



Universidad Lasallista

Benavente

FACULTAD DE DERECHO

Con estudios incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México

Clave: 8793 - 09

LAS FACULTADES DISCRECIONALES COMO VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

TESIS

Que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

EMMANUEL ALEJANDRO ROSALES CASTRO.

Asesor: Lic. Roberto José Navarro González.

Celaya, Gto.

Marzo 2009



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 esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

AGRADECIMIENTOS

*Agradezco a Dios por todo
lo que me ha brindado.*

A mi padre, que ha sido mi más grande maestro en esta vida.

*A mi madre, agradezco todo su cariño, sus sacrificios,
su apoyo incondicional y la confianza depositada en mi persona.*

*A mis hermanos, que siempre me han
apoyado e inspirado a ser mejor.*

*A mi Mamá Amparo, mis tías Esperanza y Maria,
les agradezco por la fé que han tenido en mí.*

*A los primos, que han sido como mis hermanos,
por apoyarme y aconsejarme.*

A mis catedráticos de la universidad.

*A mi asesor y Maestro, Lic. Roberto Navarro González,
de quien aprendí más que conocimientos de Derecho.*

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO PRIMERO. EL ESTADO.

| | |
|---|----|
| 1.1 NATURALEZA JURÍDICA DEL ESTADO. | 1 |
| 1.2 CONCEPTO DE ESTADO. | 5 |
| 1.3 ELEMENTOS DEL ESTADO. | 8 |
| 1.4 EL FIN DEL ESTADO. | 10 |
| 1.4.1 ELEMENTOS FORMALES DEL BIEN COMÚN. | 13 |
| 1.5 LA AUTORIDAD O PODER PÚBLICO. | 15 |
| 1.6 LA SOBERANÍA. | 20 |
| 1.6.1 CARACTERÍSTICAS DE LA SOBERANÍA. | 22 |
| 1.6.2 TITULARIDAD DE LA SOBERANÍA. | 24 |
| 1.6.2.1 TITULAR DE LA SOBERANÍA EN EL SISTEMA EUROPEO. | 24 |
| 1.6.2.2 TITULAR DE LA SOBERANÍA EN EL SISTEMA AMERICANO. | 25 |
| 1.6.3 LA SOBERANÍA Y LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. | 25 |
| 1.6.4 SOBERANÍA Y PODER PÚBLICO. | 28 |
| 1.7 SUMISIÓN DEL ESTADO AL DERECHO. | 29 |
| 1.7.1 LIMITE NATURAL DE LA SOBERANÍA. | 29 |
| 1.7.2 SUMISIÓN DE LA SOBERANÍA AL DERECHO. | 31 |

CAPÍTULO SEGUNDO. ACTUACIÓN DEL ESTADO.

| | |
|---|----|
| 2.1 PODER PÚBLICO DEL ESTADO. | 33 |
| 2.2 ATRIBUCIONES CONFERIDAS AL ESTADO. | 35 |
| 2.2.1 SERVICIO PÚBLICO Y ATRIBUCIÓN. | 37 |
| 2.3 ÓRGANOS GUBERNAMENTALES. | 39 |
| 2.3.1 NATURALEZA DE LAS RELACIONES ENTRE LOS GOBERNANTES CON EL ESTADO Y EL PODER PÚBLICO. | 42 |

| | |
|--|----|
| 2.3.2 LA DOCTRINA DE LA REPRESENTACIÓN. | 42 |
| 2.3.3 LA DOCTRINA DEL ÓRGANO. | 43 |
| 2.4 FUNCIONES DEL ESTADO. | 43 |
| 2.4.1 FUNCIONES GUBERNAMENTALES. | 45 |
| 2.4.1.1 FUNCIÓN LEGISLATIVA. | 45 |
| 2.4.1.2 FUNCIÓN JURISDICCIONAL. | 45 |
| 2.4.1.3 FUNCIÓN ADMINISTRATIVA. | 46 |
| 2.4.2 SEPARACIÓN DE ÓRGANOS Y FUNCIONES GUBERNAMENTALES. | 51 |
| 2.4.3 FUNCIONES, PUNTO DE VISTA FORMA Y MATERIAL. | 52 |
| 2.4.3.1 CRITERIO FORMAL. | 52 |
| 2.4.3.2 CRITERIO MATERIAL. | 53 |
| 2.5 EL PODER DEL ESTADO Y EL PODER GUBERNAMENTAL. | 54 |
| 2.6 ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. | 55 |
| 2.6.1 CONCEPCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. | 57 |
| 2.6.2 PUNTOS DE VISTA PARA EL ESTUDIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. | 59 |
| 2.6.3 PROBLEMÁTICA QUE PRESENTA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA MODERNA. | 60 |
| 2.6.4 ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA. | 60 |
| 2.6.4.1 MARCO JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. | 62 |
| 2.6.4.2 ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS. EXTERNA E INTERNA. | 64 |
| 2.6.4.3 CLASIFICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ACTIVA, CONSULTIVA Y CONTRALOR. | 65 |
| 2.7 FUNCIONARIOS PÚBLICOS. | 67 |
| | |
| CAPÍTULO TERCERO. ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN. | |
| 3.1 TEORÍA GENERAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO. | 73 |
| 3.1.1 ACTOS MATERIALES Y ACTOS JURÍDICOS. | 74 |

| | | |
|---------|--|-----|
| 3.1.2 | CARACTERÍSTICAS DEL ACTO ADMINISTRATIVO. | 75 |
| 3.1.3 | CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO. | 75 |
| 3.2 | ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO. | 78 |
| 3.2.1 | SUJETO. | 78 |
| 3.2.2 | VOLUNTAD. | 80 |
| 3.2.3 | OBJETO. | 81 |
| 3.2.4 | MOTIVO. | 82 |
| 3.2.5 | FINALIDAD. | 83 |
| 3.2.6 | FORMALIDAD. | 83 |
| 3.3 | REQUISITOS CONSTITUCIONALES DEL ACTO ADMINISTRATIVO. | 84 |
| 3.3.1 | LA COMPETENCIA. | 85 |
| 3.3.2 | FORMA ESCRITA. | 86 |
| 3.3.3 | FUNDAMENTACIÓN. | 87 |
| 3.3.4 | MOTIVACIÓN. | 88 |
| 3.3.4.1 | FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN FORMAL Y MATERIAL. | 89 |
| 3.3.5 | LA IRRETROACTIVIDAD. | 90 |
| 3.3.6 | PRINCIPIO DE LEGALIDAD. | 92 |
| 3.3.6.1 | CONCEPTO DE PRINCIPIO DE LEGALIDAD. | 93 |
| 3.3.6.2 | PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. | 95 |
| 3.3.6.3 | PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA ATRIBUCION POTESTADES. | 97 |
| 3.3.6.4 | VINCULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. | 98 |
| 3.3.6.5 | INFRACCIONES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. | 101 |
| 3.3.7 | CONCEPTOS QUE NO CONSTITUYEN NI ELEMENTOS NI REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO. | 101 |
| 3.4 | MODALIDADES DEL ACTO ADMINISTRATIVO. | 102 |
| 3.4.1 | LOS ACTOS MATERIALES Y LOS ACTOS JURÍDICOS. | 103 |
| 3.4.2 | ACTOS SIMPLES, COLEGIADOS Y COMPLEJOS. | 103 |
| 3.4.3 | ACTOS OBLIGATORIOS Y ACTOS DISCRECIONALES. | 104 |

| | |
|--|-----|
| 3.4.4 LOS ACTOS INTERNOS Y LOS ACTOS EXTERNOS. | 108 |
| 3.4.5 LOS ACTOS PRINCIPALES Y LOS ACTOS INSTRUMENTALES. | 109 |
| 3.4.6 LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE ACUERDO CON SU CONTENIDO Y EFECTOS JURÍDICOS. | 110 |

CAPÍTULO CUARTO. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.

| | |
|--|-----|
| 4.1 EVOLUCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA. | 112 |
| 4.2 NOCIÓN CONCEPTUAL DE DISCRECIONALIDAD. | 113 |
| 4.3 TIPOS DE DISCRECIONALIDAD. | 116 |
| 4.4 CARACTERÍSTICAS DISTINTIVAS DE LA DISCRECIONALIDAD. | 117 |
| 4.4.1 INTERPRETACIÓN Y DISCRECIONALIDAD. | 127 |
| 4.4.2 SILENCIO DE LA LEY | 128 |
| 4.4.3 PRINCIPIO DE RESERVA DE LA LEY. | 129 |
| 4.5 PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LAS POTESTADES REGLADAS -DISCRECIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN. | 130 |
| 4.6 DIFERENCIA ENTRE ACTOS REGLADOS Y ACTOS DISCRECIONALES. | 132 |
| 4.7 LÍMITE A LAS FACULTADES DISCRECIONALES. | 134 |
| 4.8 CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS DISCRECIONALES | 137 |
| 4.8.1 DISCRECIONALIDAD Y ARBITRARIEDAD. | 141 |
| 4.9 FACULTADES DISCRECIONALES DEL EJECUTIVO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN. | 142 |

CAPÍTULO QUINTO. TRANSGRESIÓN AL ESTADO DE DERECHO.

| | |
|---|-----|
| 5.1 LA NO APLICACIÓN DE LAS NORMAS. | 149 |
| 5.1.1 LA NO APLICACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA. | 150 |
| 5.1.2 LA NO APLICACIÓN DE LA NORMA CON RELACIÓN A TERCEROS. | 157 |
| 5.1.3 REPRESENTACIÓN Y LEGITIMIDAD. | 159 |

| | |
|--|-----|
| 5.2 DESVÍO DE PODER. | 163 |
| 5.2.1 CONCEPTO Y NATURALEZA DEL DESVÍO DE PODER. | 165 |
| 5.2.2 MODALIDADES Y MOTIVOS DE LA DESVIACIÓN DE PODER. | 166 |
| 5.2.3 ASPECTOS PROBATORIOS DEL DESVÍO DE PODER. | 167 |

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El concepto de Estado de derecho es una respuesta al Estado absolutista, caracterizado por la ausencia de libertades, la concentración del poder y la irresponsabilidad de los titulares de los órganos del poder. De ahí que la garantía jurídica del Estado de derecho corresponda al constitucionalismo moderno. Se ha entendido que el constitucionalismo contiene dos elementos básicos, que por mucho tiempo han sido considerados como sinónimo del Estado de derecho: la supremacía de la Constitución (también podemos englobar aquí las leyes secundarias) y la separación de funciones en el ejercicio del poder.

Para Kelsen existe identidad del orden estatal y del orden jurídico, "todo Estado tiene que ser Estado de derecho en sentido formal, puesto que todo Estado tiene que constituir un orden coactivo... y todo orden coactivo tiene que ser un orden jurídico". Ahora bien, este autor acepta que se puede hablar de un Estado de derecho material para aludir a la cuestión de en qué medida se exigen garantías jurídicas concretas para asegurar que los actos jurídicos individuales se correspondan con las normas generales.

De ahí que se considere al Estado de derecho como un valor negativo: al otorgársele facultades de coacción, el derecho crea el peligro del poder arbitrario; "el Estado de derecho está hecho para minimizar el peligro creado por el propio derecho". La idea del Estado de derecho tiene sentido desde el punto de vista jurídico y político, en tanto que representa la funcionalidad del sistema estatal, e introduce en ese sistema la normalización, la racionalidad y, por ende, la disminución de factores de incertidumbre.

La función administrativa, necesita y se encuentra obligada por el principio de legalidad para su desarrollo adecuado dentro del marco jurídico en el cual tiene su actividad propia, en virtud de la separación de poderes. Este principio tiene su importancia, en que ningún órgano del Estado puede tomar decisiones o

determinaciones que no sean conforme a una ley o normatividad establecida. Por lo tanto, la autoridad hará lo que expresamente le sea permitido dentro de ese marco legal que le otorga facultades determinadas, o bien, una competencia determinada dentro de la cual podrá desarrollar su actividad.

Pero nos encontramos a que este principio encuentra su excepción en la facultad discrecional, ya que dicha facultad discrecional si bien su punto de partida siempre será la ley, también esta facultad discrecional implica en su ejercicio el tomar decisiones en vista de criterios de carácter no legislativo y que por consecuencia lógica se le atribuye a la autoridad tomar en cuenta esos criterios para optar o no por determinada decisión.

Originándose por tanto el realizar actos individuales que no están previstos por la ley y que dejan a la arbitrariedad de la autoridad el sentido del acto que se trate, situación en la que no se obliga a la autoridad a resolver en tal o cual forma, esto deja, que la decisión que se tome sea por completo subjetiva en cuanto a la apreciación de los hechos o circunstancias que lo originan, lo que arroja como consecuencia que dichos actos puedan prestarse a fines diferentes a los que debe perseguir la autoridad, como la persecución del bien común y el bienestar general. Y lo peor para este tipo de situaciones, que se tomen acciones en pro de un interés personal o de grupo.

