

251 2ci



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
" A C A T L A N "

DIVISION CIENCIAS JURIDICAS

APUNTAMIENTOS SOBRE EL COMETIDO SOCIAL DE EDUCACION

[REDACTED]

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LADISLAO ADRIAN REYES -BARRAGAN

ASESOR :
PROFR. DR. LEON CORTIÑAS -PELAEZ

NAUCALPAN, ESTADO DE MEXICO



1990



Universidad Nacional
Autónoma de México



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 T E M A T I C O

	Págs.
DEDICATORIAS.....	5
INTRODUCCION. LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y LOS PROBLEMAS EDUCACIONALES.....	7
CAPITULO I LA FACULTAD DISCRECIONAL EN LA ADMINISTRA- CION PUBLICA Y SU MARCO CONCEPTUAL.....	10
1.1. NOCIONES GENERALES SOBRE LA FACULTAD DISCRECIONAL.....	11
1.2. DISTINCION SEMANTICA DE PODER DISCRECIONAL Y ARBITRARIEDAD.....	12
1.3. LA FACULTAD DISCRECIONAL EN LA DOCTRINA MEXICANA.....	16
1.3.1. LA FACULTAD DISCRECIONAL LIBRE.....	26
1.3.2. LA FACULTAD DISCRECIONAL OBLIGATORIA.....	27
1.3.3. FORMALIDADES DEL ACTO DISCRECIONAL.....	28
1.4. CONSIDERACIONES FILOSOFICAS DE LA FACULTAD DISCRECIONAL.....	29
1.4.1. LA FACULTAD DISCRECIONAL Y EL INTERES PUBLICO.	39
1.5. CONCEPTO "LATO SENSU" DE LA FACULTAD DISCRECIONAL.....	40
1.6. CONCEPTO "STRICTO SENSU" DE LA FACULTAD DISCRECIONAL.....	40
CAPITULO II EL PROCESO HISTORICO CONSTITUCIONAL DE LA EDUCACION EN MEXICO Y EL ELEMENTO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL.....	42
2.1. ANTECEDENTES PREHISPANICOS DE LA FACULTAD DISCRECIONAL EN MATERIA EDUCATIVA.....	43
2.2. LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL ESTADO EN MATERIA EDUCATIVA EN LA NUEVA ESPAÑA.....	45

2.2.1.	LA CONSTITUCION ESPANOLA DE CADIZ DE 1812.....	46
2.3.	SENTIMIENTOS DE LA NACION O 23 PUNTOS DADOS POR MORELOS PARA LA CONSTITUCION.....	52
2.3.1.	EL DECRETO CONSTITUCIONAL PARA LA LIBERTAD DE LA AMERICA MEXICANA, EN APATZINGAN, EL 22 DE OCTUBRE DE 1814.....	53
2.3.2.	REGLAMENTO PROVISIONAL POLITICO DEL IMPERIO MEXICANO DADO EL DIA 10 DE ENERO DE 1822.....	54
2.4.	CONSTITUCION FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1824.....	56
2.4.1.	LAS LEYES CONSTITUCIONALES EXPEDIDAS POR EL CONGRESO CONSTITUYENTE EL 15 DE DICIEMBRE DE 1835.....	58
2.4.2.	LAS BASES ORGANICAS DE 1843.....	60
2.5.	LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1857.....	64
2.6.	LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEL AÑO DE 1917 Y LA FACULTAD DISCRE CIONAL EN EL ARTICULO 3o.....	70
2.6.1.	REFORMAS EDUCATIVAS.....	75
CAPITULO III EL DESARROLLO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL EN LA EDUCACION DE AMERICA LATINA.....		82
3.1.	LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL PODER EJECUTIVO EN OTROS PAISES RESPECTO A LA EDUCACION.....	83
3.2.	LA CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA Y LA FACULTAD DISCRECIONAL EN LA EDUCACION.....	85
3.3.	LA CONSTITUCION DE CHILE Y LA FACULTAD DISCRECIONAL EN LA EDUCACION.....	85
3.4.	EDUCACION Y DISCRECIONALIDAD EN LA CONSTITUCION DE VENEZUELA.....	87
3.5.	LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA ORIENTAL DE URUGUAY Y LA FACULTAD DISCRECIONAL EN LA EDUCACION.....	88
3.6.	LA FACULTAD DISCRECIONAL Y LA EDUCACION EN LA CONSTITUCION DE BRASIL.....	88

3.7.	OTRAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS.....	89
3.8.	LA FACULTAD DISCRECIONAL Y SU RELACION CON LA AMERICA LATINA.....	91
CAPITULO IV DESARROLLO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL EN LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS EN EL ARTICULO 3o.....		
		94
4.1.	LA FACULTAD DISCRECIONAL EN LA LEGISLACION MEXICANA ACTUAL.....	95
4.2.	CONSIDERACIONES SOBRE LA LIMITACION DE LA FACULTAD DISCRECIONAL.....	106
4.3.	LEY FEDERAL DE EDUCACION ¿DISCRECIONALIDAD DELEGADA?.....	115
4.4.	EXISTE LA FACULTAD DISCRECIONAL EN LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS EN EL ARTICULO 3o.....	118
4.5.	LA FACULTAD DISCRECIONAL Y LOS COMETIDOS DEL PODER PUBLICO.....	121
	CONCLUSIONES.....	127
	LEGISLACION Y OTROS DOCUMENTOS OFICIALES....	130
	BIBLIOGRAFIA SELECTA.....	131

A mi familia,
por su ayuda moral y económica.

A la Universidad Nacional Autónoma de México.

A todas las personas que hicieron posible
la realización de este trabajo.

CON RESPETO.

A los compañeros del Taller de Derecho Público,
coordinados por el doctor León Cortiñas-Feláez
(U.N.A.M./ E.N.E.P., "Acatlán"), en agradeci-
miento por sus consejos y orientación jurídica.

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

LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS
MEXICANOS Y LOS PROBLEMAS EDUCACIONALES.

La enseñanza es una lucha contra el folklore, por una concepción realista en la que se unen dos elementos: la concepción de ley natural y la de participación activa del hombre en la vida de la naturaleza, o sea su transformación, según un fin que es la vida social de los hombres.

ANTONIO GRAMSCI

Cuadernos de la cárcel, p. 211.

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

La facultad discrecional contenida en la Constitución-Política de los Estados Unidos Mexicanos, en varios capítulos y expresamente en el artículo 3o., es muestra que el revolucionario social quería ser radical y acelerar el bienestar de la sociedad. La justicia social, un tanto anhelada por los miles de mexicanos muertos en la revolución de 1910, sólo será alcanzada si a la facultad discrecional se le da un sentido social.

El trabajo, trata de enfocar a la facultad discrecional como un instrumento jurídico de la Administración para resolver con amplitud los problemas educacionales a nivel general y con perspectivas de ampliarse al aspecto económico, fundamental para el desarrollo de cualquier país tercermundista. Se buscan cauces diferentes que no choquen con nuestra idiosincrasia. El fortalecimiento del presidencialismo, como sistema, se ha consolidado en todo tipo de países; la relación con la facultad discrecional es básica para la defensa de los intereses nacionales frente a los fuertes económicamente.

La educación y la facultad discrecional se entrelazan en función de las decisiones de la autoridad administrativa para el fortalecimiento de la misma.

La vinculación jurídica de la facultad discrecional y la educación se dan en relación a la pronta solución de los problemas por la Administración, sin el entorpecimiento de ningún orden jurisdiccional. Posibilitando y justificando a

la facultad discrecional como elemento importante para el progreso de la educación y de los Estados Unidos Mexicanos en general.

La facultad discrecional debe ver enfocado su uso con características de interés social, como fin hacia una justicia social y principalmente económica en un "Estado democrático y social de derecho"

C A P I T U L O I

LA FACULTAD DISCRECIONAL EN LA ADMINISTRACION
PUBLICA Y SU MARCO CONCEPTUAL.

Los gastos de educación de la fuerza de trabajo varían según el carácter más o menos calificado de ésta. Por tanto, estos gastos de aprendizaje, que son insignificantes tratándose de la fuerza de trabajo corriente, entran en la suma de los valores invertidos en su producción.

CARLOS MARX (1890)

El capital, p. 125.

1.1. NOTIONES GENERALES SOBRE LA FACULTAD DISCRECIONAL
EN LA EDUCACION.

La facultad discrecional ha sido utilizada por la Administración Pública para resolver problemas de gran trascendencia en el país. La educación como elemento de desarrollo a través de la historia está unida a los procesos económicos-sociales. Además, "orienta la reproducción ideológica-social-técnica de la sociedad" (0) La educación postulada por la Constitución debe ser una realidad. La obligatoriedad, la gratuidad y la democratización no merecen ser llamado un mito.

La facultad discrecional permite a la Administración Pública fijar recursos de acuerdo a cada región. Estos recursos deben ampliar la educación superior a la población que no tiene acceso a ella. La Constitución marca una igualdad entre ciudadanos ¿y en verdad permite el libre acceso a la educación, incluida la universidad?

En la realidad, las diferencias económicas son grandes entre la población, lo que hace ciudadanos de segunda o tercera clase. Existe la discriminación económica. Por tanto, la enseñanza debe orientarse hacia el principio de la fraternidad humana y la autonomía económica, administrativa y técnica.

(0) GOMEZ, Marcela y PUIGGROS, Adriana, La educación popular en América Latina, t. I, p. 11.

1.2. DISTINCION SEMANTICA DE PODER DISCRECIONAL Y ARBITRARIEDAD.

Para analizar este concepto, es preciso diferenciar-semánticamente cada una de las palabras. El poder discrecional se compone de la palabra poder que significa "imperio, dominio o jurisdicción que se tiene para ordenar, mandar o hacer una cosa" (1) y que en la esfera política, se manifiesta como Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial. - Nos dice Jacques Maritain (2) que no debe confundirse lo que es autoridad y poder, pues la autoridad es el derecho de realizar y mandar a ser obedecido, y poder es la coacción que obliga a otra. Como corolario se puede expresar que la autoridad es el derecho a dirigir y a mandar sobre un marco de leyes o costumbres dadas por una comunidad.

El poder en un sentido amplio, implica grandes responsabilidades para los servidores públicos por su trascendencia en la sociedad.

Para Max Weber, (3) "poder es la probabilidad de que un actor dentro de una relación social esté en posición de realizar su propia voluntad, a pesar de las resistencias,-

(1) SERRA-ROJAS, Andrés, Ciencia Política, p. 379.

(2) MARITAIN, Jacques, El hombre y el Estado, p. 148.

(3) WEBER, Max, Economía y Sociedad, p. 53.

independientemente de las bases en que reside tal probabilidad. De esta manera llega a su concepto de poder, que -- tanta influencia ha ejercido en los estudios políticos.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 39, se estatuye la base fundamental de donde proviene el poder: "todo poder dimana del pueblo, y se instituye para beneficio de éste." Tal idea expresa, por de pronto, que en caso contrario, si no se beneficia al pueblo, todo acto podría llamarse arbitrariedad, pudiendo corregir el particular los abusos o desviaciones -- del poder por cualquier vía. El poder discrecional no significa un poder arbitrario. Si no, un mecanismo que tiene la administración para corregir las inequidades económicas y sociales.

Existen muchas acepciones y estudios completos de la palabra poder, sólo enumeramos algunas que nos parecieron importantes para comprender mejor lo que implica el poder discrecional. En nuestro concepto, el poder: es la administración de la coacción en bienestar de una sociedad para -- el cumplimiento del orden jurídico.

La idea de potestad discrecional en forma aislada, -- manifiesta una resolución de una entidad administrativa dada en ejercicio de la potestad de esta naturaleza. La limitación no sólo se circunscribe a la administración, si no -- engloba al Poder Judicial y Poder Legislativo. Aunque este último se manifiesta como potestad soberana, a veces realiza funciones típicamente administrativas, que permiten la -- emisión de actos discrecionales. El ejercicio de la potes-

ted deja a un lado las estrictas normas, sin ser una facultad extra-legal, pero que debe tener en cuenta el respeto a las garantías que otorga la Constitución, teniendo como marco la ley de donde haya surgido la potestad discrecional.

Los términos que se dan a continuación, tienen jurídicamente acepciones diferentes, estrictamente empero se refieren en sentido amplio al mismo punto. La facultad, la potestad y el poder discrecional será tomado como sinónimo, al referirnos a estos elementos de la discrecionalidad. La facultad y la potestad son de origen más limitado, entendiéndose esto último como un mandato de la ley.

Pina Vara (4) resume a la potestad discrecional como una "atribución conferida a los órganos de la Administración Pública para actuar en la ejecución de actos que carecen de regulación expresa con la libertad que permite el respeto debido, en todo caso, a los principios generales inspiradores del sistema jurídico administrativo!"

Esta definición manifiesta un margen de libertad, -- que permite emitir actos igualmente justos para el Derecho y la sociedad, al ser inspirada en los principios generales del sistema jurídico administrativo. Principios indestructibles que limitan y expanden su conducta con tanta o más fuerza que las ordenaciones legales. Lo que permite -- que sigan lineamientos del sistema administrativo, con un criterio eficaz. La facultad discrecional no se sujeta a --

(4) PINA-VARA, Rafael, Diccionario de Derecho.

cierta norma, ni tampoco rebasa el marco jurídico que le ha sido impuesto. Esto representa que la Administración Pública se sujeta a ciertas bases jurídicas, conforme a la Constitución. Es decir, en los principios jurídicos sociales.

Juan Palomar de Miguel, (5) hace una enumeración y considera la facultad discrecional como: aquella de que goza un órgano administrativo con el fin de obrar de determinada manera, cuando lo juzgue oportuno y según su leal y entender, para la mejor satisfacción de las necesidades de la comunidad.

Este concepto, de mayor amplitud, realza que éste debe ser en beneficio de la comunidad, justificando el fin del uso de la facultad discrecional. Los destinatarios deben ser la sociedad, que tienen la presunción de legalidad de la acción administrativa. La facultad discrecional es la libertad de realizar actos igualmente justos, que permitan el desenvolvimiento amplio de las tareas de la administración, dadas en la Constitución y no a cualquier ente de la Administración Pública.

En el análisis, señalamos que la facultad discrecional es una atribución dada por el Legislativo a la Administración Pública en un marco jurídico para el beneficio de la sociedad. Lo que implica la existencia de ella en los principios sociales, su alcance, la competencia y principalmente su fin.

(5) PALOMAR-DE MIGUEL, Juan, Diccionario de Juristas.

1.3. LA FACULTAD DISCRECIONAL EN LA DOCTRINA MEXICANA

La doctrina ha admitido los actos reglados y discrecionales como categorías diferentes. Dado esto, la administración emite actos por lo común en base a la ley, olvidándose de la Constitución. Los actos reglados admitieron la impugnación jurisdiccional. Los actos discrecionales, sólo permitidos por ley, se desligaron de la vía jurisdiccional. Actos que produjeron un desacuerdo en la doctrina, arguyendo que no podían excluirse a priori actos de la vía jurisdiccional.

A partir de ello, los actos discrecionales de la Administración Pública se admiten en razón a que tiene que resolver casos generales y particulares. Cuando ciertas circunstancias o hechos obligan a los órganos administrativos a emitirlos y ejecutarlos.

Su punto culminante de la facultad discrecional aparece cuando se establece la admisión; en primer lugar, el control de los hechos determinantes; en segundo lugar, la diferencia entre discrecionalidad y conceptos jurídicos in determinados; y tercera técnica de control de la facultad discrecional, el control por los principios generales del derecho.(6)

Gabino Fraga(7) expone que la facultad discrecional es

- (6) GARCIA-DE ENTERRIA, Eduardo, La lucha contra las inmunidades del poder, p. 31.
(7) FRAGA, Gabino, Derecho Administrativo, p. 100.

una excepción a la legalidad, utilizable sólo por la Administración Pública, si ésta se encontrara revestida por la ley. El revestimiento de la ley implica, facultades implícitas que pueden ser objeto de cumplimiento por la administración.

El legislador cuando intuye competencia para la administración, deja en forma implícita en la ley, en relación a los principios sociales, un margen de apreciación para decidirse a obrar o abstenerse de acuerdo a las circunstancias del país. El poder discrecional, no sólo consiste en la libre apreciación de la administración para resolver lo que es conveniente realizar o no hacer. La facultad discrecional debe tener una relación con las tareas del Estado.

La facultad discrecional se diferencia de la arbitrariedad, ya que esta última, aunque es ejercida por el titular de la Administración Pública, representa sólo intereses personales o egoísmos, para beneficio de él o algún particular que salga beneficiado. La facultad discrecional en la Administración Pública tiene su origen legítimo en la autorización legislativa, en principio, siendo su finalidad el interés público (8) o general. Pudiendo rebasar la regla del artículo 16 constitucional, sobre fundamentación y legalidad de todo procedimiento o acto.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido en varias ejecutorias (S.J. de la F.; t. LXXIII, pág. -

(8) Cfr. MARTINEZ-CASTAÑON, José Antonio, El interés público y la intervención estatal.

6532) que el ejercicio de la facultad discrecional está su-
bordinado a la regla del artículo 10 constitucional y suje-
to al control judicial cuando el juicio subjetivo del au-
tor del acto no es razonable sino arbitrario y caprichoso,
y cuando es notoriamente injusto y contrario a la equidad
(V. Jurisp. S.C. de J. 1917-1975, Segunda Sala, tesis 396
nág. 653.).

En esta ejecutoria se reafirman los lineamientos de
la facultad discrecional, así como los límites; los cuales
nunca podrán transgredir el orden constitucional, sino es-
tá debidamente fundamentado y motivado. Aunque esto es mo-
tivo de análisis separado, cuando se beneficia a una colec-
tividad ésta debe prevalecer sobre el interés particular,-
de acuerdo con el artículo 39 de la Constitución cuando se
refiere a que todo el poder público se instituye para bene-
ficio de dicho interés.

La facultad discrecional sólo puede darse por manda-
to de ley en primera instancia. El Legislativo para evitar
tropiezos a la administración debe estipularle en función-
a los principios sociales de la Constitución. La función -
de la facultad discrecional consiste en "dar flexibilidad-
a la ley para adaptarla a circunstancias imprevistas o pa-
ra permitir que la Administración haga una apreciación téc-
nica 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 aque-
llos casos en los cuales exista la posibilidad de muy va-
riadas 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 puede mejor protegido por una estimación de cada caso individual" (9)

La facultad discrecional siempre debe darse a la autoridad administrativa cuando ésta beneficia a la mayoría y no tenga como consecuencia beneficios para un interés -- particular, el cual, degeneraría en arbitrariedad. Esta facultad discrecional que le concede el Legislativo a la Administración Pública no debe ser limitada por el poder jurisdiccional en base solamente por el artículo 16 de la -- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El origen de la Constitución es social y no liberal; por tanto, el criterio no puede ser reducido.

El uso de la facultad discrecional por la autoridad administrativa deberá rendir sus informes a una comisión -- legislativa, en última instancia, para que se compruebe si esta facultad resulta o es procedente conforme a los principios sociales de la Constitución.

La facultad discrecional, al no sobrepasar los términos de legalidad, hace nugatorio la facultad discrecional. Los principios sociales, es la forma implícita de la facultad discrecional, Por consecuencia, consideramos que mientras se beneficia a la sociedad no importa que se rebase -- los derechos individuales del particular, por así mandarlo la Constitución, al referirse en la protesta del Ejecutivo

(9) FRAGA, p. 102.

(art. 87) y Registrados (art. 97) que deben mirar en todo por el bien y prosperidad de la Unión. Además existen otros medios de reparar los perjuicios y daños que le cause la administración, siempre y cuando no implique una transgresión corporal.

El control de la facultad discrecional debe realizarse de forma que, en caso de que se transgredan intereses particulares, para beneficios de intereses particulares, puedan anularse en vía contencioso administrativa.

Partir pues, de un principio constitucional dentro de un marco jurídico, es más factible que la estipulación llana de la facultad discrecional en la ley. Estipularla sin ningún sentido, ni razón jurídica, provocaría desviaciones del poder público, hasta llegar a situaciones de arbitrariedad. El reconocimiento por parte del poder judicial en base a los principios sociales de la Constitución, posibilita a la facultad discrecional, la pluralidad de soluciones justas posibles. Permitiendo a la administración la iniciativa libre de realizar las tareas del Estado que no estén comprendidas dentro de la norma. Para aplicar la solución práctica más conveniente.

