en cuanto a la aplicación de una sanción, sólo que la misma norma, le permite a la autoridad aplicar, según su criterio, el mínimo o máximo de dicha sanción.

CAPITULO II

FACULTAD DISCRECIONAL EN MEXICO

2.1 CONCEPTO

En el marco del Sistema Jurídico Mexicano, especialmente dentro del campo del Derecho Administrativo, cuya estructura - toma como punto de partida, el principio de legalidad, se encuentra la llamada Facultad Discrecional.

Esta potestad, otorgada a los titulares de los órganos de la Administración, tendiente siempre a lograr el interés general, nace como necesidad de dejar al servidor público, un poder libre de apreciación, ante circunstancias fácticas, que le permitan obrar con justicia y equidad, evitando caer en situaciones que afecten el interés jurídico del gobernado, sobre quien recaerá la determinación del funcionario en cuestión.

La función que desempeña la Facultad Discrecional, según el Maestro Gabino Fraga, "consiste en dar flexibilidad a la ley para adaptarla a circunstancias imprevistas o para permitir que la Administración haga una apreciación técnica de los elementos que concurren en un caso determinado o pueda, por último, hacer equitativa la aplicación de la ley, el dominio de dicha facultad debe extenderse a aquellos casos en los cua-

les exista la posibilidad de muy variadas ocurrencias; en -- que realmente concurren elementos cuya apreciación técnica no puede ser regulada de antemano, o en que, por último el -- principio de igualdad ante la ley quede mejor protegido por -- una estimación de cada caso individual." (93)

Siendo la Facultad Discrecional, un acto administrativo, cuya característica esencial reside en que crea situaciones jurídicas individuales, permite al servidor público, decidir con amplio margen, sobre el alcance de aplicación de -- una norma al caso concreto.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expresado:

"El legislador se limita a trazar el marco legal dentro del cual la autoridad administrativa puede actuar libremente en cada caso. El motivo para esto no estriba solamente en el intento de tomar en cuenta las particularidades del caso concreto, y de hacer justicia como sucedería con el arbitrio Judicial. El legislador procede de esta suerte considerando que sólo la autoridad administrativa tiene la experiencia necesaria para dictar disposiciones en sentido favorable al interés público. La autoridad administrativa encar

(93) Fraga, Gabino, Derecho Administrativo, op. cit. pág. -- 101.

gada de la ejecución de la norma jurídica ha de expresar cómo debe resolverse cada caso particular, de acuerdo con la ley, y para ello debe basarse en su manera de ver la realidad, debido a sus conocimientos científicos y a su experiencia práctica de la técnica administrativa." (94)

La Facultad Discrecional no es sinónimo de arbitrariedad o despotismo, porque precisamente, esa actuación se encuentra regida por la ley, de tal suerte que el titular del órgano administrativo, no podrá nunca, excederse de lo marcado por el precepto, ya sea éste Constitucional, Secundario o el mismo Reglamento.

Es importante insistir en que el principio de Legalidad consiste precisamente en que ningún órgano del Estado puede tomar una decisión individual que no sea conforme a una disposición general anteriormente dictada.

El principio de Legalidad puede ser entendido desde un punto de vista material, entendiéndose entonces que la norma en que se funda cualquier decisión individual, tiene que ser una norma de carácter abstracto e impersonal.

Puede ser entendido también en su sentido formal, signi

(94) Jurisprudencia, S.J.F. "Facultad Discrecional en Materia Administrativa", Tomo LXXXIV, pág. 277.

ficando entonces, que la norma bajo la cual se realice el acto individual debe ser una disposición expedida por el poder que conforme al régimen constitucional, esté normalmente encargado de la formación de las leyes.

Se ha dicho en relación con el principio de Legalidad -- desde el punto de vista formal, "que por consideraciones prácticas de muy diversa naturaleza, son admitidas numerosas excepciones, de tal modo que, dentro del régimen constitucional de los Estados contemporáneos basta que la disposición sea materialmente legislativa para que el acto individual pueda realizarse a su amparo, cualquiera que sea el órgano de donde proviene aquella disposición y siempre, por supuesto, que el órgano tenga competencia para dictar la norma". (95)

La Suprema Corte de Justicia ha señalado:

"El principio de que ningún órgano del Estado puede realizar actos individuales que no estén previstos o autorizados por disposición general anterior, tiene en todos los Estados modernos, un carácter casi absoluto; pues salvo el caso de Facultad Discrecional, en ningún otro y por ningún motivo es posible hacer excepción a este principio fundamental". (96)

(95) Fraga, Gabino, Derecho Administrativo, op.cit., pág. 100.

(96) Jurisprudencia S.C.de J. 1917-1975; Pleno y Salas, Tesis-46, pág. 59.

Siguiendo la opinión de la Suprema Corte de Justicia, el Maestro Gabino Fraga considera que la Facultad Discrecional es una excepción al principio de Legalidad, en su sentido material, sosteniendo: "...la única excepción al principio material de la legalidad ocurriría en los casos en que la Administración se encontrara revestida con la llamada Facultad Discrecional". (97)

En nuestra opinión, no consideramos que la Facultad Discrecional sea una excepción al principio de Legalidad, ni en su sentido formal, ni en el material.

Para que una autoridad u órgano administrativo, a través de su titular, haga uso de dicha facultad, ésta debe estar prevista en un ordenamiento jurídico.

Nuestra postura referente a la Facultad Discrecional, -- estriba en considerarla como una modalidad del principio de -- legalidad, más que una excepción.

Reafirmando nuestra idea anterior, y consistiendo la función administrativa en la ejecución de actos que determinen -- situaciones para casos individuales, el principio de legalidad, impone como fuente de derecho administrativo, las normas jurídicas de carácter general.

(97) Fraga, Gabino, Derecho Administrativo, op.cit. pág. 100.

Cuando en una disposición concurren los caracteres material y formal de la ley, ésta debe ser considerada como la - - fuente más importante del derecho administrativo, y si la Facultad Discrecional, su ejercicio, necesita de una ley previa que la consigne, es claro observar que ésta no puede ser una - excepción al principio de legalidad.

Por otra parte como acto característico, mas no privativo de la función administrativa, ya que el acto discrecional-- puede manifestarse, también, en la función judicial, encuentra su basamento precisamente en el principio de Legalidad, que - es la más importante columna sobre la que se asienta el total- edificio del Derecho Administrativo.

Por lo antes expuesto, ni en sentido formal, ni en sentido material, puede considerarse a la Facultad Discrecional, - como excepción al principio de Legalidad.

Insistimos, es una modalidad del mismo, toda vez que el funcionario facultado para ejercerla, si bien tiene otorgado - un poder libre de apreciación, este poder nunca debe sobrepasar los límites señalados por la propia ley como fuente de dicha facultad, por el contrario, su actuación debe ser siempre razonada y prudente, haciendo uso de la lógica, como de la - - técnica jurídica, siempre encaminada a obtener el propósito -- insito en la norma, tendiente a alcanzar el fin expreso en la-

misma, por lo que no sería posible hablar de Facultad Discrecional, cuando ésta no se sujetara a lo previsto en el precepto jurídico.

No sería posible concebir un Estado de Derecho en el que la Facultad Discrecional, tuviera como fin el capricho o la arbitrariedad del funcionario público, es decir, cuando la Facultad Discrecional no cumpliera con los lineamientos previstos en la norma.

De acuerdo a los principios de la legislación Constitucional, que obliga a dar seguridad y certidumbre a ciertos derechos, la autoridad que ejerza dicha facultad, debe tener una competencia ligada por la ley, de tal suerte que se preserve la Seguridad Jurídica del particular, de lo contrario, sería inadmisibles, dentro de un régimen de legalidad, que se le otorgase a la Administración la facultad de actuar discrecionalmente en cada caso particular, de acuerdo a circunstancias específicas, porque entonces la regulación de la materia quedaría fuera del control del Poder Legislativo; se estaría frente a delegación de facultades, degenerando, entonces, en el ejercicio de un poder arbitrario.

De lo anterior, se observa que la Facultad Discrecional requiere de regulación previa, señalando los límites de la misma, los cuales deben estar siempre sujetos a Derecho.

Queremos mencionar la opinión del Maestro Recaséns Siches en relación a la arbitrariedad y a la discrecionalidad, por considerar que reafirma nuestra tesis de que la Facultad Discrecional no es una excepción al principio de Legalidad.

Nos dice el autor en cuestión: "Claro es que no debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho singular e individual del que manda, en cada caso concreto. El poder discrecional, por el contrario, está sometido a normas tan inviolables como las reglas del derecho taxativo y predeterminado con generalidad. Lo que ocurre es que en los casos de facultades discrecionales el poder no tiene prefijada su decisión de una manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variación de factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe él determinar el precepto más adecuado y justo a su situación concreta; pero debe hacerlo atendiéndose a directrices o criterios generales y objetivos". (98)

La Facultad Discrecional en México, está sujeta a control Constitucional, así lo ha sustentado la Suprema Corte de Justicia, según la tesis siguiente: "cuando en el ejercicio de dicha facultad, el juicio subjetivo que ha realizado el funcio

(98) Ricaséns, Siches Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. 2a. edic. Edit Porrúa, S.A. México, 1961, pág. - 233.

nario, no es racional sino arbitrario y caprichoso, y cuando - es notoriamente injusto o contrario a la equidad, cuando no se hayan tomado en cuenta las circunstancias de hecho, o sean alterados injustificadamente, así como en los casos en que el razonamiento sea ilógico o contrario a los preceptos generales - de derecho, dichos actos no escapan a la crítica y al control de legalidad y pueden ser anulados jurisdiccionalmente". (99)

Previa a nuestra propia definición, queremos transcribir la definición de Facultad Discrecional que al respecto han emitido diversos autores.

El Maestro Alfonso Nava Negrete, sostiene que la Facultad Discrecional, "es el poder libre de apreciación que la ley reconoce a las autoridades administrativas sobre el contenido de sus actos o de sus acciones. Esta libertad, autorizada por la ley, puede ser de mayor o menor rango y resulta visible - - cuando la autoridad tiene la elección entre dos decisiones". - (100)

Para el Maestro Serra Rojas, "existen casos en que la -- ley permite al funcionario decidir con amplio margen sobre el alcance de una norma. Es esto lo que se denomina la Facultad-

(99) Amparo en Revisión 6489/55. Cía.de las Fábricas de Papel San Rafael y Anexas, S.A. 16 de Octubre de 1951. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez.

(100) Nava, Negrete Alfonso, Diccionario Jurídico Mexicano, 2a. edic. Edit. Porrúa,S.A.-UNAM, México 1987, pág.141

Discrecional o poder discrecional. El funcionario, de acuerdo con la ley, tiene varias posibilidades para actuar, no en forma arbitraria y de acuerdo a sus intereses particulares, sino realizando la finalidad legislativa". (101)

Con motivo de su explicación sobre la Facultad Discrecional, el Maestro Gabino Fraga, nos señala: "...Esa facultad debe distinguirse del poder arbitrario, pues mientras éste representa la voluntad personal del titular del órgano administrativo- que obra impulsado por sus pasiones, sus caprichos o sus preferencias, aquélla, aunque constituye la esfera libre de la actuación de una autoridad, tiene un origen legítimo, como es la autorización legislativa y un límite que 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". (102)

Por su parte el Maestro Ignacio Burgoa, sostiene: "la -- Facultad Discrecional se ostenta como el poder de apreciación- que tiene la autoridad respecto de un caso concreto para encuadrarlo dentro de la hipótesis normativa preexistente, cuyos -- elementos integrantes debe necesariamente observar". (103)

(101) Serra, Rojas Andrés, Derecho Administrativo, op. cit. -- pág. 182.

(102) Fraga, Gabino, Derecho Administrativo, op.cit. pág. 101.

(103) Burgoa, Ignacio, Las Garantías Individuales, 19a. edic., Edit. Porrúa, S.A., México, 1985, pág. 599.

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia ha sentado jurisprudencia respecto al concepto Facultad Discrecional, no queriendo ser repetitivos en cuanto a que con motivo del análisis del concepto "discrecional" recurrimos a dicha jurisprudencia, indicamos remitirse al capítulo primero de este trabajo. (104)

Por nuestra parte conceptuamos a la Facultad Discrecional, en los siguientes términos: el poder libre de apreciación que previa y mediante una ley, ya sea ésta de rango Constitucional, Secundaria o a través de un Reglamento, se le ha conferido a los órganos de la Administración Pública a través de sus titulares, llamados servidores públicos y que gozando de la competencia legítima para ejercerla, emiten un juicio subjetivo con motivo de una situación individual, haciendo uso de la lógica y la técnica jurídica, en forma razonable y prudente, tomando en cuenta las circunstancias especiales del caso, tendiente a la consecución del fin plasmado en la norma, consistiendo dicho fin en la prosecución de la Seguridad Jurídica del particular y por ende del interés general.