La intención del presente trabajo de tesis tiene por objeto profundizar sobre todo en el controvertido tema de la discrecionalidad administrativa, los elementos técnicos de esta y la relación que guarda con el principio de legalidad; con la intención de determinar no tanto la importancia o valor jurídico que posee, sino la idoneidad de la existencia de este tipo de facultades que escapan por defecto a la obligación de adecuar el acto a el orden jurídico establecido.

CAPÍTULO PRIMERO

EL ESTADO.

1.1 NATURALEZA JURÍDICA DEL ESTADO.

Al examinar la historia de los distintos pueblos clásico, de Grecia, del antiguo Oriente, de Roma, por ejemplo, vemos que de acuerdo con el contenido histórico de esos pueblos se desarrollo concomitantemente el orden jurídico propio y adecuado para esos hechos sociales. Igual sucede en la historia de cualquier pueblo; siempre hay correlación entre los hechos sociales y el Derecho. La aparición del Estado nacional es relativamente reciente en la historia de la humanidad, pues emerge en el siglo XII en Europa, como una nueva forma de organización política, la cual surge y se va desarrollando conforme sus necesidades y limitaciones específicas, consolidándose y avanzando en busca de su perfeccionamiento.

“El Estado como objeto o establecimiento. Existen tres maneras posibles de concebir al Estado, la primera de ellas es considerarlo como Objeto, como establecimiento. Esta teoría, al considerar al estado como objeto, tiene que hacer una separación interna de dos elementos que existen en el mismo Estado, los dominadores y los dominados, puesto que el objeto supone la existencia de un sujeto al cual referirlo, y entonces los dominados son el objeto de esa autoridad. Pero solo es posible concebir a un Estado como objeto de un sujeto: como un grupo de esclavos sometidos a la propiedad de un señor. Esta idea podría servir para explicar la realidad de determinadas agrupaciones políticas históricas, pero es imposible que explique al Estado moderno, que esta formado por gobernantes y gobernados, siendo ambos sujetos activos del Estado, no son objetos (los gobernados) de la actividad de la autoridad, sino que unos y otros intervienen activamente para formar la realidad del Estado; de las relaciones entre gobierno y

particulares y de estos entre si surge precisamente el Estado. No podemos separarlas y considerarlas a una como sujeto y a otra como objeto.”¹

La existencia del Derecho con su concepto de relación, o mejor dicho de interrelación, hace caer por su base esas teorías; el orden jurídico sirve para enlazar a gobernantes y gobernados. Es incompatible la existencia del orden jurídico con la idea del Estado como Objeto. Dentro de estas teorías se encuentra las de Seydel sobre el señor o soberano, que pretende explicar al mismo tiempo la naturaleza real y la naturaleza jurídica del Estado. Esta doctrina hace derivar el Derecho del imperium o poder efectivo real y no puede explicar como un hecho objetivo, el poder, puede dar vida a un hecho subjetivo como lo es el Derecho.

El Estado como relación jurídica: en segundo termino, dentro de estas doctrinas jurídicas encontramos las que conciben la naturaleza del Estado como una relación jurídica. A primera vista parece exacto afirmar que el Estado es una relación jurídica, porque observamos que en el mismo aparecen gobernantes y gobernados con mutuas relaciones. Pero esta teoría no logra explicar por que las instituciones estatales permanecen, no obstante el cambio de las personas, no pueden explicar la unidad permanente del Estado, así reducimos su ser, pues en el existen otras relaciones. En realidad, en la base real misma del Estado existen tantas relaciones como sujetos de ellas, y cada cambio entre los gobernantes y gobernados significa la creación de nuevas relaciones.

Entonces, al cambiar estas relaciones desaparecería el Estado para dar lugar a otro. Esta misma objeción puede darse a la teoría que explica al Estado a través de las relaciones de los órganos estatales con los individuos y de los órganos del Estado entre si. No explican por qué, a través de los cambios que se suceden en la realidad sociológica del Estado permanece éste como una unidad activa, y para rebasar esta objeción, tienen que recurrir a ficciones o síntesis mentales para tratar de explicar al Estado. Tratan de concebir la naturaleza del

¹ Porrúa Pérez Francisco. Teoría del Estado. 34ta. ed. Ed. Porrúa. México 2001. p. 183.

Estado como una ficción jurídica y entonces adoptan una posición negativa en lo que respecta a su realidad. Niegan implícitamente la realidad del Estado, puesto que afirman que solo puede pensársele como una ficción jurídica. El error más grande de esta teoría es que no puede decir de donde proceden las relaciones jurídicas del Estado. Estas necesitan normas jurídicas que sean impuestas por un poder, y éste, ¿de donde surge o a quien se le atribuye? Si se dice que es el Estado quien impone esas relaciones jurídicas, incurrimos en el mismo error que se señaló: tenemos que reconocer la existencia de un orden jurídico supraestatal, del cual surja el poder que establezca las relaciones jurídicas. Con esta teoría no se puede construir un orden jurídico internacional. Por que las relaciones jurídicas entre Estados no se pueden resolver tan simplemente como las que se dan dentro de un Estado. La existencia misma de esas relaciones jurídicas implica la necesaria referencia a una realidad en la cual se producen. Esa realidad es precisamente el Estado.

El Estado como sujeto de Derecho: en tercer término encontramos a las teorías que asignan al Estado una naturaleza de sujeto de derecho. El ser sujeto de derecho es una cualidad que el Derecho atribuye a un ser, no es algo esencial que exista dentro de la naturaleza, sino que esa cualidad le viene de su reconocimiento por el orden jurídico. La personalidad jurídica es una creación del orden jurídico. El sujeto de derecho es por excelencia la persona humana , pero además de ella existen personas jurídicas de otro orden, gentes que tienen una sustantividad especial y se les atribuye también de derechos, son entes a quien se les considera con una personalidad jurídica y moral, tales como son las sociedades mercantiles o civiles. Son sujetos de derecho, personas, entes a quienes el derecho les atribuye esa capacidad de ser sujetos de derecho. En igual forma el Estado, que no es una persona física sino una entidad moral, es sujeto de Derecho en cuanto el orden jurídico se la atribuye, y al atribuirle esa capacidad, también le da derechos, y entonces lo concibe igualmente como sujeto de derechos. Esa atribución no es hecha a entes ficticios, sino reales, su misma realidad es la que impone al orden jurídico la necesidad de considerarlos sujetos

del mismo. La personalidad jurídica no es sino una cualidad necesaria de la realidad de las personas morales.

Jellinek considera que el hecho de que el Estado tenga en su base una serie de relaciones humanas en cambio constante no implica que se le pueda pensar como unidad sintética, sin que, de acuerdo con su teoría del conocimiento, sea posible determinar si existe posibilidad de investigar si hay relación entre esa idea y la realidad. Dice que tampoco el hombre puede considerarse como idéntico a sí mismo, sino que constantemente está sometido a un cambio, pero que, no obstante, por medio de una abstracción puede pensarse como una unidad. Y en esa forma, al considerar al Estado por medio de una síntesis o una abstracción como unidad, es posible considerarlo como persona, como sujeto de derechos, de la misma manera que el hombre, por una síntesis mental, puede ser considerado como una unidad.

Por otra parte, se afirma que el Estado, como ser que existe en la realidad, constituyendo una persona moral, es lógico que pueda ser sujeto de derechos, pues se trata de un ser con capacidad de recibirlos y ejercitarlos. No importa que en su base se encuentre un conjunto de variables relaciones humanas, ya que estas giran en torno a una unidad, que es precisamente el Estado. El hombre como persona humana es único e invariable, idéntico a sí mismo, no obstante los cambios en el contenido de su conciencia y en la estructura celular de su cuerpo material. Tanto la unidad y realidad del Estado como las del hombre, podemos conocerlas, no por medio de síntesis mentales, sino desentrañando su misma sustancia real, es decir, podemos conocerla en sí mismas.

Rechazo la posición Neokantiana de Jellinek, y afirmo que el Estado no en forma ficticia sino real es sujeto de Derechos, pero esta cualidad no integra su naturaleza, sino que es una consecuencia de ella. La realidad del Estado tiene que ser explicada en forma más amplia para determinar después sus cualidades. Esta doctrina de la naturaleza del Estado también resulta incompleta.

En resumen, existen dos teorías fundamentales para explicar al estado. La atómica o individualista, que solo concibe la existencia del individuo como real, explicando la asociación o comunidad, al Estado, como una simple ficción jurídica. Afirma que en la realidad solo existe el individuo, que cuando se asocia con otros y surge el estado solo podemos llegar a explicarlo por medio de una simple ficción.

En segundo termino, examinamos la doctrina colectivista o universalista que atribuye realidad, en vez de ficción a la existencia del Estado. Afirma la existencia del Estado, además de la del individuo, y así es posible que se le atribuyan derechos y se le considere al Estado como sujeto de derechos. Pero esta doctrina considera la realidad del Estado como una síntesis mental; es la doctrina subjetiva de Jellinek.

1.2 CONCEPTO DE ESTADO.

En su acepción gramatical amplia "Estado" equivale a la manera de ser o de estar de las cosas, es lo distinto del cambio; en Ciencia Política, el Estado también expresa una situación, algo que permanece dentro del cambio, la manera de ser o estar políticamente. En un sentido amplio, Estado es la manera de ser o de estar construida políticamente una comunidad humana, pero si examinamos la sociedad humana, encontramos que dentro del Estado existen otros grupos sociales, que el hombre se relaciona con sus semejantes en asociaciones de distinto orden: la familia, la iglesia, la corporación, las sociedades civiles o mercantiles. Todas estas instituciones son grupos de hombres asociados; pero vemos que el hombre además de asociarse en estas instituciones, además de tener relaciones con sus semejantes en vista de un fin específico, forma parte a la vez de muy diversas agrupaciones, además de construir una familia puede ser socio de una empresa mercantil y miembro de una sociedades deportivas, culturales, de sindicatos, de universidades etc. Y también, en vista de otro fin específico, se asocia con sus semejantes de una manera más amplia y constituye el grupo social que llamamos

Estado. Este tiene funciones y naturaleza distinta a la de los otros grupos. Para formar esta más amplia asociación humana. Las relaciones que tienen entre si los hombres son de distinta índole: relaciones políticas.

Pero en un sentido vulgar, no científico se dan dos amplias acepciones al Estado; por una parte, se le considera como una estructura social y se refiere a conceptos parciales, a ficciones tales como el pueblo. En segundo termino del Estado, es referirlo al fenómeno de poder del Estado sobre la sociedad y se hace referencia al gobierno. Estos dos sentidos amplios, no científicos, los resumimos en esas dos corrientes: El Estado entendido como estructura social y confundido con el pueblo y el Estado como poder, y entonces, entendiendo a este como la autoridad que tiene el poder en sus manos y confundiéndolo con algunas de sus manifestaciones como son el gobierno o el ejército.

“Concepto Social de Estado: de acuerdo con Jellinek, para obtener un concepto social de Estado necesitamos, en primer término, estudiar los hechos que se encuentran en la base social del mismo. Hemos visto que la base del Estado se encuentra en una serie de hechos sociales, una serie de relaciones humanas. En último análisis, estas relaciones son actos del hombre, condicionados por el contenido psíquico propio de la naturaleza anímica de los seres humanos. El Estado es, por consiguiente, una creación humana; consiste en relaciones de voluntad de una variedad de hombres. En la base del Estado encontramos hombres que mandan y hombres que obedecen y que además de estas relaciones de dominio, también tienen entre si relaciones de igualdad.”²

En segundo término, si analizamos este sustrato del Estado vemos que los hombres se relacionan entre sí, para formarlo, se encuentran viviendo en un territorio, el territorio del Estado; pero este territorio tiene tal sentido de territorio del Estado cuando relacionamos con los hombres que lo habitan. Considerado en sí mismo, el territorio del Estado no es sino una parte del territorio de la tierra.

² Ídem. p. 193.

Concepto Jurídico de Estado. El concepto de Estado no esta completo si no es referido al aspecto jurídico. El Estado se auto limita sometiéndose al orden jurídico que lo estructura y da forma a su actividad, el Estado es sujeto de derechos y deberes, es persona jurídica, y en este sentido es también una corporación ordenada jurídicamente. El sustrato de esa corporación lo forman hombres que constituyen una unidad de asociación, unidad que persigue los mismos fines y que perdura como unidad por efecto del poder que se forma dentro de la misma. Esta personalidad jurídica del Estado no es una ficción, es un hecho que consiste en que el ordenamiento jurídico le atribuye derechos y deberes, derechos y deberes que crean en el hombre la personalidad jurídica y en los entes colectivos la personalidad moral.