La ley, da la garantía al particular para protegerse de la Administración Pública. La derivación al régimen de arbitrariedad y despotismo, se da, si los actos se conducen sin norma, pero también puede dirigirse a paralizar a la Administración Pública y afectar a otros particulares. Como el conceder una autorización a un particular de establecer una escuela, sin que se hayan verificado la calidad

de la enseñanza y al querer revocárselo sea protegido por el sistema jurisdiccional.

Serra Rojas hace algunas consideraciones que son válidas en principio, pero que nos circunscriben de nuevo a una administración reglada y expresa que: la ley faculta al servidor público, los límites donde puede actuar libremente en cada caso. Siendo el legislador quien traza el marco legal, para que la administración decida el alcance de aplicación de la norma. Al considerar que "la autoridad administrativa tiene experiencia para dictar disposiciones en sentido favorable al interés público" (10)

La realización de los fines educativos preceptuados por la Constitución debe ser inatacada y por tanto afirmar estos principios, por ser favorables al interés público, en consonancia con lo anterior.

La facultad discrecional en la administración no es una condicionalidad de la ley. Lo esta de forma diferente a la restante actividad de la administración por el derecho objetivo, por depender de las diferentes decisiones que emite. El reconocimiento del acto discrecional y reglado, permite la aplicación de ciertos elementos jurídicos. Consideramos que la facultad discrecional sólo se condiciona por el interés público y los principios sociales de la Constitución, por ser la razón más válida.

(10) SERRA-ROJAS, Andrés, Derecho administrativo, p. 301.

A la facultad discrecional Serra Rojas le da estas características:

a) "Se desprende de los mismos términos legales" (11) Esto atribuye un dogmatismo, lógico por supuesto. El relativismo ajustado a un sistema de valores, intuye mayor precisión en la realidad, porque puede no haber disposiciones de donde basarse o desprenderse tal resolución. ¿Tendría el Administrador Público que esperar, a que el legislador emita la norma, para proceder en consecuencia? Revisemos la Ley Federal de Educación. Sólo repite el artículo 30. Constitucional en términos generales. Al administrador se le reduce al papel de observador y vigilante. ¿Para eso -- sirve el Administrador Público? Por tanto, si se apoya un acto en un principio social (art. 30, 40, 123 Constitución) éste debe ser válido. El interés general prevalece sobre el particular, de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (art. 25, 26, 28 y en cierta medida el 27, párrafo tercero).

b) "La ley debe autorizar al funcionario para actuar con cierta libertad o abstenerse si así lo estima conveniente" (12) La habilitación, hace referencia a que la Administración Pública debe sujetarse a la ley. Lo que permite quedar reducida a los supuestos de la norma. El poder discrecional es o no es. Abstenerse, no configura un criterio para la existencia de una facultad discrecional.

(11) SERRA-ROJAS, Andrés, 1961, p. 302.

(12) Ibid.

La potestad discrecional en toda resolución administrativa, se opone a la desviación de poder, por ser éste, - un vicio de estricta legalidad. La facultad discrecional - debe corresponder a un fin que sea extendido para benefi_ - ciar a la mayoría que representa el interés público. Los - fines no deben ser estrechos, ya que toda resolución admi_ - nistrativa sería ilegal. La actuación discrecional de la - administración en materia económica, consiste en aportar - resoluciones a los principios sociales. Los requisitos fis_ - cales (art. 238, fracción V, Código Fiscal de la Federa_ - ción) deben permitir que esos fines constitucionales, ha_ - gan más eficiente a la administración.

Serra Rojas concluye de todo esto que el "principio - de legalidad es la base general para la actuación del po_ - der público" (13) La obligación de actuar dentro de la le_ - galidad, no plantea que todo debe sujetarse al régimen ju_ - risdiccional. La facultad discrecional es algo necesario, - que parte de los principios sociales, tan válidos como los - inferidos en ley. Los principios sociales implican y mani_ - fiestan la conciencia de solidaridad (art. 3o Constitucio_ - nal), la contribución a la mejor convivencia humana y la - convicción del interés general de la sociedad (art. 3o, in_ - ciso c).

Por tanto, si el legislador deja un amplio margen pa_ - ra actuar en un país cambiante como el nuestro, la Adminis_ - tración Pública podrá llevar a cabo los "cometidos" que le - impone la Constitución.

(13) Ibid.

Por otra parte, la jurisprudencia establece que: FACULTAD POTESTATIVA O DISCRECIONAL. "El uso de la facultad discrecional supone un juicio subjetivo de la autoridad -- que lo ejerce. Los juicios subjetivos escapan al control -- de las autoridades judiciales federales, toda vez que no gozan en el juicio de amparo de plena jurisdicción y, por lo mismo, no pueden sustituir su criterio las autoridades responsables. El anterior principio no es absoluto, pues admite dos excepciones, a saber: cuando el juicio subjetivo no es razonable sino arbitrario y caprichoso, y cuando es notoriamente injusto e inequitativo. En ambos casos no se ejerce la facultad discrecional para los fines que -- fue otorgada, pues es evidente que el legislador no creyó dotar a las autoridades de una facultad tan amplia que a su amparo, se llegaran a dictar mandamientos contrarios a la razón y a la justicia. En estas situaciones excepcionales, toda vez que no pueda estar fundado en ley un acto que se verifica evadiendo los límites que demarcan el ejercicio legítimo de la facultad discrecional!" (14)

El criterio que se expone es de tipo subjetivo. El amparo procede cuando los actos sean caprichosos o arbitrarios pero no en el caso cuando sea notoriamente injusto o inequitativo, ya que, siempre al afectarse a un particular será injusto para él, pero no para la mayoría de la sociedad, que recibirá un beneficio y por tanto, cuando se trate del interés público, debe ser válido el acto que emita la Administración Pública; aunque sea injusto para un sólo particular. En este caso la facultad discrecional no es -- aplicable en fórmulas de ley fijas y regladas, pudiendo en

(14) Sem. Jud. de la Fed., t. 73 p. 5522.

esta situación rebasar la ley. La reparación sería en base al grado de perjuicio del patrimonio de la persona.

Acosta Romero expresa que la facultad discrecional - consiste en la autorización que tienen los entes de la -- administración para ejecutar o ignorar libremente, "con -- vistas a la oportunidad, la necesidad, la técnica, la equi- dad o razones determinadas" (15) Es evidente, sin embargo- que la subjetividad presuone descubrir más hayas de las -- circunstancias, el hecho histórico, de lo que quiso el le- gislador. La utilidad pública, características que delimita y autoriza al administrador, resulta de una definición que forma parte de los principios sociales, que expresa una de varias soluciones justas.

Cuando se expresa que para que sea válido, debe ser- de utilidad pública el acto que se emite, no quiero decir- que este no se apoye en razones jurídicas. Los principios- jurídicos constitucionales deben ser los puntos de partida por ser la base, contenido y límite a la acción discrecio- nal de la Administración Pública.

La facultad discrecional se clasifica por sus fines: los actos pueden ser inmediatos o mediatos. Los mediatos,- será la de concretar los fines de interés general.

"El fin inmediato será la satisfacción concreta y de

(15) ACOSTA-ROMERO, Miguel, Teoría General del Derecho Ad- ministrativo, p. 552.

finida de la actividad pública. El fin consistirá en velar por la seguridad social, bienestar público, etc" (16)

Garrido Falla, (17) estima que "los actos administrativos son más o menos reglados y más o menos discrecionales" La facultad discrecional no es anfibalente en razón - que tiene un ámbito de certeza positiva y no ámbito de duda. Por lo que se es discrecional o se atiende uno totalmente a la legalidad del acto. La facultad discrecional no admite actos inciertos.

Todos los actos discrecionales crean, modifican, y - transmiten o extinguen situaciones jurídicas y admiten recursos para revocarlos, y oponerlas a ellas.

La clasificación de las facultades discrecionales -- que manifiesta Acosta Romero son: a) libre b) obligatoria- c) técnica.

1.3.1. FACULTAD DISCRECIONAL LIBRE

La facultad discrecional es permitida a la Administración Pública en decisiones políticas, preconfiguradas - en la norma y cuando se le "ciñe más que en la propia prevención contenida en la ley; y que puede ejercitarse, o no, ejercitarse parcialmente, o en forma continua" (18)(Art.3o. fracción V de la Constitución Política de los Estados Uni-

(16) Ibid.

(17) GARRIDO-FALLA, Fernando, Tratado, p. 555.

(18) ACOSTA-ROMERO, p. 555.

dos Mexicanos). La facultad discrecional libre debe aparecer cuando existe una necesidad estatal social o colectiva que sólo puede ser resuelta por un acto que precise el interés público o social.

1.3.2. FACULTAD DISCRECIONAL OBLIGATORIA

Esta teoría, que en lo particular no acepto por ser una contradicción. La facultad discrecional se sujeta a -- principios universales, y no a márgenes de acción porque -- pierde su esencia, sin que con esto queramos decir que la facultad discrecional no tenga límites. Implica por tanto una antinomía (Del lat. antinomía y éste Gr. antinomía; de anti, contra, y nomos, ley). Contradicción entre dos pre -- ceptos de una ley, o entre leyes que son de igual fecha o -- están declaradas vigentes; contradicción entre dos princi -- pios racionales. (p. 95, Diccionario de la Lengua Española, 19a Ed., 1970); o según la Enciclopedia Jurídica Omeba, (p. 706 del Tomo I, es antinomía, ver incompatibilidad de nor -- mas jurídicas). Y esta última, p. 375 del tomo XV dice:

"Incompatibilidad de Normas Jurídicas... Existe in -- compatibilidad de Normas Jurídicas cuando coexisten nor -- mas que son incompatibles entre sí. Generalmente todo caso de incongruencia es un problema de interpretación incorrec -- ta del derecho, para cuya solución se ha propuesto varios -- sistemas!"

Uno de los sistemas de más fácil aplicación es tomar uno de los textos como regla y el otro como excepción. En -- base a ello, cuando se es discrecional no se puede ser o --

bligatorio o viceversa.

La facultad discrecional técnica aunque válida, se encuentra englobada en las de carácter libre.

Así, podría formularse una clasificación por sus fines, que pueden ser privados, sociales e internacionales.

La facultad discrecional privada se da de la autoridad administrativa hacia los particulares, en el ámbito municipal; los sociales, cuando la Administración Pública beneficia a la mayoría o a cierto sector social; los internacionales, se da cuando un Estado decide soberanamente sus actos, teniendo como referencia las normas internacionales, que beneficien a su nación; pero sin transgredir la de los otros países, o sea los actos que los Estados de un continente tienen derecho de efectuar, y que deben ser respetados por los otros países del continente. (19)

1.3.3. FORMALIDADES DEL ACTO DISCRECIONAL

En cuanto a las formalidades del acto discrecional, éste debe realizarse por escrito, motivado, con la diferencia que la fundamentación, tendría que ser en principios universales sociales, que conlleve el beneficio a una mayoría, en una realidad práctica jurídica. Los principios generales del Derecho no deben ser utilizados como regla supletoria, por ser éstos una iluminación de todo el ordenamiento jurídico nacional.

(19) MIAJA DE LA RUELA, Adolfo, Introducción al derecho internacional público, p. 186.

1.4. CONSIDERACIONES FILOSOFICAS DE LA FACULTAD DISCRECIONAL.

La justicia ha sido una finalidad del hombre. Para llevarla a cabo, ha creado mecanismos jurídicos que han permitido llevarla a ciertos estadios. La justicia rechaza la arbitrariedad. "Lo que ataca el acto o mandato arbitrario, es la regularidad de la norma, y sólo cuanto ésta es un supuesto del fin justo, ataca también la justicia. Pero puede darse un acto arbitrario de la autoridad, que sea justo si bien en este caso nos referimos a la justicia como criterio ético y no a la justicia legal implícita en el derecho positivo" (20) La superación de la justicia como elemento individual, consistió en establecer una solución-verdadera aplicada a casos singulares. Así, surgió como siguiente etapa la justicia social. Término que significó un problema para su solución, ya que abarcó sectores socialmente desprotegidos y que en aras de ello se ha delimitado la justicia individual. La arbitrariedad no siempre es sinónimo de injusticia. Existen actos arbitrarios justos como "criterio ético" (21); pero que contravienen la justicia legal.

¿Pero qué es la justicia social? Esta forma permite analizar la justicia como un criterio universal ético, que conlleve el mejoramiento del hombre. Todo estado óptimo de

(20) PRECIADO-HERNANDEZ, Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, p. 159.

(21) Ibid.

bien, debe llevarnos a la justicia social. La justicia liberal ha sido superada. Es conveniente advertir que cuando la Administración Pública perjudica a un sector potencialmente fuerte económicamente, no comete una arbitrariedad; sino un acto de justicia social. Pues bien, a todo un pueblo puede dársele una mayor justicia educativa, y no sólo una educación elemental, que le sea inútil al individuo para su desarrollo. El aportar al país sólo una educación elemental, revela una perspectiva corta para sacar al país de sus grandes problemas.

Recasén Siches (22) sostiene que sólo pueden ser llamados actos arbitrarios las decisiones impuestas coercitivamente y que no admiten ningún recurso. Por lo que lo único que puede emitir actos arbitrarios es un poder público supremo, por lo cual todas las decisiones de órganos subalternos del poder público, son actos ilegales sancionables. Preciado Hernández se opone a esta opinión y estima que toda "arbitrariedad implica una ilegalidad sancionable, dado que rompe la regularidad establecida por el precepto legal o por los precedentes que constituyen la costumbre jurídica; y por otra parte, no se advierte por que sólo una decisión suprema, inapelable e impuesta por la fuerza, pueda llegar a ser arbitraria, siendo que tanto el orden judicial, como el legislativo y administrativo, fácilmente distinguimos, en cualquier grado de competencia, las decisiones ilegales por la debida aplicación o interpretación de la ley, de aquellas que son ilegales por arbitrariedad"

(22) Apud, PRECIADO-HERNANDEZ, p. 160.

De todo esto se coliga, que la fundamentación es base importante para la emisión de actos discrecionales. Dada mediante fórmulas generales en las que es implícita para la Administración Pública, la atribución de la potestad de decidir discrecionalmente, la realización institucional de las tareas del Estado. Sin que se precise en ley secundaria. Por lo que la fundamentación de los actos discrecionales en principios sociales, permite la potenciación (23) de la administración en la multiplicidad de acciones, de hecho y de derecho, formales y materiales en los que el particular debe coordinarse con la administración.

La justicia social, como criterio ético, es un elemento que mientras se beneficie a toda una colectividad, el fin será justo; conforme a lo que antecede, se puede afirmar que mientras se perjudica a un particular y se beneficie a toda la colectividad el acto no es arbitrario.

Complementando lo anterior, la utilización de la facultad discrecional por la Administración Pública debe seguir los lineamientos de los principios generales del derecho que expresa la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 14, párrafo cuarto, cuyo fin primario es el beneficio de las clases sociales necesitadas, porque en caso contrario, las disposiciones del artículo 14 Constitucional deben ser impuestas estrictamente sólo en el ámbito penal y civil. La facultad discrecional-

(23) GARCIA-DE ENTERRIA, Eduardo, Revolución Francesa y Administración contemporánea, p. 65.

en su aplicación en consecuencia, permite la retroactividad en un marco ajustado al derecho, quedando referida a las leyes formales (art. 14 Constitucional, primer párrafo), pero no a los reglamentos, los cuales pueden ser interpretativos de la Constitución. La retroactividad en las leyes admite efectos favorables a un individuo. La retroactividad en favor de una clase social (obreros y campesinos art. 3o Constitucional, fracción II) en caso de controversia los jueces deben resolver en la concretización justa no sólo de un individuo, sino en consideración al mayor beneficio.

C.J. Friedrich, (24) reafirma lo expuesto que "el orden que todo sistema legal trata de realizar no deberá estar en oposición a la justicia, como si fuera un valor rival, ni mucho menos ser puesto encima de ella, pues la justicia y el orden son independientes la comunidad legal no podrá realizarlos sino conjuntamente"

Una forma de arbitrariedad de la Administración Pública se da por omisión, al no realizar los cometidos impuestos por la Constitución social de los Estados Unidos mexicanos. En la transgresión física, deben aplicarse todos los recursos legales, porque si no tendría como consecuencia una transgresión de la ley y el orden normativo. - Lo que significa un vacío de autoridad y de quienes la imparten. Desde este punto de vista deben regularse y sancionarse estas infracciones de la ley.

(24) FRIEDRICH, C. J., El hombre y el gobierno, 1968, p. - 313.

García Maynez (25) expone la tesis de las lagunas de la ley que tienen un acercamiento con la facultad discrecional, en cuanto que las dos parten de los principios generales del derecho para resolver sus problemas y que en los Estados Unidos Mexicanos está regida por la Constitución (art. 14, párrafo cuarto); es decir, las lagunas de la ley son situaciones que por el paso del tiempo, por las circunstancias o por las necesidades de la comunidad, no las preve el legislador; pero que no pueden ser dejadas de resolver por el administrador social, por lo que éste, hace uso de la facultad discrecional para resolver y emitir los actos. La falta de reglas precisas, determina la aplicación de ciertos principios legales, que tengan una interpretación finalista. Los fines absolutos no deben estar en contra del derecho y la justicia social si no en correlación con ellos. La discrecionalidad no desaparece por ser un concepto de finalidad a diferencia del concepto de medida. La aplicación de un acto discrecional, sin un marco finalista desarrolla el autoritarismo, provocando la desviación de poder. Por lo que el fin de una ley o del derecho es la justicia social de su tiempo y las necesidades de su país. Finalidades creadas por el poder Legislativo para darle margen a la Administración Pública de actuar de acuerdo a sus proyectos.

Las lagunas técnicas son, tanto para Forier como para Bobbio, "verdaderas lagunas, pero asumen tal carácter porque consisten en la ausencia pura y simple de una regulación, relativamente a los medios capaces de conducir al cumplimiento de una norma expresa. Eso revela la pobreza -

(25) GARCIA-MAYNEZ, Eduardo, Filosofía del Derecho, p. 222.

del pensamiento teórico, frente a la riqueza de la realidad, y se recuerda que en la vida diaria surgen siempre casos nuevos que ningún legislador humano hubiera podido prever! (26) En la legislación mexicana, a la Administración Pública se le ha tratado de cerrar los caminos, apegando totalmente las resoluciones con carácter de tipo muy estricto provocando daños a la Administración y buen servicio que debe prestar todo buen gobierno. La libertad de acción de la Administración, no significa arbitrariedad, cuando se establecen los criterios en la Constitución. Lo que permite a la Administración ampliar, limitar o desarrollar con diferentes soluciones justas concretas los fines de la Constitución social.

La facultad discrecional existe para solucionar las lagunas de la ley, facultad que el legislador la establece en ley. A diferencia de los principios sociales, el legislador establece una regla para la solución de tal o cual negocio, más nada estatuye sobre los medios de que es preciso echar mano para dar cumplimiento a esa regla. Por tanto, a la Administración puede dársele un marco para solucionar discrecionalmente los casos que se le presenten, teniendo el administrador un margen de holgura de acuerdo a cada nuevo planteamiento.

Los principios sociales, es un derecho positivo y no sólo un derecho deseado, donde para solucionarle no sólo admite una solución, sino una pluralidad de soluciones, dando como resultado un marco inherente a toda norma absoluta.

(26) Ibid., p. 223.

tracta. Más adelante se dan varias soluciones para el cumplimiento de tal fin, sin ser por ello absolutas, con lo que se demuestra la pluralidad de soluciones en un principio social, por lo que la Administración Pública en uso de la facultad discrecional puede elegir los mecanismos para su mejor cumplimiento.

En los principios sociales no existen lagunas aparentes, ya que se hace una interpretación literal de los preceptos conexos con el asunto sometido. La existencia de -- principios implícitos en esa interpretación literal puede descubrir su sentido contextual y el trasfondo axiológico del legislador. El trasfondo de una Constitución social como la de México, se basa siempre en principios sociales y el interés de la nación, y hacia ese fin deben dirigirse -- todas las acciones; este elemento esgrimido con toda la -- fuerza que le da la Constitución, puede resolver problemas como el de la educación, otorgándole a la Administración -- Pública la facultad discrecional de decidir en cuestión -- económica los recursos que se deben asignar y las diferentes formas de obtenerlos, por depender de esto el progreso del país.