2.2. FUENTE.

Hemos dicho que la Facultad Discrecional se traduce en una relación jurídica que se entabla entre el gobernado como

(104) Capítulo I. inciso 1.7.

persona física o moral, por un lado y las autoridades estatales y el Estado por el otro. Este vínculo descansa en un orden de derecho, en un sistema normativo que rige la vida social. Ese orden de derecho, en cuanto a su forma, puede ser escrito o consuetudinario, por consiguiente la Fuente Formal de la Facultad Discrecional, entre nosotros, es la legislación escrita.

La fuente formal de la Facultad Discrecional en México, es la Constitución, como el ordenamiento primario y supremo del orden jurídico del Estado Mexicano; siguiendo en orden descendente, también como fuentes formales de la Facultad Discrecional, se encuentran las Leyes Federales Orgánicas, Ordinarias y el Reglamento.

2.3

ELEMENTOS DE LA FACULTAD DISCRECIONAL.

El acto administrativo se ha definido como el acto jurídico realizado por la Administración Pública que tiende a producir un efecto de derecho en forma unilateral y ejecutiva -- para el cumplimiento de los fines del Estado, contenidos en la legislación Administrativa.

Formalmente, se considera, como el acto legítimamente realizado por la Administración Pública; materialmente como el acto que limita sus efectos a situaciones jurídicas concretas o particulares.

Como acto administrativo, el acto discrecional, derivado de la competencia otorgada al funcionario público, en cuyo ejercicio se dicta el acto, debe contener los elementos necesarios de los cuales depende su validéz, eficacia y proyección administrativa y así pueda producir sus efectos regulares.

La doctrina administrativa clasifica a los elementos -- del acto administrativo en subjetivos, objetivos y formales.- (105)

2.3.1 ELEMENTOS SUBJETIVOS.

Tratándose de la Facultad Discrecional, es decir, del acto dictado en ejercicio de dicha potestad y derivado de la relación jurídica provocada por dicho acto, podemos señalar como elementos subjetivos de dicha relación al gobernante y al gobernado, utilizando aquí la terminología que con motivo de la relación de supra a subordinación en la que se encuentran dichos sujetos es la indicada.

De esta relación surgida entre dos entidades colocadas en distintos planos, entre el Estado como persona jurídico-política y sus órganos de autoridad, por un lado, y el gobernado por el otro, se desprende que los elementos subjetivos en-

(105) Serra, Rojas Andrés, Derecho Administrativo, op.cit. pág.- 244.

ocasión del acto discrecional son:

- El Estado y sus órganos de autoridad a través de sus -- titulares, es decir el servidor público;
- El gobernado o particular.

Con fines meramente explicativos reproducimos la opinión, que con motivo de la relación de supra a subordinación emite el maestro Burgoa: "...En dichas relaciones, la persona mo-- ral estatal y sus autoridades desempeñan frente al gobernado la actividad soberana de gobierno, o sea, actos autoritarios-- propiamente dichos que tienen como atributos esenciales la -- unilateralidad, la imperatividad y la coercitividad.

La concurrencia de los tres elementos indicados forma, la índole propia del acto autoritario o de gobierno, de tal - manera que, faltando cualquiera de ellos, el acto que preven- ga de un órgano estatal y que se realice frente a un particu- lar no será autoridad. Ahora bien, cuando las relaciones de supra a subordinación se regulan por el orden jurídico, su -- normación forma parte tanto de la Constitución como de las -- leyes administrativas principalmente, implicando en el primer caso las llamadas "garantías individuales".

Si bien es verdad que éstas son siempre relaciones jurf dicas entre el gobernado y las autoridades estatales inmedia-

tas y el Estado en forma mediata, no toda clase de vínculos de derecho entre tales extremos de la relación denotan una -- garantía individual."(106)

De acuerdo a la explicación precedente, si bien es cierto que la relación derivada de la Facultad Discrecional contiene las características propias de la garantía individual, no podemos concebir el ejercicio de la misma, como tal, puesto que dicha facultad, sólo consiste en la potestad que se le otorga al servidor público de aplicar un poder libre de apreciación tendiente a no afectar la esfera jurídica del gobernado, cumpliendo con los requisitos del artículo 16 Constitucional, que de no satisfacer, sí violaría las garantías individuales inmersas en dicho precepto.

Por lo antes expuesto, el sujeto activo de la relación derivada del ejercicio de la Facultad Discrecional es el Servidor Público, como titular del órgano administrativo, toda vez, que en ejercicio de la misma, puede decidir sobre las -- circunstancias fácticas que se presenten en el caso concreto, aplicando para ello, los principios generales del derecho y -- los principios de la lógica jurídica, ejercitando en forma -- prudente y razonada el poder libre de apreciación que la ley-

(106) Burgoa, Ignacio, Las Garantías Individuales, op. cit.-- pág. 167.

le ha conferido, siempre sujeto a las condiciones estipuladas por la propia norma otorgante de dicha facultad.

El sujeto pasivo de la relación jurídica en cuestión, - es el Particular, puesto que éste queda sujeto al uso razonado y prudente de la Facultad Discrecional otorgada al Servidor Público, esperando siempre de éste, que la decisión tomada sea con el propósito de realizar el fin expreso que la norma trata de conseguir, en este caso, el interés público.

2.3.2

ELEMENTOS OBJETIVOS.

La Facultad Discrecional se traduce en una relación - jurídica que se entabla entre el gobernado, como persona física o moral, por un lado, y las autoridades estatales por el otro.

Como consecuencia de esta relación, surgen entre las -- partes, derechos y obligaciones que tienen un contenido especial, de tal forma que, consistiendo el objeto de toda obligación en un dar, hacer o no hacer, la obligación surgida - - de esta relación consiste, para los titulares de los órganos de la Administración, en un hacer o no hacer, en aplicar o -- no, en base a la Facultad Discrecional, lo preceptuado en la norma.

La Facultad Discrecional, traducida en una conducta de aplicar o no lo indicado en el precepto normativo, debe tener como propósito la consecución del interés público, no atentando contra la esfera jurídica de los particulares, ya que el -- ejercicio de dicha Facultad, no se libera del control Constitucional, puesto que dicho ejercicio debe estar siempre fundado y motivado según lo preceptúa el artículo 160. Constitucional.

A su vez, la Facultad Discrecional, implica para la autoridad estatal, la obligación de respetar, en ejercicio de dicha facultad, la Seguridad Jurídica del particular.

En cuanto respecta al sujeto pasivo de la relación jurídica en cuestión, la Facultad Discrecional, se traduce, para dicho sujeto, en una obligación, consistente, en acatar, siempre y cuando se haya respetado la garantía de legalidad, la de cisión tomada por el servidor público.

Sin embargo, hay excepciones a dichas garantías, consignadas expresamente en la Constitución y a las cuales deberá -- sujetarse el gobernado.

Por último, así como la autoridad estatal, tiene el derecho de ejercitar la Facultad Discrecional, derecho consagrado por la propia Constitución, creemos que el particular tiene el derecho de solicitar sea ejercida dicha facultad, siempre y -- cuando cumpla con el fin expreso en la norma.

2.3.3

ELEMENTOS FORMALES.

El motivo del acto administrativo es el antecedente que provoca su realización. Son las circunstancias de hecho en virtud de las cuales la autoridad administrativa exterioriza el acto.

La Facultad Discrecional en México encuentra su motivación y fundamentación en el artículo 16 Constitucional.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia ha emitido jurisprudencia al respecto en los siguientes términos: - "El ejercicio de la Facultad Discrecional, está subordinada a la regla del artículo 16 de la Constitución Federal, en cuanto este precepto impone a las autoridades la obligación de -- fundar y motivar los actos que pueden traducirse en molestias a la posesión y derechos de los particulares. Aunque dicho - ejercicio implica un juicio subjetivo del autor del acto que no puede ni debe substituirse por el criterio del Juez, si -- está sujeto al control de éste último, por lo menos cuando el juicio subjetivo no es racional, sino arbitrario y caprichoso y cuando es enteramente injusto o contrario a la equidad; y - puede añadirse que dicho control es procedente cuando en el - aludido juicio no se hayan tomado en cuenta las circunstan- - cias de hecho, o sean alteradas injustificadamente, así como en los casos en que el razonamiento sea ilógico o contrario a

los preceptos generales del derecho". (107)

Siendo el fin de la Facultad Discrecional la Seguridad-Jurídica del particular, es conveniente adentrar un tanto en lo que implica la Garantía de Legalidad, consagrada en el artículo 16 Constitucional.

Señala el maestro Burgoa: "La eficacia jurídica de la Garantía de Legalidad reside en el hecho de que por su mediación se protege todo el sistema de derecho objetivo en México, desde la misma Constitución hasta el reglamento administrativo más minucioso". (108)

La expresión "fundamentación y motivación de la causa legal del procedimiento", condiciona todo acto de molestia.

Por causa legal del procedimiento debemos entender que el acto, o la serie de actos que provocan la molestia en la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones de un gobernado, realizado por la autoridad competente, deben tener no sólo una causa o elemento determinantes sino que éste sea legal, es decir, fundado y motivado en una ley en un aspecto material, esto es, en una disposición normativa general e impersonal, creadora y reguladora de situaciones abstractas.

(107) Jurisprudencia, S.J.F. Sexta Epoca, Tomo IV, pág. 120,- 2a. Sala.

(108) Burgoa, Ignacio, Las Garantías Individuales, op.cit. pág. 595.

2.3.3.1 CONCEPTO DE FUNDAMENTACION.

"La fundamentación legal de la causa del procedimiento - autoritario, de acuerdo con el espíritu del legislador de - - 1857, que permanece ímbito en la Constitución actual, consiste en que los actos que originen la molestia de que habla el artículo 16 Constitucional, deben basarse en una disposición normativa general, es decir que ésta prevea la situación concreta para la cual sea procedente realizar el acto de autoridad, que exista una ley que lo autorice.

La fundamentación legal de todo acto de autoridad que - cause al gobernado la molestia en los bienes jurídicos a que se refiere el artículo 16 Constitucional, no es sino una consecuencia directa del principio de legalidad que consiste en que las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite, principio que ha sido acogido por la jurisprudencia de la Suprema Corte. Es más, conforme también lo ha establecido -- nuestro máximo tribunal, las autoridades deben de gozar de facultades expresas para actuar, o sea, que la permisión legal para desempeñar determinado acto de su incumbencia no debe derivarse o presumirse mediante la inferencia de una atribución clara y precisa". (109)

En efecto la Suprema Corte ha afirmado que "las autoridades no tienen más facultades que las que la ley les otorga, pues si así no fuera, fácil sería suponer implícitas todas las necesarias para sostener actos que tendrían que ser arbitrarios

(109) Burgoa, Ignacio, Las Garantías Individuales, op.cit. pág. 596.

para carecer de fundamento legal". (110)

La exigencia de fundar legalmente todo acto de violencia impone a las autoridades diversas obligaciones, que se traducen en las siguientes condiciones:

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

2. En que el propio acto se preveé en dicha norma;

3. En que su sentido y alcance se ajusten a las disposi- ciones normativas que lo rijan;

4. En que el citado acto se contenga o derive de un man- damiento escrito, en cuyo texto se expresen los preceptos es- pecíficos que lo apoyen". (111)

El criterio de la Suprema Corte ha corroborado las men- cionadas condiciones, según se advierte de las distintas eje- cutorias que la Segunda Sala ha dictado y cuya parte conducen- te nos permitimos transcribir a continuación:

"Cuando el artículo 16 de nuestra Ley Suprema previene - que nadie puede ser molestado en su persona, sino en virtud -

(110) Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca, Tomo XIII, pág. 514.