“Como concepto jurídico define Jellinek al Estado como la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio; o en una forma más resumida, la corporación territorial dotada de un poder de mando originario.”³

En realidad el Estado presenta una unidad indisoluble, no es una yuxtaposición de las partes que lo componen, su vida es el resultado de una unión de esas notas que integran su concepto, la doctrina política ha llamado a esas notas del concepto del Estado, elementos. La enumeración de esas notas o elementos del Estado, en forma coordinada, nos proporciona la expresión de la definición analítica del concepto de Estado; que podría anunciarse en la forma siguiente:

El estado es una sociedad humana, asentada de manera permanente en el territorio que le corresponde, sujeta a un poder soberano que crea, define y aplica un orden jurídico que estructura la sociedad estatal para obtener el bien público temporal de sus componentes.

³ Ibidem. p. 197.

1.3 ELEMENTOS DEL ESTADO.

La vida del Estado es acción y pasión a la vez. Acción enérgica de organización y promoción. Gestión activa del bien de la colectividad que le está confiada. Pero a la vez, pasión. Sumisión al Derecho, sujeción a los límites racionales, objetivos y de orden; en esta compleja vida, el Estado va armonizando y utilizando una serie de elementos que contribuyen a formar su esencia, aunque no todos de la misma forma ni en la misma proporción.

“Jean Dabin, en su obra *Doctrina General del Estado*, considera como elementos previos o anteriores al Estado. El elemento humano: la población, y el elemento territorial; y como elementos constitutivos, el fin del Estado: el bien público temporal y la autoridad o poder público. De estos elementos obtiene una definición del Estado que le permite atribuir a éste tres caracteres fundamentales: la personalidad moral, la soberanía y la sumisión al Derecho.”⁴

El elemento humano: El Estado es ante todo una agrupación de hombres, o sea, de seres libres y racionales, dotados de un destino individual, propio y con fines específicos, que trasciende al de cualquier colectividad.

No todas las corrientes doctrinales están de acuerdo con esta concepción del hombre como ser racional y libre con fines propios. Pero de la manera como se resuelva el problema de la naturaleza humana, así será la concepción que se tenga del Estado. Ha sido también objeto de constantes ataques por parte de quienes han querido poner al Estado al servicio de la masa hipostasiada, llámese nación, pueblo o clase o han querido erigir al propio Estado en un fin en si mismo, como un universo moral y político en el que el hombre pierde su individualidad.

Concepciones políticas de esta especie las hubo en la antigüedad clásica, e infortunadamente, han surgido en nuestros tiempos, dando origen a las

⁴ González Uribe Héctor. *Teoría Política*. 2da. ed. Ed. Porrúa. México 1977. p. 291.

monstruosidades del nazismo alemán, del fascismo italiano, del bolchevismo ruso etc.

Pero si el hombre, en si mismo, es tan importante para el Estado, no lo es en cambio, en sus determinaciones accidentales de raza, lengua, cultura, color o religión, en la agrupación estatal caben todos los hombres, valiendo para todos sin distinción, independientemente de sus características exteriores. El ser humano tiene el mismo valor dentro del Estado. Y es indiferente así mismo, el numero de hombres que compongan el Estado, se requiere, sin embargo, que el número de hombres sea suficientemente grande para que nazca la necesidad a que debe atender la agrupación estatal.

El territorio. Segundo elemento previo del Estado. Es el espacio en que viven los hombres al agruparse políticamente para formar el Estado, solo puede considerarse como territorio del Estado al referirlo a si mismo, pues aisladamente considerado solo es una parte de la superficie terrestre.

El territorio cumple dos funciones muy importantes para la vida del Estado, desde luego, una función negativa, consistente en señalar al estado sus limites, sus fronteras, su ámbito espacial de validez de sus leyes y ordenes. Esto es indispensable para que haya seguridad jurídica y paz en las relaciones entre los Estados. La otra función del territorio es positiva, y consiste en dotar al Estado del instrumento físico necesario para el cumplimiento de su misión de servir al bien público temporal.

El territorio resulta así un elemento imprescindible para el Estado. Sin el no puede cumplir sus funciones, de aquí se sigue que si el Estado no puede actuar ni mantener siquiera su existencia sin contar con su territorio, debe tener un verdadero derecho sobre el mismo. Ese derecho, desde luego, no puede ser un derecho personal, por que no se ejerce sobre personas sino sobre cosas. No es un derecho de soberanía o de imperio, que implica el ejercicio de autoridad sobre

personas humanas, resultando ambiguo el concepto de soberanía territorial, por que la soberanía se ejerce sobre los seres humanos que habitan un territorio, pero no sobre el territorio mismo. El derecho que el Estado ejerce sobre un territorio no puede ser sino un derecho real. Dabin pone en relieve el hecho de que el derecho el Estado encuentra su explicación y justificación solo en la misión que realiza de promover el bien público temporal, lo denomina un derecho real institucional.

Sin embargo, de la importancia que tienen el territorio para el Estado, y el derecho que éste tiene sobre él, no se puede concluir necesariamente que el territorio sea una parte esencial del Estado, a igual titulo que la población. Una porción delimitada de la superficie terrestre, por más amplia y rica que se le suponga, no puede constituir la esencia misma del Estado, que es una institución de hombres y para hombres. El territorio no resulta ser más que un medio o un instrumento al servicio del fin del Estado, pero nada más. Es una condición de existencia sin la cual ni el hombre ni el Estado podrían subsistir. Una condición indispensable sine qua non. Pero no llega ni puede llegar a la categoría de elemento esencial, constitutivo del ser mismo del Estado.

1.4 EL FIN DEL ESTADO.

“Algo más que el simple territorio y una población unida por diversos lazos de solidaridad que se requiere para formar el Estado, la formación propiamente política para que nazca la agrupación estatal, como algo distinto de otros grupos sociales. Y esta formación política se integra con elementos de carácter espiritual, cuando al impulso natural de sociabilidad del hombre (causa eficiente del Estado) se une la idea de un bien superior que se trata de realizar (causa final del Estado) y un poder que encausa los esfuerzos hacia la realización de ese bien (la autoridad como causa formal del Estado).”⁵

⁵ Ídem. p. 298.

El Estado, como ente cultural, tiene por objeto la obtención de un fin. Sabemos que todo producto de la cultura humana se caracteriza por llevar dentro de sí una finalidad, aquello para lo cual es creado por el hombre. Siendo el Estado una institución humana, tiene naturalmente un fin; simplemente no puede dejar de tenerlo. Los hombres que componen al Estado, gobernantes y gobernados, al agruparse formando la sociedad estatal, persiguen un fin. El Estado encierra en su actividad una intención que es la determinante y el motor de toda su estructura, es el fin el que polariza las voluntades de los hombres. Este mismo fin será el que determine las atribuciones, la competencia material de los órganos del Estado, y en función de esa competencia serán creados esos órganos. En este fin está la razón última del Estado.

Ha sido clásico en la teoría del pensamiento político considerar como fin propio del Estado el bien común. Y esta es una verdad innegable. Pero la teoría moderna del Estado ha tratado de precisar un poco más el concepto, y ha hablado de “bien público” y de “interés general”, la precisión es correcta, porque si se analizan atentamente las cosas, hay bien común en toda la sociedad, por pequeña que sea. Es el bien de los miembros de la colectividad que se sobrepone al de cada uno de ellos en relación al fin social. En este sentido, hay bien común en la familia, en el municipio, en el sindicato, en la sociedad civil, en la sociedad mercantil, en el partido político etc. pero ese bien sigue siendo particular y restringido, porque se refiere únicamente a los asociados, y muchas veces puede entrar en concurrencia y pugna con el de otros grupos. En cambio el bien que persigue el Estado es el de toda la colectividad, por encima del de los intereses particulares de los individuos o grupos. Por eso se le puede llamar bien público o general, y para distinguirlo del bien que persiguen asociaciones religiosas se le denomina bien público temporal.

Lo que se distingue de ese bien público del bien particular no es tanto el agente que lo realiza, como pretendía el formalismo jurídico de autores como Carré de Malberg o Jèze que veían como interés público aquel cuya satisfacción

estaba a cargo del Estado, y particular el que no tiene esa característica, sino el sujeto beneficiario del mismo, de esto se observa que utilizaron un criterio formal; sin precisar lo que es el bien público, ni la acción del Estado para realizarlo. El bien particular es el que se refiere de un modo directo e inmediato a los individuos o grupos, en cambio el bien público es el que se dirige al conjunto total de individuos y grupos que forman la sociedad. Y no solo comprende a la generación presente, sino incluso a las venideras.

De aquí se sacan varias importantes consecuencias: la primera de ellas es que el bien particular como tal, corresponde a los individuos o grupos y no al Estado. Este debe intervenir solo en forma supletoria, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, y no dedicarse a organizar y proteger a la población de tal forma que le quite la iniciativa y su libertad. Lo que puede hacer el inferior no tiene que hacerlo el superior, más que en el caso en que se pueda producir un daño al bien de la colectividad. La segunda es que por su condición de temporal, el bien público que persigue el Estado, no puede extender su competencia a los asuntos espirituales o religiosos, que se refieren al destino trascendental del ser humano; debe simplemente respetarlos y protegerlos. Y la tercera es que por la comunicación constante que la vida moderna impone a los Estados, el bien público nacional de cada uno de ellos no puede quedar desligado del bien público de otras naciones, del tal forma que el bien público de uno no invada la esfera de acción de otros.

En la realización del bien público temporal, hay que distinguir entre la forma y la materia, ósea el como y el por qué de la obra que realiza el Estado en cumplimiento de su fin. La forma como lleva a cabo el Estado su tarea de promover el bien público temporal, es decir, los caminos o los medios por los cuales el Estado llega a su fin.

1.4.1 ELEMENTOS FORMALES DEL BIEN COMÚN.

En primer lugar, el Estado trata de establecer el orden y la paz en la vida social, mediante una serie de medidas de seguridad material y de regulación jurídica. Esta es la necesidad más elemental y urgente a la que debe atender y, la que justifica de forma inmediata su existencia como Estado. Hay un orden material que el Estado salvaguarda por medio del ejército y la policía, y un orden social y económico al que el Estado atiende a través de sus funciones legislativa, administrativa y jurisdiccional. Los intereses encontrados de los individuos y de los grupos, crearían una situación insostenible si el Estado, con mano fuerte y monopolizando el ejercicio de la coacción física, no interviniera para imponer el orden. Y ese orden para ser legítimo y mantenerse, debe ser justo. Esto quiere decir que no solo ha de ajustarse a la ley positiva, sino a los principios éticos del derecho. Buscando el orden y la paz por medio del Derecho y la justicia. No solo en el plano interno, sino también en el internacional.

En segundo lugar como elemento formal del bien público. El Estado atiende al bien público temporal por medio de la coordinación de las actividades de los individuos y grupos, a fin de evitar la dispersión y anarquía de los esfuerzos, y también la competencia desenfrenada y a veces desleal. La libre actividad de los individuos en el orden espiritual o el económico, considerada no en su aspecto de lucha, sino como algo que los lleva en forma dispersa hacia la consecución de sus fines particulares; es fácil que sobrevenga un desorden que puede ser dañoso para todos. Ante esta situación, mediante planeación por parte de una autoridad superior, que jerarquice los bienes y valore necesidades, y distribuya y coordine racionalmente los trabajos de todos en forma armónica, esta coordinación también la efectúa por medio del orden jurídico.

Y en tercer lugar. El Estado tiene una tarea un poco accidental, accesoria pero no menos importante: la de ayudar y fomentar la actividad de los particulares, y eventualmente suplirla cuando haga falta. Al Estado no le corresponde absorber a individuos o grupos y transformarlos en órganos de una gigantesca burocracia,

en la que el Estado hace todo y la iniciativa privada desaparece o se subordina por completo al aparato estatal. El Estado simplemente le toca apoyar con subsidios, exenciones de impuestos etc. las actividades que la población realiza en los ámbitos económico, cultural, deportivo, de beneficencia; solo con ese complemento de su actividad en forma directa pueden realizarse esas funciones. Por ello, en esos casos la ayuda del Estado es indispensable y forma parte del bien público.

El jurista Francés Maurice Hauriou, en su obra de Précis de Droit Administratif, confirma lo señalado en supralíneas, por medio de las siguientes frases clara y tajantes: “El Estado no tiene el monopolio de lo que es público, ni de utilidad pública, ni del bien público ni de los servicios públicos, de tal suerte que el desarrollo de la vida pública no significa necesariamente el desarrollo de la administración del Estado”.