Por lo que respecta a la legislación, no siempre debe aplicarse textualmente, porque el "sistema jurídico de un país pertenecen no sólo las normas expresas, sino también las normas y los principios implícitos a cuyo conocimiento puede llegarse por la vía de la interpretación sistemática"(27); entonces al imponer un sistema normativo, debe

(27) GARCIA-MAYNEZ, Eduardo, Lógica del raciocinio jurídico, p. 38.

tenerse en cuenta la finalidad, no la de las reglas normativas, sino la peculiar e irresistible de las verdades de la razón, lo cual cambia totalmente el concepto formal de la norma. El sistema normativo de la Administración Pública es diferente del aspecto penal, ni siquiera el orden público y de policía ya no es el campo de aplicación de la facultad discrecional.

Los principios generales no expresos, sancionados - (art. 136) en el sistema normativo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, nos permiten ampliar la facultad discrecional para la realización plena de los cometidos. Los principios deben ser aplicados de acuerdo con la Carta Magna mexicana de 1917, sin volverlos principios rígidos, por ser los Estados Unidos Mexicanos cambiante y en proceso de desarrollo.

Lares (28) analiza que "la mejor interpretación será aquella, que sin violentar el sentido contextual de la interpretada, realice en mayor medida, en lo que a la especie respecta, esos supremos principios". Esos principios supremos al cumplirse cabalmente, constituye un fin. La praxis no cuenta con muchos elementos para prever todos los casos. Cada país tiene sus necesidades; no se puede comparar un país desarrollado, con uno que no lo está. La rigidez aísola el sistema administrativo. Se olvidan los elementos cambiantes de nuestra época, produciendo un daño a la Administración Pública, provocando con ello su deficiencia.

(28) LARES, Teodosio, Lecciones de derecho administrativo, p. 524.

El principio social, generador de la facultad discrecional, tiene una correlación con el hecho determinado, en virtud de que dicho hecho busca la solución de un fin, (29) que debe apegarse al concepto de justicia social. El administrador facultado para dar cumplimiento a los principios sociales en la esfera administrativa, busca la exacta observancia de los principios supremos de la ley. Por lo que no rompe con el bloque de legalidad (confundido con la gramaticalidad literal de algún artículo), ni ejerce violencia. Y, por su parte, Vallarta decía: "Sería preciso pretender que éstos (los jueces), puedan administrar, porque administrar es justamente cuidar de que los servicios públicos se presten en forma que lo ordenan las leyes, para atribuirles la jurisdicción que se intente darles; sería forzoso, en fin, confundir las facultades de los Poderes públicos, alterando la naturaleza de los asuntos que a ellos corresponden, para insistir en que el apremio necesario para el cumplimiento de los deberes políticos, administrativos, debe ser judicial, contencioso" Por lo que "si el poder Administrativo ejerciera violencia exigiendo los servicios públicos que la ley impone a los ciudadanos, de la manera proporcional y equitativa que la misma ley ordena; si a ese Poder le estuviera prohibido obligar al particular, aún por la fuerza, a que presten los servicios públicos que le tocan, el sería imposible y estaría de sobra aquél de los tres Poderes a quien la Constitución encarga que provea en la esfera ad-

(29) GARZA, Sergio Francisco de la, Derecho Financiero Mexicano, p. 949.

ministrativa a la exacta observancia de las leyes, supuesto que para cada uno de sus actos, aun para exigir una multa por infracción de bandos de policía, necesitaría el auxilio de un juez que legitimara estas violencias... todas las legislaciones han considerado como esencial elemento de la violencia la injusticia, la falta de derecho y el abuso de la fuerza del que la emplea. Suponer, pues, que una autoridad hace violencia cuando obedece la ley, es subvertir todos los principios! (30)

La discrecionalidad plena, supone pues, en los principios sociales actuar de la manera más justa, de acuerdo a ciertos valores. Por último, la discrecionalidad no es un problema de asentar en forma expresa en la ley, tal o cual fórmula (a su juicio, podrá, lo demás que le confiera la ley. etc.), porque no elimina la forma jurídica. Los principios sociales tienen una fuerza perene y rigen por una parte a la Administración. El límite a la función jurisdiccional y administrativa, está en relación a la justicia social.

(30) Cfr. Jurisprudencia 104, de la 2a. Sala, citada por GARZA, Sergio Francisco de la, Derecho Financiero, - pp. 806 y 807.

1.4.1. LA FACULTAD DISCRECIONAL Y EL INTERES PUBLICO

La noción de interés público admitido como concepto-jurídico indeterminado. En la doctrina francesa, tiene relación con la satisfacción del servicio público, y en ese rasgo será asumido. La noción de interés público, se interpreta de acuerdo al texto donde este incluido, noción que tiene un criterio legalista y esencial en todo ordenamiento jurídico. De tal forma que el interés público "sólo da una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia del hecho"(31)

El interés público es una idea nuclear que no tiene una interpretación única y cuya racionalidad permite representarla dentro de un marco y un fin. En esta última incluida implícita en los principios sociales. En la que la Administración Pública debe argumentar el fin social. Responder a un fin individualista lo colocaría en el presupuesto de una desviación de poder, (32) no por ello arbitrario. ¿La razón y la justicia individual y legal son suficientes para demarcar la arbitrariedad? ¿La justicia social puede ser un criterio tenido en cuenta?

La congruencia entre el fin buscado, y la forma de satisfacerlo son motivos que permiten la existencia de la facultad discrecional. El interés público es un criterio -

(31) SAINZ-MORENO, p. 273.

(32) Cfr. PINEDA-GONZALEZ, Guillermo Manuel, La causal de desvío de poder en derecho administrativo mexicano, 404 pp.

que el ordenamiento produce en torno a ella, una idea previa, en cuya argumentación no existe el azar, ni es inventado, la cual es decidida por un experto que precisa indirectamente de la facultad discrecional. La facultad discrecional no es absoluta, ni debe producir decisiones incongruentes e irracionales, por lo que el fin implica la existencia implícita de la facultad discrecional en los principios jurídicos materiales. Existiendo por tanto, una presunción para la emisión de actos en concordancia con los principios jurídicos sociales de la Administración Pública con el interés público.

1.6. CONCEPTO "LATO SENSU" DE LA FACULTAD DISCRECIONAL

La discrecionalidad es la facultad de decidir razonada y jurídicamente un acto por los poderes Ejecutivo y Judicial de acuerdo a los principios sociales constitucionales (arts. 3, expansión gratuita de la educación en todos sus niveles; 4, párrafo 3o, derecho a la salud, y párrafo 4o, derecho a la vivienda; 123, derecho del trabajo; 27, párrafo 3o, distribución de la riqueza pública), basándose en los principios generales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (art. 14), atendiendo a su sistema social.

1.7. CONCEPTO "STRICTO SENSU" DE LA FACULTAD DISCRECIONAL.

La discrecionalidad es la facultad que tienen los órganos de la Administración Pública para proceder inmediatamente, basándose en los principios rectores de cada le -

gislación, artículo 89, fracción I, Constitucional, inspirado en los principios normativos dispersos (v.g. arts. 3, I, a; 25, 1o; 26, 1o; 27, 1o y 3o; 28 (1o a 3o); 131, 2o, etc.) en todo el ordenamiento supremo.

C A P I T U L O I I

EL PROCESO HISTORICO CONSTITUCIONAL DE LA EDUCACION
EN MEXICO Y EL ELEMENTO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL.

La ignorancia es la madre de la industria y de la superstición. La reflexión y el talento imaginativo pueden inducir a error, pero el hábito de mover el pie o la mano no tiene nada que ver con la una ni con el otro.

A. FERGUSON (1767)

Apud, El capital, p. 295.

2.1. ANTECEDENTES PREHISPANICOS DE LA FACULTAD DISCRECIONAL EN MATERIA EDUCATIVA.

Los narradores de aquella época expresaban que la educación de los mexicas, se atendía con toda diligencia y atención. Acosta (1) por ejemplo, admira a los mexicanos - porque a la niñez y juventud la "...Dieron en apartar de - regalo y libertad, que son las dos pestes de aquella edad, y ocuparlas en ejercicios provechosos y honestos"

La educación fue una preocupación constante de los - mexicanos para formar su República. Motecuhzoma II Huicami na, se dió cuenta de que para forjar un pueblo útil, hacía falta que el gobierno empuñase las riendas de la educación. Y promulgó una ley que establecía lo siguiente:

"...Hubiese en todos los barrios escuelas donde ejercitasen en religión y buena crianza, penitencia y buenas - costumbres y en ejercicios de guerra, en trabajos corporales, en ayunos y en disciplinas y en sacrificarse en velar de noche y que hubiesen maestros y hombres ancianos que -- los castigasen y que no los dejasen estar ociosos, ni perder tiempo, y que todos estos mozos guardasen castidad, -- con grandísimo rigor, so pena de la vida!" (2)

(1) ACOSTA, Historia natural y moral de las indias, p. 315.

(2) DURAN, Diego; KOBAYASHIY, José; VAZQUEZ, Zoraida, Historia de las indias de Nueva España e islas de tierra-firme, pp. 216-217.

Las primeras disposiciones jurídicas, no dejaban totalmente la educación en manos particulares. El poder que ejercía el Estado era de una trascendencia totalitaria. Se crearon instituciones para las distintas jerarquías; entre las principales instituciones educativas se encontraban el Calmecac y el Telpochcalli.(3) La educación, sin embargo, al pueblo en general se le transmitió sólo "dosis prudentemente homeopáticas"(4)

Gomez Navas (5) relata que la enseñanza de los individuos se impartía de acuerdo a la capacidad del alumno y no a las condiciones económicas. Esta afirmación, aunque no es totalmente falsa, los que ascendían a este privilegio, tenían que ponerse un cordoón para distinguirse de los demás educandos, equivaliendo casi a un tipo de discriminación. Existían estelas de la facultad discrecional.

La situación educativa no ha cambiado radicalmente, la mala distribución de la riqueza que crea el pueblo, no permite a todos el ingreso a los grados superiores de educación, los centros superiores particulares sólo becan alguno que otro estudiante para cumplir requisitos del Estado, o el fenómeno que se da con frecuencia, y que permite que los alumnos que poseen suficientes recursos, no sean solidarios con las escuelas públicas.

- (3) SAHAGUN, Fray Bernardino, Historia general de las cosas de la Nueva España, pp. 214, 298, 211.
- (4) MARX, Carlos, El capital, p. 295.
- (5) GOMEZ-NAVAS, Leonardo, Política educativa, p. 36.

2.2. LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL ESTADO EN MATERIA EDUCATIVA EN LA NUEVA ESPAÑA.

Después de la caída de Tenochtitlan, los conquistadores traían consigo evangelizadores, quienes empezaron a catequizar a los aborígenes. La educación de los aborígenes la regía el clero, de acuerdo a los dogmas religiosos.

El virrey se constituyó en el defensor supremo de la religión, cuya intervención ilimitada sancionaba los libros de texto y métodos de enseñanza. Las penas eran severas para quienes comerciaban con libros provenientes del extranjero, por temor a que se emancipara el aborígen. (6)

El clero fue la expresión total de la arbitrariedad, las disposiciones eran confusas, por lo que al tomar cualquier decisión se regía por los dogmas religiosos, sin importar las razones de interés nacional, ocasionando uno de los atrasos más terribles de los futuros Estados Unidos Mexicanos. El trauma que produjo en la población, fue una cierta pereza intelectual, que hasta nuestros días subsiste, como rezago centenario que debe ser superado. (7)

(6) HERNANDEZ, Octavio, La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, p. 29.

(7) Cfr. por todos, la aguda síntesis indigenista de GONZALEZ-COSIO, Arturo, "Historia, sociedad y política de México"; Ensayos escogidos, numeral 1 (Algunos rasgos del gobierno de la Colonia), pp. 165 a 172.

Los soberanos de España, impidieron la expansión de ideas filosóficas, científicas y sociales, porque despertaban la conciencia crítica.

Los pocos cambios mentales y científicos los trajeron los jesuitas a sus aulas. Aníbal Ponce, (8) expresa que la Compañía de Jesús sólo educó a la burguesía. A estos religiosos sólo les importaba instruir a las masas en materia religiosa. Hubo intentos de crear escuelas gratuitas, pero nunca lograron elevar el nivel cultural del pueblo.

Respecto a nuestras bibliotecas actuales, necesitan de una renovación de obras. Un organismo de abastecimiento que permita tener los libros más recientes. La asignación de recursos económicos por parte de los particulares, permitiría a los incipientes científicos, mejorar al país.

2.2.1. LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE CADIZ DE 1812

Mientras aquí transcurría la lucha según Gomez Navas (9)

(8) PONCE, Aníbal, Educación y lucha de clases, p. 160.

(9) GOMEZ-NAVAS, Leonardo, Política educativa, p. 36, La ocupación de España por los franceses provocó en la Nueva España diferentes reacciones. Los peninsulares pensaban elegir un gobierno provisional, mientras el rey recuperaba el trono español; la otra corriente pensaba independizarse de la metrópoli, éstos eran los criollos que por razones de nacimiento, eran marginados de los puestos. Permitiendo que se desplegaran los sentimientos nacionales, a favor de la independencia de la Nueva España, con la inter

en España se producían acontecimientos legislativos de importancia. Fuente de inspiración fue la Constitución española de Cádiz de 1812. Expresando las primeras directrices constitucionales para la rectoría de la educación.

La educación en la Constitución de Cádiz es un punto especial en su título IX, La instrucción pública. Veremos al tenor de algunos artículos.

Art. 366. "En todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en los que se enseñará a los niños a leer, escribir y contar, y el catecismo de la religión católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles"(10)

Aunque el mandato era determinante en darle educación al pueblo, la limitante a una educación científica, era la contradicción que esta misma ley emitía, por sujetarse a los lineamientos del dogma religioso. La religión en ese momento era una corriente retrógrada y sin iniciativa para los avances de la investigación científica.

Art. 367. "Asimismo, se arreglará y creará el número

de la enseñanza de la ciudad de México, quien sus tenta el principio de la soberanía nacional. Estas dos tendencias provocaron la guerra de independencia. El cura Miguel Hidalgo y Costilla, Ignacio Allende y José Ma. Morelos y Pavón desplegaron la guerra de Independencia, logrando el mayor grado de elevación humana y social, al encaminarse a la solución de los problemas que aquejaban a la población.

(10) TENA-RAMIREZ, Felipe, Leyes fundamentales de México, - p. 102.

competente de universidades y de otros establecimientos de instrucción que se juzgue conveniente para la enseñanza de todas las ciencias, literatura, bellas artes. (11)

El espectro que se le da a la educación es bastante amplio, por serse que los tiempos cambian y había que acomodarse a esos cambios que partían de Francia con Juan - Jacobo Rousseau y Montesquieu a la cabeza; prevaleciendo - el conservadurismo.

"Art. 368. "El plan general de enseñanza será uniforme en todo el reino, debiendo explicarse la Constitución - Política en todas las universidades y establecimientos literarios, donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas" (12)

En el artículo se confirma que la religión tenía una preponderancia mucho más amplia que la misma ciencia. Se infiere por primera vez, un intento de educación regida en su totalidad por el Estado, como forma de imponer las ideas de la clase dominante.

"Art. 369. Habrá una dirección general de estudios, - compuesta de personas de conocida instrucción, a cuyo cargo estará, bajo la autoridad del Gobierno, la inspección - de la enseñanza pública"

"Art. 370. Las Cortes, por medio de planes y estatu-

(11) Ibid.

(12) Ibid.

tos especiales arreglarán cuanto pertenezca al importante-objeto de la instrucción pública" (13)

La forja de una enseñanza uniforme, se empieza a vislumbra, los planes comienzan a elaborarse y a darse forma a la facultad discrecional, para decidir de acuerdo a los lineamientos que la misma ley marca. Esto no podía exceder se según las Cortes, de lo que los mismos estatutos y planes señalan. La facultad de decidir se daba de acuerdo a los lineamientos o principios de la Constitución de Cádiz. Por las distancias de la época, se tenían que dejar bastantes facultades a la Administración Pública para el cumplimiento de la ley en algunas materias. El no hacerlo, implicaba una abrogación tácita de las disposiciones de la metrópoli. Las circunstancias de una sociedad en movimiento requería disposiciones nuevas.

CAPITULO VII

Art. 131. De las facultades de las Cortes, son ellas:

"Vigésimasegunda. Establecer el plan general de enseñanza pública en toda la monarquía, y aprobar el que se forme para la educación del príncipe de Asturias" (14)

En el artículo, se aprecia la carencia total de un plan de enseñanza uniforme para la educación de las masas. Quizá hubiera llegado a funcionar un plan de educación; pe

(13) Ibid.

(14) Ibid.

ro esta acción se vislumbra haber sido muy restrictiva, por la oposición de la iglesia.

CAPITULO II

"Del gobierno político de las provincias y de las diputaciones provinciales.

Art. 335. Tocará a estas diputaciones:

Quinto. Promover la educación de la juventud conforme a los planes aprobados; y fomentar la agricultura, la industria y el comercio protegiendo a los inventores de nuevos descubrimientos en cualquiera de estos ramos" (15)

Nunca se conoció un plan definido, pero este intento sólo por su conformación tendió a formar una educación progresista. Las diputaciones tienen sus lineamientos y se les facultó sólo a la aprobación, provocando el retroceso y no el progreso.

TITULO VIII

CAPITULO I

"De las tropas de continuo servicio:

Art. 360. Se establecerán escuelas militares para la enseñanza e INSTRUCCION de todas las diferentes armas del ejército y armada" (16)

(15) Ibid. p. 99.

(16) Ibid. p. 101.

La instrucción es en sentido amplio, el cultivo de la mente, la adquisición de la cultura y no la adquisición de la gasta. Al efecto de lo que se trata de perfeccionamiento de las artes y valor, sino también del intelecto. Proyecto que no se lleve a cabo, por la brevedad de la Constitución.

2.3. SENTIMIENTOS DE LA NACION O 23 PUNTOS DADOS POR MORELOS PARA LA CONSTITUCION.

Morelos convocó al congreso, instalado en Chilpancingo el 14 de septiembre de 1813, y dió lectura al documento Sentimientos de la Nación. Las disposiciones referentes a la educación son:

"Art. 10. Que no se admitan extranjeros, si no son artesanos capaces de instruir y libres de toda sospecha"

"Art. 12. Que como la buena ley es superior a todo hombre, las que dicte nuestro Congreso deben ser tales que obliguen a constancia y patriotismo, moderen la opulencia y la indigencia y de tal suerte se aumente el jornal del pobre, que mejore sus costumbres, aleje la ignorancia, la rapia y el hurto"(17)

El proyecto tenía buenos fines, las decisiones que se impartían eran por lo general de tipo arbitrario, si se basaban en el artículo 10, pero dada la situación imperante, los actos se justificaban. Las condiciones provocaban que gente sin escrúpulos se aprovecharan del pueblo, que a penas salía de su letargo. Morelos con ésta Constitución busco el beneficio de la nación. Las decisiones nacionales son coercibles y deben imponerse, en caso necesario.

Todos estos fines, para cumplirse, deben de tener un procedimiento; ese procedimiento era la educación, que da-

(17) Ibid. p. 30.

da en forma integral, potencia al individuo y con ello, no crea la opulencia y la indigencia, dando como resultado el aumento del jornal y por consiguiente, la alejamiento de la ignorancia, la rapina y el harto.

2.3.1. EL DECRETO CONSTITUCIONAL PARA LA LIBERTAD DE LA AMERICA MEXICANA, EN APATLINGAN, EL 22 DE OCTUBRE DE 1814.

Los rezagos del colonizaje habian hecho mella en todos los habitantes; la religion ~~se~~ siendo parte fundamental del pueblo. Se empezaba a dar pasos hacia una Patria diferente, con fisonomia propia.

La vigencia de la Constitucion fue casi nula. Entre los principios más trascendentales están los siguientes:

"Art. 39. La instruccion, como necesarie a todos los ciudadanos, debe ser favorecida por la sociedad con todo su poder" (18)

De éste artículo, se derivan las primeras leyes con un marco discrecional, permitiéndole a la Administracion Pública agilizar el progreso del país.

La facultad discrecional es amplia y tiene un fin. Es la primera vez que, sin encubrimientos, se concede la facultad discrecional con elementos extranormativos que redunde en beneficio de la sociedad.