(111) Burgoa, Ignacio, op. cit. pág. 596.

de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento, está exigiendo a las autoridades no simplemente que se apeguen, según criterio escondido en la conciencia de ellas, a una ley, sin que se conozca de qué ley se trata y los preceptos de ella que sirvan de apoyo al mandamiento relativo de las propias autoridades, pues ésto ni remotamente constituiría garantía para el particular. Por lo contrario, lo que dicho artículo les está exigiendo es que citen la ley y los preceptos de ella en que se apoyen, ya que se trata de que justifiquen legalmente sus proveídos haciendo ver que no son arbitrarios. Forma de justificación tanto más necesaria, cuanto que dentro de nuestro régimen constitucional las autoridades no tienen más facultades que las que expresamente les atribuye". (112)

"El requisito constitucional de legal fundamentación es-triba, no en la invocación global de un código o de un cuerpo de disposiciones legales, pues de ser esto así, bastaría que los mandamientos civiles se fundamentarán diciendo "su apoyo en las disposiciones del Código Civil", las procesales penales "con apoyo en las disposiciones del Código de Procedimientos Penales", etc.; lo cual evidentemente dejaría al particular en igual desamparo que si la garantía de fundamentación -

(112) Amparo en Revisión 1,259/59, Octavio Ramos E. y coags. 10 de agosto de 1959, Unanimidad 4 votos. Ponente: José Rivera P.C. Tomo XXVI, Segunda Sala, pág. 13 y 14. Sexta-Epoca.

no existiera, así como expuesto a los desmanes de la potestad pública, al no sujetarse ésta al cause institucional de dicha garantía". (113)

El requisito de fundamentación que exige el artículo 16- constitucional, no se satisface con la citación de la ley de la materia, en que se hayan apoyado las autoridades responsables sino que es indispensable, para que el acto pueda reputarse fundado, que precise en concreto, el precepto legal en que pretenda sustentarse". (114)

"Es un contra sentido considerar que no es necesario que las resoluciones de las autoridades estén expresamente fundadas y motivadas, sino que es suficiente con que se realicen sus actos de gobierno dentro del marco de la legalidad que -- tienen señalada, ya que si la autoridad no indica cuáles son los dispositivos legales que a su juicio le conceden la facultad para obrar en la forma que lo hace, se coloca a los particulares en la situación de adivinar en que preceptos legales pretendió fundarse, lo que de ninguna manera es el espíritu -- que informa el artículo 16 constitucional, el cual exige - -

(113) Amparo en Revisión, 5,079/58, Eduardo Solís Guillén. 30 de enero de 1961. Ponente: José Rivera P.C. Tomo XLIII, Segunda Sala, pág. 14. Sexta Epoca.

(114) Amparo en Revisión, 1,645/60, Humberto Avilés Rocha, 16 de noviembre de 1960, 5 votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez, Tomo LI, Segunda Sala. pág. 9, Sexta Epoca.

expresamente que las autoridades responsables funden y motiven sus resoluciones". (115)

"El artículo 16 constitucional impone la obligación a las autoridades de fundar y motivar expresamente su resolución, por lo que no es bastante para cumplir con esa obligación el que las autoridades citen globalmente un cuerpo de ley, ya que esta forma de proceder obligaría a los interesados a adivinar cuál fue el precepto expreso de esa ley en que pretendieron fundarse las autoridades, lo que traería como consecuencia la deficiencia en la defensa del interesado". (116)

"Si en una resolución no se cita ningún precepto legal que se hubiera tomado en consideración para dictarla, procede conceder al quejoso el amparo y protección de la Justicia Federal que solicita, para el efecto de que la autoridad responsable dicte la resolución que proceda, pero fundándola debidamente en ley". (117)

(115) Amparo en Revisión. 3,929/58, Gustavo Lassieurl y coags. 27 de octubre de 1958. 5 votos. Ponente: José Rivera P.C. Tomo XVI, Segunda Sala, pág. 30, Sexta Epoc.

(116) Amparo en Revisión. 183/58. Ludwig Bachmann. 8 de septiembre de 1958. Unanimidad de 4 votos. Ponente: José Rivera P.C. Tomo XV, Segunda Sala, pág. 16. Sexta Epoca.

(117) Amparo en Revisión. 2,316/61, Ricardo Méndez Zermeño, 6 de noviembre de 1961. Unanimidad de 4 votos. Ponente: José Rivera P.C. Tomo LIII. Segunda Sala. pág. 41. Sexta Epoca.

2.3.3.2 CONCEPTO DE MOTIVACION.

"La motivación de la causa legal del procedimiento implica, que existiendo una norma jurídica, el caso o situación concretos respecto de lo que se pretende cometer el acto autoritario de molestia, sean aquéllos a los que alude la disposición legal fundatoria, esto es, el concepto de motivación empleado en el artículo 16 constitucional indica que las circunstancias y modalidades del caso particular encuadren dentro del marco general correspondiente establecido por la ley". (118)

"La motivación legal implica, pues, la necesaria adecuación que debe hacer la autoridad entre la norma general fundatoria del acto de molestia y el caso específico en el que éste va a operar o surtir sus efectos. Sin dicha adecuación, se violaría, por ende, la citada subgarantía que, con la fundamentación legal, integra la de legalidad". (119)

La mención de los motivos que justifiquen la aplicación del acto de molestia deben manifestarse en los hechos, circunstancias y modalidades objetivas del caso para que éste se encuadre dentro de los supuestos abstractos previs-

(118) Burgoa, Ignacio, op. cit. pág. 599.

(119) Este criterio ha sido corroborado por la Segunda Sala de la Suprema Corte en la Tesis 119. Idem, Informe de 1980, Tesis 132. Segunda sala. Idem, Informe de 1981, Tesis 5 y 7 de la misma Sala.

tos normativamente. La mención de esos motivos debe formularse precisamente en el mandamiento escrito, con el objeto de que el afectado por el acto de molestia pueda conocerlos y estar en condiciones de producir su defensa.

Así lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia cuando señala que:

"No basta que las responsables invoquen determinados preceptos legales para estimar que sus acuerdos están debidamente fundados, sino que es necesario que los preceptos invocados sean precisamente los aplicables al caso de que se trate" -- (120) y que: "Si la autoridad responsable reconoce que por 'fundar' debe entenderse la expresión de los fundamentos legales o de derecho del acto reclamado, precisamente por ello se concluye que la resolución reclamada no quedó debidamente fundada, si en ella no se contiene la expresión de ningún -- fundamento legal o de derecho. Y si, por otra parte, la propia autoridad responsable reconoce que por 'motivar' debe -- entenderse el señalamiento de las causas materiales o de derecho que hayan dado lugar al acto reclamado, no puede admitirse que la motivación consista en la expresión general y -

(120) Amparo en Revisión 2,479/58, Ignacio Negrete Hernández. 7 de mayo de 1959. 5 votos. Ponente: Franco Carreño, - Tomo XXIII, Segunda Sala, pág. 9. Sexta Epoca.

abstracta de que 'por razones de interés público el Gobierno Federal ha decidido constituir por sí mismo y por sus propios medios el puente a fin de operarlo en forma directa', - ya que así la mencionada expresión no señala en principio -- las causas materiales o de hecho que hubieren dado lugar al acto reclamado". (121)

Tratándose de la Facultad Discrecional, la motivación-legal no siempre exige que la referida adecuación sea exacta, puesto que las leyes han otorgado a las autoridades administrativas dicha facultad para determinar si el caso concreto que vayan a decidir encuadra dentro del supuesto abstracto - previsto normativamente. Sin embargo, y como ya lo hemos -- señalado tantas veces, dicha facultad, dentro de un régimen- de derecho donde impera el principio de legalidad, debe consignarse en una disposición legal, pues sin ésta, aquélla -- sería arbitraria, atentaría francamente contra el artículo - 16 constitucional.

Asimismo, hemos señalado también, que dicha facultad - está sujeta a exámen o revisión del poder jurisdiccional - - cuando en el ejercicio de la misma, la autoridad respectiva- no haya desplegado lógica y racionalmente dicho ejercicio. -

(121) Amparo en Revisión 2,248/61, Puentes Internacionales,- S.A. de C.V. 19 de octubre de 1961. 5 votos. Ponente:- Rafael Matos Escobedo. Tomo CII, Segunda Sala, pág.63, Sexta Epoca.

cuando haya alterado los elementos sujetos a su estimación y haya omitido los que se hubiesen comprobado, sólo bajo estas circunstancias es susceptible de ser sujeto a revisión, ya que el ejercicio de dicha facultad, cumpliendo con los requisitos señalados por el 16 constitucional no tendría porque someterse al control constitucional.

El maestro Burgoa comenta al respecto: "...la indicada facultad deja de ser discrecional para convertirse en arbitraria, si se desempeña en los supuestos contrarios, hipótesis en la cual los actos en los que bajo tales condiciones se hubiese ejercitado, si pueden controlarse judicialmente a través del amparo y en función de la garantía de motivación-legal consagrada en el artículo 16 constitucional". (122)

Al respecto la Suprema Corte de Justicia ha emitido la siguiente jurisprudencia:

"Puede controlar en el amparo el uso de las facultades discrecionales, cuando las mismas se ejercitan en forma arbitraria y caprichosa, cuando la decisión de la autoridad no invoca circunstancias de hecho, cuando éstas son alteradas, cuando el razonamiento en que la resolución se apoya es ilógico.

(122) Burgoa, Ignacio, Las Garantías Individuales, op cit. - pág. 600.

"Si bien es cierto que, por lo general, debe respetarse, dentro del juicio de amparo, el correcto ejercicio que la autoridad administrativa haga de su poder discrecional o libertad de apreciación que la ley le concede, también lo es que la calificación de la Secretaría de Economía es censurable en el juicio de garantías, cuando parte de hechos irrealles o no comprobados, cuando no contiene argumentaciones, o cuando los razonamientos que expresa dicha Secretaría son -- contrarios a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia ya que, de otra suerte el juicio constitucional quedaría suprimido de modo absoluto, cualesquiera que fuesen las circunstancias de cada caso". (123)

- (123) Amparo en Revisión 5,484/60, Daniel Fragoso Chapa. 23- de noviembre de 1960. 5 votos. Ponente: Felipe Tena -- Ramírez, Tomo XLI, Segunda Sala, pág. 37, Sexta Epoca.
- Amparo en Revisión 7,184/59, Esteban Vina y Uribe y -- Coag. 24 de febrero de 1960. 5 votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez. Tomo XXXII, Segunda Sala, pág. 9.
- Amparo en Revisión 694/58, Nicholas Proprietary Limited. 20 de octubre de 1959. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez. Tomo XXVIII, Segunda Sala, págs.- 15 y 16.
- Amparo en Revisión 4,290/57, U.S.Rubber Mexicana, S.A. 3 de junio de 1959, Unanimidad de 4 votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez. Tomo XXIV, Segunda Sala, págs. 9 y 10.
- Amparo en Revisión 2,069/58. Posadas Travelodge, S.A.- 11 de agosto de 1958. 5 votos. Ponente: José Rivera -- P.C. Tomo XIV, Segunda Sala, pág. 15.
- Amparo en Revisión 3,209/57, Cilag Aktrensesell Schaft. 28 de julio de 1958. 5 votos. Ponente: José Rivera -- P.C. Tomo XIII. Segunda Sala, pág. 47.
- Amparo en Revisión 152/61. Anastasio Miguel Cedeña Muñoz. 19 de abril de 1961. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez, Tomo XLVI, Segunda Sala, pág. 29.

Amparo en Revisión 5,350/56, The Maico Company Inc. 16 de -- junio de 1958. 5 votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez. Tomo XII, Segunda Sala, pág. 91.

Amparo en Revisión 543/58, Sirak M. Baloya. 23 de julio de - 1958. 5 votos. Ponente: Alfonso Francisco Ramírez. Tomo XIII, Segunda Sala, pág. 42.

Amparo en Revisión 1,672/60. The Firestone Fire & Rubber - - Company. 6 de noviembre de 1961. Unanimidad 4 votos. Ponente: José Rivera P.C. Tomo LII, Segunda Sala, págs. 13 y 16.

Amparo en Revisión 2,922/55, Electrolux, S.A. de C.V. 9 de - noviembre de 1960. 4 votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez. -- Tomo XLI, pág. 36, Segunda Sala, Sexta Epoca.

En el mismo sentido existen las ejecutorias cuyos datos a -- continuación señalamos y que aparecen publicadas en la Sexta Epoca del Semanario Judicial de la Federación.

Amparo en Revisión 3,415/60, Narciso Mejia Robles, 4 de ene- ro de 1961. Unanimidad 4 votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez. Tomo XL, Segunda Sala, pág. 27.

Amparo en Revisión 6,582/56 Fábrica Apollo, S.A. 5 de octubre de 1960, 5 votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez. Tomo XL, Se- gunda Sala, pág. 44.

Amparo en Revisión 1,969/58, José Ma. Vázquez Alba. 9 de ju- lio de 1958. Unanimidad 4 votos. Ponente: Felipe Tena Ramí- rez. Tomo XIII, pág. 15.

Amparo en Revisión 6,489/55, Cía. de Fábricas de Papel San - Rafael y Anexas, S.A. 16 de octubre de 1957. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez, Tomo IV, Segunda Sala, - pág. 120.

Amparo en Revisión 5,665/56, Guillete Company, 22 de septiem- bre de 1957, Mayoría de 3 votos, Ponente: Octavio Mendoza -- González. Disidente: José Rivera P.C. Tomo LI, Segunda Sala, pág. 11.

Amparo en Revisión 7,887/58, Tamm y Cía., S. A. 6 de abril - de 1960. 5 votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez. Tomo XXXIV, - Segunda Sala, pág. 22.

Amparo en Revisión, The Coca Cola Company, 3 de septiembre - de 1959. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez. Tomo XXVII, Segunda Sala, pág. 33.