En cuanto a la materia del bien público, es decir, el que debe atender el Estado para la realización del bien público temporal, el Estado tiene a su cargo la universalidad de bienes y servicios que requiere la población para alcanzar su bienestar y para el logro cabal de todas sus aspiraciones y objetivos. El Estado no puede desligarse de todo aquello que preocupa a los hombres, ni en el orden científico o cultural, ni en el económico o práctico, con la sola excepción de lo específicamente privado. “Entre esas necesidades, existe una jerarquía que debe respetar el Estado, de forma que dé preferencias de unas sobre otras, según el valor que tengan. Y las primeras son sin duda las que se refieren al Estado mismo, a su buena organización y funcionamiento, ya que si el instrumento que debe realizar el bien público temporal no está correctamente regulado, el propio bien sería el primero en resentirlo. Estas son las necesidades que podemos llamar específicamente políticas o estatales. Después vendrían aquellas que tendrían una mayor amplitud y repercusión social, por que afectan a las capas de población. Son las necesidades de justicia social, mediante el desarrollo de las comunidades agrícolas o urbanas. El desarrollo bien planeado, armónico,

acelerado y eficaz constituye un imperativo ineludible de la política de los gobiernos. Y así, vendrán otras necesidades de índole económico, social o cultural, hasta quedar cubierto todo el campo de exigencias de la vida social.”⁶

1.5 LA AUTORIDAD O PODER PÚBLICO.

El bien público temporal solo puede lograrse por medio de la actividad reunida de todos los individuos y todos los grupos que integran el Estado, actividad que debe ser coordinada por el Estado para que no sea desviada y pueda conseguir el objetivo al cual debe orientarse, objetivo que agrupa a todos los individuos como elemento humano del Estado sin excepción.

La realización del bien público postula la necesidad de una autoridad. La misión coordinadora del Estado implica que este pueda imponer obligatoriamente sus decisiones; para ello necesita tener poder.

“Sin embargo, esta sociedad universal y necesaria, el Estado, no podría existir ni alcanzar sus fines sin la existencia en el mismo de un poder, es decir, de la autoridad.”⁷ Este elemento representa la causa formal del Estado

Los gobernados participan de la misma manera activa que los gobernantes, pues el Estado surge de los hombres agrupados políticamente. Todos colaboran, aunque no en un plano de igualdad; hay un grupo que dirige, determinara cuales son las exigencias del bien público, cual debe ser su contenido y después de ello decidirá e impondrá su voluntad, con el objetivo de realizarlo en virtud de lo que se llama imperium, y dispone de fuerza para ejecutar sus ordenes (potestas). El otro grupo realizara las actividades correspondientes a su libertad, regulada por el orden y las directrices que le son señaladas. Es la distinción entre gobernantes y

⁶ *Ibidem.* p. 301.

⁷ Porrúa Pérez. *Op. Cit.* p. 297.

governados. El Estado debe tener autoridad y poder para imponer una cierta conducta, con el objetivo de no caer en la anarquía y en la posibilidad del conseguir el bien público.

La autoridad pública tiene una gran misión que cumplir: llevar a los individuos o grupos que forman la población del Estado a la realización del bien público temporal; creando, manteniendo, fomentando, y protegiendo un ambiente propicio para que todos los hombres que le están encomendados alcancen la perfección a la que aspiran. Pero esta misión la pueden llevar a cabo de diversos modos; los grandes tratadistas (en especial en el campo constitucional y en el administrativo) clasifican en dos grupos las tareas de la autoridad: el gobierno de los hombres y la administración de las cosas.

La primera tarea, y sin duda la más importante y trascendental de la autoridad del Estado, es el gobierno de los hombres; en el fondo es esencialmente de carácter moral y jurídico. Se gobierna mediante preceptos y órdenes, que por dirigirse a seres racionales y libres afectan primariamente el fuero de la conciencia y crean un deber ético de obedecer.

La acción de gobernar se lleva a cabo mediante normas jurídicas, que pueden ser de diversas clases: generales (leyes y reglamentos) y particulares (sentencias o decisiones administrativas). En cierto modo, las órdenes de la autoridad pública se identifican con las fuentes formales del Derecho positivo Estatal. La misión de crear el Derecho corresponde típicamente a la autoridad y no a los súbditos, ya que es ella la que por su poder está en condiciones de realizar la labor legislativa, reglamentaria y de decisión, en lo administrativo y en lo jurisdiccional. Con la debida rapidez y eficacia. Lo cual no quita que los particulares colaboren en esa tarea mediante la participación que les asegura la forma de gobierno democrática. La creación del Derecho positivo no es monopolio absoluto del Estado, están además, una serie de datos morales, sociales, culturales y técnicos que debe de tomar en consideración para que su elaboración

jurídica corresponda realmente a la naturaleza y manera de comportarse de los individuos y agrupaciones.

La autoridad tiene que definir las actividades positivas y negativas susceptibles de llegar al fin propio del Estado. Pero una orden que no pueda imponerse es una orden dada en el vacío, carece de efectividad. Por ello es lógico que la autoridad tenga no solo el derecho, sino también el deber ineludible de velar por el cumplimiento de sus mandatos, haciendo uso de sus manifestaciones de poder. Al Estado tan solo le toca explicar, especificar y actualizar reglas precisas y claras, y dotarlas de una sanción pública. Siempre con miras al fin que debe de realizar, que es el bien público temporal, que constituye al mismo tiempo, su fuerza impulsora, el principio determinante de su orientación y el límite racional y objetivo de su competencia.

En su acción de gobernar, la autoridad del Estado debe oscilar en todo momento entre dos polos que marcan una fuerte y constante tensión dialéctica: la fuerza y la persuasión. Frente a los reacios, que no quieren entrar por el camino de la colaboración en el bien público temporal, el Estado debe emplear la fuerza. Tiene para ello a su disposición a la policía y al ejército. El gobierno que por principio o por debilidad no haga uso de la fuerza, faltara a su deber; si por debilidad o por principio, el Estado no logra que existan ese orden y armonía necesarios para el bien público a que destina su actividad, entonces desvirtúa su propia esencia. Pero la fuerza, evidentemente, no puede ser el recurso ordinario del Estado.

No obstante la existencia de esa fuerza. Existe también la necesidad de la libre adhesión de los ciudadanos, siendo esta adhesión la base fundamental en que descansa la autoridad. La fuerza por si sola, especialmente la militar, no basta para fundar de hecho, y mucho menos para justificar la autoridad del Estado. Si la masa del pueblo se niega a obedecer, ni la mayor fuerza puede obligarla a nada, un Estado esta condenado a la desaparición cuando no goza de la adhesión

gustosa o resignada de los ciudadanos. Esta adhesión nace de la confianza, de la simpatía o de la autoridad en sentido psicológico.

Conjuntamente al gobierno de las personas, la autoridad pública cumple su misión por medio de la administración de los servicios públicos. Se trata de proveer, por medio de los recursos humanos, técnicos y financieros, a la satisfacción de los intereses tanto materiales como de otra naturaleza que requiere el bien público temporal.

La autoridad en el aspecto de administración tiene diversas tareas para realizar:

- Debe de hacer la selección de los intereses que merecen ser administrados, delimitando el campo en el que habrá de desarrollar su función de administración.
- Seleccionando este campo, fijados aquellos intereses que merezcan ser administrados, debe organizar los servicios encargados de administrar esos intereses, estimulándolos y controlando sus funciones.
- Debe vigilar también la coordinación de los distintos servicios, para que, no obstante la diversidad de intereses a que se dirija, tome en cuenta que todos ellos se han de enfocar hacia la realización del bien público puro y simple.

Estos servicios, por más complicados o perfectos que se les suponga, y por más relacionados que estén con las tareas del gobierno, no se confunden con éste. El gobierno tiene que ver directamente con hombres, y aunque actúe en un terreno jurídico y político, nunca puede perder de vista las motivaciones psicológicas y morales de los ciudadanos. Su orientación debe ser perfectamente humanista. En cambio los servicios públicos tienen que ver con la protección de intereses, es un grado intermedio entre el gobierno y los gobernados. Eso hace que su papel, por más importante que sea, esté subordinado a los fines del Estado y de los hombres que viven en él. Los servicios tienen un valor puramente instrumental, son un medio para gobernar pero no un fin en si mismos.

Conforme a lo anterior, los servicios públicos se clasifican en diversas categorías, según la relación o menos inmediata que tengan con el fin fundamental del Estado que es el bien público temporal. Jean Dabin, por su parte hace una clasificación muy acertada en servicios de gobierno propiamente dicho o jurídicos, que son necesarios por el ejercicio de la función gubernamental, que consiste en dar ordenes y hacer reinar el Derecho, y que se dividen según la tradicional repartición de poderes, en legislativos, administrativos y judiciales; servicios de ayuda y suplencia de la iniciativa privada; y servicios de aprovisionamiento para las funciones gubernamentales, tanto en lo personal como en recursos materiales, especialmente patrimoniales y financieros.

Los servicios públicos en su carácter de administración de las cosas, constituyen el complemento del gobierno de los hombres, que es la forma más típica de manifestación de la autoridad en el Estado. Sin olvidar que tanto la administración como el gobierno están sometidos a una ley fundamental, que está por encima incluso de todo derecho positivo: la del servicio del bien público temporal.

Gobernar y administrar no tienen más sentido y valor que el servicio de la comunidad y de sus fines. De allí que los gobernantes no puedan hablar nunca de un derecho de potestad o dominación que les pertenezca a manera de un derecho subjetivo, que puedan emplear en beneficio propio. Su potestad es puramente ministerial (de ministrare: servir), sin esa finalidad no es sino una manifestación de fuerza. Por eso en el lenguaje moderno se habla de derechos funcionales de la autoridad política, por que solo existen y se legitiman en función del servicio del bien público temporal, que debe evitar todo desvío de poder. Los gobernantes tienen como oficio servir, y no son más que colaboradores asociados con los demás ciudadanos en la realización de la empresa común.

Esto mismo hace que las funciones de la autoridad sean completamente desinteresadas, frente a individuos o grupos. Ninguno de ellos puede convertir al

Estado en su feudo o subordinarlo a sus propios y limitados objetivos. Los gobernantes deben buscar el bien público y evitar toda política partidista. Aun cuando como ciudadanos pertenezcan a un partido político determinado, y ese partido, por abrumadora mayoría, haya triunfado en las elecciones, una vez llegados al gobierno deben mirar por el bien de todos y no nada más de los miembros de su partido. La justicia distributiva les impone el deber de no hacer discriminaciones sino de atender a las necesidades generales, aun de personas o agrupaciones que política o ideológicamente no vayan de acuerdo con el partido dominante. El estado de clase o de partido, implica una contradicción radical a la idea del bien público, que es el de todos los nacionales, sin distinción de clase o partido.

Maurice Hauriou dice que no se debe gobernar para el partido. “Si se llega al poder por medio del partido, debe gobernarse, no en interés de ese partido, sino en vista del bien público. La autoridad debe gobernar para todos, sin distinción de ideas ni de situación económica o social. Solo así podrá realizar su fin y encauzar la actividad de todos, hacia el bien común.”⁸

1.6 LA SOBERANÍA.

La amplitud de los fines que persigue y la eficacia de los medios que emplea le dan al Estado el carácter de una sociedad total (societas perfecta, la llamaron los antiguos escolásticos). De aquí se desprende que su autoridad es superior a la de cualquier otro individuo o agrupación que pueda existir en su interior, sin que se de una instancia de poder más alta en su género. Esto quiere decir que el poder del Estado es supremo, o como se le ha llamado históricamente “soberano”.

⁸ Porrúa Pérez. Op. Cit. p. 310.

Etimológicamente, “soberanía” significa lo que está por encima de todo (de “super”, sobre, se formó “superanía”, “soberanía”, palabra que según otros deriva de “súper omnia”, sobre todas las cosas).⁹

La soberanía supone la existencia de otros poderes sociales jerárquicamente organizados, ya sean privados o públicos, de los cuales el Estado es supremo e inapelable, y de los cuales en última instancia, están subordinados al Estado: a su Constitución política, a sus leyes, a sus ordenamientos, a sus disposiciones y decretos. En cambio, el poder del Estado no tiene a ningún otro por encima de él. Por eso se le llama soberano (de summa potestas). Hay una relación de supraordenación, frente a la cual todos los demás poderes aparecen como subordinados sin que pueda considerarse como un poder absoluto, puesto que está limitado por la norma básica del bien público temporal y de las disposiciones positivas que de ella se derivan.

Esta supremacía, o soberanía en el sentido técnico de la palabra, mira esencialmente al orden normativo interno del Estado. Es en el interior del Estado, y en relación con los individuos y grupos que integran la población del mismo, en donde se ejercita el poder soberano. Sólo ahí tienen lugar esas relaciones de subordinación y supraordenación, entre los poderes sociales, por una parte, y el poder político por la otra. La causación de estos efectos obedece a un poder, actividad y dinámica que tiene como fuerza inicial a la misma comunidad nacional. Mediante tal poder, la nación se autodetermina, es decir, se otorga una estructura jurídico-política que se expresa en el ordenamiento fundamental o Constitución.

La autodeterminación, que es la nota sustancial expresiva de la soberanía, en el fondo entraña la auto limitación, pues si autodeterminarse implica darse a si mismo una estructura jurídico-política, esta estructura es normativa, supone como toda norma una limitación, es decir, señalamiento de límites. La auto limitación, sin embargo no es inmodificable, ya que cuando la nación decide autodeterminarse

⁹ Tena Ramírez Felipe. Derecho Constitucional Mexicano. 24ª. ed. Ed. Porrúa. México 1990. p. 19.

de diversa manera en el desempeño de su poder soberano, cambia sus estructuras y, por ende, los límites que éstas involucran.