(18) Ibid.

2.3.2. REGLAMENTO PROVISIONAL POLITICO DEL IMPERIO MEXICANO DADO EL DIA 10 DE ENERO DE 1822.

En este reglamento se estipula que:

De la instrucción y moral pública.

CAPITULO UNICO

"Art. 99. El gobierno con el celo que demandan los intereses de la nación, y con la energía que es propia de sus altas facultades expedirá reglamentos y órdenes oportunas conforme a las leyes, para promover y hacer que los establecimientos de instrucción y moral pública existente -- hoy, llenen los objetos de su institución, debida provechosamente, en consonancia con el sistema político!"(19)

Se empieza a dar forma a una educación regida por el Estado y a no dejarla al criterio de los particulares. Se promueven los primeros reglamentos de acuerdo al buen criterio y razonamiento del Administrador Público. Aunque con los resabios de la moral religiosa. Los actos de la Administración Pública se sujetan al marco de las costumbres imperantes en esa época.

Tuvo este intento de Constitución un artículo, el 4o correspondiente al Capítulo Unico de las Disposiciones Generales, que indirectamente pudo haber servido a lo educativo, en cuanto autorizó a "que las ordenes de jesuitas y hospitalarios puedan llenar los importantes fines de su --

(19) Ibid. p. 144.

institución" (20) por la cual el gobierno las restablece_ría "en aquellos lugares del imperio en que sean convenientes, y los pueblos no lo repugnen con fundamento"

En el resto del articulado, hay diversas normas acerca de la educación, como las contenidas en el artículo 54, del Capítulo Sexto, titulado "Del gobierno supremo con relación a las provincias y pueblos del imperio". Allí se dice, entre otras cosas, que los "jefes políticos exigirán de los ayuntamientos el cumplimiento exacto de sus obligaciones, detalladas en la instrucción del 23 de junio de 1813, para el gobierno económico político de las provincias, y vigilarán muy particularmente... sobre el buen régimen de los establecimientos de beneficencia y de educación..!" (22) y en el artículo 90 del Capítulo Unico, titulado De los diputados provinciales, ayuntamientos y alcaldes, se lee que "no se omitirán diligencias... Segundo; para extirpar la ociosidad y promover la instrucción, ocupación y moral pública" (23)

Los artículos que se enumeraron, permitió a la Administración Pública hacer uso del poder discrecional en forma esporádica.

(20) Ibid. p. 126.

(21) Ibid.

(22) Ibid. p. 137.

(23) Ibid.

2.4. CONSTITUCION FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Fue sancionado este Acto supremo, por el Congreso General Constituyente, el 4 de octubre de 1824.

La Constitución del 24 estuvo en vigor hasta 1835 y desde 1847 a 1857. Las principales disposiciones en materia educativa, fueron los artículos que a continuación se exponen. En el artículo 13 del Acta Constitutiva de la Federación, refiriéndose al Poder Legislativo, prescribe lo siguiente: "pertenece exclusivamente al congreso general dar leyes y decretos... II. Para conservar la paz y el orden público en el interior de la federación y promover su ilustración y prosperidad general!" (24)

No existe otra prescripción en este cuerpo legal sobre la materia. Pero, poco más tarde, cuando el Congreso Constituyente preparó, la Constitución de 1824, el tema educativo apareció como una preocupación jurídico-social en el preámbulo de la misma.

El congreso preocupado por el sistema educativo que debía formarse, lo plasmó en el artículo 50, de la Sección Quinta; De las facultades del Congreso general, a saber:

I. Promover la ilustración; asegurando por tiempo limitado derechos exclusivos a los autores por sus respectivas obras, estableciendo colegios de marina, artillería e-

(24) Ibid. p. 155.

ingenieros; erigiendo uno o más establecimientos en que se enseñen las ciencias naturales y exactas, políticas y morales, nobles artes y lenguas; sin perjudicar la libertad -- que tienen las legislaturas para el arreglo de la educa -- ción pública en sus respectivos Estados!"(25)

El aspecto educativo es visto desde dos perspectivas; una, de ámbito federal y otra local. En el sector federal, se hace un enunciado general y delega en los Estados, las cosas más importantes de la educación, minimizando a nivel constitucional su trascendencia en el país.

¿Pero qué se hizo en materia educativa a nivel lo -- cal? Fueron pocos los logros por falta de recursos económicos. La guerra impedía avanzar, las escasas iniciativas -- tropezaron con este primer factor, que fue determinante pa -- ra que no avanzara el incipiente sistema educativo.

La Constitución de 1824, no fue modificada hasta 18-30 por así estipularla la misma. No hubo casi ninguna re -- forma hasta la promulgación de las Siete Leyes, como fue -- conocida (1835-1836).

Existieron hombres en esa época que se preocuparon -- por el progreso de la educación, uno de ellos fue Lucas -- Alaman. De tendencia conservadora, expresaba que, "sin instrucción no hay libertad y cuanto más difundida esté aque -- lla, tanto más sólidamente cimentada se hallará está. La -- instrucción general es uno de los más poderosos medios de-

(25) Ibid. p. 174.

preparado para una nación, en cuyo fomento inasistido carece de toda protección que a aquella se presta"(26)

2.4.1. LEYES CONSTITUCIONALES DIFERIDAS POR EL CONGRESO CONSTITUYENTE EL 15 DE DICIEMBRE DE 1835.

En el aspecto educativo no se le dió la importancia que merecía este rubro, ya que sólo contiene normas de carácter político; en lo referente a las Seis Leyes en el artículo 26, dentro del capítulo de la formación de las leyes, la Ley tercera expresa que:

"Corresponde la iniciativa de las leyes...

III. A las juntas departamentales en las relativas a impuestos, educación pública, industria, comercio, Administración municipal y variaciones constitucionales"(27)

Las juntas, de acuerdo al proceso histórico, nunca dieron los frutos esperados y esto se refleja todavía en el alto porcentaje de personas sin leer y escribir. En este tiempo, fueron nulos todos los esfuerzos; otras disposiciones se consignan en la ley; Sexta sobre la División del Territorio de la República y gobierno interior de los pueblos. 14, toca a las juntas departamentales:

I. Iniciar leyes relativas a impuestos, educación pública...

(26) GONZALEZ-NAVARRO, Moisés, El pensamiento político de Lucas Alamán, p. 33.

(27) TENA-RAMIREZ, p. 216.

III. Establecer escuelas de primera educación en todos los pueblos de su departamento, dotándolos competentemente de los fondos de propios y arbitrios, donde los haya, e imponiendo moderadas contribuciones donde faltan..." (28)

Este momento histórico no fue aprovechado. El artículo anterior, es la expresión pura de donde emana la facultad discrecional de que es capaz de dotarlo el Congreso, - siendo las circunstancias políticas las que llevaron al -- fracaso las buenas intenciones del legislador.

"V. Dictar todas las disposiciones convenientes a la conservación y mejora de los establecimientos de instrucción y beneficencia pública y las que se dirijan al fomento de la agricultura, industria y comercio; pero si con ellas se gravare de algún modo a los pueblos del departamento, no se podrán en ejecución sin que previamente sean aprobados por el Congreso.

VI. Promover por medio del gobernador, cuanto convenga a la prosperidad del departamento en todos sus ramos y el bienestar de sus pueblos!" (29)

La facultad discrecional a nivel local, trajo consigo muchos perjuicios en el área educativa, reflejándose -- sus consecuencias en el nulo progreso del pueblo. Por no hacer uso de ella. Algunos Estados de la federación se desarrollaron mínimamente; otros se encontraron mucho más --

(28) Ibid. p. 241.

(29) Ibid.

perjudicados por no asumir ninguna de estas medidas. La -- discrecionalidad como facultad estuvo en todo su apogeo, -- pero ésta no fue aprovechada por causas económicas y principalmente de carácter político en la que estaba el pueblo.

La facultad discrecional a nivel local, tuvo un mal- uso por no tener una directriz o principio general.

Enseguida, en el artículo 25 de esa Ley Sexta, se -- confirma lo dicho: "Estará a cargo de los ayuntamientos; -- la policía de salubridad y comodidad, cuidar de las cárce- les, de los hospitales y casas de beneficencia, que no -- sean de fundación particular, de las escuelas de primera -- enseñanza que se paguen de los fondos del común..." (30)

2.4.2. LAS BASES ORGANICAS DE 1843

Durante poco más de tres años, las Bases Orgánicas -- presidieron con nominal vigencia el período más turbulento de la historia de México.

En las Bases Orgánicas no tocaba al gobierno general la regulación de la enseñanza, sino a las asambleas departamentales, como se indicó, en efecto, en el artículo 134, fracción VII, que expresaba:

"Son facultades de las asambleas departamentales..."

VII. Fomentar la enseñanza pública en todos sus ra -

(30) Ibid. p. 243.

mos, creando y dotando establecimientos literarios y sujetándose a las bases que diere el Congreso sobre estudios preparatorianos, cursos, exámenes y grados!" (31)

A los jefes de departamentos sólo se les dió como facultad discrecional la consignada en el artículo 142, fracción XI, en lo que se refería a:

"Conceder permisos para el establecimiento de asociaciones públicas literarias o de beneficencia y revisar -- sus reglamentos reformando en ellos cuanto fuere contrario a las leyes o al orden público!" (32)

Pero estas normas, quedaron insubsistentes, en medio del crítico período que México vivía, presa de asonadas y de riesgos internacionales.

La facultad discrecional sólo sirvió para que Santa-Anna expidiera un decreto que estuvo ligado al problema -- educacional el 19 de septiembre de 1853, en la que restablecía la Orden de los jesuitas. Devolviendo los bienes y toda la infraestructura. El Estado perdió en este lapso la rectoría de la educación.

2.4.2.1. PLAN DE AYUTLA

En este documento se deja la enseñanza del pueblo en los particulares.

(31) TENA-RAMIREZ, p. 429.

(32) Ibid.

En el artículo 38 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, dado el 23 de mayo de 1856 por Ignacio Comonfort, éste estableció, en efecto, que quedaban "prohibidos todos los monopolios relativos a la enseñanza y el ejercicio de las profesiones, y se completaba con el artículo 39, que preceptuaba a la vez:

"La enseñanza privada es libre; el poder público no tiene más intervención que la de cuidar de que no se ataquen la moral. Más para el ejercicio de las profesiones científicas y literarias, se sujetarán, los que a él aspiran, a lo que determinen las leyes generales acerca de estudio y exámenes!"(33)

También en la Sección Novena De las atribuciones de los gobernadores; el artículo 117 establece que:

"Fracción X. Fomentar la enseñanza pública en todos sus ramos, creando y dotando establecimientos literarios, sujetándose a las bases que diere el gobierno sobre estudios preparatorios, cursos, exámenes y grados!"(34)

Estos artículos eran los más avanzados del liberalismo mexicano. Y la facultad discrecional era concedida a los gobernadores.

Para Alvear Acevedo(35) en el primer texto, empero, no

(33) Ibid. p. 504.

(34) Ibid.

(35) ALVEAR-ACEVEDO, La educación y la ley, p. 520.

parecía suficientemente claro. Desde luego, porque la referencia a la prohibición de monopolios sólo veladamente parecía querer referirse a la iglesia, por más que, como notorio, no había tal monopolio; y en seguida, si el Estatuto decía que la enseñanza privada era libre, ¿qué podía pensarse de la pública? ¿qué ésta no lo era? A contrario sensu podría suponerse tal cosa, pero la ley no era expresa y daba lugar a confusión, dejando abierta la posibilidad de que se estableciese, por una especial interpretación del texto, una línea de conducta, un programa claramente orientado contra la libertad de cátedra, en la instrucción dependiente del Estado.

Este autor se pregunta si es pública o no. Existían las dos. Las escuelas públicas eran escasas. En el fondo no varía la facultad discrecional de que está investido el Estado, para crear más establecimientos de escuelas para crear más establecimientos de escuelas para las masas. Y poniéndoles la etiqueta de escuela pública o no pública, la realidad es que las dos se regían por principios religiosos.

El plan de Ayutla, dejaba al libre arbitrio de los particulares la educación. Quizá el constante copiar y el tener una inanición cultural produjeron un estancamiento intelectual y jurídico. Un sistema social se podía estructurar pero la falta de recursos y las luchas constantes, producían que el Estado liberal (36) desechara proyectos.

(36) REYES-BARRAGAN, Ladislao, Apuntes de derecho administrativo, 1985, (notas personales del curso del Dr. León Cortiñas-Pelaez).

2.5. LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXI- NOS DE 1857.

En la Constitución de 1857, estando de presidente D. Ignacio Comonfort. La base educativa quedó plasmada en el título I; sección 1; De los derechos del hombre, artículo 3o, que establece:

"La enseñanza es libre. La ley determinará qué profesiones necesitan título para su ejercicio y con qué requisitos se deben expedir" (37)

Cuando se infirió que la enseñanza era libre, el Estado no se sujetó a su potestad la educación, dejándola al arbitrio de los particulares, que procediendo de inmediato, se hicieron cargo de la misma, sin lograr un avance significativo. El Estado sólo controla la expedición de títulos, pero es poca su importancia. La educación no planificada - crea problemas a la nación. Deben de crearse escuelas de nivel superior en igual proporción a las de nivel básico. - La tendencia de todos los pueblos es educar la mayor parte de su población. Esto constituye la riqueza de una nación, una república es más poderosa, si tiene un pueblo culto. - El mayor grado de educación lo tienen los pueblos desarrollados. La historia nos indica que cuando los pueblos poderosos se corrompen o atrasan su educación declinan y quienes esas etapas superan, suben sobre esas civilizaciones.

(37) Ibid. p. 607.

La ley de Nacionalización de los Bienes Eclesiásticos del 12 de julio de 1859, decretó en el artículo 10, - lo siguiente:

"Entran en el dominio de la nación todos los bienes que el clero secular y regular ha estado administrando -- con diversos títulos, sea cual fuere la clase de predios, derechos y acciones en que consistan, el nombre y aplicación que hayan tenido" (38)

El acto envolvió a las escuelas y por consiguientes es la primera estatización en beneficio del pueblo.

El artículo iniciaba la educación laica, al reducir el clero a su ministerio. Al respecto, cabe recordar algunos conceptos: "La laicidad no es ignorancia del hecho religioso... la libertad de enseñanza es la consecuencia espontánea y lógica de la laicidad de las entidades estatales... El Estado laico... afirma que la actividad humana-suprema es el acto consciente y libre..." (39)

El decreto para la secularización de hospitales y establecimientos de beneficencia del 2 de febrero de --- 1861, expropió los bienes de las entidades religiosas que

(38) Ibid. p. 639.

(39) En este sentido, CORTIÑAS-PELAEZ, León, "Entes autónomos de enseñanza en el Uruguay", Montevideo: La justicia uruguaya, Doctr., 1963, pp. 85-115; reproducido en Madrid: Rev. de administración pública, No. 40 ene. ab. 1963, pp. 465-503; y ahora, en 34 artículos seleccionados de la revista de Administración pública con ocasión de su centenario, pp. 550-589.

pasaron a poder del Estado. Los institutos piadosos y congregaciones, sostenían establecimientos benéficos y gratuitos. Se allegaban dinero del mismo pueblo para sostenerlos. Estos recursos, eran dádivas si comparamos el beneficio que los producían estos ingresos. En sus institutos o escuelas sólo ingresaban quienes tenían los bienes y los medios para hacerlo. El analfabetismo y atraso cultural era patente en México. La iniciativa liberal había fracasado.

Al triunfo de los liberales y la restauración de la Constitución de 1857 la preocupación de darle a la educación un sentido social, llevo a Benito Juárez a decretar que la "instrucción pública, primaria, secundaria y profesional, se hará en lo sucesivo por el Ministerio de Justicia e instrucción pública."(40)

En el decreto se hace uso de la facultad discrecional que afecta la legalidad liberal. El criterio liberal en el aspecto social es restrictivo. El decreto social beneficia a toda la colectividad. El interés nacional está sobre el interés individual. Todo acto que beneficie a la sociedad es legal. La guerra de reforma pudo ser el despegue del pueblo mexicano. La facultad discrecional pudo ser utilizada por la Administración Pública con todo su poder, "de nada valen las especualciones jurídicas puras,

(40) DUBLAN, Adolfo y ESTEVA A., Adalberto, Legislación Mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la República, p. 85.

desencarnadas de la realidad..." (41) Además la situación-
ameritaba el despegue educacional de México.

Un acto discrecional, demarcado por el interés pú--
blico, debe ser válido, siempre y cuando sea hecho por au-
toridad competente. En este caso, el presidente podía dar
los decretos, que la misma Constitución le autorizaba.

Estos decretos no fueron realidad, debido a que el-
clero tuvo tiempo de traspasar sus capitales a otros luga-
res donde no pudieran ser afectados. Anulando con esto, -
todos los proyectos de Juárez, provocando que la situa--
ción política y económica se tornara crítica.

Hemos estado analizando los aspectos constituciona-
les de la educación. Transcribimos estos decretos que enu-
meran las facultades discrecionales que el Ejecutivo te--
nía para el surgimiento del México moderno. Estos por su-
trascendencia son jurídicamente vitales para legislacio--
nes posteriores.

La ley del 2 de diciembre establecía que:

"Art. 5. La instrucción primaria es gratuita para -
los pobres y obligatoria en los términos que dispondrá el
reglamento de esta ley"(42)

(41) CORTIÑAS-PELAEZ, León, 1963, p. 483.

(42) DUBLAN, t. XX, p. 135.

En teoría, esta ley tenía buenas perspectivas, pero casi no se llevó a cabo. La gratuidad para los pobres fue utópica, por las condiciones en que se encontraba el país, pues un 99% de la población era de escasos recursos. La obligatoriedad, la laicidad y la gratuidad empiezan a perfilarse como rectores de la enseñanza pública. Las instalaciones y la estructura educacional era casi nula; como consecuencia, no tenían cabida todos los alumnos de familias pobres. Lo que hubiere permitido por medio de la educación, establecer de una manera más sólida su libertad.

Con la llegada de Porfirio Díaz a la presidencia hubo avances mínimos. Tomó como suyas varias ideas del régimen de Juárez. En el decreto del 28 de mayo de 1890 se preceptuaba lo siguiente:

"El Congreso de los Estados Unidos decreta:

Art. 1o. Se autoriza al Ejecutivo para dictar todas las disposiciones convenientes, a fin de organizar y reglamentar la instrucción primaria en el Distrito Federal y territorio de Tepic y Baja California, sobre las bases de que esa instrucción sea uniforme, laica, gratuita y obligatoria.

Art. 2o. El Ejecutivo, en el período de sesiones -- que se abrirá el 16 de septiembre de 1891, dará cuenta al Congreso del uso que haga de estas facultades! (43)

El subrayado es un ejemplo jurídico de la facultad discrecional y su control. Las decisiones fueron distritenses. No era una facultad a nivel federal que beneficiara formalmente a toda la república. Esta facultad se puede llamar facultad discrecional limitada, por el ámbito geográfico, temporal y espacial.

Del decreto se puede inferir que un acto que beneficie a todo el interés nacional, no debe someterse al Congreso, sino solamente los casos que exigiendo Ley formal bicameral, causen controversia y afecten a una mayoría en perjuicio de otra.

Una nueva era se avecinaba y los retrasos de estructuras debían ser extirpados violentamente. Las reformas radicales sólo de esa forma se estructuran, sin que con esto quiera decirse que deba usarse la violencia.

El poco cumplimiento de las reformas de Juárez fuecesado por Díaz, sin que se tuvieran grandes avances educacionales para las grandes mayorías.

2.6. ANTECEDENTES DE LA CONSTITUCION MEXICANA DE 1917

La oposición a Díaz trajo nuevas ideas. Las condiciones de vida del obrero y del campesino eran paupérrimas. La introducción del capital extranjero con facilidades para hacer de la mano de obra mexicana esclavos, influyó en el descontento de los obreros. La acaparación de todas las tierras de riego por sólo unos cuantos magnates mexicanos provocó que hubiera levantamientos aislados. El

clero volvió a tener fuerza y se quedó solamente a educar a las élites y no dando resultado la simple libertad de enseñanza por la misma inoperancia de la riqueza mal repartida. Esto hizo patente el surgimiento de la oposición. - Las leyes de reforma se habían cumplido mínimamente, y -- más que nada la incapacidad de ver a un presidente estático y sin visión de progreso por las mayorías, provocó la caída de este régimen señifidual y arbitrario, que había venido usando las facultades discrecionales como sinónimo de arbitrariedad. La Constitución carecía de principios que beneficiaran a la mayoría.