Por lo antes expuesto podemos señalar que aún frente a la facultad discrecional ejercida por el titular del órgano-administrativo, aún frente al poder libre de apreciación con el que es investido dicho funcionario, existe el control - - constitucional que se traduce en el cumplimiento de la ga- - rantía de legalidad señalada por el artículo 16 Constitucio- - nal; en tanto que si bien el funcionario público tiene am- - plio margen para adecuar la norma preexistente al caso con- - creto especial que se presente, esta libertad de adecuación- siempre debe estar fundada y, por otra parte, motivada.

Insistimos en que la Facultad Discrecional no es sinó- nimo de arbitrariedad, no puede el funcionario público, en - ejercicio de la mencionada facultad, alterar el ordenamiento jurídico en que se funda su potestad discrecional. "La sola idea de que una autoridad pueda a pretexto de ejercitar di- - cha facultad, actuar sin ley o contra la ley, equivaldría a- subvertir todo el régimen de derecho mediante la vulneración del principio de legalidad que lo sustenta". (124)

(124) Burgoa, Ignacio, Las Garantías Individuales, op. cit.-

2.4

F I N E S

Hablar del fin o finalidad de la Facultad Discrecional, nos obliga a tocar el tema, en forma somera, de la Filosofía del Derecho, en cuanto a que se trata de llegar al fundamento-axiológico de dicha potestad.

Esta facultad debe operar siempre bajo Derecho, el cual se encuentra estructurado por categorías ya sean éstas Formales, Reales o Axiológicas.

Las categorías jurídicas son los conceptos a priori del Derecho, sin los cuales no sería posible su entendimiento o -- comprensión, son los datos formales, reales o axiológicos de toda norma jurídica también son llamados "conceptos jurídicos fundamentales".

Las categorías axiológicas van a ser el fin que persigue la norma, deben ser a lo que aspire el Derecho y en este caso será a lo que aspire la Facultad Discrecional, el valor al que tiende a alcanzar.

"Las categorías axiológicas constituyen el fin del Derecho, la estrella polar a donde las conductas deben ser dirigidas por la luz de la Axiología Jurídica". (125)

(125) Robles, Sotomayor Elodia, apuntes tomados de la cátedra de Filosofía del Derecho, Cd.Universitaria, México, 1987.

Desde el punto de vista estrictamente administrativo, se dice que el fin de todo acto administrativo, "es el propósito de interés público contenido en la ley." (126)

Martín Mateo le llama el "para qué del acto administrativo". (127)

Olivera Toro, sostiene que "el acto administrativo debetener el fin propio de la función administrativa, que es la -- utilidad pública. De ese modo no puede perseguirse sino un -- fin de interés general y no una finalidad extraña a la que marca la ley, a otros fines distintos de aquel concreto que la -- naturaleza y condiciones del acto imponen". (128)

Relacionado al elemento "fin", se encuentra íntimamente vinculado, el "mérito". Este elemento ha sido considerado, -- como elemento del acto administrativo, entendiéndolo como la -- adecuación necesaria de medios materiales y temporales para -- lograr los fines públicos que con el acto administrativo de -- que se trata se tiende a alcanzar.

Es en la Facultad Discrecional, donde se manifiesta con mayor amplitud este elemento.

(126) Serra, Rojas Andrés, Derecho Administrativo, op. cit. pág. 244.

(127) Mateo, Martín, cit. por Serra, Rojas Andrés, Ibidem.

(128) Olivera, Toro Jorge, Derecho Administrativo, Principio de legalidad y actos admvos., op. cit. pág. 41.

En nuestra opinión, el fin expreso que se busca con el ejercicio de la Facultad Discrecional, estriba en que a través de ella se logre preservar la Seguridad Jurídica y la Justicia.

Sostenemos que el fin de la Facultad Discrecional es la Seguridad Jurídica y la Justicia, puesto que sólo se justifica la existencia de esta facultad, en tanto se logre dicho fin, - de lo contrario sería inadmisibles que se confiriera dicha facultad a los funcionarios públicos para satisfacer sus caprichos, se caería entonces en la aberración más grande de cualquier ordenamiento jurídico.

La Facultad Discrecional está encaminada a la protección del particular, incluso del propio Estado, al operar bajo el principio de interés general.

Mediante su ejercicio se pretende evitar injustas situaciones, ya que una determinación administrativa, apegada estrictamente al derecho, puede producir la no aplicación de la justicia, puede afectar los derechos públicos subjetivos del particular, traducidos en garantías individuales, de los cuales, el hombre tiene el inalienable derecho de poseer. "Son derechos del hombre que se traducen substancialmente en potestades inseparables e inherentes a su personalidad; son elementos propios y consubstanciales de su naturaleza como ser racional". (129)

(129) Burgoa, Ignacio, Las Garantías Individuales, op.cit. pág. 187.

Hemos dicho que la Facultad Discrecional tiende a la protección de las Garantías de Seguridad Jurídica, entendidas -- éstas como "el conjunto general de condiciones, requisitos, -- elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una -- cierta actividad estatal autoritaria para generar una afecta-- ción válida de diferente índole en la esfera del gobernado, -- integrada por el *sumum* de sus derechos objetivos". (130)

Por ende, un acto de autoridad que afecte el ámbito particular de un individuo como gobernado, sin observar dichos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias previos, no será válido a la luz del Derecho.

La Seguridad Jurídica, en su sentido más general, implica, según Delos "la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes, y sus derechos no serán objeto de ataques -- violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán asegurados, por la sociedad, su protección y reparación. En otros-- términos, está en seguridad aquél (individuo en el Estado. Estado en la comunidad Internacional) que tiene la garantía de -- que su situación no será modificada sino por procedimientos -- societarios y por consecuencia, regulados-conforme a la regu-- la- y legítimos conforme a la *lex*". (131)

(130) Burgoa, Ignacio, Las Garantías Individuales, op.cit. pág. 498.

(131) Delos, cit. por Preciado, Hernández Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, 1a. reimp. Edit. UNAM, México, 1986, -- pág. 226.

El Maestro Preciado Hernández, sostiene que la seguridad Jurídica, "representa el conjunto de condiciones sociales de carácter jurídico que garantizan la situación personal de cada uno de los miembros de la comunidad". (132)

La Facultad Discrecional, tiende a la consecución de la Justicia, en tanto ésta constituye "el criterio ético que nos obliga a dar al prójimo lo que se le debe conforme a las exigencias ontológicas de su naturaleza, en orden a su subsistencia y perfeccionamiento individual y social.

Es un criterio ético porque se trata de un principio destinado a dirigir obligatoriamente la acción humana y que nos manda, atribuir o reconocer a todo ser humano lo que se le debe de acuerdo a su naturaleza, porque no es un criterio convencional sino objetivo, pues se funda en los datos constitutivos de la dignidad personal, que son esenciales al ser humano, y que por esto mismo excluye racionalmente toda discriminación en el trato a nuestro semejante, sin razón objetiva suficiente". (133)

La Facultad Discrecional persigue, de igual forma, la Equidad puesto que ésta supone la justicia, al referirse a la

(132) Delos, cit. por Preciado, Hernández Rafael, op. cit. - - pág. 227.

(133) IBIDEM, pág. 209.

aplicación del derecho al caso concreto. Así pues, "la equidad es el criterio racional que exige una aplicación prudente de las normas jurídicas al caso concreto, tomando en cuenta - todas las circunstancias particulares del mismo, con miras a asegurar que el espíritu del derecho, sus fines esenciales y sus principios supremos prevalezcan sobre las exigencias de - la técnica jurídica". (134)

Concluyendo, podemos afirmar que la Facultad Discrecional tiene como propósito realizar el fin expreso que la norma trata de conseguir, y este fin no es más que la Seguridad Jurídica del particular, la Justicia y la Equidad en el caso -- concreto de que se trate, tendiente a la consecución del interés general, evitando de esta manera crear situaciones injustas por el estricto apego al Derecho.

Como corolario a lo anterior queremos señalar que la -- indebida aplicación de la Facultad Discrecional conduce al -- llamado "desvío de poder" o al abuso del poder. En el primer caso es una desviación voluntaria de los fines contenidos en la ley que establece la Facultad Discrecional; en el segundo caso, es una actuación intencionalmente contraria a los intereses públicos.

"Para la doctrina norteamericana habrá desvío de poder-

(134) Preciado, Hernández Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, op. cit. pág. 223.

cuando la administración, haciendo uso de facultades discrecionales, emite un acto notoriamente injusto o irracional, -- quedando al particular opositor la carga de la prueba del dato informativo". (135)

2.5 REQUISITOS DE LA FACULTAD DISCRECIONAL.

Con base en lo sustentado en los incisos precedentes -- podemos señalar que la Facultad Discrecional en México opera bajo los siguientes requisitos:

1.- Toda Facultad Discrecional otorgada al funcionario-público debe satisfacer el "principio de legalidad".

2.- Que el funcionario público investido con dicha facultad, posea la competencia debida para el ejercicio de la misma, toda vez que la aplicación de dicha facultad, es la competencia en cuyo ejercicio se dicta el acto y no el acto mismo.

3.- Que el titular del Órgano administrativo emplee en el ejercicio de la Facultad Discrecional, los principios generales del derecho, la técnica y la lógica jurídica.

4.- Que dicha facultad sea ejercitada en forma prudente y razonada, y no bajo el uso de formas arbitrarias y caprichosas.

(135) Olivera, Toro Jorge, Derecho Administrativo y Principio de Legalidad, op. cit. pág. 4.

5.- Siempre debe estar sujeta a condiciones estipuladas por la propia norma que otorga dicha facultad.

6.- Debe tener como propósito realizar el fin expreso que la norma trata de conseguir, traducido éste en el logro de la Seguridad Jurídica, la Justicia y la Equidad, fines -- axiológicos de dicha facultad.

7.- Tendiente a la consecución del interés general.

8.- Sujeta siempre a control Constitucional, lo que -- implica que debe cumplir, siempre, con la garantía de legalidad señalada en el artículo 16 Constitucional, primera parte.

CAPITULO III

LA FACULTAD DISCRECIONAL EN LA CONSTITUCION MEXICANA.

3.1 CONSTITUCION.

El análisis de la Facultad Discrecional en la Constitución Mexicana nos obliga a realizar un breve repaso sobre la Teoría de la Constitución, que como Orden Normativo Supremo del Estado, constituye la base y estructura jurídica de toda organización social que se afirma en un Estado de Derecho, otorgando validéz jurídica a la actividad estatal, dentro de la cual se encuentra la actividad discrecional, como una de las manifestaciones de las cuales hace uso el Estado para cumplir con sus funciones, en este caso, con la función Administrativa, bajo la competencia discrecional.

El concepto primario de Constitución le encontramos en el pensamiento aristotélico. Sin ser un concepto sistematizado. Aristóteles en su obra la Política distingue tres aspectos de Constitución:

- Como realidad: "es la vida misma del Estado, es la existencia de la polis. Es un concepto físico es lo que acontece en una comunidad". (136)

(136) Aristóteles, La Política, Edit. Espasa-Calpe, Madrid, -- 1962, pág. 185.

- Como organización: "la Constitución es el gobierno mismo y es la organización de todas las magistraturas". (137)
- Como lege ferenda: "debe contener elementos de las demás constituciones, para ser perfecta, o sea, en ella deben estar combinados los elementos oligárquicos, monárquicos y democráticos, como en la Constitución de Lacedemonia". (138)

Considera, el Estagirita, que la identidad de un Estado otorga su Constitución, "si ésta permanece, el Estado es el mismo, si ésta cambia, el Estado se modifica". (139)

Ferdinand Lassalle, en su obra "Qué es una Constitución?", llega a la esencia misma del concepto, al considerar que una Constitución no será más que una hoja de papel, un folleto, si en ella no se tomaran en cuenta los factores reales de poder, a quienes los legisladores deben dar expresión escrita, Lassalle sostiene que en todo el país hay dos Constituciones, una, real, efectiva, que es el resultado de la suma de los factores de poder, y la otra, la escrita, que es una hoja de papel. La Constitución escrita debe corresponder a la Constitución real, porque de lo contrario estallarían un conflicto inevitable - - entre ellas y la hoja de papel tiene necesariamente - - -

(137) Aristóteles, La Política, Editor Espasa-Calpe, Madrid, - 1962, pág. 89.

(138) Ibidem, pág. 56.