En mi opinión, Soberanía es la capacidad exclusiva, ilimitada, inalienable e imprescriptible de un pueblo de autodeterminarse, autogobernarse y auto limitarse, en un territorio determinado, sin que su voluntad se vea afectada por la intervención de otros sujetos.

1.6.1 CARACTERÍSTICAS DE LA SOBERANÍA.

Las características de la soberanía, y la razón de ser de cada una de ellas es la siguiente:

ÚNICA.- León Duguit señaló que, “El Estado es, pues, la nación soberana representada por mandatarios responsables. Se dice que el Estado es el titular de la soberanía y esto se puede decir para facilitar el lenguaje, pero no es absolutamente exacto. El titular de la soberanía es la nación persona.”

“El Estado es una concretización del pueblo y de su papel en el ejercicio de las funciones estatales, pues es un modelo de orden que permite al pueblo actuar políticamente.”¹⁰

Con esto nos queda completamente claro que es el pueblo el único titular de la soberanía, ya que el Estado es la organización política-jurídica compuesta por una población, territorio y gobierno propio, representante de la voluntad del pueblo, más no titular de la soberanía.

Además hay que señalar que de dicha representación de la soberanía, por parte de un Estado determinado, excluye a otros a Estados de intervenir en los asuntos internos del referido Estado.

¹⁰ Häberle Peter y Kotzur Markus. De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para el diálogo europeo-latinoamericano. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2003. p. 100.

INALIENABLE.- Esto es porque la soberanía es la expresión de la voluntad común de los hombres libres y del hecho de que ninguno de ellos, ni todos en conjunto, pueden enajenar su libertad. Por ello se ha llegado a decir que “El Estado es una forma de realización de la libertad”.¹¹

INDIVISIBLE.- Ya que el único poder que existe es el poder de la voluntad general, la que se manifiesta en diversas formas. Es decir que la titularidad de la soberanía es exclusiva del pueblo, sin compartir dicha soberanía con ningún otro ente, y el Estado es solo el representante del poder público, instituido en el orden jurídico primario, por el pueblo a través del poder constituyente.

El constitucionalista mexicano del siglo XIX, José María del Castillo Velasco decía: “Por esto la Constitución establece (Art. 39) como un principio fundamental, que “La soberanía nacional reside esencial “y originariamente en el pueblo”.

Reside, dice el artículo constitucional, y no residió, porque aunque (sic) para el establecimiento de un gobierno delega en el pueblo algunas de las facultades de su soberanía, ni las delega todas, ni delega algunas irrevocablemente. Encarga el ejercicio de alguna de esas facultades y atribuciones á aquellos funcionarios públicos que establece, pero conservando siempre la soberanía, de manera que esta reside constantemente en el pueblo de tal delegación resulta, que el poder público dimana del pueblo.”¹²

IMPREScriptible.- Esta característica es complementaria a las dos anteriores, ya que la voluntad popular de los hombres libres, no se agota por el simple transcurso del tiempo, sino que se perpetúa a través del tiempo.

¹¹ Ídem. p. 113.

¹² Castillo Velasco José María del. Apuntamientos para el Estudio del Derecho Constitucional Mexicano. 2ª. ed. Ed. Imprenta del Gobierno. México. 1871. p. 101.

1.6.2 TITULARIDAD DE LA SOBERANÍA.

Suponer que existe ese algo que se denomina soberanía, necesariamente lleva a suponer que también existe un titular de ella, que la posee, la ejerce y eventualmente puede transmitirla o ser privado de ella. El mismo Heller afirma “La soberanía supone, según eso, un sujeto de derecho capaz de voluntad y de obrar que se impone regularmente a todos los poderes organizados o no, que existen en el territorio; lo que significa que tiene que ser un poder de ordenación territorial de carácter supremo y exclusivo. El Estado es la organización normalmente más poderosa dentro de su territorio... Así, pues, se llama soberano al poder que crea el derecho, en su caso al constituyente, pero eso es la organización estatal como un todo.”

1.6.2.1 TITULAR DE LA SOBERANÍA EN EL SISTEMA EUROPEO.

La doctrina europea, responde a la interrogante de la titularidad de la soberanía, al localizar al Estado como titular del poder soberano, con el fin de esquivar de este modo la peligrosa consecuencia a que llegó la doctrina revolucionaria cuando trasladó al pueblo el absolutismo del monarca.

El Estado como personificación jurídica de la nación, es susceptible de organizarse jurídicamente. Más como el Estado es una ficción, cabe preguntarse quién ejerce la soberanía. La doctrina europea moderna insiste en que el sujeto de la soberanía es el Estado, pero fatalmente llega a la consecuencia de que tal poder tiene que ser ejercido por los órganos. Dice Esmein: “El Estado, sujeto y titular de la soberanía, por no ser sino una persona moral, una ficción jurídica; es preciso que la soberanía sea ejercida en su nombre por personas físicas, una o varias, que quieran y obren por él. Es natural y necesario que la soberanía, al lado de su titular perpetuo y ficticio, tenga otro titular activo, en quien residirá necesariamente el libre ejercicio de esta soberanía.” Este titular es el órgano u órganos en quienes se deposita el ejercicio actual y permanente del poder supremo, es decir, los gobernantes. Tal y como lo señala Carre de Malberg: “Es la

nación la que da vida al Estado al hacer la delegación de su soberanía en los gobernantes que instituye en su Constitución.”

De este modo la realidad se ha impuesto sobre la ficción. Y la realidad consiste en que son personas físicas, en reducido número, las detentadoras de ese poder sin rival llamado soberano, ejercido sobre una inmensa mayoría.

1.6.2.2 TITULAR DE LA SOBERANÍA EN EL SISTEMA AMERICANO.

Dentro del sistema americano, el único titular de la soberanía es el pueblo o la nación. Este titular originario de la soberanía hizo uso de tal poder cuando se constituyó en Estado jurídicamente organizado. Para ese fin el pueblo soberano expidió su ley fundamental, llamada Constitución, en la que consigno su forma de gobierno, creó los poderes públicos con sus respectivas facultades y reservó a los individuos cierta zona inmune a la invasión de las autoridades. El acto de emitir Constitución significa para el pueblo que la emite un acto de autodeterminación plena y auténtica, que no está condicionado por determinantes jurídicos, extrínsecos a la voluntad del propio pueblo.

De esta suerte los poderes públicos creados por la Constitución, no son soberanos. No lo son en su mecanismo interno, porque la autoridad esta fragmentada (por virtud de la división de poderes) entre los diversos órganos, cada uno de los cuales no tiene sino la dosis y la clase de autoridad que le atribuyo la Constitución; ni lo son tampoco en relación con los individuos, en cuyo beneficio la Constitución erige una barrera que no puede salvar arbitrariamente el poder público. A tales órganos no les es aplicable, por lo tanto, el atributo de poder soberano que la doctrina europea coloca en el órgano a través de la ficción del Estado.

1.6.3 LA SOBERANÍA Y LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.

En virtud de la existencia de varias doctrinas que postulan que la soberanía es la Constitución misma, es por ello que se ha planteado la problemática

consistente en dilucidar si son la misma cosa, ó simplemente son conceptos complementarios.

Se dice que como resultado de la soberanía de un pueblo, la Constitución se convierte en Estado de derecho, en la Ley Primera o Ley Fundamental. Así, en palabras de Pérez Serrano, “el poder constituyente del cual se deriva la Constitución organiza una estructura, no engendra un Estado, ni instauro por primera vez la autoridad.”¹³

Hans Kelsen señala que una vez que el pueblo ejerció su soberanía al crear una Constitución, reside en ésta no en los órganos u individuos que gobiernan, al decir: “Solo un orden normativo puede ser soberano”, es decir autoridad suprema, o última razón de validez de las normas que un individuo esta autorizado a expedir con el carácter de mandatos y que otros individuos están obligados a obedecer. El poder físico, que es un fenómeno natural, nunca puede ser soberano en el sentido propio del término.

En el mismo sentido, Felipe Tena Ramírez expone lo siguiente: “Así es como la supremacía de la Constitución responde, no sólo a que ésta es la expresión de la soberanía, sino también a que por serlo está por encima de todas las leyes y que autoriza a las autoridades.”

El jurista Miguel Lanz Duret, citado por Daniel Moreno, nos dice con respecto a la relación existente entre la soberanía y la supremacía constitucional lo siguiente: “El principio fundamental sobre el cual descansa nuestro régimen constitucional es la supremacía de la Constitución. Solo la Constitución es suprema en la República. Ni el gobierno federal, ni la autonomía de sus entidades, ni los órganos del Estado que desempeñan y ejercen funciones gubernativas, ya sean órganos del poder federal, ya sean órganos del gobierno local, son en

¹³ Pérez Serrano Nicolás. Tratado de derecho político. Civitas. España. 1976. p. 125. Citado por Calzada Padrón Feliciano. Derecho Constitucional. 12^a. ed. Ed. Harla. México. 1990. pp. 159 y 160.

nuestro derecho constitucional soberanos... todos ellos están limitados expresa o implícitamente, en los términos que el texto positivo de nuestra ley fundamental establece.

Calzada Padrón da su opinión con respecto a la idea preliminar al decir: “Lo anterior indica que toda disposición que afecte la vida nacional, para que pueda considerarse acto de soberanía de la Nación misma, estará estrictamente apegada al mandamiento de la Carta Magna, de acuerdo con las modalidades que ésta establezca, en la inteligencia de que en la Constitución nacional es la conjunción de las voluntades particulares, traducidas en voluntad general de sus integrantes. De allí que la suprema potestad se ejerce mediante los órganos de poder que se crean a partir de la soberanía conferida al Estado que los representa. Y los mismos sólo podrán actuar dentro de los límites que la propia Constitución establece, por la cual la esencia del Estado federal mexicano estriba fundamentalmente en la distribución de competencias entre el orden federal y el local; es decir, en lo que se refiere a los estados que integran la Federación.”¹⁴

En otro orden de ideas, Serio Ortiz Ramírez sostiene: “De esto, a que la Constitución sea soberana, hay mucha diferencia. Ella es suprema, tiene esa alta categoría; pero no puede ser soberana porque no puede determinarse a sí misma, ni puede darse por sí misma una determinada forma de gobierno, ni puede alterar o modificar esa forma, ni tiene las demás características que la doctrina le ha reconocido a la soberanía. Ella sólo es suprema, porque está encima de las demás leyes; porque esta encima del Estado; porque está encima de los órganos de éste y porque está por encima, también, de los individuos cuando éstos sólo son considerados aisladamente. Porque cuando éstos forman el pueblo y éste ejerce su soberanía, la cosa cambia totalmente y por eso el artículo 39 habla de la soberanía nacional y de la voluntad del pueblo mexicano para determinarse a sí mismo política y jurídicamente.”¹⁵

¹⁴ Calzada Padrón Feliciano. Derecho Constitucional. 12ª. ed. Ed. Harla. México. 1990. p. 120.

¹⁵ Ortiz Ramírez Serio. Derecho constitucional mexicano. México. 1961. Citado por Moreno Daniel. Derecho Constitucional Mexicano. 12ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1993. p. 267.

De lo anteriormente expuesto queda claro que la soberanía pertenece exclusivamente al pueblo, que puede ser ejercida por este a través de una Asamblea constituyente, pero la actividad estatal ejercida por los órganos del Estado (poderes constituidos) no es soberana al encontrarse delimitada por la Constitución, que es la ley suprema y que no es más sino un producto del poder constituyente.

Para concluir con este punto, Daniel Moreno nos dice con respecto a la supremacía constitucional lo posterior: “Así entendida la supremacía de la Constitución, constituye el aspecto o elemento jurídico de la soberanía cuando ésta adquiere formas orgánicas de manifestación mediante el poder constituyente, y por esta causa todo otro poder y toda otra autoridad se hallan sometidos o subordinados a la normación constitucional vigente, porque todos ellos tienen origen en la Constitución, y en tal carácter, son siempre poderes constituidos.”¹⁶

1.6.4 SOBERANÍA Y PODER PÚBLICO.

Se ha pretendido demostrar que la nación o pueblo, su poder soberano de autodeterminación y el orden jurídico primario fundamental, concurren en una síntesis dialéctica para crear Estado como institución pública suprema dotada de personalidad jurídica. Ahora bien, el Estado tiene una finalidad genérica que se manifiesta en variados fines específicos sujetos al tiempo y al espacio. Para que el Estado consiga los diversos objetivos en tal finalidad genérica se traduce, necesariamente debe estar investido de un poder, es decir, de una actividad dinámica. Esta actividad no es sino el poder público o poder estatal que se desenvuelve en las tres funciones clásicas, intrínsecamente diferentes, y que son: la legislativa, la administrativa y la jurisdiccional. Estas funciones, a su vez, se ejercitan mediante múltiples actos de autoridad, o sea por actos del poder público, los cuales, por ende, participan en sus atribuciones esenciales: la imperatividad, la unilateralidad y la coercitividad.