Categorizando el tema, cabe recordar que: "La enseñanza es una zona de confluencia natural del Estado y de los particulares, y sus peculiaridades justifican, cuando es ejercida por entidades estatales, el empleo de una categoría original de cometies, los servicios sociales"(44)

2.7. LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEL AÑO DE 1917 Y LA FACULTAD DISCRECIONAL EN EL ARTICULO 30.

En el artículo 30. donde se proyectaron uno de los ideales de la revolución a permitido el desenvolvimiento social del país. Una de las polémicas de más interés fue sobre el laicismo. Algunos pensaban que la educación debía ser racional, pues ésta permite un carácter más científico y universal. Otros sugerían que la educación que -

(44) CORTIÑAS-PELAEZ, León, Revista de Administración Pública, "Entes autónomos de enseñanza en el Uruguay", p. 485.

impartiere el Estado debía ser laica, dando plena libertad a los particulares; la regulación debía estar a su arbitrio, sin que se sujetare a ningún lineamiento por parte del Estado.

"La laicidad distingue dos elementos, uno estrictamente religioso y otro de relevancia filosófica... el orden público se vacía de todo contenido doctrinal... el Estado es incompetente en los dominios ideológico, religioso, filosófico, sobrenatural... el Estado se niega a ser mediador de las finalidades últimas del espíritu... El Estado laico... afirma que la actividad humana suprema es - el acto consciente y libre..."(45)

¿Pero es posible hacer un Estado ajeno a ideologías, filosofías y religiones?

El Estado forma parte de la cultura universal y por eso no es ajeno a las influencias exteriores. El Estado debe presentar en forma racional y científica todo tipo de ideologías.

¿En verdad la enseñanza privada ayuda a elevar el nivel cultural de un país? ¿en que proporción el Estado se vacía de todo contenido doctrinal?

Después de días de discusión, en el artículo 30 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 quedó así:

(45) CORTIÑAS-PELAEZ, León, 1963, pp. 485 a 496.

"La enseñanza es libre; pero será laica la que se dé en los establecimientos oficiales de educación, lo mismo que la enseñanza primaria, elemental y superior que se imparte en los establecimientos.

Ninguna corporación religiosa, ni ministro de ningún culto, podrán establecer o dirigir escuelas de instrucción primaria.

Las escuelas primarias particulares sólo podrán establecer o dirigir escuelas de instrucción primaria.

Las escuelas primarias particulares sólo podrán establecerse sujetándose a vigilancia oficial.

En los establecimientos oficiales se impartirá gratuitamente la enseñanza primaria(46)

Con avances significativos en relación a la Constitución de 1857, el laicismo parcial, deja la puerta a la interpretación. El Estado en la Constitución de 1917 se separa de la iglesia en todos sus ramos, dejando inconclusas las reformas de Juárez, respecto a los capitales del clero, que nunca fueron a dar a manos del Estado. Las entidades religiosas siguen gozando de los privilegios subterfugamente. La tibieza en la ejecución de la Constitución trae el relajamiento de la misma. La ley debe respetarse en cuanto beneficie a la mayoría de la población y no a favor de unas cuantas élites.

(46) TENA-RAWIREZ, p. 881.

Existen otras garantías sociales que también se refirieron a la educación. Las razones de justicia social que buscaba el revolucionario mexicano se plasmo en el párrafo VI del artículo 123:

"VI. El salario mínimo que deberá disfrutar el trabajador, será el que se considere suficiente, atendiendo las condiciones de cada región, para satisfacer las necesidades normales de la vida del obrero, educación..."(47)

En este mismo concepto en la fracción XII postula - que:

"En toda negociación agrícola, industrial, minera o cualquiera otra clase de trabajo, los patronos estarán -- obligados a proporcionar a los trabajadores habitaciones -- cómodas e higiénicas, ... Irualmente deberán establecer es cuelas,..."

Si hacemos un recuento de las empresas que hacen caso de este artículo, observaremos que casi nunca se cumple, pues lo evaden al acercarse a los centros de población, donde se encuentran estas instalaciones. El precepto debe ser exigido por la autoridad administrativa, usando las potestades que le confiere la Constitución.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 73 fracción XXV, se consignó -- que el Congreso tendrá la facultad:

(47) TENA-RAMIREZ, p. 871.

"Para establecer escuelas profesionales de investigación científica, de bellas artes, y oficios, museos, bibliotecas, observatorios y demás institutos concernientes a la cultura superior general de los habitantes de la República, entre tanto dichos establecimientos puedan sostenerse por la iniciativa de los particulares, sin que esas facultades sean exclusivas de la Federación. Los títulos que se expidan por los establecimientos de que se trata, surtirán sus efectos en toda la república" (48)

En el artículo se le da preponderancia a los particulares como gestores en la educación, pero también estableciendo que la educación no sólo es prerrogativa del Estado sino, son participes y corresponsables los gobiernos estaduales. Respecto a los particulares sea quien sea, se les autoriza a establecer sus centros educativos. Y nunca deben estar en competencia con la enseñanza estatal, sino esta última debe ser complementaria de la otra.

De trascendencia es el artículo 31 fracción I, relativo a las obligaciones de los mexicanos, que dice así:

"Hacer que sus hijos o pupilos, menores de quince años concurren a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación primaria elemental y militar, durante el tiempo que marque la ley de Instrucción Pública en cada Estado;..."(49)

(48) Ibid. p. 908.

(49) Ibid. p. 835.

2.7.1. REFORMAS EDUCATIVAS

En el período del presidente Alvaro Obregón (1920 - 1924), se reformó el artículo 73 fracción XXV, para dotar al Congreso de la Unión de nuevas facultades en materia educativa; este precepto quedó de esta manera:

"Para establecer, organizar y sostener en toda la República escuelas rurales elementales, superiores, secundarias y profesionales; de investigación científica, de bellas artes y de enseñanza técnica; escuelas prácticas de agricultura y de minería, de artes y oficios, museos, bibliotecas, observatorios y demás institutos concernientes a la cultura general de los habitantes de la Nación y legislar en todo lo que se refiere a dichas instituciones; para legislar sobre monumentos arqueológicos, artísticos e históricos, cuya conservación sea de interés social; -- así como para dictar las leyes encaminadas a distribuir convenientemente entre la Federación, los Estados y los Municipios el ejercicio de la función educativa y las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público, buscando unificar y coordinar la educación en toda la República. Los títulos que se expidan por los establecimientos de que se trata surtirán sus efectos en toda la República!" (50)

Elías Calles en la presidencia siguió impulsando la educación primaria, incrementando la construcción de escuelas rurales. Los gobiernos posteriores retomaron estos

(50) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1988.

avances; de ahí que, se empezó a lograr la igualdad de --
oportunidades para ambos sexos en el acceso de la educa- --
ción.

En el primer plan sexenal se estableció imperativo-
mente en la Carta Magna el principio de enseñanza socia- --
lista. La Constitución fue reformada en los siguientes --
términos:

"Art. 30. La educación que imparte el Estado será --
socialista y además de excluir toda doctrina religiosa --
combatiré el fanatismo y los prejuicios, para lo cual or-
ganizaré sus enseñanzas y actividades en forma que permi-
tan crear en la juventud un concepto racional y exacto --
del universo y de la vida social.

"Sólo el Estado-Federación, Estados, Municipios- im
partirá educación primaria, secundaria, y normal. Podrán-
concederse autorizaciones a los particulares que deseen --
impartir educación en cualquiera de los tres grados ante-
riores, de acuerdo en todo caso, con las siguientes nor-
mas:

I. Deberán ajustarse, sin excepción alguna, a lo --
preceptuado en el párrafo inicial de este artículo.

II. La formación de planes, programas y métodos de-
enseñanza corresponderá en todo caso al Estado.

III. No podrán funcionar los planteles sin haber ob-
tenido previamente, en cada caso, la autorización expresa

del poder público.

IV. El Estado podrá revocar en cualquier tiempo, -- las autorizaciones concedidas. Contra las revocaciones no procederá recurso o juicio alguno.

Estas mismas normas regirán la educación de cual -- quier tipo o grado que se imparte a obreros y campesinos.

La educación primaria será obligatoria y el Estado -- la impartirá gratuitamente.

El Estado podrá retirar discrecionalmente, en cual -- quier tiempo, el reconocimiento de validez a los estudios hechos en planteles particulares.

El Congreso de la Unión, con el fin de unificar y -- coordinar la educación en toda la República, expedirá las leyes necesarias, destinadas a distribuir la función so -- cial educativa entre la Federación, los Estados y los Mu -- nicipios, a fijar las aportaciones económicas correspon -- dientes a ese servicio público y a señalar las sanciones -- aplicables a los funcionarios que no cumplan o no hagan -- cumplir las disposiciones relativas, lo mismo que a todos -- aquellos que la infrinjan! (51)

Estas disposiciones constitucionales marcaron por -- primera vez los lineamientos de la educación, estable -- ciéndose el marco jurídico a que debía sujetarse el uso --

(51) Semanario Político.

de la facultad discrecional por parte de la Administración Pública. Se formula en forma expresa la facultad discrecional, siendo un gran avance social que no se supo aprovechar. Varios autores de tendencias estáticas afirman que ella es violatoria de los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, -- pensamos que no rompe con las reglas de legalidad y audiencia por ser disposiciones de orden social, que excluyen a las de la individualidad; una, por ser ésta constitución de carácter social; dos, por ser ésta misma, norma de rango constitucional.

El artículo 14 y 16 no deben ser un dogma. La irretroactividad permite la seguridad jurídica, pero sólo en el ámbito penal, no en el campo de acción de la justicia social. La Constitución sólo protege los derechos individuales, si no se anteponen a los derechos colectivos. Ahora, si nos atenemos a la letra en sentido estricto, en el reglamento está excluida la irretroactividad, ya que la ley sólo menciona leyes formales. La posibilidad de aplicación no retroactiva queda referida, pues, a las leyes formales, pero no a los reglamentos. (52) La irretroactividad permite actos favorables individuales, por tanto también colectivos, esto nos hace suponer, que de acuerdo a una jerarquización, los intereses colectivos subrogan a los individuales, permitiendo la retroactividad. Además, la prohibición de la no retroactividad en la Constitución (art. 14) es específica y no general. La irretroactividad

(52) GARCIA-DE ENTERRIA, Eduardo, Curso de derecho administrativo, tomo, I, p. 74.

ESTA TESIS NO PUEDE
SER CALIFICADA POR LA COMISION

a futuro, no es dable, ya que muchos derechos se adquie-
ren y por tanto son susceptibles de aplicarles actos admi-
nistrativos, un ejemplo: es la innovación de tributos y -
tributos complementarios. La característica de la norma -
administrativa es conferir, habilitar a la Administración
para obrar en concreto. (53) La potestad discrecional ha-
de ser fijada positivamente por el ordenamiento, infirien-
dolo en forma expresa o en forma implícita, ya sea genéri-
ca o específica, autoatribuyendoselos en forma reglamenta-
ria.

La utilidad pública comprobada, es superior a nor-
mas de carácter individual.

Cárdenas amplió las oportunidades educativas del --
campo y de la ciudad, creando internados, becas, centros-
de educación para los indígenas, escuelas vocacionales y
diversos medios destinados a garantizar que los hijos de-
los trabajadores y los propios trabajadores pudieran estu-
diar.

Se crearon las escuelas "Artículo 123" Reformándose
la fracción X del artículo 73 de la Constitución, en tér-
minos que federalizaban la jurisdicción para exigir que -
los patrones que en materia educativa le señalaba el ar-
tículo 123 Constitucional.

Todas las reacciones que trajo consigo la educación
socialista provinieron del clero, ligado con los intere-
ses del capital privado y fuerzas externas unidos a ellos,

(53) GARCIA-DE ENTERRIA, Eduardo, Legislación delegada, -
Potestad reglamentaria, y Control judicial, p. 290.

más que nada porque en la Constitución se hablaba de imponer cierta contribución económica, contribución que no estaban dispuestos a darla, la que en efecto nunca se puso en práctica.

En el gobierno del general Manuel Avila Camacho se cambió la orientación socialista y la obligación de la -- aportación económica en la educación pero siguió garantizando su carácter laico, democrático, obligatorio, gratuito, nacional y social. La educación constituye pues un cometido social a cargo del Estado. (54) A los particulares se les otorga la autorización de impartir educación siempre y cuando se sujeten a las normas y criterios previstos constitucionalmente. El Estado tiene la facultad discrecional sobre la educación en todas las materias. ¿La tendrá en materia económica?

El mandato del Constituyente en la ley no debe quedar en el principio colonial de "obedézcase pero no se -- cumpla" La Administración Pública regida por la Constitución, en orden jerárquico, prioriza de acuerdo a ella. Y aplica de acuerdo a las soluciones justas en su contexto legal y situacional los principios sociales en donde lleva implícita la facultad discrecional. Por ello, el cumplimiento de tales principios de la Constitución social -- permite emitir actos valorativos. La formulación de los --

(54) Cfr. más ampliamente, CORTIÑAS-PELAEZ, León, "Estudio preliminar"; en GUERRERO-OROZCO, Omar, La Teoría de la Administración Pública, y "Hacia los cometidos del Poder Público" ciudad de México; Vivienda, año 12, No. 2, dic. 1987, pp. 316-340.

principios sociales nos remiten a su cumplimiento, de ahí que la decisión no necesariamente necesita la autorización en la ley de la facultad discrecional. La fijación de recursos por parte de la Administración Pública y la diferente emisión de actos para obtenerlos exclusivamente para tal fin, los hace válidos legalmente.

Es así, como históricamente la facultad discrecional, no es expresa, sino va implícita en el cumplimiento de los principios materiales, por lo que aún en materia económica tiene la autorización de emitir varias soluciones para su cumplimiento.

CAPITULO III

EL DESARROLLO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL
EN LA EDUCACION DE AMERICA LATINA.

El espíritu de la mayoría de los hombres se desarrolla necesariamente sobre la base de las faenas diarias que ejecutan. Un hombre que se pasa la vida ejecutando unas cuantas operaciones simples... no tiene ocasión de disciplinar su inteligencia... Va convirtiéndose poco a poco y en general en una criatura increíblemente estúpida e ignorante... como no sea en el detalle para que se le ha educado.

A. SMITH (1814)

Apud, El capital, p. 293.

3.1. LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL PODER EJECUTIVO EN --- OTROS PAISES RESPECTO AL COMETIDO SOCIAL DE EDUCACION.

Los cometidos (1) del Estado en otros países son -- una realidad social y jurídica de creación reciente.

La educación es un cometido que ha tomado fuerza expansionista. Siendo en este siglo XX que los gobiernos -- han contribuido y dirigido la educación, por ser fáce importante de desarrollo.

Para la realización de tal fin, es necesario que se cuente con los recursos económicos y medios jurídicos para lograrlo. Las constituciones de hoy, deben tomar en -- cuenta todos los aspectos políticos-jurídicos de nuestro tiempo. El principio de legalidad no es solamente la literalidad de la norma, sino que el "ordenamiento jurídico -- son normas jurídicas escritas, de cualquier rango, más -- los principios generales del derecho"(2) que deben expresar valores materiales básicos, los principios generales del Derecho deben trascender a las normas concretas, ya -- que en ellos se expresa necesariamente un orden de valo_

(1) SAYAGUEZ-LASO, Enrique, Traité de droit administra _
tif, pp. 77 a 80; y desarrollado en CORTIÑAS-PELAEZ, --
León, "Estudio preliminar"; Capítulo X, pp. XLVII a L,
en GUERRERO-OROZCO, Omar, La Teoría de la Administra
ción Pública, 1986, "Presentación" de PICHARDO-PAGAZA,
Ignacio; y 1987, pp. 316-340.

(2) ROMERO-PEREZ, Jorge, Revista de Ciencias Jurídicas, --
No. 51, pp. 127 a 137, sept.-dic., 1984.

res de justicia material, (3) por tanto, el poder discrecional como control "no sólo se da mediante los elementos reglados del acto discrecional, por la finalidad de la actividad del Estado, sino también, y en forma sustancial, mediante el control de los hechos determinados y por medio de los principios generales del derecho. Además de la correlación entre discrecionalidad y conceptos jurídicos-indeterminados"(4) Los principios sociales se correlacionan con los conceptos jurídicos indeterminados, sin que se confundan con la determinación de la facultad discrecional. La discrecionalidad utiliza a los conceptos jurídicos indeterminados como sólo una de las soluciones justas válidas ante el derecho, correlación que no hace el Poder Jurisdiccional. Los jueces suelen aplicar sólo gramaticalmente el texto de la norma, así han sido "educados" pero no es válido en su totalidad.

Scagliarini (5) escribió que la discrecionalidad es "un defecto del derecho" y más que nada político. En consecuencia nos da un marco restringido del poder discrecional. La facultad discrecional no es políticamente pura e inmanente para el cometido de la educación pública. En los principios sociales, el Constituyente ha dejado espacios para adaptarlos a la realidad del tiempo.

(3) GARCIA-DE ENTERRIA, 1982, pp. 67 y 68.

(4) ROMERO-PEREZ, p. 127.

(5) SCAGLIARINI-F. J., Amadeo, La ley, "Discrecionalidad" 13 de abril de 1970, pp. 3 a 9.

3.2. LA CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA Y LA FACULTAD DISCRECIONAL EN LA EDUCACION

En la Constitución de Argentina se expresa en la -- primera parte; Capítulo Unico; Declaraciones, derechos y garantías que:

"Art. 5. Cada provincia dicta... la educación primaria"(6)

Constitucionalmente no se observa ninguna responsabilidad del Estado. Se deja en los particulares la decisión y lineamientos de la educación del país. La discrecionalidad como potestad pública no existe.

3.3. LA CONSTITUCION DE CHILE Y LA FACULTAD DISCRECIONAL EN LA EDUCACION

En la República de Chile en principio se estatuye - la educación básica obligatoria. Impera el liberalismo, - incluso bajo la Constitución de 1925 y el Frente Popular - del Presidente constitucional Salvador ALLENDE GOOSSENS - (1970-1973), como norma a seguir. La educación para su -- realización, es conferida a la iniciativa privada, reguladora e iniciadora de todo proyecto educacional.

En la Constitución actual de 1980 se estipula que:

Art. 10. El derecho a la educación.

(6) Constitucion de la Nación Argentina, Embajada Argentina, 1986.

Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

La educación básica es obligatoria, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ella de toda la población.

Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.

Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación: (7)

La Constitución no le confiere facultades para intervenir en cuestiones administrativas ni, mucho menos, para sancionar e impedir intereses ajenos a la idiosincrasia de ese pueblo. La actuación del Estado es sólo de observador, por lo que toda facultad discrecional es nula. La educación es elitista, la gratuidad no existe en términos reales. Su proyecto educacional busca la democracia de los menos, en sí son postulados liberales generales. Cabe esperar vigorosas reformas, en el nuevo sexenio civilista abierto en diciembre de 1989, por las primeras elecciones libres desde las municipales de 1973 (que dieron un 44% al Frente Popular).

(7) Constitución de la República de Chile, 1980.

3.4. EDUCACION Y DISCRECIONALIDAD EN LA CONSTITUCION DE VENEZUELA.

En la Constitución de Venezuela (8) expedida en 1961, en el Capítulo IV, llamado de Derechos Sociales, se retoma de otras constituciones avanzadas. Poniendo el cometido de la educación en un apartado especial. Entre las disposiciones de esta Constitución se destaca que la educación la impartirá el Estado en conjugación con los particulares, siendo gratuita en varios niveles. Entre sus principales disposiciones se encuentran:

"Art. 78. Todos tienen derecho a la educación. El Estado creará y sostendrá escuelas, instituciones y servicios suficientes dotados para asegurar el acceso a la educación y a la cultura, sin más limitaciones que las derivadas de la vocación y de las aptitudes.

La educación impartida por los institutos oficiales será gratuita en todos sus ciclos. Sin embargo, la ley podrá establecer excepciones respecto de la enseñanza superior y especial, cuando se trate de personas provistas de medios de fortuna" (9)

En los artículos 78, 80, 82, constitucionales, tenemos que expresamente la facultad es limitativa. No se infiere que el Estado pueda tener una rectoría de la educación, sólo se limita a autorizar el ingreso a las escuelas del Estado.