(139) Ibidem, pág. 83.

que sucumbir ante el empuje de la Constitución real, de las --
verdaderas fuerzas vigentes en el país". (140)

La Constitución, para Lassalle, significa "la suma de --
los factores reales de poder que rigen en ese país", los cua--
les incorporados en un papel "ya no son simples factores rea--
les de poder, sino que se han erigido en derecho y quien aten--
te contra ellos atenta contra la ley". (141)

Hermann Heller, en su ya mencionada Teoría del Estado, -
concibe a la Constitución en tres sentidos:

- Como realidad: la Constitución es "un ser al que dan for--
ma las normas". (142)

Bajo la idea Helleriana, debe existir una conexidad per--
manente entre la normalidad y la normatividad. Entre el ser y
el deber ser. Siendo la Constitución, producto y acción de --
efectividad humana, ésta deberá tener como contenido la situa--
ción política real que se renovará mediante actos de voluntad--
humana (normalidad), dicha conducta deberá no obstante, ade--
cuarse a la norma (normatividad).

(140) Lassalle, Ferdinand, ¿Qué es una Constitución?, 1a. Edic.
Edit. Jucar, Madrid, España, 1979, pág. 51.

(141) Ibidem, pág. 41.

(142) Heller, Hermann, Teoría del Estado, op. cit. pág.291 y s.s.

De esta suerte, según Heller, habrá Constitución no normada (normalidad) y Constitución normada (normatividad). Dentro de ésta última, la normada jurídicamente y la normada extrajurídicamente (la costumbre, la moral, la religión). "Así pues, hay una influencia dialéctica entre la normalidad y la normatividad, entre la vida y la forma". (143)

-Como Constitución Jurídica destacada: "es una emancipación de la realidad social, en tanto formación normativa de sentido". (144)

En este sentido la Constitución es un deber ser, es la emancipación de un contenido de significación de la realidad social que luego puede ser recogida en otras actuaciones y revividas en ellas. Sirve para lograr una "continuidad histórica y sistemática de la Constitución real". (145)

Heller, considera que la Constitución Jurídica destacada, "es la estructura de poder característica del Estado que persiste a través de las vivencias y actos concretos de sentido". (146)

-Como Constitución escrita, Heller entiende dicho concepto en sentido relativo, como un folleto determinado que contiene una serie de artículos. Sin embargo la Declaración del Dere

(143) Heller, Hermann, Teoría del Estado, op. cit. pág. 272.

(144) Ibidem.

(145) Ibidem.

(146) Ibidem.

cho por escrito se hace necesaria después de un cambio violento en la estructura del poder, y la Constitución moderna no se caracteriza, por la forma escrita, sino por la circunstancia de que la estructura total del Estado debe estar plasmada en un documento escrito único.

Karl Schmitt, en su obra Teoría de la Constitución la -- conceptualiza bajo cuatro aspectos: el absoluto, el relativo, el positivo y el ideal.

En sentido absoluto Schmitt examina a la Constitución -- desde dos diferentes puntos de vista: como ser y como deber ser.

En sentido absoluto la Constitución nos presenta a determinada comunidad como un todo, como el conjunto de relaciones que se desarrollan en esa sociedad; como el resultado de la -- existencia real que se presenta en ese conglomerado. A su vez este enfoque del concepto absoluto se divide en tres acepciones:

-Como unidad.- Es el ser de la comunidad en su concreta-existencia política. Equipara Estado con Constitución, "es un statatus de unidad y ordenación". (147)

-Como forma de gobierno.- Constitución "es la forma especial de dominio que afecta a cada Estado y que no puede sepa--

(147) Schmitt, Karl, Teoría de la Constitución, la. edic., -- Editorial Nacional, S.A., México, 1985, pág. 4.

rarse de él". (148) Determina la manera de ser de cada comunidad. En este aspecto, el Estado es una Constitución, pues le corresponde siempre alguna de las formas en que los Estados existen. La Constitución es la "forma de las formas, forma -- formarum". (149)

-Como fuerza y energía.- La Constitución no es estática-sino dinámica, por ser vida, por ser el resultado de intereses contrapuestos que día a día conforman la unidad política.

Desde el punto de vista del deber ser, según Schmitt, la Constitución en sentido absoluto, es la "Norma de Normas", no es actuación del ser, es un simple "deber-ser". Es la normación total de la vida del Estado; "éste se convierte en una -- ordenación jurídica que descansa en la Constitución como norma fundamental". (150)

En sentido relativo, la Constitución significa "la Ley Constitucional en particular". (151) Bajo este aspecto, -- Schmitt relativiza el concepto unitario de constitución como -- un todo en el de Ley Constitucional concreta. No interesa la importancia de las normas que contenga dicha Constitución sino por el hecho de estar contenidas en ella, éstas tienen la categoría de constitucionales.

(148) Schmitt, Karl, Teoría de la Constitución, la. Edic., Editorial Nacional, S.A., México, 1985, pág. 5.

(149) Ibidem, pág. 6.

(150) Ibidem, pág. 8.

(151) Ibidem, pág.13-16.

Bajo este aspecto, Schmitt distingue la nota formal de la Constitución o indistintamente de las leyes constitucionales, por cuanto el procedimiento a seguir para su reforma es especial. "Mediante las condiciones de reforma dificultadas se protege la duración y estabilidad de las leyes constitucionales y se aumenta la fuerza legal". (152)

El sentido positivo de la Constitución significa, en opinión de Schmitt, "decisión política del titular del poder constituyente". (153) Continúa señalando el autor ... "La Constitución en sentido positivo contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política". (154)

La importancia de este sentido positivo de Constitución, que otorga Schmitt al concepto en cuestión, radica en la distinción que hace entre Constitución y Leyes Constitucionales, ya que la primera se integra por las decisiones fundamentales como principios esenciales del orden jurídico, y todas las demás normas contenidas en ella son Leyes Constitucionales, que para su existencia presuponen una Constitución. "Toda Ley Constitucional, necesita para su validéz en último término una decisión política previa, adoptada por un poder o autoridad política existente.

(152) Schmitt, Karl, Teoría de la Constitución. op. cit. pág. 22.

(153) Ibidem, págs. 23 y 55.

(154) Ibidem, págs. 41 y 55.

-Constitución en sentido ideal, son los diferentes idearios que sostienen los partidos políticos. Bajo este aspecto Constitución será aquella que corresponda a los postulados políticos de cada partido. "Cada partido político, atendiendo a su fuerza política, otorgará contenido concreto, desde luego - imprecisos, a los conceptos de la vida del Estado". (155)

Jorge Carpizo, en su obra, Estudios Constitucionales, -- sostiene que "la Constitución de un país es un eterno duelo entre el ser y el deber ser, entre realidad y norma. La Constitución de un país es una perpetua adecuación entre un folleto y la vida". 156)

Contempla a la Constitución desde dos ángulos:

-Constitución material.- Contiene una serie de derechos que el hombre puede oponer al Estado y la organización, atribuciones y competencia de éste.

-Constitución formal.- Implica que las normas constitucionales, las normas que se encuentran en el folleto, sólo se modifican o se pueden crear a través de un procedimiento y un órgano especial. Este procedimiento generalmente es más complicado que el que se sigue para reformar la legislación ordinaria.

(155) Schmitt, Karl, Teoría de la Constitución, op.cit.pág. 41.

(156) Carpizo, Jorge, Estudios Constitucionales, 2a.edic. Edit.- UNAM-L.G.E.N., México, 1983, págs. 51 y 55.

En cuanto a la clasificación de las Constituciones, éstas han sido clasificadas, generalmente, en Constituciones escritas o estatutarias y en no escritas o consuetudinarias.

James Bryce, encontrando esta clasificación como "torpemente expresada porque junto a toda constitución escrita, existen costumbres y decisiones que la completan, amplían o modifican y a su vez, en las denominadas constituciones no escritas, se encuentran estatutos y leyes constitucionales". (157) Se avocó a encontrar un criterio distinto de clasificación, tomando como base los procesos seguidos para su reforma, encontrando constituciones cuyo proceso de reforma es esencial, denominándolas entonces, constituciones rígidas, y dióle el nombre de flexibles, a aquellas cuyo proceso de reforma es igual al seguido con motivo de reformas a las leyes ordinarias.

B.K.C. Wheare, clasificó a las constituciones atendiendo a los términos de rígido y flexible, pero no para indicar si existe o no un proceso especial para su reforma, sino en cuanto a si la constitución realmente se modifica o no con facilidad.

Propuso cuatro criterios de clasificación:

-Supremas y no sobre el órgano legislativo. Las primeras no pueden ser modificadas por el órgano legislativo; en --

(157) Bryce, James, cit.por Carrizo, Jorge, op.cit. pág. 404.

cambio las segundas si pueden serlo.

-Federales y unitarias.- Se basan en el principio de distribución de facultades en la constitución, son descentralizadas si organizan un régimen federal o descentralizado y son --unitarias cuando regulan un Estado centralizado.

-Parlamentarias y presidenciales.- Dependen del grado de fuerza de una de las funciones que integran el poder.

-Republicanas y monárquicas.- Según sea la forma de go--bierno que haya adoptado el Estado al que regulan. (158)

D.S.A. de Smith, clasifica a las constituciones en:

- "- Escritas y no escritas;
- Flexibles e inflexibles;
- Monárquicas y Republicanas;
- Presidenciales y parlamentarias;
- Federales y unitarias, y
- Diárquicas y no diárquicas". (159)

Por diárquicas entendió el concepto por el cual existe -una división de la competencia gubernativa entre dos o más autoridades, división ajena a la que se realiza de acuerdo con -una base regional.

(158) Wheare, K.C. citado por Carpizo, Jorge, Estudios Consti--tucionales, op. cit. pág. 405.

(159) Smith, D.S.A., citado por Carpizo, Jorge, Estudios Cons--titucionales, op. cit. pág. 104.

Karl Lowenstein, clasificó a las Constituciones en:

- "- Normativas;
- Nominales;
- Semánticas". (160)

La clasificación hecha por Lowenstein parte de un criterio ontológico, el cual consiste en estudiar y contrastar el contenido de la constitución escrita con la realidad constitucional, o sea la realidad del proceso del poder. Parte de la tesis que una constitución escrita no funciona por sí misma -- sino que será lo que los gobernantes y gobernados hacen de ella en la práctica.

Una constitución normativa es aquella en la que existe una adecuación entre la realidad y la norma.

La Constitución nominal, por el contrario, no presenta concordancia entre la realidad y la norma, a causa de una índole de factores socio-económicos, sin embargo, se espera que se llegue a dar la adecuación necesaria entre la realidad del proceso político y la norma constitucional.

Constitución semántica es aquella que está al servicio de los detentadores del poder, como instrumento para estabilizarlos y eternizarlos en él, más que como límite al propio poder.

(160) Lowenstein, Karl, citado por Carpizo, Jorge, Estudios -- Constitucionales, op. cit. pág. 411.

Por su parte, Jorge Carpizo, nos presenta la siguiente clasificación de constituciones:

"-Democrática .- Es aquélla que realmente asegura ampliamente al individuo sus garantías individuales; le garantiza un mínimo digno de seguridad económica; no concentra el poder en una persona o grupo; es decir, las funciones son - - ejercidas realmente por diversos órganos y el sistema de partidos acepta el principio de pluralismo ideológico.

-Cuasi-democrática.- Es aquélla en la que el individuo -- tiene constitucionalmente aseguradas toda una serie de garantías individuales y un mínimo económico, pero en la realidad, estos postulados, aunque no son simple letra sin contenido, no se cumplen bien.

-Constitución de Democracia -Popular.- Se configuran primordialmente en los países socialistas donde el énfasis se encuentra puesto en la garantía de los derechos humanos, sino en el aseguramiento del mínimo económico digno.

-Constitución no democrática.- Es aquélla donde no se -- aseguran los derechos humanos ni el mínimo económico, y el -- principio de separación de poderes y del sistema de partidos políticos se resume en la voluntad de quienes detentan el -- poder". (161)

(161) Carpizo, Jorge, Estudios Constitucionales, op. cit. pág. 413.

3.2 LA CONSTITUCION MEXICANA.

Partiendo de la clasificación hecha por los autores antes mencionados, podemos señalar que nuestra Carta Magna es -- una Constitución escrita, rígida, nominal, suprema sobre el legislativo, federal, presidencial, republicana y cuasi-democrática.

Contiene nuestra Carta Magna, principios básicos, decisiones fundamentales que constituyen y definen la estructura política, así como protegen y hacen efectivas las disposiciones constitucionales, a decir: la declaración de los derechos humanos, la soberanía, la división de poderes, el sistema representativo, el régimen federal, la justicia constitucional y la supremacía del Estado sobre la Iglesia.

Dichos principios se encuentran organizados en dos partes: la dogmática y la orgánica. División que ya se encuentra desde la Constitución de 1814.

Producto del movimiento social que tuvo sus inicios en 1910, la Constitución Mexicana de 1917, fue la primera en incorporar normas de contenido social, lo que le otorga una nota característica especial. Quedan en ella contempladas, por primera vez y a nivel mundial, las llamadas "garantías sociales".