¹⁶ Moreno Daniel. Derecho Constitucional Mexicano. 12^a. ed. Ed. Porrúa. México. 1993. p. 268.

Pese a su carácter imperativo, unilateral y coercitivo, el poder público no es un poder soberano. El poder público debe someterse al orden jurídico fundamental del cual deriva. Este orden es la fuente de la existencia y validez de dicho poder. No es admisible que su desempeño se realice sobre, al margen ni contra el propio orden jurídico de cual dimana. Por ende, el poder público del Estado no es soberano, aunque sí es esencialmente imperativo y coercitivo, porque no se ejerce por encima del derecho fundamental sino dentro de él. De esta asección se deduce que el Estado no es soberano en lo que concierne al desempeño del poder público, aunque sí ostente ese atributo como persona moral suprema frente a otros Estados que forman parte del concierto internacional, por cuanto que ninguno de ellos debe injerirse en su régimen interno ni afectarlo por modo alguno.

1.7 SUMISIÓN DEL ESTADO AL DERECHO.

La soberanía no es un derecho del Estado, sino un atributo de su esencia, un Estado sin poder soberano es inconcebible, y un poder soberano que no este sometido al Derecho, no es tal Estado sino un simple fenómeno de fuerza.

La soberanía queda limitada a su esfera de competencia, a la esfera de competencia del poder estatal. Y esta esfera de competencia se determina, a su vez, por el fin del Estado, y sus contornos, sus cauces son las normas jurídicas. En esta forma, la soberanía se encuentra sometida al Derecho.

1.7.1 LIMITE NATURAL DE LA SOBERANÍA.¹⁷

La soberanía es esencial al Estado, y en este sentido es absoluta; y por otro lado, esta orientada al fin del Estado, y en este sentido es relativa a las cosas que se refieren al mismo.

¹⁷ González Uribe. Op. Cit. pp.335 a 342.

La soberanía es absoluta, desde un punto de vista antológico. Por que no podría dejar de existir sin que el Estado mismo perdiera su existencia, si consideramos que por su definición misma el Estado, es una sociedad perfecta, o sea, una unidad de asociación y de decisión que supera a todas las demás, las agrupa en su interior, y las rige y coordinan mediante leyes y reglamentos. Y esta sociedad total y suprema requiere, inevitablemente, un poder de mando supremo. Tiene el derecho de decidir en última instancia, de acudir a la coacción física cuando es necesario apoyar sus determinaciones, y no puede estar subordinado a ningún otro poder social.

Si pasamos del orden antológico al orden moral, nos encontramos con que la soberanía, aunque sigue siendo suprema, por estar referida al fin social más alto, que es el fin del Estado, ya no es absoluta, sino relativa al cumplimiento de ese fin y a las cosas que se requieren para alcanzarlo.

Hay una doble y curiosa relación dialéctica, la soberanía por su naturaleza, es propia del Estado como sociedad, y por lo tanto, por razón de la función misma del Estado, de proporcionar a los habitantes el orden, la paz, la justicia y la necesaria coordinación de sus actividades, debe de tener todas las características de un poder supremo. Ningún poder social, económico o de otra índole, está o debe de estar por encima de él. La idea de soberanía esta implícita en el bien público temporal, como algo necesario para la realización de dicho bien, pero al mismo tiempo, la soberanía por lo que es y por la finalidad esencial que persigue, tiene que perder toda pretensión de potestad absoluta e ilimitada y entrar en los causes que le señala el bien público temporal, fuera de los cuales pierde todo significado y su valor. La soberanía esta sustancial y naturalmente limitada por su adscripción a un orden de valores éticos fundamentales, que rigen la vida política de los hombres.

Esta oposición dialéctica absolutismo-relatividad, supremacía-limitación, contiene la clave para la comprensión y valorización de la soberanía. Y para

armonizarla con el orden jurídico. Por que las consecuencias que se derivan del análisis filosófico de la idea de soberanía, deben pasar al Derecho positivo y ser traducidas por normas precisas, que regulen esa perpetua tensión dinámica entre la tendencia al poder omnímodo y la sumisión a la regla jurídica.

La soberanía esta pues, esencialmente limitada. No por la voluntad de un legislador o un jefe de Estado o por otra voluntad humana cualquiera, sino por su naturaleza misma. Tres grandes límites señalan la esfera de su competencia, fuera de la cual no existe como poder jurídico. Se transforma en arbitrariedad, capricho, despotismo, etc. Pero deja de ser soberanía. Esos límites provienen de las ideas del bien, lo público y de lo temporal.

El poder soberano que corresponde al Estado en vista del bien público temporal, que le incumbe realizar, tiene su fundamento y su potencia derivados de esa finalidad. Pero a la vez, su competencia se encuentra delimitada por el marco impuesto igualmente, por su fin específico. Con esto se pretende decir al afirmar que la soberanía es un poder relativo a las cosas del Estado; es decir, que fuera del bien público temporal, fuera de sus funciones encaminadas a lograrlo, el Estado ya no es soberano, por que ya no es competente. No se trata en realidad de una limitación de la soberanía, sino una ausencia de la misma. El Estado solo es soberano dentro campo mismo de la esfera en que debe desarrollar su actividad.

1.7.2 SUMISIÓN DE LA SOBERANÍA AL DERECHO.

Duguit pretendió que es contradictorio hablar de poder supremo o soberano y, a la vez, afirmar que el mismo se encuentra limitado por el derecho, y de ahí deriva uno de los problemas que, al considerarlo irresoluble, lo lleva a negar el concepto mismo de soberanía. A pesar de su aparente lógica, esta aseveración carece de fundamento ya que Duguit parte de un concepto falso de soberanía. El afirmaba: "si la soberanía es, por definición, ese derecho de una voluntad, que no se determina jamás como no sea por sí misma, esta voluntad no puede estar

limitada por una regla de Derecho, por que si lo estuviera no podría ir más allá del Derecho, toda vez que habría entonces un punto fuera del cual ya no se determinaría por si misma y dejaría de ser una voluntad soberana”.

“La soberanía no es “el derecho de una voluntad de no determinarse jamás como no sea por sí misma”, ni es su atributo el fijar ella misma el dominio de su acción dando órdenes incondicionadas como pretende definirla Duguit. La soberanía entendida en esa forma, sería equivalente a despotismo o arbitrariedad.”¹⁸

La soberanía significa la existencia de un poder supremo que implica el derecho, no de no someterse a ninguna regla, sino de dictar y aplicar las conducentes a la obtención del bien público, encaminando su actividad dentro de los senderos dados por esas normas.

“El bien público temporal, que justifica la soberanía del Estado, determina al mismo tiempo, su sentido y su limite. Por tanto, no corresponde a la soberanía fijar por si misma el limite de su acción. Su competencia ya esta prefijada por el fin específico que se deriva de su misma realidad existencial, y por ello, no tiene ningún poder para extenderlo, restringirlo o rebasarlo.”¹⁹

El Estado no tiene derecho de dar órdenes incondicionadas, es decir, ordenes que no estén sujetas a principios rectores. Sus órdenes no son legítimas sino en cuanto se encuentren condicionadas por su fin y apegadas al marco legal que las determina. La soberanía del Estado solo tiene el derecho de “autodeterminarse sino por su propia voluntad”, cuando ésta, se encuentra colocada en el plano de realizar el bien público temporal.

¹⁸ Porrúa Pérez. Op. Cit. pp. 364 y 365.

¹⁹ Ídem. p. 365

CAPÍTULO SEGUNDO

ACTUACIÓN DEL ESTADO.

2.1 PODER PÚBLICO DEL ESTADO.

El poder se superpone a los demás poderes sociales, en virtud de su soberanía, y dentro de la esfera propia de su competencia, que es la del bien público temporal, se constituye en supremo. Siendo en la actualidad un poder de Derecho, o sea, un poder limitado moral y jurídicamente, de modo que esté siempre obligado a cumplir con sus funciones en el ámbito que le es propio y a no salirse de esos límites en virtud del principio de legalidad.

La organización del poder de Derecho supone una estructura de frenos morales, de mecanismos de contención jurídica y de limitaciones sociales. Hauriou distingue acertadamente dos elementos en el poder: 1. La autoridad y la competencia y 2. El poder de dominación. Y en función de ellos nos da su definición de poder de Derecho: “Es aquel cuyos elementos internos están de tal manera dispuestos que, subordinándose al poder de dominación a la autoridad y a la competencia, resulta el poder dueño de sí mismo y pueda así consagrarse a su función.”²⁰

Analiza después todos los elementos que forman el poder de Derecho. Primero de la autoridad, aseverando que: “es una energía espiritual debida a una cierta calidad o valor de la voluntad y de la inteligencia, y que permite a una élite política asumir la empresa de gobierno de un grupo, haciéndose obedecer por los demás hombres en nombre del orden.”²¹

²⁰ Hauriou, Maurice. Principios de Derecho Público y Constitucional, Madrid, Editorial Reus, 1927, p. 180. Cit. por González Uribe. Op. Cit. p. 362.

²¹ Hauriou, Maurice. Op. Cit. p. 181. Citado por González Uribe. Op. Cit. p. 362.

Entre el simple poder político y la autoridad, que es característica del poder de Derecho, hay una diferencia cualitativa apreciable. El poder en sí mismo es una libre energía, en tanto que la autoridad es una energía espiritual, que se despliega no solo para dirigir a la sociedad, supone cualidades morales (verdaderas virtudes en los gobernantes) y también competencia, en el sentido de cualidades especiales de inteligencia e integridad que les permiten abarcar el conjunto y el detalle del problema político y darle una solución adecuada. Esas cualidades de voluntad e inteligencia deben ser específicamente políticas. Lo cual quiere decir que se refiere al gobierno de los hombres para el bien común y no meramente administrativas.

Frente a la autoridad y a la competencia se encuentra el poder de dominación, que puede ser definido como “un poder de la voluntad que se hace obedecer por la disposición y el empleo de la fuerza de coacción material”.²² Estos dos elementos de poder (autoridad y dominación) tienen que combinarse sabia y acertadamente entre si para constituir un poder de Derecho. Es preciso que prevalezca, evidente e inconfundiblemente, el elemento autoridad sobre el de dominación. De otro modo, si prevalece es la fuerza de coacción material nos hallaremos en presencia de un poder de hecho, mejor conocida como dictadura.

La justificación del poder político se complementa por su parte, con el principio de legitimidad o el fenómeno de legitimación. Uno se refiere al modo de transmisión del poder, y el otro al ejercicio actual del mismo. Se dice que el poder es legítimo cuando su constitución y transmisión se realiza conforme a la ley. Esa legitimación se prolonga y se consolida mientras el poder político continúa actuando conforme a las leyes.

²² *Ibidem.* p.363

2.2 ATRIBUCIONES CONFERIDAS AL ESTADO.

La actividad del Estado es el conjunto de actos materiales y jurídicos, operaciones y tareas que realiza en virtud de las atribuciones que la legislación positiva le otorga. El otorgamiento de dichas atribuciones obedece a la necesidad de crear jurídicamente los medios adecuados para alcanzar los fines estatales.

“Atribuciones son tareas que el Estado decide reservarse, por medio del orden jurídico, las cuales están orientadas a la realización de sus fines. Es decir, son los grandes rubros de la actividad del poder público tendiente a alcanzar sus fines”.²³

Siendo las atribuciones medios para alcanzar determinados fines, es natural que el número y extensión de aquellas varíen al variar estos. Los criterios para fijar unas y otras no constituyen cuestiones jurídicas, sino que corresponden al campo de las ciencias políticas y a las necesidades temporales del Estado mismo en atención a sus fines propios.

De acuerdo con los postulados del individualismo, que considera que son bastantes la actividad de los particulares y el libre juego de las leyes económicas, para satisfacer las necesidades individuales y colectivas dentro de la sociedad, el Estado en una primera etapa histórica posterior al mercantilismo, se encontró reducido en un mínimo en cuanto a sus fines y lógicamente, en cuanto a sus atribuciones, pues sus atribuciones se limitan al mantenimiento y protección de su existencia como entidad soberana y a la conservación del orden jurídico y material en tanto que es condición para el desarrollo de las actividades de los particulares y el libre juego de las leyes sociales y económicas, por tanto, en esta primera etapa las atribuciones del Estado consisten fundamentalmente en atribuciones de policía, que lo obligan a abstenerse de intervenir en las esferas de acción de los

²³. Martínez Morales Rafael I. Derecho Administrativo 1er y 2do cursos. 4ta. ed. Ed. Oxford. México 2001. p.42

particulares más allá del límite necesario para mantener el orden, motivo por el cual se conoce a esta etapa como “Estado Gendarme”.