(8) MARIÑAS-OTERO, Luis, Compendio de las Constituciones de Venezuela, pp. 942 a 944.

3.5. LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA ORIENTAL DE URUGUAY
Y LA FACULTAD DISCRECIONAL EN LA EDUCACION.

En la Constitución de la República de Uruguay, (10) en la sección II; Derechos, deberes y garantías; Capítulo II, expresa que la educación estará a cargo de la familia, siendo grantizada la libertad de enseñanza.

Esta situación de observador del Estado es del si-
glo pasado. El liberalismo puro del dejar pasar y el de-
jar hacer se robusteció así desde la dictadura de 1933-19
38, siendo nula la participación de la Administración Pú-
blica a nivel constitucional en la Carta de 1934, y por -
tanto la facultad discrecional en materia educativa pare-
cía no existir en la primera mitad del siglo XX. Sería --
una infracción que ignoraría el intenso y audaz desarro-
llo legislativo de 1903-1953, que nos explican todas las-
obras históricas sobre el batllismo. Pero esto fué supera-
do por los artículos 204 a 207 de las constituciones de -
1952 y de 1967. (11)

3.6. LA FACULTAD DISCRECIONAL Y LA EDUCACION EN LA CONS-
TITUCION DE BRASIL.

En el artículo 168 de la Constitución de Brasil(12)

(9) Ibid. p. 943.

(10) Constitución de la República Oriental de Uruguay, 1970.

(11) Cfr. CORTIÑAS-PELAEZ, 1962 y 1963, in totum. Después de la dictadura reciente (1968-1985) y la última der-
rota del batllismo, cabe temer (1990-95) un fuerte -
retroceso en esta materia.

del 24 de enero de 1967, estipula las oportunidades para todos. El nivel básico es gratuito y obligatorio. Se estipula que las empresas deben crear centros de educación elemental, siendo el Estado rector de la educación. Podríamos decir que la facultad discrecional puede darse, pero ésta todavía no es del todo desarrollada.

3.7. OTRAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS

Las constituciones de Ecuador y Perú, por su forma, contenido y creación reciente, son de mucha trascendencia. Se separan los capítulos sociales de las garantías individuales, siendo estos capítulos sociales "tareas concretas" (13) a realizar por el Estado. Cometido que emprende la Administración Pública con la participación de los particulares si se requiere. Igual que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estipulan la educación obligatoria en el nivel básico. Las constituciones de Ecuador y Perú contienen disposiciones trascendentes para nuestros países. Estos artículos mencionan un porcentaje económico obligatorio que debe darse a la educación democrática, por depender en gran parte de esto, el avance de nuestros países.

En la Constitución del Perú (14) estima en su capí-

- (12) Constitución de Brasil, p. 265.
- (13) CORTIÑAS-PELAEZ, León, "Estudio preliminar", 1986, p. XLVII.
- (14) Constitución Política del Perú, Embajada del Perú, - 1988.

tulo IV; De la Educación, la Ciencia y la Cultura, artículo 39:

"En cada ejercicio, se destina para educación no menos del veinte por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto del gobierno"

En la Constitución de Ecuador (15) en el título II; De los derechos, deberes y garantías; sección III; artículo 27, estipula la educación gratuita en todos sus niveles, basado en la justicia social, la libertad de cátedra, una justa sociedad ecuatoriana, logrando con ello el desarrollo integral de la persona y la sociedad.

La Constitución de Colombia (16) de 1886 y adicionada en 1947 y 1968 estatuye que no menos del 10 por ciento de su presupuesto general será invertido en educación, lo que en términos reales es muy bajo; aunado a que la educación todavía esta reglada por factores religiosos es poco el progreso de éste pueblo. El Estado es un observador -- que permite la dirigencia de su pueblo a factores dudosos y unos de concepto muy situado. La facultad discrecional para dirigir la educación es nula.

El factor económico y la facultad discrecional de la Administración Pública son elementos básicos para el buen cumplimiento de los cometidos de esta última. El disponer de autonomía económica para la realización de cual-

(15) Constitución de Ecuador, 1988, Embajada de Ecuador.

(16) Constitución de Colombia, 1988, Embajada de Colombia.

quier cometido, es esencial; más si la Administración Pública, que es la receptora de la sociedad, puede manejar libremente los obstáculos que se le presenten. Lo jurídico no sólo se circunscribe en un marco escrito, sino que encuentra su fundamento supremo en los principios sancionados por la Constitución (arts. 40, 136) y en la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones.(17)

3.8. LA FACULTAD DISCRECIONAL Y SU RELACION CON LA AMERICA LATINA.

La facultad discrecional permite a la Administración Pública no solamente actuar de acuerdo a las circunstancias históricas, sino, resolver otros aspectos. La doctrina expresa que "para proceder a una nacionalización debe ser decretada de buena fe con el fin de satisfacer necesidades públicas, y que no sea discriminatoria entre nacionales y extranjeros! Además debe ser "un acto de gobierno, destinado a un mejor manejo de la economía nacional o a su reestructuración, por el cual la propiedad privada sobre empresas de importancia es trasformada de manera general e impersonal en propiedad colectiva y queda en dominio del Estado..."(18) Todo lo anterior complementado con los principios de la Organización de las Naciones Uni

(17) GARCIA-DE ENTERRIA, Eduardo, Curso de derecho administrativo, t. I, p. 57.

(18) CORTIÑAS-PELAEZ, León, Revista de la facultad de Derecho, "Del marco jurídico en la administración para el cambio estructural y funcional de países en desarrollo" en el punto 1.1. "Derecho de propiedad, inversiones extranjeras y nacionalizaciones"

das (19) dan como resultado que las "razones o motivos de utilidad pública, de seguridad y de interés particular o privado, tanto nacional como extranjero, se sujeten al interés de cada país"

Todos los actos de gobierno no se llevan completamente a cabo, si no se le deja a la Administración Pública la facultad discrecional de decidir de acuerdo a los intereses de la nación. Toda Administración en países subdesarrollados, debe tener cierta libertad respecto de los órganos jurisdiccionales. Estos obstruyen proyectos de -- corto, mediano y largo alcance. El sujetarse a la ley estricta, sólo equivale a nulificar estrategias de desarrollo, llegándose a la improvisación y a la falta de un --- plan coherente. La Administración Pública de los países - en desarrollo o de reciente creación, debe buscar nuevos cauces y fórmulas de avance para el cumplimiento de sus - cometidos. La facultad discrecional puede y debe ser una salida, debiendo ser aceptada por los órganos jurisdiccionales. Estos deben apegarse a un "Estado democrático y social de derecho" (20) y no a los antiguos esquemas liberales dados por Montesquieu. Las tareas nos conciernen a todos. Los órganos jurisdiccionales deben avanzar en sus -- concepciones y no limitarse por los elementos de la ley e ignorar los elementos extranormativos y principios sancionados por la Constitución Política de los Estados Unidos-Mexicanos. El Estado debe tener el rol principal para salir del subdesarrollo, aumentando el crecimiento económico

(19) Ibidem, (Resolución 1.803 del 14 de diciembre de 1962, Asamblea General de la O.N.U.).

(20) Ibid.

que haga posible un reparto equitativo de los frutos.(21)

(21) HAURIOU, André, Derecho constitucional e instituciones políticas, p. 850.

C A P I T U L O I V

DESARROLLO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL EN LA
CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS
MEXICANOS EN EL ARTICULO 3o.

De nada valen las especulaciones jurídicas
puras, desencarnadas de la realidad. (1962).

Resulta aberrante, que se pretenda conver-
tir a la Constitución en una pieza de mu-
seo, en un gaseoso "proyecto nacional" des-
pojándola de la imperatividad de que pre-
tendieron dotarla los constituyentes.

LEON CORTIÑAS-PBLAUEZ (1986)

"Entes autónomos de enseñanza en el Uruguay"
Madrid: REVISTA DE ADMINISTRACION PUBLICA, -
No. 40, p. 483 y en "Estudio preliminar" p.-
XXXIII.

4.1. LA FACULTAD DISCRECIONAL EN LA LEGISLACION MEXICANA A C T U A L

La educación desempeña un papel de importancia en la dinámica social y coordina en muchos aspectos el desarrollo de la comunidad, inclusive en el desenvolvimiento económico. A nivel constitucional la materia educativa, es fundamental en el marco jurídico del desarrollo nacional (art. 25 constitucional, 1er párrafo).

La facultad discrecional se encuentra explícita en varios artículos, pero en otros se observa en forma implícita.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos expedida el 5 de febrero de 1917 ha sido objeto de reformas; de entre ellas, el artículo 3o, tema de nuestro análisis, ha quedado conformado en estos conceptos:

"Art. 3o. La educación que imparta 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 la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia:

"I. Garantizada por el artículo 24 la libertad de creencias, el criterio que orientará a dicha educación se mantendrá por completo ajeno a cualquier doctrina religiosa y, basado en los resultados del progreso científico, -

lucharé contra la ignorancia y sus efectos, la servidumbre fanatizada y los prejuicios. Además:

"a) Será democrática, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.

"b) Será nacional, en cuanto -sin hostilidades ni exclusivismos- atenderá a la comprensión de nuestros problemas, al aprovechamiento de nuestros recursos, a la defensa de nuestra independencia política, al aseguramiento de nuestra independencia económica y a la continuidad y acrecentamiento de nuestra cultura, y

"c) Contribuiré a la mejor convivencia humana, tanto por los elementos que aporte al fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la dignidad de la persona y la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, cuanto por el cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres, evitando los privilegios de razas, de sectas, de grupos, de sexos o individuos;

"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 a campesinos de

berán 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;

"III. Los planteles particulares dedicados a la educación en los tipos o grados que especifica la fracción anterior, deberán ajustarse, sin excepción a lo dispuesto en los párrafos iniciales I y II del presente artículo, y además deberán cumplir los planes y los programas oficiales.

"IV. Las corporaciones religiosas, los ministros de los cultos, las sociedades por acciones, que exclusiva o predominantemente, realicen actividades educativas, y las asociaciones o sociedades ligadas con la propaganda de -- cualquier credo religioso, no intervendrán en forma alguna en planteles en que se imparta educación primaria, secundaria y normal, y la destinada a obreros y campesinos.

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

"VI. La educación primaria será obligatoria;

"VII. Toda la educación que el Estado imparta será gratuita.

"VIII. Las universidades y las demás instituciones de educación superior a las que la ley otorgue autonomía

tendrán la facultad y la responsabilidad de gobernarse a sí mismos; realizarán sus fines de educar, investigar y difundir la cultura de acuerdo con los principios de este artículo; respetando la libertad de cátedra e investigación y de libre examen y discusión de las ideas; determinarán sus planes y programas; fijarán los términos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico; y administrarán su patrimonio. Las relaciones laborales, tanto del personal académico como del administrativo, se normarán por el apartado A del artículo 123 de esta Constitución, en los términos y con las modalidades que establezca la Ley Federal del Trabajo conforme a las características propias de un trabajo especial, de manera que -- concuerde con la autonomía, la libertad de cátedra e investigación y los fines de las instituciones a que esta fracción se refiere.

"IX. EL Congreso de la Unión, con el fin de unificar y coordinar la educación en toda la República, expedirá las leyes necesarias, destinadas a distribuir la función social educativa entre la Federación, los Estados y los Municipios, a fijar las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público y a señalar las sanciones aplicables a los funcionarios que no cumplan o no hagan cumplir las disposiciones relativas, lo mismo que a aquellos que las infringan.

Este artículo ha sido vilepidiado y atacado por diversos sectores retrógrados y contrarrevolucionarios que han regresado al país y conquistado nuevas posiciones po-

líticas, sigue siendo un artículo sui generis, que no se apeg a un sistema jurídico normativo tradicional. Surge de acuerdo a las realidades sociales de las clases más -- desprotegidas. La "Constitución social", pone de manifiesto una cierta manera de ser de la sociedad. (1) Por tanto, si la Constitución emerge de un pueblo con carencias, ésta puede pasar sobre los convencionalismos jurídicos. Aunque las consideraciones sociales las descarta la "escuela normativa" (2) La sociedad es la creadora y receptora del orden jurídico. La Administración Pública la adecua y la aplica para beneficio de la sociedad.

El Estado esta unido a las mayorías en razón de sus necesidades. El enlace y no el divorcio con ellas conforman la fuerza para sus proyectos. Toda disposición contenida en la Constitución adquiere el rango de principio -- constitucional fundamental, y se ampara en los artículos 16, 40 y 136 de la Constitución en cuanto a su permanencia e inviolabilidad.

De acuerdo con el artículo 3o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la educación está a cargo de tres niveles: la Federación, Estados y Municipios; siendo la primera de gran alcance por tener el ma--

(1) BURDEAU, Georges, Tratado de Ciencia Política, T. I, - "Presentación del universo político" en V. II, "El orden social y la idea de derecho", U.N.A.M., E.N.E.P., ACATLAN, 1982.

(2) SERRA-ROJAS, Ciencia Política, 1983, p. 522.

por presupuesto económico; lo segundo, limitado esencialmente y lo último se circunscribe a un ámbito mucho más limitado que los demás. Los municipios por contar con menos presupuesto ha sido más la influencia que ha tenido en la población, siendo que ésta debería tener un alcance mayor en la sociedad, por conocer sus necesidades objetivamente. Buscando siempre que estas entidades busquen el amor a la patria, la solidaridad no sólo internacional, - basado en la justicia social, que permita el progreso colectivo.

Expresa la Constitución Política de los Estados -- Unidos Mexicanos que la educación debe ser democrática, - nacional, no entendiéndola como sólo un régimen o una estructura jurídica. Lincoln decía que la democracia es "un gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo;" pues, es verdad, la democracia contemporánea debe estar fundada en el mejoramiento integral del pueblo.

El artículo 3o de la Constitución con una normatividad, afirma los principios en que se basa nuestra educación, sin imponer ideas que degraden al individuo y mucho menos que le rebajen su calidad humana.

En la fracción II del artículo 3o constitucional ha sido criticado desde un cierto preconciliar jusnaturalismo católico, por violar los derechos individuales. Esta norma garantiza una educación con los principios dados en la Constitución.

Este mismo artículo expresa que los particulares po

Grán crear sus centros educativos sin coartarlos, excepto los de obreros y campesinos, por ser ellos idearios de estos preceptos, ganados en la revolución. Al carecer de recursos no se les puede dejar en estado de indefensión. -- respecto a que no habrá juicio o recurso alguno, exorc -- ción arbitraria para muchos, no lo es, si se analiza que, esta sólo será limitada a la que esté destinada a obreros y campesinos, mientras que respecto de la dedicada a otro tipo de personas, sí procederán los juicios y recursos -- que consideren conveniente los particulares, de lo cual se deduce que no les coarta su libertad. Además los sectores que impugnan esta disposición tuvieron históricamente su oportunidad de educar a los sectores obrero y campesino. En 500 años han sido sus avances nulos, en relación a lo poco que se ha hecho hasta ahora, pero que tiende a mejorar el Estado actual.

Una base esencial para mejorar la distribución de la riqueza y del ingreso es la educación. La repartición obedece a factores tales como la extensión de las oportunidades educativas. La educación gratuita en todos sus niveles es deseable, tiene un efecto cierto si se aumenta la eficiencia de la mano de obra. La época contemporánea tiene basada su economía en la existencia de gente con altos niveles de enseñanza y en la contribución de la educación al avance de dicha economía. "Lo que requiere de una Administración existosa que implica el ejercicio discrecional de los encargados de ella, proyectada en dirección adecuada para medir la eficiencia de sus propias operaciones; su experiencia operativa deberá ser usada para deci-

siones políticas y de programa! (3)

Una educación igualitaria y democrática se entiende como una educación igual para todos. Por lo tanto, la igualdad social y económica se complementa con la igualdad política, en un vasto proceso en el que la democracia opera en el plano moral y material antes que en el formal.

La integridad de la familia es el núcleo de la sociedad (art. 30. f. I, inciso "c"), aportando de ella la fraternidad y la igualdad de derechos, evitando los prejuicios raciales o de otro tipo que denigren al ser humano, aunque no incluido el prejuicio económico, pese a que éste es un problema importante.

Actualmente existen prejuicios. No como era antiguamente: de razas, sexos, sectas o individuos, sino que ahora es económico, siendo más grave aún. Aquí cabe recordar a Salvador Díaz Mirón que "mientras alguien carezca de lo necesario, nadie tiene derecho a gozar de lo estricto."

Los particulares impartirán educación en todos los grados (art. 30. f. II). La Constitución estatuye que la educación, sólo será dada a los campesinos y obreros por el particular, con el permiso previo, negando o revocando discrecionalmente el poder público la autorización. ¿Cuáles son las razones que tuvo el constituyente para implan

(3) RETCHKIMAN-K., Benjamín, Teoría de las finanzas públicas, t. I, pp. 19, 34, 97, 146.

ter esta disposición? La razón es que, por ser la educación de interés público no se puede supeditar ésta a gente que hacen de la educación un negocio, desvirtuando los conocimientos científicos.

Las corporaciones y ministros religiosos, así como las sociedades por acciones u otras ligadas a creos religiosos que por ningún motivo razón o circunstancia podrán impartir educación primaria, secundaria y normal y la destinada a obreros o campesinos excepto escuelas de nivel superior (art. 3. f. IV). ¿En verdad se cumplen estas disposiciones? Si se diera una investigación de campo observaríamos con seguridad empírica, que no sólo se aprovechan de los rescucios de la Constitución, sino que, todavía se atreven a burlar sus disposiciones. A estas corporaciones religiosas debe aplicárseles un principio cristiano. "Lo que es del Cesar al Cesar y lo que es de Dios a Dios" ¿Pero por qué sucede esto? La blandure del Estado mexicano en materia fiscal, sobre todo el poco presupuesto que es destinado a la educación, comparada con la tremenda evasión de recursos. Es obligatorio que todo individuo sin excepción, empresa o sociedad tenga un impuesto progresivo para la educación, por ser, por todos los medios, más ventajoso incluso en el Tercer Mundo, tener un desempleado preparado, que uno que no lo esté.

La facultad discrecional (art. 3. f. V), permite a la Administración Pública según sus razonamientos, motiva

ciones, basados en el interés público, decidir si reconoce o no la validez de los estudios que se hayan hecho en cualquier tiempo. La fracción fue hecha en función práctica y con operatividad administrativa y no jurídica, tiene la virtud de la retroactividad, (4) justificable, por que anterior y actualmente se expiden títulos falsos, provocando un engaño a la sociedad.

La facultad discrecional en el artículo 3o, se da en obediencia a los principios enmarcados en la Constitución; es una base legal que dejó el Poder Constituyente para hacer más expedito un problema, que ha aquejado a todo el pueblo.

Todo el artículo 3o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos está bajo el manto de la discrecionalidad, por lo que se le considera como único en su género, pero debe tener una fracción en donde se especificará que:

Todos los entes públicos, Federales, Estaduales y Municipales, así como corporaciones, empresas, sociedades, asociaciones, cooperativas, fideicomisos y particulares, inclusive los subempleados, deben contribuir progresivamente (5) sin excepción o con un 5% de su riqueza mensual, así como de los capitales acumulados para el fortalecimiento de la educación.

- (4) GARCIA-DE ENTERRIA, Eduardo, Curso de derecho administrativo, t. I, p. 74, (Cláusula social)
- (5) FERNANDEZ-Y CUEVAS, José, Derecho constitucional tributario, p. 125

Se proponen varias opciones, porque es la única forma de conformar una sociedad que requiere de cambios para hacerle frente a presiones externas.

He aquí una de las impugnaciones que le hacen al artículo 3o Constitucional por fuerzas externas que no conocen nuestra historia. Esta crítica no fue muy librada por los juristas que asistieron al Seminario sobre derechos humanos y protección en 1961, a pregunta del venezolano - Guillermo Andueza Acuña que expresó: cómo carecían de protección los particulares en materia educativa. "Quiero interrogar -dijo- a la Delegación Mexicana sobre la fracción II del artículo 3o ... Que expresamente niegan todo tipo de recursos y el juicio de amparo en materia educativa...; porque considero que estos párrafos contradicen la Declaración Universal de Derechos Humanos" (6)

Dos juristas mexicanos que participaron en el seminario el licenciado Mariano Azuela, ministro de la Suprema Corte de Justicia, y el licenciado Ignacio Burgos, especialista en juicio de amparo trataron de explicar, el primero reconoció una intromisión dictatorial del poder público, mientras que el segundo expresó que el artículo tercero consagra un derecho que no es de los particulares, sino sólo del Estado, y por ende, no cabe el amparo, que es juicio de protección de derechos propios de los particulares.