3.3 ANALISIS.

A la luz de nuestra Carta Magna, presentamos el estudio-

analítico de la Facultad Discrecional, contenida, expresa o --
tácitamente, en su articulado. Siguiendo la idea del maestro-
Gabino Fraga, tomada de su obra Derecho Administrativo (162)
hemos señalado, con toda precisión, que de los términos mismos
que empleé la legislación, se estará en condiciones de determi-
nar, si existe, o no, el otorgamiento de facultades discrecio-
nales.

Hemos indicado que cuando se esté frente a términos per-
misivos o facultativos, podrá afirmarse la existencia de di-
chas facultades discrecionales.

Por nuestra parte, agregamos a la idea del autor, que no
basta con que se presenten términos permisivos o facultativos-
para que se configuren Facultades Discrecionales, sino que, --
además de éstos, pueden presentarse términos optativos que nos
indiquen la presencia de dichas facultades.

Uno de los términos lingüísticos que con mayor frecuen-
cia se presenta, es el vocablo 'podrá', por lo que hemos consi-
derado otorgarle la categoría de 'constante', como indicador -
de la existencia de facultades discrecionales.

La palabra 'podrá', empleada, en modo indicativo, tiempo
futuro, voz activa del verbo transitivo "poder", del latín - -
"posumm", nos indica, en su acepción puramente lingüística, --

(162) Fraga, Gabino, Derecho Administrativo, op.cit. pág.238.

'tener la facultad de hacer una cosa'.

Como ejemplos de los conceptos constitucionales que con tienen la Facultad Discrecional, otorgada mediante el empleo del vocablo 'podrá', transcribimos los artículos 3o. y 16 - - Constitucionales:

"Art. 3o.- La educación que imparte el Estado-Federación, Estados, Municipios-, tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la patria y a la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia:

I.

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

En este caso la Facultad Discrecional, contenida en la expresión 'podrá ser negada o revocada', se encuentra excep--

tuada de cumplir con la garantía de audiencia del artículo 14 Constitucional; sin embargo, dicha Facultad Discrecional, -- siempre deberá cumplir con la garantía de legalidad, consistente en motivar y fundar la decisión tomada, ya que de no -- hacerlo sí procederá el juicio de amparo para los efectos de que dicho acto de autoridad, basado en el ejercicio de la Facultad Discrecional, sea debidamente motivado y fundado de -- acuerdo con el artículo 16 Constitucional, tal como lo expresa en su texto.

"Art. 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No -- podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial, sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado -- que la ley castigue con pena corporal y sin que estén -- apoyadas aquéllas 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 su cómplice poniéndolos, sin demora a la disposición de la autoridad in--mediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya -

en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen 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 la que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose, al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado, en su ausencia o negativa, por la autoridad que -- pratique 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."

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 mi- --
litares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y -- --
otras prestaciones en los términos que establezca la ley -- --
marcial correspondiente."

La lectura del precepto anterior, de gran importancia, --
puesto que en él reside la Garantía de Legalidad, nos permite
concluir, que a partir de la tercera parte, de su primer pá--
rrafo, así como en los párrafos subsecuentes, se encuentre la
presencia de Facultades Discrecionales, otorgadas a las dis--
tintas autoridades que en el mencionado precepto se señalan, a
saber: autoridades judiciales, autoridades administrativas y --
autoridades militares.

La tercera parte del primer párrafo del artículo en --
cuestión, nos señala, mediante el empleo del término facultati-
vo, PODRA, el otorgamiento de Facultad Discrecional a la --
Autoridad Administrativa, para decretar o no, la detención de
un acusado.

Siendo una Facultad Discrecional, la Autoridad Adminis-
trativa puede decidir en darle un contenido positivo o neg--
ativo a su actuación.

Si la Autoridad Administrativa decide actuar positiva--

mente, dicha actuación debe circunscribirse a los siguientes-requisitos:

- Que sea un caso de extrema urgencia;
- Que se trate de un delito que se persiga de oficio;
- Que no haya en el lugar ninguna autoridad judicial;
- Que el detenido sea puesto inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.

La cuarta parte del párrafo mencionado se refiere al -- otorgamiento de Facultad Discrecional a la autoridad judicial respecto de la orden de cateo, dicha facultad se encuentra -- contenida en la frase PODRA EXPEDIR.

En ejercicio de la Facultad Discrecional, la autoridad-judicial deberá fundar y motivar su actuación, satisfaciendo- los siguientes requisitos:

- Que la orden de cateo sea escrita;
- Que se exprese el lugar que ha de inspeccionarse la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan.;
- Que la diligencia se limite únicamente a los datos ex--presados en la orden de cateo;
- Que al concluirla, se levante un acta curcunstanciada - 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.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el Código Federal de Procedimientos Penales, en sus artículos 152 y 61 respectivamente, son explícitos en cuanto a la forma en que opera la expedición de una orden de cateo, la cual queda a discrecionalidad, en primer término del Ministerio Público, quien, si estima necesaria la práctica de un cateo, durante las diligencias de averiguación previa, acudirá al Tribunal respectivo, a solicitarla, y en segundo término, si el tribunal considera justificada dicha solicitud, expedirá la orden. (163)

El segundo párrafo del artículo que analizamos, otorga Facultad Discrecional a la Autoridad Administrativa para realizar visitas domiciliarias con el objeto de comprobar que se ha cumplido con los reglamentos de policía o sanitarios, o para revisar libros y papeles en asuntos de orden fiscal.

La Facultad Discrecional, otorgada a las autoridades administrativas, se expresa a través de la frase PODRA PRACTICAR. Dicha facultad deberá sujetarse, en caso de ser aplicada en sentido positivo, a las formalidades, marcadas por el mismo precepto constitucional, para realizar el cateo, mismas que han quedado señaladas ya. (164)

En el cuarto párrafo encontramos Facultades Discrecio--

(163) Anexo II.

(164) Ver pág. anterior supra.

nales otorgadas a las autoridades militares, las cuales contenidas en la expresión 'PODRAN EXIGIR', facultan a los militares a exigir determinadas prestaciones a la población civil, pero siempre y cuando, se esté en tiempo de guerra.

En todos los casos analizados, vemos que se cumple con los requisitos necesarios para que opere la Facultad Discrecional:

- Que se sujete a dicho ordenamiento;
- Que la aplicación de dicha facultad preserve la seguridad jurídica del particular.

Otra de las voces lingüísticas empleadas para indicar la presencia de Facultades Discrecionales, es el término mismo 'facultad'.

La palabra 'facultad', tiene su origen en el vocablo latino 'Facultas-Facultatis', que indica "la facilidad, oportunidad, comodidad (para hacer algo), aptitud". (162)

Sinónimo de 'facultas-facultatis', es la palabra 'potestas-potestatis' (de *possum*); sustantivo abstracto, femenino, que significa "potestad, poder, derecho. In tua potestate es en tu poder está (de tí depende); Potestatem facere. Facultad,

(162) Blanco, García Vicente, Diccionario Ilustrado Latino-Español y Español-Latino, 7a. edición, Aguilar, S.A. de Ediciones Madrid, España, 1968, pág. 184.

libertad (dicendi), jurisdicción, competencia, autoridad. (163)

Como modelo de Facultad Discrecional otorgada mediante el vocablo 'facultad', se encuentra en el artículo 33 Constitucional que señala:

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

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

En este caso la Facultad Discrecional se configura haciendo uso del término FACULTAD, reafirmando, dicha potestad con la expresión JUZGUE INCONVENIENTE.

El precepto antes transcrito, confirma la tesis sustentada, demostrando que la Facultad Discrecional es un acto de autoridad del Estado.

(163) Blanco, García Vicente, Diccionario Ilustrado Latino-Español y Español-Latino, 7a. edición, Aguilar, S.A. de Ediciones Madrid, España, 1968, pág. 377.

En este caso, la competencia discrecional, en cuyo ejercicio se dicta el acto, ha sido conferida al máximo titular de los órganos de la Administración, el Ejecutivo de la Unión (Presidente de la República), denominado así por el Constituyente de 1917.

La expresión 'juzgue inconveniente', que configura la discrecionalidad del acto de autoridad concede al Ejecutivo, hacer uso del poder libre de apreciación, que le ha conferido la norma, para darle contenido a su actuación, ya sea mediante una conducta positiva o mediante una abstención.

De igual forma, el precepto en cuestión, confirma que la Facultad Discrecional, no es una excepción al principio de legalidad, puesto que dicha actuación se encuentra regulada, en nuestro máximo ordenamiento jurídico, aparte de que siempre deberán satisfacerse los requisitos de motivación y fundamentación del artículo 16 Constitucional.

El acto discrecional, no es un acto arbitrario, puesto que no transgrede las garantías de audiencia y legalidad, contenidas en los artículos 14 y 16 Constitucionales, toda vez que dicho precepto es una de las excepciones a dichas garantías, señaladas expresamente por la Constitución, y cuya razón de ser, tiene su fundamento de índole histórico-político, que de no existir, pondrían en peligro la estabilidad política o la paz social.

Los términos 'se estará subordinado a las facultades de ...', 'conceder', 'a juicio de...'; determinará; 'juzgar procedente', expresan Facultad Discrecional, ejemplos de ellos son:

"Art. 11.- Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las - facultades de la autoridad judicial, en los casos de --responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República o sobre extranjeros-perniciosos residentes en el país."

En este caso, la Facultad Discrecional, se encuentra --contenida en la expresión SE ESTARA SUBORDINADO A LAS FACULTADES... El ejercicio de dicha facultad se concede tanto a la autoridad judicial, como a la administrativa.

El ejercicio de la Facultad Discrecional otorgada en este precepto, se traduce en marcar un límite a la garantía de libre tránsito. Este límite puede ser de carácter judicial, como es el caso de que por orden de un juez se prohíba a una-

persona abandonar determinado lugar. Es el llamado arraigo; y la de carácter administrativo, compete, ejercerla al Presidente de la República, a través de la Secretaría de Gobernación la que, al aplicar la Ley General de Población, puede -- impedir la entrada a determinada persona en el territorio nacional o que establezca en él su domicilio, cuando no haya -- cumplido con las prescripciones del ordenamiento citado.

También el Ejecutivo está facultado para dictar las medidas que crea necesarias, a fin de proteger la salud de los habitantes de la República, como son prohibir la entrada de -- personas que son portadoras de enfermedades contagiosas y restringir la libertad de tránsito dentro del territorio nacional, siempre en beneficio de la salud de la población.

Otro ejemplo de Facultad Discrecional es el artículo 27 Constitucional.

"Art. 27.- La capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, se regirá por las siguientes prescripciones:

I.- Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, o para obtener concesiones de explotación de minas o de aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho-

a los extranjeros siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a -- aquéllos; bajo la pena en caso de faltar al convenio, -- de perder en beneficio de la Nación los bienes que hubieren adquirido en virtud de los mismos. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas.

El Estado, de acuerdo con los intereses públicos internos y los principios de reciprocidad, podrá a juicio de la Secretaría de Relaciones, conceder autorización a -- los Estados extranjeros para que adquieran, en el lugar permanente de la residencia de los Poderes Federales, -- la propiedad privada de bienes inmuebles necesarios para el servicio directo de sus embajadas o legaciones.

VI.- Las leyes de la Federación y de los Estados en sus respectivas jurisdicciones, determinarán los casos en -- que sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada, y de acuerdo con dichas leyes la autoridad administrativa hará la declaración correspondiente.

VII.- Inversamente cuando las comisiones mixtas no --

formulen dictamen en plazo perentorio, los gobernadores tendrán facultad para conceder posesiones en la extensión que juzguen procedente."

En el caso de la fracción I del artículo en análisis, la Facultad Discrecional, manifestada, mediante la expresión - - PODRA CONCEDER, ha sido otorgada a la autoridad estatal a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores, quien concederá, a los extranjeros, autorización para adquirir tierras, -- aguas y sus accesiones o concesiones, siempre y cuando éstos hayan aceptado el contenido de la Cláusula Calvo, sin perjuicio de que, aún, habiéndose dado cumplimiento a estos requisitos, la Secretaría de Relaciones Exteriores, niegue la autorización.

De igual forma, según la segunda parte de la misma fracción, queda a CRITERIO de la Secretaría antes mencionada, autorizar a los Estados extranjeros para que adquieran la propiedad privada de los bienes inmuebles necesarios para el establecimiento de sus embajadas o legaciones.

El párrafo segundo de la fracción VI, nos indica el - - otorgamiento de Facultades Discrecionales tanto a las legislaturas de los Estados como de la Federación, para señalar los casos de utilidad pública que justifiquen la ocupación de la propiedad privada.

En este caso la Facultad Discrecional se expresa por el vocablo DETERMINARAN.

La fracción XII del citado precepto, contiene el otorgamiento de Facultad Discrecional, manifestada, mediante la expresión JUZGUEN PROCEDENTE.

"Art. 89.- Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

XVI.- Conceder, conforme a las leyes, indultos a los reos sentenciados por delitos de competencia de los tribunales federales y a los sentenciados por delitos del orden común, en el Distrito Federal."