“Sin embargo, en esta primera etapa, el Estado asumía atribuciones compatibles con la libre actividad privada, cuando esta era insuficiente o no remunerativa, pero si exigida para la satisfacción de las necesidades colectivas. Y comprobado que el individuo no es capaz de satisfacer las necesidades de la colectividad, se ha ido desarrollando una tendencia intervencionista o estatista en la que se considera que el Estado respetando en buena parte la actividad privada, va imponiendo a esta restricciones o limitaciones para armonizarla con el interés general, creando servicios público y encaminando su actuación con el fin de estructurar la sociedad de acuerdo con un ideal de justicia. De manera que el “Estado gendarme” se va transformando en “Estado Providencia” o “Estado social de Derecho”²⁴.

Las atribuciones que a través del tiempo se han venido asignando al Estado, se pueden agrupar de la siguiente manera:

- a. Atribuciones de mando, de policía o de coacción que comprenden todos los actos necesarios para el mantenimiento y protección del Estado, y de la seguridad, la salubridad y el orden público.
- b. Atribuciones para regular las actividades económicas de los particulares.
- c. Atribuciones para crear servicios públicos.
- d. Atribuciones para intervenir mediante gestión directa en la vida económica, cultural y asistencial del país.

Las atribuciones del Estado se encuentran íntimamente vinculadas a las relaciones que en un momento dado guarden el Estado y los particulares, ya que las necesidades individuales y generales que existen en toda colectividad se satisfacen por la acción del Estado y por las de los particulares. De manera que la

²⁴ Gabino Fraga. Derecho Administrativo. 44^a. ed. Ed. Porrúa. México 2005. p. 14.

ampliación de la esfera de la actividad de uno tiene que traducirse forzosamente en merma de la esfera de acción de los otros.

“La doctrina ha distribuido las atribuciones del Estado respecto de los particulares en los tres grupos siguientes:”²⁵

- a. Atribuciones del Estado para reglamentar la actividad privada;
- b. Atribuciones que tienden al fomento, limitación y vigilancia de la misma actividad, y
- c. Atribuciones para sustituirse total o parcialmente a la actividad de los particulares o combinarse con ella en la satisfacción de una necesidad colectiva.

2.2.1 SERVICIO PÚBLICO Y ATRIBUCIÓN.

Un sector importante, pero limitado de la doctrina francesa vino a colocar la noción de “servicio público” como fundamento, justificación y límite de la existencia del Derecho Administrativo sustituyendo el criterio de soberanía y poder público.

“Los sostenedores de la llamada “escuela del servicio público” fueron sin duda alguna los eminentes juristas Duguit, Jèze y Bonnard. Duguit al adoptar el criterio del servicio público lo hace por que como el mismo lo indica, con ello expresa su idea fundamental de negar los impuestos derechos de soberanía y de poder público y de afirmar que lo único que existe en el Estado son individuos gobernantes con deberes de servir la causa de la solidaridad social. Para él, el servicio público se define como: “toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, por que el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y es de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente sino por la intervención de la fuerza gubernamental”.”²⁶

²⁵ Bonnard, Dr. Adm., pp. 16 y ss. Citado por Gabino Fraga, Op. Cit. p.15.

²⁶ Duguit, Dr. Const., T. II p. 268. Citado por Gabino Fraga. Ídem. p.21.

Dentro de la actividad del Estado se pueden distinguir dos maneras de realizarla: una, dando órdenes, otra prestando servicios. Estas dos actividades no se pueden confundir fácilmente ni pueden ser comprendidas en una sola denominación.

Mientras que la actividad de dar órdenes provoca principalmente problemas de carácter legal, la prestación de servicios presenta problemas de economía y de eficiencia, y en tanto que la primera puede ser discontinua, la segunda debe esencialmente ser regular y continua, por lo que cada una de ellas requiere de un régimen jurídico específico distinto el uno del otro. También existen servicios públicos manejados por particulares, ya que tradicionalmente se ha considerado que el Estado no tiene el monopolio de la satisfacción de las necesidades colectivas.

“La actual doctrina francesa considera que en realidad la acción administrativa se efectúa no sólo por medio del servicio público cuyo procedimiento normal es la prestación, sino también por medidas de policía cuyo procedimiento también normal es el mandato, la orden, la prescripción, y por medio de una gestión privada que se caracteriza por que ella no tiene la preocupación de satisfacer las necesidades del público, sino de administrar su patrimonio con un fin puramente pecuniario”.²⁷

El concepto de atribución puede y debe de servir de base para la sistematización del Derecho Administrativo. Ya que dicho concepto no excluye, sino por el contrario se complementa con las naciones de poder y servicio público, ya que si la ley otorga la atribución al Estado es por una parte en razón de que tal otorgamiento se hace porque el Estado puede proceder en forma diferente de cómo lo hacen los particulares en sus mutuas relaciones (actividades reservadas) y por la otra, por que solo el propio Estado puede prestar servicios que, o bien exceden las posibilidades de la iniciativa privada, o no tienen un carácter

²⁷ Gabino Fraga. Derecho Administrativo. Op. Cit. p. 23.

remunerativa pero que de todos modos son indispensables para satisfacer las necesidades públicas.

2.3 ÓRGANOS GUBERNAMENTALES.

El Estado como organización total de la comunidad requiere de un elemento dinámico y director que lo ponga en movimiento, y ése elemento es precisamente el gobierno. Señala Jellinek que de la propia naturaleza del Estado, es decir, en su carácter de asociación organizada, se sigue necesariamente la existencia de órganos del Estado.

“Jellinek afirmaba: Un Estado sin órganos es una representación que no puede psicológicamente llegar a existir, equivale a anarquía, lo cual resulta una contradicción *in adjeto*”²⁸

Muchos autores, como Groppali y Kelsen identifican o confunden los términos de Estado y gobierno, señalando que el Estado es el Derecho mismo, el orden jurídico. Otras corrientes del pensamiento como la sociología identifican al Estado con la nación o pueblo. Concebimos al gobierno como la unidad dotada de poder de mando que surge de la integración e interacción de la totalidad de los órganos públicos que ejercen las diversas funciones gubernamentales dentro del Estado. Es evidente que esa unidad llamada gobierno manifiesta su voluntad, traduce sus decisiones en actos y desarrolla toda su actividad a través de los órganos encargados de ejercer las funciones establecidas por el ordenamiento jurídico nacional.

Para la caracterización de los órganos gubernamentales los autores se apoyan en diversas tesis, que en términos generales pudieran dividirse en dos

²⁸ Moreno Rodríguez Rodrigo. La Administración Pública Federal en México. 1ra. ed. Ed. UNAM. México 1980. p.38

grandes rubros: la orgánica u objetiva y la personal o subjetiva. La tesis orgánica sostiene que el órgano es una unidad autónoma que debe ser concebida independientemente de la persona que funge como su titular, ya que esta es cambiante, en tanto que el órgano subsiste independientemente de dicho cambio.

La tesis opuesta sostiene que el órgano es la persona misma investida de la potestad para ejercer las funciones gubernamentales, es decir el titular del órgano. “Nos adherimos a la tesis ecléctica integralista que sostiene que el órgano esta compuesto de dos elementos, el objetivo y el subjetivo. El órgano se integra de un oficio, de una potestad gubernamental que se traduce en un conjunto de funciones y poderes y, además, de un titular por medio del cual actúa. Es importante no confundir la persona física concreta que en un momento determinado ocupa un puesto (Pedro, Juan o Carlos), con el titular del órgano, el cual es permanente y subyace a los cambios de la persona”.²⁹

“En apoyo a esta corriente Groppali afirma que: No podemos, en efecto disociar el oficio de la persona física encargada de él, en cuanto que el primero, sin la segunda, estaría imposibilitado para ejercer sus funciones y para perseguir sus fines, y tampoco podemos, por otra parte, identificar el órgano con la persona, en cuanto ésta puede faltar temporalmente por muerte, separación etc., y no obstante esto, el oficio continua subsistiendo.”³⁰

La Real Academia de la Lengua Española recoge entre otros los siguientes significados del vocablo “orgánico”: “lo que tiene armonía y consonancia”, “lo que atañe a la constitución de corporaciones o entidades colectivas o a sus funciones o ejercicios”, “organismo” puede significar: “conjunto de leyes, usos y costumbres por que se rige un cuerpo o una institución social”. Como claramente puede apreciarse, el concepto “orgánico” no solo tiene connotación biológica (propuesta por la tesis organicista que concibe al órgano a manera de órgano biológico

²⁹ Op. Cit. p.41.

³⁰ Ídem. p. 41.

viviente), sino que también hace referencia a la integralidad conceptual de entidades e instituciones. Asimismo, señala la ilustre institución Española que “órgano” puede significar: “el medio o conducto que pone en comunicación dos cosas”, o bien “la persona o cosa que sirve para la ejecución de un acto o designio”.³¹

“El conclusión el órgano gubernamental se compone de dos elementos, objetivo y subjetivo; el oficio, es decir, el conjunto de funciones establecidas por el Derecho, y el titular encargado de ejercerlas. En el sistema jurídico Mexicano, uno de los requisitos de procedencia para el juicio de amparo es el señalamiento de la autoridad responsable, y esa autoridad adquiere el carácter de tal precisamente por estar investida de la potestad para ejercer las funciones publicas correspondientes a un órgano y por lo cual fue afectado el interés de un particular (requisitos de procedencia del amparo).”³²

El órgano gubernamental es una institución de derecho público que tiene personalidad jurídica propia y que es identificable plenamente por sus elementos. El orden jurídico nacional da lugar a su nacimiento, su integración y funcionamiento están regulados por el derecho. El derecho le asigna una competencia específica. La idea moderna de institución pública supera con mucho la discusión de las tesis objetiva y subjetiva sobre la naturaleza del órgano. Estas instituciones de derecho público que llamamos órganos gubernamentales cuentan con un régimen competencial propio y exclusivo; con una potestad e imperio; con un presupuesto económico y los bienes necesarios para el ejercicio de sus funciones; y con una o varias personas encargadas de ejercer las tareas gubernamentales, tal y como se plasma en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

³¹ Diccionario de la RAE. 19na. ed. Ed. Espasa-Calpe. Madrid España 1970. pp. 948 y 949.

³² Moreno Rodríguez Rodrigo. Op Cit. p. 42.

2.3.1 NATURALEZA DE LAS RELACIONES ENTRE LOS GOBERNANTES CON EL ESTADO Y EL PODER PÚBLICO.

Conforme a estos principios pueden definirse las relaciones que existen entre los gobernantes, ya sean como individuos o como instituciones y el Estado. El problema no puede resolverse con el simple recurso a la noción de representación, por que en realidad el Estado sin los gobernantes, no tiene existencia alguna o puede otorgar representación a nadie. Hay que acudir a la representación pero en una forma más elevada y matizada, y relacionarla con la idea del Estado, más que con el Estado mismo como estructura u organización. Aparecen entonces los gobernantes como representantes, o como órganos representativos de la idea del Estado, que es el bien público temporal, y como agentes ejecutores de la misma. Los hombres que ejercen el gobierno de la comunidad son ciudadanos como los demás, pero en el tiempo en que son gobernantes y en la esfera de sus atribuciones, adquieren la calidad de órganos representativos, y tienen todo el poder y los recursos necesarios para mandar.

2.3.2 LA DOCTRINA DE LA REPRESENTACIÓN.³³

Durante mucho tiempo la doctrina más aceptada para explicar la relación que guarda el grupo gobernante respecto del Estado, como unidad total a que pertenecen, fue la de la representación. Según esta teoría, los gobernantes representan al Estado similarmente al tutor que representa al pupilo. Esto no es exacto por que el tutor no forma parte del incapacitado, en tanto que los gobernantes solo existen dentro del Estado y éste tampoco se concibe sin la autoridad. Es posible concebir al Estado como idea, en que el poder sea solo un elemento abstracto; pero en forma concreta no puede darse un Estado en que el poder no esté en manos de gobernantes; dentro de un Estado que no es un concepto, sino una realidad, no es posible concebir la existencia de ese elemento constitutivo que es el poder, si no se atribuye a los gobernantes. Por tanto, no es exacto hablar de representación del Estado por los gobernantes, por que una parte no representa al todo.

³³ Porrúa Pérez. Op. Cit. pp. 310 y 311.

2.3.3 LA DOCTRINA DEL ÓRGANO.³⁴

La teoría del órgano afirma que el Estado es un organismo, cuyos gobernantes son los órganos directores y organizadores. Estos nacen al mismo tiempo que el Estado, quien actúa sirviéndose de ellos.

Pero los gobernantes no son cualidades físicas del Estado, por el contrario, tienen una existencia personal, independiente de la del Estado, es decir, “los gobernantes solo actúan en nombre del Estado; y en ese sentido lo representan. En verdad representan, no al Estado, puesto que éste no existe fuera de ellos, sino más bien la idea del Estado. Son órganos, pero en el momento y en la medida que actúan dentro de la competencia que les corresponde. Cuando cesan en sus funciones dejan de ser órganos, para convertirse de nuevo en personas privadas.”