(6) ALVEAR-ACEVEDO, Carlos, La educación y la ley, p. 337.

Se ha declarado que el artículo 3o Constitucional - viola los principios de la declaración de 1948 de los Derechos Humanos. Sabemos que no es así, las normas de un órgano internacional no ratificado por México, riñe con nuestra soberanía, máxime en materia que frene el progreso. Las disposiciones de un país son preferentes. La Declaración de Derechos Humanos contiene postulados generales y no de una situación real. En esto coincide el artículo 26 de la Declaración de Derechos Humanos con el artículo 3o de la Constitución, pues dice "toda persona tiene derecho a la educación..";(7) la cual, el Estado garantiza, a quien no tiene los recursos económicos para financiarsela, que es el 90% de la población.

La educación debe entrelazar el dualismo de libertad e igualdad, (8) equilibrado en la forma económica y social. El ejercicio de la libertad de educación, conduce a crear la desigualdad en todos sus aspectos, la busca de la igualdad lleva consigo inevitablemente determinadas -- restricciones a la libertad económica y social pero no política.

4.2. CONSIDERACIONES SOBRE LA LIMITACION DE LA FACULTAD DISCRECIONAL.

Las limitaciones a la facultad discrecional en mate

- (7) Declaración Universal de Derechos Humanos, Oficina -- de Información Pública de las Naciones Unidas, México.
- (8) HAURIUO, André, Derecho Constitucional e institucio - nes políticas, p.958.

ria educativa son: a) Motivación; b) Principio general -- enunciado; c) Interés Público.

a) Motivación. La facultad discrecional por ser encuadre de la ley tiene sus requisitos, uno es la motivación, que es la explicación social, jurídica y el razonamiento del porqué se actuó así. La Suprema Corte de Justicia ha dicho 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 hecho que hayan dado lugar al acto reclamado, no puede admitirse que la motivación consista en la expresión general y abstracta de que por razones de interés público el Gobierno Federal había 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"(9)

(9) Amparo en revisión 2, 248/61, Puentes Internacionales, S.A.C.V. 19 de octubre de 1961, 5 votos. Ponente Rafael Matos Escobedo, T. LII, Segunda Sala, p. 63, Sexta Epoca.

El criterio expuesto, exige a la administración señalar las causas materiales en la motivación de los actos ya sea de interés público o no. La motivación legal en la facultad discrecional sólo debe encuadrarse dentro de un marco normativo, (10) para saber si el acto concreto es válido. Las fórmulas como "utilidad pública", "utilidad general", "utilidad común", "salud pública", "bien general", -- "interés público", etc. Este tipo de estandars jurídico, se da junto a cierta categoría de relaciones sociales y frente a situaciones nuevas y exige que se atribuya a la Administración Pública una libertad amplia para realizar o concretizar el ordenamiento jurídico. Sin que por ello se infiera la existencia de la facultad discrecional en estos conceptos. La discrecionalidad entraña una potestad decisoria que se mueve dentro de los supuestos generales consagrados en la norma jurídica. Lo que permite resolver dos o más actos justos, de acuerdo con el interés público (11) de la colectividad.

Referente a los conceptos jurídicos indeterminados arriba mencionados, García de Enterría postula que difieren de las potestades discrecionales que tienen una diversidad de soluciones justas posibles como deducción de su aplicación. Los conceptos jurídicos indeterminados sólo tienen una solución justa. El concepto se realiza o no se realiza, siendo un proceso de estimación y concluye que los conceptos jurídicos indeterminados es un proceso re-

(10) BURGOA, Ignacio, Las garantías individuales, p. 595.

(11) SAINZ-MORENO, Fernando, Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa, p. 319.

glado (12) porque no admite la libertad de soluciones. -- Así, pues, los conceptos jurídicos indeterminados limitan la discrecionalidad administrativa a los términos de legalidad o de justicia. (13) ¿Cómo debe enfocarse esa justicia? Esa justicia debe identificarse con una actividad de servicio o prestacional, (14) y no como una pura dominación o como un mero querer sintético de decisiones fundamentales. Esas decisiones deben permitir construir una -- justicia social al servicio del hombre. (15)

La Administración Pública, al utilizar la facultad discrecional y motivar los actos que de ella emanen, tiene en sus actos la presunción de validez suficiente como para no ser desechados por la autoridad jurisdiccional. Esta facultad no es susceptible de revisión, siempre y cuando la autoridad administrativa, encargada de aplicar el artículo 3o Constitucional, haya explicado lógicamente y racionalmente, sin alterar los elementos sujetos a estimación, es decir, la motivación debe estar apoyada en una realidad de hecho que permita realizar la justicia social, ya que esta es legítima al Estado social de derecho. La facultad discrecional como técnica jurídica, debe armar los mecanismos e instrumentos para la realización de finalidades consideradas en la ley (16) o que el interés público deman-

(12) GARCIA-DE ENTERRIA, Eduardo, La lucha contra las inmunidades del poder, p. 37.

(13) SAINZ-MORENO, p. 192.

(14) CORTIÑAS-PELAEZ, León, Poder Ejecutivo y función jurisdiccional, p. 260.

(15) Ibid. p. 262.

(16) GARCIA-DE ENTERRIA, 1983, p. 24.

de, ya que no siempre existen leyes que permiten el cabal cumplimiento de las normas supremas (trabajo, vivienda, - salud, educación gratuita en todos sus niveles y satisfacción plena en las comunidades). Derechos que se consagran y que son letra latente en la realidad. Estos no se llevan a cabo por falta de recursos, y no, por no haberlos, - si no porque falta una estructura distributiva y se pone crudamente de manifiesto la falta de solidaridad de los - detentadores de riqueza.

La motivación, más que una reducción de la potestad discrecional, es un control que permite conocer deficiencias en la amplitud de la misma.

La facultad discrecional no está totalmente separada de los conceptos jurídicos indeterminados. La facultad discrecional hace uso de los conceptos jurídicos indeterminados para el cumplimiento de la ley (expropiaciones, - determinación de recursos, necesidades de una región). -- Por lo que estimamos que el interés público puede estar unido a tareas concretas, como el servicio de educación, - vivienda, salud, etc. La falta de ley específica, para el cumplimiento de cometidos, permite a la Administración Pública elegir los mecanismos más convenientes para el cumplimiento de ellos.

La misma jurisprudencia da pautas no precisas, duda de los elementos que se deben tomar en cuenta a nivel jurisdiccional. Y explica:

"Si bien es cierto que, por lo general, debe respetarse, dentro del juicio de amparo, el correcto ejercicio

de la autoridad administrativa haga de su poder discrecional o de la 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 de hechos irreales o no comprobados, cuando no contiene argumentos, 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 sustruido de modo absoluto, - cualesquiera que fuesen las circunstancias de cada caso⁽¹⁷⁾!

El poder jurisdiccional sólo menciona las reglas de la lógica. El poder jurisdiccional al exigirle a la autoridad los detalles mínimos, nulifica a nuestro entender a la Administración Pública, volviéndola ineficiente y -- perjudicando sus tareas.

(17) Amparo en revisión 5, 484/60, Daniel Fragoso Chapa - 23 de noviembre de 1960, 5 votos, Ponente: Felipe Tena, T. XLI, segunda sala, p. 37, sexta época.

Amparo en revisión 2, 922/55, Electrolux, S.A. de C. V. 9 de nov. de 1960, 4 votos, ponente: Felipe Tena-Ramirez, T. XLI, p. 36, Segunda Sala, sexta época.

Amparo en revisión 1, 251/55, The Coca Cola Company, 3 de sep. de 1959, unanimidad de 4 votos, ponente: Felipe Tena Ramirez, T. XXVII, Segunda Sala, p. 27.

Amparo en revisión 6, 489/55, Cía. de fábricas de papel San Rafael y Anexas, S. A., 16 de oct. de 1957, - unanimidad de 4 votos, ponente: Felipe Tena Ramirez, T. IV, Segunda Sala, p. 120.

b) Principios generales del Derecho. La facultad -- discrecional no puede ser inherente en cualquier principio, la determinación es doble sólo en principio cuando es palpable su beneficio; es decir, en principios sociales. Los principios sociales son compatibles con los conceptos jurídicos indeterminados, en relación a que se busca una solución justa y verdadera conforme a derecho. Los principios sociales, no sólo tienen una única solución, las condiciones, el lugar, las gentes, las necesidades. La emisión de actos tiene cierta lógica para el cumplimiento de los fines constitucionales sociales. Para que con elementos materiales, permitan la plena satisfacción, lo contrario implicaría una falta de positividad de la Constitución.

La fundamentación de todo acto discrecional se estructura en base a los principios sociales de la Constitución, cuyos elementos deben ser observados en forma coercitiva, al servicio de la comunidad. El carácter social, da validez real a los actos de la administración. La ley no siempre se aplica literalmente, sino como decía Celso: "saber las leyes no es entender sus palabras, sino penetrar en el sentido y la mente de ellas" (Digesto, título III). Cuando un principio proviene de la Constitución social, los demás artículos se aplican en el mismo sentido. La Constitución, en su clausulado social es un documental que es necesario atender para desentrañar el espíritu que anima el contenido y precisar el alcance de esos artículos. El contenido liberal de las normas ha sido superado por la Constitución social. Los tabús del liberalismo-

se superen mediante las cláusulas sociales del Constituyente mexicano por ser éste su espíritu (art. 25, párrafo 5 constitucional). La retroactividad (18) en la ley y reglamentos podría permitir oportunidades educativas para toda la población, moderando la opulencia. Logrando con ello, la dinámica de las leyes con los hechos.

Los principios generales del derecho, enunciados en el artículo 14 constitucional, deben tener en cuenta en todo tiempo el interés público y derechos sociales, protegiendo a la mayoría para llegar a la igualdad social.

En cualquier caso, al utilizarse la facultad discrecional, se enuncia el principio en que se apoye, complementándolo con los motivos del acto.

c) Interés público. La utilización de la facultad discrecional por la Administración Pública, podría ser utilizada en forma positiva hacia las grandes mayorías. El interés público es un elemento esgrimido, por ser fundamental en el artículo 3o Constitucional. El artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 manifiesta que cualquier acción que emprenda el Estado, es libre de imponer las modalidades que le dicte el interés público, siempre y cuando se beneficie a esas mayorías; en caso contrario, se consideran actos arbitrarios y sujetos a revisión por el tribunal de lo con-

(18) GARCIA-DE ENTERRIA, Eduardo, Curso de derecho administrativo, t. I. p. 74.

tencioso-administrativo. La demostración del interés público por parte de la Administración Pública debe exceptuarla del poder jurisdiccional. Esto se llega por una coordinación y colaboración de poderes, para matizar el sentido individualista (económico) del amparo, que cierra por completo la acción administrativa en la realización plena de los principios sociales de mayor rango. (19)

Una justificación a la utilización de la facultad discrecional por parte de la Administración Pública, teniendo en cuenta el interés público, se da por ejemplo: cuando en una comunidad no existen instituciones de nivel superior, los ciudadanos, corporaciones, asociaciones y fideicomisos deberían de cooperar con una aportación de sus ingresos mensuales con el fin de crear estos centros, de acuerdo con las necesidades de la región.

El interés público es una idea previa (20) que se conoce en el ámbito donde este insertada, por lo que no es necesaria la intervención jurisdiccional para deslucirla. En el artículo 30 de la Constitución busca el "desarrollo integral del ser humano. Además, de una mejor distribución del ingreso y la riqueza, que permita una libertad real y dignifique a los individuos, grupos y clases sociales cuya seguridad protege la Constitución (art. 25 párrafo 1o de la Constitución).

(19) GONZALEZ-COSIO, Arturo, Poder Público y la Jurisdicción en materia administrativa en México, pp. 137 a 208.

(20) SAINZ-MORENO, p. 327.

No consideremos que sean limitantes de la facultad discrecional los elementos tradicionales de la ley, por ser incongruentes con las disposiciones del artículo 30 de la Constitución, atendiendo en estos casos solamente los ya mencionados.

4.3. LEY FEDERAL DE EDUCACION ¿DISCRECIONALIDAD DELEGADA?

El artículo 30 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene una ley secundaria llamada "Ley Federal de Educación" que expidió el expresidente Luis Echeverría Alvarez el 27 de noviembre de 1973, reformada y adicionada por el presidente Miguel de la Madrid Hurtado en 1987.

Esta ley, nos da conocer complementaciones del artículo 30 de la Constitución, pero no tiene la vitalidad, ni un proyecto concreto que beneficie a esos "intereses públicos" que expresa en su primer artículo.

En principio, la ejecución y atribuciones pertenecen al Ejecutivo como titular para llevar a efecto estos postulados. La Ley Federal de Educación es delegada a la Secretaría de Educación Pública que es asesorada por el Consejo Técnico de la Educación, órgano que dicta las disposiciones reglamentarias, atendiendo al interés público. Pero siendo la autoridad superior el Ejecutivo, éste hará uso de la facultad discrecional en toda su extensión económica, política y cultural.

La facultad discrecional, al ser delegada por cuestiones técnicas a órganos administrativos, sólo hace expeditos los servicios y aplicar las disposiciones de la Ley Federal de Educación. La delegación de facultades se da de acuerdo a los intereses y necesidades de la población.

En la ley, la existencia de elementos reglados no es total, sino parcialmente discrecional en cuanto al fin. Las disposiciones, contienen normas incluso de carácter discrecional implícito, que permite ampliar el artículo 3o de la Constitución.

¿Como van a llevarse a cabo estos objetivos (arts. 1, 2 y 10 L.F.E.) a la práctica, si lo que se destina a renglones de educación superior, son mínimos de acuerdo al producto nacional bruto! Las condiciones son deplorables en algunas áreas del país. Ante esto necesitamos soluciones pragmáticas y no soluciones potencialmente a largo plazo.

¿Cómo se contribuye a eliminar desequilibrios económicos y sociales? Son muchas las medidas, pero a nivel educativo deben promoverse centros de estudios superiores, planificados a áreas de mayor demanda y no sólo a la educación elemental, que en nada beneficia al país si no se desarrolla completamente a nivel superior.

La educación es permanente. La educación son planes concretos y no sólo expresiones generales, que deben cum-

plirse en cierto lapso de tiempo para exponer los resultados.

La repetición del artículo 30. de la Constitución, - confirma que la facultad discrecional es el criterio de validez que le da forma a la Administración Pública. La prohibición de impartir educación por parte de los particulares en la primaria, secundaria y normal y la destinada a obreros y campesinos se justifica por razones históricas y por ende, es jurídicamente válido (art. 24, f. XI y XII, L.F.E.).

La facultad discrecional es permitida a los gobiernos estatales en lo que respecta a su jurisdicción (art. 33 L.F.E.). Los Estados de la Federación, tienen su presupuesto y lineamientos particulares. En varios Estados se exige el 15% para educación (Estado de México) al pagar: - derechos, aprovechamientos y contribuciones de mejoras, - resultando insuficiente para la investigación y ampliación de las instituciones educativas. La educación parte de una realidad presente para diseñar y organizar estrategias para alcanzar una realidad comprensible.

En el fondo se vislumbra una educación elitista --- (art. 48, L.F.E.). Pero sería injusto declarar que no se ha hecho ningún progreso en las cuatro últimas décadas para mejorar y extender la escolarización en México. Si medimos el impacto cuantitativo y cualitativo de este esfuerzo, aunque la escolarización a nivel superior ha fallado en satisfacer las demandas reales.

En cuanto a la imposición de sanciones pecuniarias, se deja a la Administración Pública su imposición pero -- con ciertos requisitos, que matizan su carácter discrecional.

4.4. EXISTE LA FACULTAD DISCRECIONAL EN LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS EN EL ARTICULO 3o.

La existencia de la facultad discrecional ejercida constitucionalmente por el administrador es un caso sui géneris. En el artículo 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la facultad discrecional es eminente por ser un derecho del Estado y no de los particulares. La atribución de la facultad discrecional, que ejerce el Ejecutivo, es conferida por razones históricas, económicas y jurídicas. Otros sectores tuvieron la oportunidad de educar al pueblo, pero guiados por pensamientos absurdos, como el querer tener un pueblo ignorante para que no se rebelara, o un pueblo sin cultura para evitar la protesta, cuestión que el tiempo destruyó. Ello sin pensar que el desarrollo se encuentra fincado en ese mejoramiento armónico de todas las facultades humanas. La facultad discrecional existe restrictivamente, debe ampliarse a cuestiones económicas. No se debe culpar al Estado, son cómplices también de los bajos niveles de educación, los verdaderos beneficiarios de la economía, así como los acumuladores de riqueza, nacionales y extranjeros, que entregan bicocas como carga tributaria de acuerdo con lo que obtienen. Los recursos dados a la investigación en el

campo principalmente social, son mínimos de acuerdo a paí-
ser de igual desarrollo, quitando a las universidades y -
centros de investigación de las potencias dominantes.

El progreso científico, la lucha contra la ignoran-
cia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los
prejuicios nunca serán erradicados si no es cambiado el -
sistema educacional e impositivo, debiendo ser progresivo
o dejarlo a la facultad discrecional del Estado para aten-
der el renglon educacional como emergente.

Impugnada la facultad discrecional del Estado en el
artículo 30. de la Constitución, ésta es restrictiva, por
que en nada afecta a los grandes oligopolios. El problema
está en los recursos asignados. Deben obtenerse de quien-
posea más riqueza. Sobre el principio de que el presupe-
sto de educación creciera en la proporción del crecimiento
del producto para que en todo caso el impuesto fuera pro-
porcional; o en todo caso, que el crecimiento del presu-
puesto real de educación sea en la proporción del creci-
miento del producto por hombre empleado. Debe haber cam-
bios bruscos en educación. Los obreros y campesinos exi-
gen la concreción del contrato social (21) de la revolu-
ción, estampado en la Constitución. Además, de "seguridad
social en el pleno empleo, el libre y efectivo acceso de
las masas a la educación(incluso superior)"(22) para que-

(21) GONZALEZ-PEDRERO, Enrique, La riqueza de la pobreza,
p. 132.

(22) CORTIÑAS-PELAEZ, León, "Estado democrático y adminis-
tración prestacional", p. 13.

exista una redistribución del ingreso nacional, para evitar los desequilibrios entre el trabajo y el producto del trabajo, que da como consecuencia, un proceso de desarrollo con bienestar y justicia social.

4.5. LA FACULTAD DISCRECIONAL Y LOS COMETIDOS DEL PODER PÚBLICO.

Actualmente los Estados modernos tienen objetivos - más allá del Estado-policía. Para cumplir con estos objetivos, el Estado asume tareas concretas o "cometidos" (23) Clasificándose esos cometidos en esenciales, de servicio público, sociales y "privados" (24)

Respecto de los cometidos sociales, explica el profesor Sayagues Laso, (25) que los ciudadanos tendrán el carácter de beneficiarios y que los particulares que participen en la impartición, serán concurrentes, sujetándose éstos no al régimen privado, sino a un régimen jurídico especial. Para la realización de estos cometidos, todos los sectores deben contribuir a elevar el nivel económico y cultural, siendo deficitarios por su mismo carácter. Por su naturaleza tendrán un régimen especial de financiamiento, estableciendo la imposición de contribuciones especiales, por ser este servicio social permanente.

- (23) CORTIÑAS-PELAEZ, León, en Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX, homenaje a Sayagues Laso, "La obra doctrinal. A) El tratado 7); d) Los cometidos estatales", p. LI y LII.
- (24) Cfr. CORTIÑAS-PELAEZ, León, "Estudio preliminar", Capítulo XII, p. LIV, en GUERRERO-OROZCO, Omar, La teoría de la Administración Pública.
- (25) SAYAGUES-LASO, Enrique, Traite de droit administratif, pp. 77, 78, 79 y 80.

Todos estos elementos son llevados a cabo en el régimen constitucional mexicano, pero sin la suficiente --- fuerza para llevarlos totalmente a su fin, por falta de --- contribuciones que hagan expedito este servicio.