En este caso, el Presidente de la República, al conceder el indulto por gracia, hace uso de una FACULTAD DISCRECIONAL, toda vez que, al aplicar el poder libre de apreciación, que la Constitución le otorga, puede, haciendo un análisis de las circunstancias específicas del caso, empleando los principios generales del derecho y de la lógica, como de la técnica jurídica, dar contenido a su actuación en sentido positivo, es decir, otorgando el indulto, preservando el interés público y la Seguridad Jurídica del particular y por ende de la sociedad.

El precepto anteriormente transcrito, corrobora nuestra

afirmación, en el sentido de que, si no existiera la competencia discrecional, en cuyo ejercicio se dicta el acto traducido en Facultad Discrecional, se cometerían injusticias si la autoridad estatal, se apegara estrictamente al Derecho, -- fundando su actividad en una facultad reglada o arbitral, cuya naturaleza es rígida, por lo que la flexibilidad de la Facultad Discrecional permite, bien aplicada, una mayor equidad.

En muy pocas ocasiones la Facultad Discrecional, se encuentra señalada de manera expresa mediante el empleo del -- concepto DISCRECIONAL, tal es el caso de la fracción V, del -- artículo 3o. de nuestra Carta Magna.

"V.- El Estado, podrá retirar discrecionalmente, en -- cualquier tiempo, el reconocimiento de validez oficial a los -- estudios hechos en planteles oficiales".

El análisis realizado nos permite demostrar que:

- El ejercicio de la Facultad Discrecional no es sinónimo de arbitrariedad, puesto que está fundado en una -- ley;
- Se refiere, siempre, a situaciones jurídicas individuales, es decir, a un caso concreto, tomando en cuenta -- las circunstancias especiales del mismo.
- El fin primordial de dicha facultad, radica en preser--

var la Seguridad Jurídica del Estado, a través de sus tres elementos: pueblo, territorio y poder.

Por último, cabe hacer la aclaración de que, no queriendo ser repetitivos, como consecuencia del análisis realizado, y a manera de modelo, hemos transcrito sólo algunos de los -- preceptos constitucionales que contienen el otorgamiento de - Facultad Discrecional, a través de los distintos vocablos - - empleados por el constituyente, para tal efecto.

Asimismo, queremos señalar que, en el Anexo I se incluye la totalidad de los preceptos que contienen Facultad Discrecional en la Constitución.

CAPITULO IV

ESBOZO DE UNA TEORIA SOBRE LA FACULTAD DISCRECIONAL.

4.1 CONCEPTO.

La Facultad Discrecional es el poder libre de apreciación que previa y mediante una ley, ya sea ésta de rango Constitucional, Secundaria o a través de un Reglamento, se le ha conferido a los órganos del estado a través de sus titulares, llamados servidores públicos los que, gozando de la competencia legítima para ejercerla, emiten un juicio subjetivo con motivo de una situación individual, haciendo uso de la lógica y la técnica jurídica y los principios generales del Derecho, en forma razonable y prudente, tomando en cuenta las circunstancias específicas del caso, tendiente a la consecución del fin plasmado en la norma, consistiendo dicho fin en la prosecución de la Seguridad Jurídica del particular, y por ende, del interés general.

4.2 FUENTE.

La fuente formal de la Facultad Discrecional en México, es la Constitución, como el ordenamiento primario y supremo del orden jurídico del Estado Mexicano.

En orden descendente y también, como fuentes formales de la Facultad Discrecional, se encuentran las Leyes Federales, las Leyes Ordinarias, las Leyes Orgánicas y los Reglamentos.

4.3

PRINCIPIOS QUE RIGEN A LA FACULTAD DISCRECIONAL.

- El principio rector de la Facultad Discrecional, es el principio de Legalidad.
- La Facultad Discrecional encuentra su fundamento en una norma abstracta y general en cualquiera de sus rangos.
- La Facultad no es una excepción, es una modalidad del principio de Legalidad.
- La Facultad Discrecional requiere para su aplicación de los principios de la lógica y de la técnica jurídica, así como de los principios generales del Derecho.

4.4

ELEMENTOS.

- Elementos Subjetivos:

Sujeto Activo. El Estado a través de los titulares de sus órganos.

Sujeto Pasivo. El gobernado o particular.

- Elementos Objetivos:

El objeto de la Facultad Discrecional, consiste, para los órganos de autoridad en la obligación de hacer o no hacer algo.

Tratándose del gobernado, el objeto de la Facultad Discrecional, se traduce en la obligación de acatar, siempre y cuando, se haya respetado la garantía de Legalidad.

- Elementos Formales:

- La Motivación

Garantía de Legalidad

- La Fundamentación

4.5 FINES.

Los Fines de la Facultad Discrecional son:

- La Justicia
- La Seguridad Jurídica
- El Interés General.

Este último, como elemento sine qua non de la Facultad Discrecional.

4.6 IMPUGNACION.

La Facultad Discrecional, se encuentra sujeta a control Constitucional, a través del Juicio de Amparo, salvo las excepciones expresas que marca la Constitución.

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

- 1a. La Facultad Discrecional, es la potestad, de libre apreciación, otorgada a los órganos del Estado, bajo el principio de Legalidad, para crear, modificar o extinguir actos jurídicamente válidos, dando un contenido positivo o negativo a su actuación, a través de un dar, hacer o no hacer.

- 2a. La Facultad Discrecional, es el efecto de un acto legislativo, traducido en una ley, que al estar encaminado a producir un efecto de derecho, constituye un acto jurídico.

- 3a. La Facultad Discrecional, se refiere siempre, a situaciones jurídicas individuales, tomando en cuenta las circunstancias específicas del caso concreto sobre el cual recaerá su aplicación.

- 4a. La Facultad Discrecional, satisface el principio de Legalidad, ya que encuentra su fundamento en una norma abstracta y general: Constitucional, Federal, Ordinaria, Orgánica o Reglamento.

- 5a. La Facultad Discrecional, en su ejercicio, se circunscribe sólo a las autoridades estatales que han sido - -

investidas, previa y mediante una ley, de dicha competencia.

- 6a. La Facultad Discrecional, no es el acto mismo, sino la competencia en cuyo ejercicio se dicta el acto.
- 7a. La Facultad Discrecional, tiene como condición sine qua non, la satisfacción del interés general.
- 8a. La Facultad Discrecional, se expresa a través de términos permisivos, facultativos u optativos.
- 9a. Constante indicadora de la presencia de Facultad Discrecional, es el vocablo lingüístico 'podrá', palabra empleada en modo indicativo, tiempo futuro, voz activa -- del verbo transitivo 'poder', del latín 'possum', que en su acepción lingüística, significa tener la 'facultad de hacer una cosa'.
- 10a. Toda Facultad Discrecional, se expresa a través del vocablo 'podrá', pero no toda expresión que emplee el vocablo 'podrá' implica Facultad Discrecional, ya que puede contener una facultad reglada o una facultad arbitral.
- 11a. Los términos lingüísticos: 'facultad', 'se estará subordinado a las facultades de', 'conceder', 'a juicio de',

'determinará (n)', 'juzgar procedente', expresan, también, Facultad Discrecional.

- 12a. La Facultad Discrecional, se rige por: el principio de Legalidad, los principios de la lógica y la técnica jurídica y los principios generales del Derecho.
- 13a. La autoridad estatal, en ejercicio de la Facultad Discrecional, deberá cumplir la garantía de Legalidad, contenida en el artículo 16 Constitucional, de motivar y fundar su actuación.
- 14a. La Facultad Discrecional, está sujeta al Control Constitucional, a través del Juicio de Amparo, salvo las -- excepciones señaladas por la Constitución.
- 15a. La presencia de la Facultad Discrecional hace posible -- dar flexibilidad al sistema jurídico.
- 16a. Con el ejercicio de la Facultad Discrecional, se preten de preservar la Justicia, mediante la aplicación equitativa de la misma, así como la seguridad jurídica del -- particular y del propio Estado.

A N E X O I

FACULTAD DISCRECIONAL EN LA CONSTITUCION MEXICANA.

La Facultad Discrecional, expresada mediante la constante indicadora 'podrá', se encuentra contenida en los siguientes -- artículos constitucionales:

"Art. 5o.- A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le -- acomode. El ejercicio de esta libertad sólo 'PODRA VEDARSE'..
.....
o por resolución gubernativa, dictada en los términos que mar que la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad."

"Art. 18.- Sólo por delito que merezca pena corporal ha brá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y es-- tarán completamente separados."
.....
.....

Los gobiernos de los Estados, sujetándose a lo que establez-- can las leyes locales respectivas, 'PODRAN CELEBRAR' con la - Federación convenios de carácter general, para que los reos - sentenciados por delitos del orden común extingan su condena- en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal.

.....
.....Los gobernadores de los Estados 'PODRAN SOLICITAR' al Ejecutivo Federal, apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del -- orden común en dichos tratados. El traslado de los reos sólo podrán efectuarse con su consentimiento.

"Art. 25.- Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que -- fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, - permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de -- los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta constitución.

.....
.....
El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en - su caso se establezcan.

Asimismo 'PODRA PARTICIPAR' por sí o con los sectores social- y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar -

las áreas prioritarias del desarrollo."

"Art. 27.- La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponden originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares constituyendo la propiedad privada."

.....

.....

En los casos a que se refieren dos párrafos anteriores, el -- dominio de la nación es inalienable e imprescriptible y la -- explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de -- que se trata, por los particulares o por sociedades constituí -- das conforme a las leyes mexicanas, no 'PODRA REALIZARSE' -- sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las -- leyes.

.....

.....

La capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, se regirá por las siguientes prescripciones:

I. Sólo los mexicanos, por nacimiento o por naturaliza-- ción y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir--

el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado 'PODRA CONCEDER' el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por los mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas."

"Art. 28.- En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

.....
.....

No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores -- formadas para proteger sus propios intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o

industriales que sean la principal fuente de riqueza de la --
región en que produzcan o que no sean artículos de primera ne-
cesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo vigilan-
cia o amparo del Gobierno Federal o de los Estados, y previa-
autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas res-
pectivas en cada caso. Las mismas legislaturas por sí o a pro-
puesta del Ejecutivo 'PODRAN DEROGAR', cuando así lo exijan -
las necesidades públicas, las autorizaciones concedidas para-
la formación de las asociaciones de que se trata.

.....
.....

El Estado, sujetándose a las leyes 'PODRA en casos de interés
general, CONCESIONAR' la prestación de servicios públicos o -
la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio -
de la Federación, salvo las excepciones que las mismas preven-
gan.....

.....

Se 'PODRAN OTORGAR' subsidios a actividades prioritarias, - -
cuando sean generales, de carácter temporal y no afecten subs-
tancialmente las finanzas de la Nación. El Estado vigilará su
aplicación y evaluará los resultados de ésta."

"Art. 89.- Las facultades y obligaciones del Presidente
son las siguientes: ...

XVI. Cuando la Cámara de Senadores no esté en sesiones, el Presidente de la República 'PODRA HACER' los nombramientos de que hablan las fracciones III y IV, con aprobación de la Comisión permanente."

"Art. 93.- Los Secretarios del Despacho y los Jefes de los Departamentos Administrativos, luego que esté abierto el período de sesiones ordinarias, darán cuenta al Congreso, del estado que guarden sus respectivos ramos.

Cualquiera de las Cámaras 'PODRA CITAR' a los Secretarios de Estado y a los Jefes de los Departamento Administrativos, así como a los Directores y Administradores de los Organismos Descentralizados Federales o de las empresas de participación estatal mayoritaria, para que informen cuando se discuta una ley o se estudie un negocio concerniente a sus respectivos ramos o actividades."

"Art. 97.- Los Magistrados de Circuito y los Jueces de Distrito serán nombrados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deberán satisfacer los requisitos que exija la ley y durarán seis años en el ejercicio de su encargo, al término de los cuales, si fueren reelectos o promovidos a cargos superiores, sólo podrán ser privados de sus puestos en los términos del título cuarto de la Constitución.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, PODRA NOM--
BRAR alguno o algunos de sus miembros o alguno de Distrito o
Magistrado de Circuito o designar uno o varios comisionados -
especiales, cuando así lo 'JUZGUE CONVENIENTE' o lo pidiera -
el Ejecutivo Federal, o alguna de las Cámaras de la Unión, o -
el Gobernador de algún Estado, únicamente para que averigüe -
la conducta de algún Juez o Magistrado Federal; o algún hecho -
o hechos que constituyan la violación de alguna garantía indi
vidual."

"Art. 107.- Todas las controversias de que habla el --
artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del -
orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases
siguientes:

XV. El Procurador General de la República o el - -
Agente del Ministerio Público Federal que al efecto designare
será parte en todos los juicios de amparo, pero 'PODRAN ABSTE
NERSE' de intervenir en dichos juicios cuando el caso de que-
se trata carezca, 'A SU JUICIO', de interés público."