El factor económico es un elemento esencial para el desarrollo, especialmente de la educación. El nivel educativo se eleva en relación a los recursos que se le asignen; según la Organización de las Naciones Unidas debe basar más del 8% del producto anual bruto.

La facultad discrecional con todos sus elementos expuestos debe ser reconocida ampliamente a la Administración Pública, para que determine a su juicio las contribuciones especiales para este servicio social; no debe considerarse como arbitraria esta facultad, porque su finalidad esencial es el cumplimiento de los principios sociales. La facultad discrecional inferida implícitamente en la ley o dada por el Legislativo, deberá contener los lineamientos económicos generales o principios básicos a -- que se sujeta, tomando como referencia los otorgados por constituyente social de 1917.

Los cometidos sociales por ser de contenido permanente, no deben sujetarse a un presupuesto inestable y -- cambiante por situaciones ajenas a ella misma. La excelencia (26) de la educación esta en función al presupuesto -

(26) CARPIZO M., Jorge, Fortaleza y debilidad de la Universidad Nacional Autónoma de México, (folleto).

que se le asigne, lo demás se da por consecuencia.

La facultad discrecional otorgada por el Legislativo es esencial para el fortalecimiento del cometido de la educación. La solución expedita de los problemas de la -- Administración Pública va en relación a la demanda y necesidades de un país. El alcanzar y superar (27) a los países desarrollados se encuentra en la capacitación a nivel superior, encauzando a estos egresados al Estado. Estos -- deben ir a compañías para la solución de los problemas de corto, mediano y largo alcance, mientras dure el proyecto donde esten inmersos.

La vía legal formal es contraproducente en los cometidos sociales, ya que los beneficiarios representan una mayoría desprotegida, por tanto se oponen al individualismo. La facultad discrecional da margen a que la Administración Pública pueda ejercer decisiones ya sea de tipo -- económico o político. Una nación en desarrollo es un país cambiante. El retraso de decisiones afectan no solamente a grupos, sino a la República en general.

La situación del país hace necesario buscar mecanis

- (27) En el Taller de Derecho Público y Derecho de las Finanzas Públicas (U.N.A.M./E.N.E.P., "Acatlan"). Se -- analizaron varios aspectos de la tesis y expresaron que existe cierto romanticismo; pues, sólo soy optimista hacia un futuro mejor. Un reconocimiento a los 12 integrantes del Taller, por su cuestionamiento -- acertado, especialmente al Lics. y profrs., MORALES-FIGUEROA, Eduardo y MARTINEZ-CASTANON, José Antonio.

mos y opciones alternas de financiamiento y una mejor distribución. En el nivel superior, los criterios y funcionamiento no son adecuados y eficientes para la obtención y asignación de recursos federales y estatales. Es nula la existencia, de que quienes han recibido la educación superior, reintegren solidariamente parte de su inversión.(28)

La necesidad de invertir en la fuerza de trabajo(29) del futuro, debe tener un afán pragmático. Los países en desarrollo deben su fuerza a que gastan una proporción algo mayor de su ingreso nacional en sus escuelas. Además, de la preparación de su población es de un 90% en Japón y un 77% en Estados Unidos de America. (30) El total de dichos gastos en materia educativa represento el 8.6% del producto nacional bruto, en tanto Estados Unidos de America dedicó a ese mismo rubro un 6.8 del P.N.B. más las aportaciones filantrópicas. (31) La U.R.S.S. invierte otro tanto. La educación en México a nivel general no debe tener el carácter estático y retrógrado, sino la dinámica de las necesidades nacidas de la evolución económica y social así como de los progresos de la ciencia y las técnicas. "La insuficiente autonomía financiera de los entes --

(28) Plan Nacional de Desarrollo 1983-1988, p. 225.

(29) Excelsior, Sección A., Ideas, viernes 6 de enero de 1989, "Las principales empresas de E.U. colocan más de su dinero filantrópico en Escuelas primarias y secundarias" p. 6.

(30) Contextos, "El debate sobre la escuela, el fracaso norteamericano, la educación en Japón y la reforma soviética, 30 de junio de 1985.

(31) Excelsior, viernes 6 de enero de 1989, Ideas, p. 6.

exige una fórmula radical que les asegure la satisfacción de sus necesidades; debe conferírseles la iniciativa presupuestal... Sólo una inversión intelectual, sistemática y masiva permitirá ganar las batallas subsidiarias contra los subdesarrollo científico y económico" (32)

La ampliación en los aspectos económicos del artículo 30. de la Constitución Política de los Estados Unidos-Mexicanos, al otorgarle facultades discretionales a la -- Administración Pública, cambiaría quizá el curso de los - Estados Unidos Mexicanos.

Los principios de una Constitución son el puente entre la realidad y la utopía. Las funciones para la determinación de principios están dirigidas hacia la búsqueda y el establecimiento de nuevas normas que definan aquellos valores que serán más consonantes con el futuro deseado. "La actividad prestacional, las vías procedimentales y procesales administrativas se rigen por formas, el primado del derecho perdura. Pero la forma está abierta -- mente al servicio de lo material!"(33) La revolución educativa (34) debe ser imperativa. La ley (35) debe hacerse -- realidad, sino carece de sentido.

(32) Cfr. CORTINAS-PELAEZ, León, "Entes autónomos de enseñanza en el Uruguay", Montevideo: La justicia Uruguaya, Doctr., 1963, pp. 85-115; reproducido en Madrid: Rev. de administración pública, No. 40, ene.-ab.1963, pp. 465-503; y, ahora, en 34 artículos seleccionados de la revista de Administración pública con ocasión de su centenario, selección, Introducción General y presentación por Alejandro NIETO-GARCIA, Alcalá de Henares y Madrid: Instituto Nacional de la Adminis--

tración Pública, 1903, 1200 pp; pp. 550-589.

(22) Cfr. CORTINAS-PELAEZ, León, "Estado democrático y Administración prestacional" Revista Mexicana de Ciencia Política, n. 14.

(24) Cfr. REYES-HEROLES, Jesús, Revolución Educativa, p.11.

(25) Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, - art. 38, p. 41.

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

Primera. La Administración Pública, al emitir todo acto - discrecional, debe tener como elemento esencial - el interés público.

Segunda. La Administración Pública, al ejecutar el cometido social de educación como factor de desarrollo, debe utilizar la facultad discrecional, combinándola con la potestad congresional soberana (art. 73, frac.VII de la Constitución) para hacerse de los recursos económicos necesarios, al logro del mejor nivel cultural de los Estados Unidos Mexicanos.

Tercera. Todo ente jurídico creado por la ley, así como - los individuos, corporaciones, asociaciones, fideicomisos y cooperativas, deben por imperio de Constitución y ley contribuir progresivamente de acuerdo con sus ingresos, excluyendo todo medio-jurídico de impugnación. (36) Todos estos recursos deberán asignarse exclusivamente en beneficio de la educación.

Cuarta. Todo órgano jurisdiccional debe asumir como base para emitir sus decisiones, el fundamento demo_ -

(36) Cfr. La tesis de Vallarta, vigente hasta los 1930's - en la S.C.J.N. (V. GARZA, Sergio Francisco de la, Derecho Financiero Mexicano, pp. 85, 806, y 807).

crático de la Constitución Federal y el sentido social de los dictámenes de la Administración Pública, al hacer uso de la facultad discrecional, por tener la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos un fin social y no liberal (principio de la "cláusula social").

Quinto. Los actos de la Administración Pública, al hacer uso de la facultad discrecional, son de nivel Federal, Estatal y Municipal. Las áreas de competencia serán regidas, respectivamente por el Ejecutivo; por los gobernadores y por los presidentes municipales. Los actos deberán ser obligatorios si benefician a las mayorías.

Sexta. La facultad discrecional al ser ampliada a otros niveles jurídicos y económicos, podría desenvolverse radicalmente a los Estados Unidos Mexicanos.

Séptima. La Administración Pública en la educación, al utilizar con mayor amplitud la facultad discrecional permitiría ampliar el nivel medio y superior, por que de ahí parte la igualdad social, económica y la fuerza misma de un país.

Octava. La instalación de Centros Superiores debe verificarse por acuerdo a su número de habitantes, enfocándose principalmente a una especialización. La facultad discrecional, como instrumento de desar-

rollo, podría ser aplicada para el cumplimiento - de esta disposición y así, ampliar los focos de - bienestar de las mayorías.

Novena. Complementariamente a esta facultad discrecional - y basándose en la soberanía nacional ejercida por los órganos Legislativos del Poder Público, se -- gravará progresivamente la propiedad con las moda lidades que exija el interés general, entendiendo también sus derivaciones de ella: así los capitales en general y riqueza que se vaya a generar. - Destinando un 20% del producto interno bruto en - todo caso para el fin exclusivo de la educación. - Ello para que la democracia no sea solamente una - estructura jurídica y un régimen político, sino - un sistema fundado en el constante mejoramiento - económico, y social y cultural del pueblo (Constitución, art. 3o.).

LEGISLACION
Y OTROS DOCUMENTOS OFICIALES

CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION, ciudad de México: Porrúa-S.A., 1986.

CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA, ciudad de México: - Embajada de Argentina, 1987, (copias).

CONSTITUCION DE BRASIL, 24 de enero de 1967, compendio de la embajada de Brasil, ciudad de México: Industria gráfica, 1985.

CONSTITUCION DE COLOMBIA, ciudad de México: Embajada de - Colombia, 1987.

CONSTITUCION DE CHILE, ciudad de México: Universitario, - 1989.

CONSTITUCION DE ECUADOR, ciudad de México: Embajada de -- Ecuador, 1989.

CONSTITUCIONES DEL PARAGUAY, Madrid: Cultura hispánica, - Centro Iberoamericano de Cooperación, 1978.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, -- ciudad de México: Porrúa S.A., 1986.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, -- ciudad de México: U.N.A.M., Instituto de Investigaciones-Jurídicas, 1985.

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, Montevideo: Impresora Record, 1970.

LEY FEDERAL DE EDUCACION, ciudad de México: Libros económicos, 1987.

LEY ORGANICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL, ciudad de México: Porrúa S.A., 1985.

LEY FEDERAL DEL TRABAJO, ciudad de México: Mexicanos Unidos, 1985.

PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 1983-1988, ciudad de México:-- Secretaría de Programación y Presupuesto, 1983.

BIBLIOGRAFIA SELECTA

(citada abreviadamente en notas)

- ACOSTA, José, Historia natural y moral de los indios, ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1968.
- ACOSTA-RODRIGO, Miguel, Teoría general del derecho administrativo, ciudad de México: Porrúa S.A., 6a. ed., -- 1984.
- ALVAREZ-ACEVEDO, Carlos, La educación y la ley, Colección-México Heroico, ciudad de México: Jus, 3a., ed., -- 1978.
- BURDEAU, Georges, Traité de la Science Politique, vol. I. 1959, Trad. al Esp. Tratado de Ciencia Política, t. I., "Presentación del universo político" en vol. II "El orden social y la idea de derecho" Acatlán/Edo. de México: U.N.A.M./E.N.E.P. "Acatlán" 1982.
- BURGOA, Ignacio, Las garantías individuales, ciudad de México: Porrúa S.A., 18a. ed., 1984.
- CARPIZO-M., Jorge, Fortaleza y debilidad de la Universidad Nacional Autónoma de México, ciudad de México: U.N.A.M., 16 de abril de 1986.
- CORTIÑAS-PELAEZ, León, "Del marco jurídico en la administración para el cambio estructural y funcional de países en desarrollo" Caracas/Venezuela: Rev. de la facultad de derecho, No. 57, abril 1976.
- CORTIÑAS-PELAEZ, León, "Entes autónomos de enseñanza en el Uruguay" Montevideo: La justicia Uruguaya, Doctr. 1963, pp. 85-115; reproducido en Madrid: Rev. de -- administración pública, No. 40, ene-ab., 1963 pp. 465-503; y, ahora, en 34 artículos seleccionados de la revista de administración pública con ocasión de su centenario, selección, Introducción general y -- presentación por Alejandro NIETO-GARCIA, Alcalá de Henares y Madrid: Instituto Nacional de la Administración Pública, 1983, 1200 págs; pp. 550-589.

- CORTIÑAS-PELAEZ, León, "Estado democrático y administración prestacional" ciudad de México: Rev. Mexicana de Ciencia Política, año XVII; nueva época No. 68 - abril-junio, 1972, pp. 75-99.
- CORTIÑAS-PELAEZ, León, "De la Autonomía de la Administración Pública Latinoamericana ante los modelos Europeo y Angloamericano" Mérida/Venezuela: Anuario de la facultad de derecho, No. 9, 1973.
- CORTIÑAS-PELAEZ, León, "Estudio preliminar" capítulo XII en GUERRERO-OROZCO, La teoría de la Administración Pública, ciudad de México: Harla, 1986.
- CORTIÑAS-PELAEZ, León, Poder Ejecutivo y función jurisdiccional; contribución al estudio del Estado autoritario en América Latina, profr. GILES-ALCANTARA, ciudad de México: U.N.A.M., Coordinación de Humanidades, 1982, 210 pp.
- DURAN, Diego; KOBAYASHIY, José María; VAZQUEZ, Zoraida, - Historia de las indias de Nueva España e islas de tierra firme, ciudad de México: Nacional, 1970.
- DUBLAN, Adolfo y ESTEVA-A., Adalberto, Legislación mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la Independencia de la República, ciudad de México: Eduardo DUBLAN, 1897, t. - IX, p. 85.
- FRAGA, Gabino, Derecho Administrativo, ciudad de México: - Porrúa S.A., 1986 y actualizado por Manuel FRAGA en 1985.
- FRIEDRICH, G. J., El hombre y el gobierno, Madrid: Tecnos, 1968.
- FERNANDEZ Y CUEVAS, José, Derecho constitucional tributario, ciudad de México: Dofiscal, 1983.
- GARCIA-DE ENTERRIA, Eduardo, Curso de derecho administrativo, Madrid: Civitas S.A., t. I., 1982.
- GARCIA-DE ENTERRIA, Eduardo, Legislación delegada, Potestad reglamentaria y Control judicial, Madrid: Tecnos, 1970.
- GARCIA-DE ENTERRIA, Eduardo, La lucha contra las inmunidades del poder, Madrid: Civitas S.A., 3a. ed., 1983.

- GARCIA-DE BERTERNA, Eduardo, Revolución francesa y Administración contemporánea, Madrid: Teuras, 2a. ed. - 1981.
- GARCIA-REYES, Eduardo, Filosofía del derecho, ciudad de México: Porrúa S.A., 1982.
- GARCIA-SAYRE, Eduardo, Lógica del raciocinio jurídico, - ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1964.
- GARRIDO-PALLA, Fernando, Tratado de derecho administrativo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, - 1958.
- GARZA, Sergio Francisco de la, Derecho financiero mexicano, ciudad de México: Porrúa S.A., 1988.
- GOMEZ, Marcela y PUIGGROS, Adriana, La educación popular en América Latina, ciudad de México: El caballito, C.E.F., 1986.
- GOMEZ-NAVA, Leonardo, Política educativa, ciudad de México: Nuestro tiempo, 1967.
- GONZÁLEZ-COSIO, Arturo, El poder público y la jurisdicción en materia administrativa en México, ciudad de México: Porrúa S.A., 1982.
- GONZÁLEZ-COSÍO, Arturo, Ensayos escogidos, "Historia, sociedad y política de México" ciudad universitaria, México: U.N.A.M., 1981.
- GONZÁLEZ-NAVARRO, Moisés, El pensamiento político de Lucas Alamán; ciudad de México: El colegio de México 1952.
- GONZALEZ-PEDRERO, Enrique, La riqueza de la pobreza, ciudad de México: Joaquín Mortiz S.A., 1985.
- GRANSCI, Antonio, Cuadernos de la cárcel, ciudad de México: Era, t. 2, 1981.
- HAURIUO, André, Derecho constitucional e instituciones políticas, Barcelona: Ariel, 1971.
- HERNÁNDEZ, Octavio, La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ciudad de México: Cultura, - t. II, 1952.

- LAJES, Teodosio, Lecciones de derecho administrativo de -
das en el Atenco Mexicano, ciudad de México: Impren-
ta de Ignacio Cumplido, 1892; reimpressiones facsimi-
lares: de la U.N.A.M., sept. 1978.
- MARTÍAS-CERRO, Luis, Las constituciones de Venezuela, Ma-
drid/España: Cultura hispánica, 1965.
- MARX, Carlos, El capital, ciudad de México: Fondo de cul-
tura económica, 1936.
- MARTÍNEZ-CASTAÑÓN, José Antonio, El interés público y la-
intervención estatal, U.N.A.M./División de Ciencias
Jurídicas de la E.N.E.P. "Acatlán" 1984.
- MARITAIN, Jacques, El hombre y el Estado, Buenos Aires / -
Argentina: Kraft, 1952.
- MIAJA-DE LA MUELA, Adolfo, Introducción al derecho inter-
nacional, Madrid: Gráficas Yagües, 1979.
- MONTESSUQUE, El espíritu de las leyes, ciudad de México:
Porrúa S.A., Colección sepan cuantos..., 1986.
- ORTIZ, Eduardo, "Límites y contralor de la discrecional-
idad administrativa en Costa Rica"; San José/Costa Ri-
ca: Revista Judicial, año VIII, No. 28, marzo 1984.
- PALOMAR-DE FIGUEROA, Juan, Diccionario de juristas, ciudad-
de México: Omeba, 1981.
- Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del-
siglo XX, Homenaje a Enrique Sayagués-Laso; direc-
ción, Introducción General y anotaciones por León-
CORTIÑAS-PELAEZ; "Préface" de Marcel WALINE, Madrid:
I.E.A.L., 5 tomos, 1969, esp. los ts. III y V.
- PINA-VARA, Rafael de, Diccionario de derecho, ciudad de -
México: Porrúa S.A., 1984.
- PINEDA-GONZALEZ, Guillermo Manuel, La causal desvío de po-
der en derecho administrativo mexicano, tesis profe-
sional, Acatlán/Edo. de México: U.N.A.M./E.N.E.P. -
"Acatlán" (División de Ciencias Jurídicas), 1984, -
404 pp.
- PONCE, Aníbal, Educación y lucha de clases, ciudad de Mé-
xico: Mexicanos Unidos, 1983.
- PRECIADO-HERNANDEZ, Rafael, Lecciones de filosofía del de-
recho, ciudad de México: Textos universitarios, ---
1984.

RESTONKIMAN, Benjamín, Teoría de las finanzas públicas, -- ciudad de México: U.N.A.M., Imprenta universitaria, t. I, 1987.

REYES-HEROLES, Jesús, Revolución educativa, ciudad de México: Guadalupe S.R.P., documentos 1933-1934, julio de 1984.

ROMERO-PÉREZ, Jorge, "Discrecionalidad", San José/Costa Rica: Revista de ciencias jurídicas, No. 51 sept-dic. 1984.

SANAGUN, Fray Bernardino, Historia general de las cosas de la Nueva España, ciudad de México: Porrúa S.A., 1946.

SAINZ-MORENO, Fernando, Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa, Madrid: Civitas S.A., 1976.

SAYAGUES-LASO, Enrique, Traité de droit administratif, -- ouvrage publié sous les auspices du Centre français de droit comparé, 1964-1966, en esp. Tratado de derecho administrativo, Montevideo: Barreiro y Ramos-S.A., 2 vols., 5a. ed., con actualización por Daniel-Hugo MARTINS, 1984.

SCAGLIARINI, Amadeo F. J., "Discrecionalidad", Buenos Aires/Argentina: Rev. La Ley, 13 de abril de 1970.

SERRA-ROJAS, Andrés, Derecho administrativo, ciudad de México: Porrúa S.A., 1961.

SERRA-ROJAS, Andrés, Ciencia política, ciudad de México: Porrúa S.A., 1983.

TENA-RAMÍREZ, Felipe, Leyes fundamentales de México, ciudad de México: Porrúa S.A., 1987.

WEBER, Max, Economía y sociedad, ciudad de México: Fondo de cultura económica, 1944.

ZARCO, Francisco, Historia del Congreso Extraordinario -- Constituyente 1856-1857, ciudad de México: El colegio de México, 1956.

Contextos, "El debate sobre la Escuela. El fracaso norteamericano, la educación en Japón y la reforma soviética", ciudad de México: Secretaría de Programación y Presupuesto, segunda época; año 3, No. 54, 30 de junio de 1985.