"Art. 115.- Los Estados adoptarán, para su régimen ante
rior, la forma de gobierno republicano, representativo, popu-
lar, teniendo como base de su división territorial y de su --
organización política y administrativa el municipio libre; --

conforme a las bases siguientes: ...

III. Los municipios de un mismo Estado, previo - -
acuerdo entre sus ayuntamientos y con sujeción a la ley, 'PO-
DRAN COORDINARSE' y asociarse para la más eficaz prestación -
de los servicios públicos que les corresponda.

IV. Los municipios administrarán libremente su ha-
cienda, la cual se formará de los rendimientos de los bienes-
que les pertenezcan, así como de las contribuciones y otros -
ingresos que las legislaturas establezcan a su favor, y en --
todo caso:

a).- Percibirán las contribuciones, incluyendo
tasas adicionales, que establezcan los Estados sobre la pro-
piedad inmobiliaria, de su fraccionamiento, división, consoli-
dación, traslación y mejoras así como las que tengan por base
el cambio del valor de los inmuebles.

Los municipios 'PODRAN CELEBRAR' convenios con el Esta-
do para que éste se haga cargo de alguna de las funciones re-
lacionadas con la administración de esas contribuciones."

"Art. 123.- Toda persona tiene derecho al trabajo digno
y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de -
empleos y la organización social para el trabajo, conforme a-
la ley.

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes, deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales registrarán:

A. Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo;

.....
.....

IX. Los trabajadores tendrán derecho a una participación en las utilidades de las empresas, regulada de conformidad con las siguientes normas;

.....
.....

c) La misma comisión 'PODRA REVISAR' el porcentaje fijado cuando existan nuevos estudios e investigaciones que lo justifiquen.

d) La ley 'PODRA EXCEPTUAR' de las obligaciones de repartir utilidades a las empresas de nueva creación durante un número determinado y limitado de años, a los trabajos de exploración y a otras actividades cuando lo justifiquen su naturaleza y condiciones particulares."

"Art. 131.- Es la facultad privativa de la Federación gravar las mercancías que se importen o exporten, o que pasen

de tránsito por el territorio nacional, así como reglamentar en todo tiempo, y aún prohibir, por motivos de seguridad o de policía, la circulación en el interior de la República de toda clase de efectos cualquiera que sea su procedencia; pero sin que la misma Federación pueda establecer ni dictar en el Distrito Federal los impuestos y leyes que expresan las fracciones VI y VII del artículo 117.

El Ejecutivo 'PODRA SER FACULTADO' por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio Congreso, y para crear otras, así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país. El propio Ejecutivo, al enviar al Congreso el presupuesto fiscal de cada año, someterá a su aprobación el uso que hubiere hecho de la facultad concedida."

La Facultad Discrecional, expresada a través del término mismo 'FACULTAD', se encuentra contenida en los siguientes artículos:

"Art. 27.- La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el-

derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares constituyendo la propiedad privada.

.....

.....

El Gobierno Federal tiene la 'FACULTAD' de establecer - reservas nacionales y suprimirlas. Las declaratorias correspondientes se hará por el Ejecutivo en los casos y condiciones que las leyes prevean."

"Art. 93.- Los Secretarios del Despacho y los Jefes de los Departamentos Administrativos, luego que esté abierto el período de sesiones ordinarias, darán cuenta al Congreso del estado que guarden sus respectivos ramos.

Las Cámaras, a pedido de una cuarta parte de sus miembros, tratándose de los diputados, y de la mitad, si se trata de los senadores, tienen la 'FACULTAD' de integrar comisiones para investigar el funcionamiento de dichos organismos descentralizados y empresas de participación estatal mayoritaria. Los resultados de las investigaciones se harán del conocimiento del Ejecutivo Federal."

La Facultad Discrecional, expresada a través de términos optativos la encontramos en los siguientes artículos:

"Art. 76.- Son facultades exclusivas del Senado:

.....
.....

VIII. 'OTORGAR O NEGAR' su aprobación a los nombramientos de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como a las solicitudes de licencia a las renunciaciones de los mismos funcionarios que le someta el Presidente de la República."

"Art. 79.- La Comisión Permanente, además de las atribuciones que expresamente le confiere esta Constitución, tendrá las siguientes:

.....
.....

V. 'OTORGAR O NEGAR' su aprobación a los nombramientos de Ministros de la Suprema Corte así como a sus solicitudes de licencia que le someta el Presidente de la República."

"Art. 96.- Los nombramientos de los ministros de la Suprema Corte serán hechos por el Presidente de la República y sometidos a la aprobación de la Cámara de Senadores la que 'OTORGARA O NEGARA' esa aprobación dentro del improrrogable término de diez días."

La Facultad Discrecional expresada a través del término lingüístico 'CONCEDER' lo encontramos en el artículo siguiente:

"Art. 79.- La Comisión Permanente, además de las atribuciones que expresamente le confiere esta Constitución, tendrá las siguientes:

.....
.....

VI. 'CONCEDER' licencia hasta por treinta días al Presidente de la República....."

A N E X O II

EXPEDICION DE LA ORDEN DE CATEO EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL Y EN EL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Capítulo VII

Cateos y visitas domiciliarias

"Art. 152.- El cateo sólo 'PODRA PRACTICARSE' en virtud de orden escrita, expedida por la autoridad judicial, en la que exprese el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse o los objetos que se buscan, a lo que únicamente deberá limitarse la diligencia, levantándose al concluirla una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante de lugar cateado o, en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

Cuando durante las diligencias de averiguación previa el Ministerio Público 'ESTIME' necesaria la práctica de cateo, acudirá al juez respectivo, solicitando la diligencia, expresando el objeto de ella y los datos -- que la justifiquen. Según las circunstancias del caso el juez resolverá si el cateo lo realiza su personal, - el Ministerio Público o ambos.

Cuando sea el Ministerio Público quien practique el cateo, dará cuenta al juez con los resultados del mismo."

Código Federal de Procedimientos Penales.

Capítulo VII

Cateos

"Art. 61.- Cuando durante las diligencias de averiguación previa el Ministerio Público ESTIME necesaria la práctica de un cateo, acudirá al tribunal respectivo, si no lo hubiere en el lugar, al del orden común, solicitando la diligencia, expresando el objeto de ella y los datos que la justifiquen. Según las circunstancias del caso, el tribunal resolverá si el cateo lo realiza su personal, el Ministerio Público o ambos.

Cuando sea el Ministerio Público quien practique el cateo, dará cuenta al tribunal con los resultados del mismo."

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

- Arias de Velasco, Lo Discrecional y Lo Reglado en el --
Acto Administrativo, Revista de Dere-
cho Público, febrero, Madrid, España,
1932.
- Aristóteles, La Política, Edit. Espasa-Calpe, Ma--
drid, España, 1962.
- Becerra, Bautista José, El Proceso Civil en México, 10a. edic.
Edit. Porrúa, S. A., México, 1982.
- Blanco, García Vicente, Diccionario Ilustrado Latino-Español-
y Español-Latino, 7a. edic., Aguilar,
S.A. de Ediciones, Madrid, España, --
1968.
- Borja, Soriano Manuel, Teoría General de las Obligaciones, -
8a. edic..., Edit. Porrúa, S.A., Méxi-
co, 1982.
- Burgoa, Ignacio, Las Garantías Individuales, 19a.edic.
Edit. Porrúa, S.A., México, 1985.
- _____, El Juicio de Amparo, 23a. edic., Edit.
Porrúa, S.A., México, 1983.
- Carré de Malberg, Raymond, Teoría General del Estado, Edit. Fon-
do de Cultura Económica, México, 1948.

- Carpizo, Jorge, La Constitución Mexicana de 1917, 6a. edic., Edit. Porrúa, S.A., México, -- 1983.
-
- Estudios Constitucionales, 2a. edic., Edit. UNAM-LGEM, México, 1983.
- Diez, Manuel Ma., Derecho Administrativo, Tomo II, 1a.- edic., Edit. Bibliografía Omeba, Buenos Aires, Argentina, 1965.
- Duverger, Maurice, La Influencia de las Fuerzas Políti-- cas en la Administración Pública en - los países en proceso de desarrollo,- Separata No. 6 de la Revista del Co-- legio de Abogados, San José, Costa -- Rica, 1965.
- Fonseca y Pimentel, Antonio, Apuntes para la cátedra de Teoría del Estado y Administración Pública, fo-- lleto a polígrafo, Esapac, San José,- Costa Rica, 1964.
- Fraga, Gabino, Derecho Administrativo, 19a. edic., - Edit. Porrúa, S.A., México, 1979.
- García, Maynez Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho.- 33a.edic., Edit. Porrúa, S.A., México, 1982.

- Hauriou, Maurice, Principios de Derecho Público Constitucional, Edit. Reus, Madrid, España, 1927.
- Heller, Hermann, Teoría del Estado, 9a. reimp. Edit. - Fondo de Cultura Económica, México, - 1983.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, 2a. -- edic. Edit. Porrúa, S.A., Edit. UNAM, México, 1987.
- Jiménez de Castro, Wilbur, Administración Pública para el Desarrollo Integral, 2a. edic., Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1975.
- Kelsen, Hans, Teoría General del Estado, 15a. edic., Editora Nacional, México, 1983.
- Lassalle, Ferdinand, ¿Qué es una Constitución?, 1a. edic., Ediciones Júcar, Madrid, España, 1979.
- Maritain, Jacques, Man and the State, Edit. Hollis & Carter, Londres, Inglaterra, 1954.
- Messner, Johannes, Ética Social, Política y Económica a luz del Derecho Natural, Ediciones -- Rialp, Madrid, España, 1967.

- NAVA, Negrete Alfonso, Facultad Discrecional, Diccionario -- Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2a. edic., Edit. UNAM, México, 1987.
- Olivera, Toro Jorge, Derecho Administrativo, Principio de Legalidad y Actos Administrativos, -- Tomo II, editado por el propio autor, México, 1961.
- Ortiz, Urquidi Raúl, Derecho Civil, 2a. edic., Edit. Porrúa, S.A., México, 1982.
- Pina, Rafael de, Diccionario de Derecho, 8a. edic., -- Edit. Porrúa, S.A., México, 1979.
- Porrúa, Pérez Francisco, Teoría del Estado, 1a. edic., Edit. - Porrúa, S.A., México, 1954.
- Preciado, Hernández Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, - 1a. reimp., Edit. UNAM, México, 1986.
- Recaséns, Siches Luis, Tratado General de Filosofía del De-- recho, 2a. edic., Edit. Porrúa, S.A.- México, 1987.
- Rojina, Villegas Rafael, Introducción y Teoría Fundamental del Derecho y del Estado. Tomo II, Edit.- Botas, México, 1947.

- Rousseau, Jean Jacob, El Contrato Social, 1a. edic., Editores Mexicanos Unidos, S.A., México, - 1982.
- Sánchez, Agesta Luis, Los orígenes de la Teoría del Estado en el pensamiento del Siglo XIV, Revista de Estudios Políticos, Instituto de Estudios Políticos, No. 98, - - marzo-abril, Madrid, España, 1958.
- Serra, Rojas Andrés, Derecho Administrativo, 8a. edic., -- Edit. Porrúa, S.A., México, 1977.
- Schmitt, Karl, Teoría de la Constitución, 1a. edic., Editora Nacional, S.A., México, 1981.

L E G I S L A C I O N .

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 84a. -
edic., Edit. Porrúa, S.A., México, 1988.

Código Federal de Procedimientos Penales, 36a. edic., Edit.--
Porrúa, S.A., México, 1987.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, --
36a. edic., Edit. Porrúa, S.A., México, 1987.

Anteproyecto de Código Civil para el Estado de Morelos, Cuen-
navaca, Mor., México, 1945.

J U R I S P R U D E N C I A .

Jurisprudencia 1917-1965, Apéndice al Semanario Judicial de -
la Federación, Ediciones Mayo, S.A., s/n edic., México.

Jurisprudencia 1917-1975, Apéndice al Semanario Judicial de -
la Federación, Ediciones Mayo, S.A., s/n edic. México.

Jurisprudencia 1917-1985, Apéndice al Semanario Judicial de -
la Federación, Ediciones Mayo, S.A., s/n edic., México.

Informe Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala,
México, 1967.

Informe Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda sala,
México, 1968.

Informe Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, México, 1970.

Informe Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa - del Primer Circuito, México, 1970.

Informe Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa - del Primer Circuito, México, 1970.

Informe Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa - del Primer Circuito, México, 1971.

Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Volúmen - - CVII, Tercera Parte, Segunda Sala, Mayo, México, 1966.

Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Volúmen - - CXXXVI, Tercera Parte, Segunda Sala, Octubre, México, 1968.