En esta forma, los gobernantes pueden ser al mismo tiempo gobernados, sometidos a la disciplina del Estado que rigen como gobernantes. De ahí que Maurice Hauriou dé la noción de “órganos representativos del Estado”.

2.4 FUNCIONES DEL ESTADO.

Íntimamente relacionado con el concepto de atribuciones del Estado, encontramos el de funciones del mismo. El concepto de atribuciones comprende el contenido de la actividad del Estado; es lo que el Estado puede ó debe hacer. El concepto de función se refiere a la forma de la actividad del Estado. La función constituye la forma de ejercicio de las atribuciones.

Martines Morales concibe a la función de la siguiente manera: “Función significa cumplimiento de algo, de un deber. Las funciones son los medios de que el Estado se vale para ejercitar sus atribuciones, encaminadas estas al logro de

³⁴ Ídem. p. 311.

sus fines. El poder estatal, que es uno solo, se estructura en órganos: legislativo, ejecutivo y judicial, a cada uno de los cuales se les asigna una función (legislativa, administrativa y jurisdiccional respectivamente). De tal modo que las funciones del Estado son el sistema o medio que utiliza el poder público para cumplir con sus atribuciones o realizar sus cometidos, destinados al logro de sus fines”.³⁵

La comunidad del Estado, en el acto de establecer su organización política establece un conjunto de actividades específicamente determinadas, para ser desarrolladas por los titulares de los órganos gubernamentales. Esas actividades se convierten en atribuciones al ser reguladas por el ordenamiento jurídico nacional, principalmente a través de la Constitución nacional.

La función normativa como actividad primordial del gobierno, se encarga de establecer disposiciones jurídicas que regulan tanto el funcionamiento de la organización gubernamental, en cuanto a las relaciones de los particulares entre si y con los gobernantes. Otra actividad es la que se manifiesta en la aplicación de Derecho a casos concretos de violaciones al sistema jurídico. Por ultimo, existe la actividad que tiende a la ejecución de los mandatos jurídicos, a la satisfacción de las necesidades colectivas y establece las directrices generales del gobierno del Estado.

Independientemente de los múltiples intentos de establecer clasificaciones novedosas, muchas veces complejas, acerca de las funciones gubernamentales, aún subsiste con plena vigencia y validez la ya clásica división desde el punto de vista material de las funciones publicas en: legislativa, judicial y ejecutiva, y con base en esta clasificación los actos particulares del gobierno se dividen asimismo en: leyes, actos jurisdiccionales y actos administrativos y de gobierno.

“La naturaleza misma de esas funciones exige cualidades peculiares para su ejercicio. Así por ejemplo, la función legislativa requiere de moderación,

³⁵ Martínez Morales. Derecho Administrativo 1er y 2do cursos. Op. Cit. p.42.

ponderación, valoración y meditación, por lo cual normalmente se encomienda a órganos colegiados (congreso de la unión) y se ejerce bajo un procedimiento establecido, al igual que la función judicial encargada de decir el derecho, la cual requiere además, madurez, juicio, equilibrio, imparcialidad y ciencia, y por ello se encomienda a órganos integrados por magistrados y jueces dotados de cualidades especiales. Por ultimo, la función administrativa y de gobierno requiere de gran dinamismo y flexibilidad por lo cual principalmente se encomienda a órganos unitarios o unipersonales. Como puede apreciarse, existe una correspondencia entre la naturaleza de la función y la conformación e integración del órgano encargado de su ejercicio.”³⁶

2.4.1 FUNCIONES GUBERNAMENTALES.

En virtud del tema del presente trabajo de tesis solo se hará mención de la función legislativa y judicial profundizando principalmente en la ejecutiva.

2.4.1.1 FUNCIÓN LEGISLATIVA.

La función legislativa se ejerce para reglamentar la organización total del Estado, para regular tanto la integración como el funcionamiento de los órganos gubernamentales, así como las relaciones entre los particulares y estos con los gobernantes.

2.4.1.2 FUNCIÓN JURISDICCIONAL.

La función jurisdiccional tiene por objeto procurar la vigencia y observancia del ordenamiento jurídico nacional mediante resoluciones fundadas en el derecho, que resuelvan conflictos de competencias, así como controversias surgidas tanto entre particulares y gobernantes como entre los particulares mismos. Dichas resoluciones se traducen en sentencias cuyo poder coactivo hace posible la vigencia del Derecho.

³⁶ Ídem. pp. 45 y 46.

El poder coactivo es un elemento esencial de esta función, ya que sin coacción no puede existir el derecho, esta es una de las principales diferencias del Derecho en relación con las normas. Pudiera afirmarse en síntesis que la esencia de la función jurisdiccional estriba en el control de la legalidad.

2.4.1.3 FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.

La actividad administrativa difiere de las funciones legislativa y judicial debido a que la legislativa tiene por objeto formar el Derecho, y la judicial tutelarlos y actuarlos; la función ejecutiva, se dirige a satisfacer una necesidad concreta o a obtener el bien o la utilidad que la norma jurídica debe garantizar, siendo además el objeto de la función administrativa la satisfacción de los intereses propios y de los colectivos. Gabino Fraga afirma: “la función administrativa es la que el Estado realiza bajo un orden jurídico, y que consiste en la ejecución de actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales”.³⁷

“Jellinek destaca la función ejecutiva al señalar que: la Administración, que contiene en sí ya al gobierno, necesita ser siempre ejercida. Sin ella el Estado no podría existir ni un momento. Se puede concebir un Estado despótico sin leyes ni jueces; pero un Estado sin administración sería la anarquía. La administración, por tanto, es la función más comprensiva. Toda preparación de leyes le compete a ella; la actividad del juez ella la apoya, y, por último, ella es la que asegura la ejecución de las decisiones judiciales.”³⁸

La función ejecutiva tiene gran importancia en el desenvolvimiento del Estado, ya que comprende un gran número de actos gubernamentales. Para diferenciarla de las otras funciones gubernamentales, algunos autores la diferencian señalando que la función ejecutiva es toda aquella actividad que no sea función legislativa o judicial. Es decir, que puede determinarse por exclusión, ya que todas las actividades no clasificadas en las otras dos caen dentro de su

³⁷ Gabino Fraga. Op. Cit. p. 63.

³⁸ Moreno Rodríguez, Rodrigo. Op Cit. p. 47.

dominio, comprendiendo actividades para la ejecución de leyes, para la satisfacción de necesidades colectivas y para la dirección del Estado en su conjunto.

La función ejecutiva comprende dos tipos de actividades: la administrativa y la política o de gobierno.

La primera se caracteriza, de acuerdo con la Teoría del Estado, por el conjunto de actividades por medio de las cuales el Estado provee, (ya sea autoritariamente, o en actitud de servicio), a la satisfacción de las necesidades públicas. Es el instrumento de que se vale para la realización inmediata del bien público temporal, con sus tres requerimientos fundamentales: el establecimiento del orden y la paz por la justicia; la coordinación de las actividades de los particulares; y la ayuda a la iniciativa privada y su eventual suplencia cuando esta falte o sea deficiente.

“A cada uno de estos requerimientos corresponde una categoría de servicios administrativos. Y es propio de ellos, como de toda la función administrativa en general, ajustarse a las leyes previamente establecidas y de exacta aplicación en el caso. Regirse, en otras palabras, por el principio de legalidad. A diferencia del régimen del Derecho Privado, en el que la capacidad de los sujetos jurídicos se presume, en el Derecho Administrativo la competencia de los órganos de Estado debe estar claramente establecida en las leyes, y fuera de ella el órgano actúa en forma ilegal e incurre en responsabilidad.”³⁹

“La función administrativa se caracteriza por una gran flexibilidad, en virtud de tener que atender a circunstancias sumamente cambiantes. Aún cuando se ejerce con base en normas preestablecidas, existe un amplio campo dominado por la actividad no reglada en forma expresa, y que precisamente tiene por objeto dotarla de “capacidad de adaptación” necesaria y de un dinamismo especial; tal es

³⁹ González Uribe. Op. Cit. pp. 376 y 377.

el caso de las funciones discrecionales..., ya que también se encuentra sometida a la actividad legislativa, a tal grado que en el Estado moderno la Administración depende de la legislación. Ya hemos hablado del Estado de Derecho, el cual se caracteriza por el gobierno de las leyes y no de los hombres. Nava Negrete señala que:”⁴⁰

“El Estado de Derecho es la formación jurídica de la Administración en la producción de los actos administrativos, es la no injerencia de la administración en los derechos e intereses legítimos de los administrados sino con arreglo al Derecho, y el control de la legalidad de los actos administrativos con intervención de los órganos jurisdiccionales”.⁴¹

La función administrativa es realizada por una serie de órganos escalonados, trabados entre si en una unidad orgánica de acuerdo con el principio de obediencia jerárquica. Hay entre ellos relaciones de coordinación y subordinación, según lo determinen las leyes. Pero en su totalidad integran lo que se llama administración pública, que no necesariamente esta regida directamente por al Constitución, sino que lo esta más bien por las leyes secundarias. Se distinguen también en la administración los órganos centralizados y los órganos descentralizados. Su régimen de mayor o menor vinculación con el Estado y las funciones públicas lo determinan las leyes respectivas, que deben acatar en todo momento la supremacía Constitucional.

Junto con la función administrativa, toca la poder ejecutivo una tarea incomparablemente más importante y decisiva y en la que se juega el destino total de la propia comunidad: la actividad política y de gobierno. “El distinguido tratadista italiano Ranneletti nos ofrece un criterio muy acertado al respecto. A su juicio, “son actos políticos aquellos en los cuales el Estado esta comprometido en

⁴⁰ Moreno Rodríguez, Rodrigo. Op Cit. p. 48.

⁴¹ Nava Negrete, Alfonso. Derecho Procesal Administrativo. Ed. Porrúa, México 1959. p. 37. citado por Moreno Rodríguez. Op Cit. p. 48.

su conjunto unitario, esto es, en los que están en juego, el prestigio, el honor y la defensa del Estado”⁴².

Y el jurista Groppali, glosando la anterior definición, para aclararla y precisarla nos dice: “Actos políticos o de gobierno son, pues, aquellos actos que tienen como fin la tutela de los intereses más altos y delicados del Estado, considerado no en sus manifestaciones particulares de actividad, sino en su conjunto y su unidad”. Por ejemplo, son actos típicamente políticos la determinación de la actitud que un Estado debe asumir frente a los demás Estados, frente a las cuestiones más vitales del país, la declaración del estado de guerra, de sitio o de peligro; todos estos actos, si bien son eminentemente discrecionales no son abandonados al arbitrio del que los deba ejecutar, por que el ejerció del poder político, debe inspirarse siempre en el interés público. Por su enorme importancia y gravedad, tales actos entran en la competencia del jefe de estado en colaboración con el gobierno.

Son actos políticos en la gran empresa estatal aquellos por los cuales se señalan y ejecutan las políticas de las mismas, es decir, por medio de los cuales el poder ejecutivo fija las metas supremas de la comunidad y determina los medios para alcanzarlas. Son actos libres, espontáneos, no previstos de antemano por las leyes, que brotan de la concepción filosófica y de la prudencia política de los gobernantes y que comprometen su responsabilidad total. Son las grandes líneas a lo largo de las cuales se desarrolla el programa de vida de la nación y del Estado. Se habla así de políticas interna e internacional, de política fiscal, demográfica, educativa, agraria, obrera, de comunicaciones y transportes etc. y al desarrollar estas políticas, el ejecutivo debe poner en juego las mejores reglas del arte de gobernar, que consisten en lograr un equilibrio entre la estática constitucional, que representa el elemento del orden, y la dinámica de poder que

⁴² Cit. por Groppali, Alessandro. Doctrina general del Estado. México 1944. Ed. Porrúa Hnos. y Cía. p.240. citado por González Uribe. Op. Cit. p. 377.

representa la libertad y la espontaneidad. Ni acción desorbitada fuera de las normas constitucionales, ni pasividad en perjuicio de la buena marcha del país.

La función ejecutiva pone en actividad al Estado mismo y traduce en actos concretos los mandamientos populares establecidos en el ordenamiento jurídico nacional. Es la actividad mejor percibida por los administrados o ciudadanos, ya que mediante ella el gobierno entra en contacto directo con los ciudadanos. Asimismo, compete a esta función el desarrollo de las actividades políticas y de gobierno del Estado en sus esferas interna e internacional. Por su gran importancia suele confundirse con el gobierno mismo, lo cual es indebido, ya que el gobierno surge de la integración tanto orgánica como funcional de todas las funciones: ejecutiva, legislativa y judicial.

Resumiendo, la función ejecutiva en su sentido material, intrínseco, comprende como se había dicho en supralíneas dos tipos de actividades: las de política o de gobierno y las de administración o ejecución. Las primeras se refieren a las facultades de dirección política del Estado y de reglamentación, en tanto que las segundas a la aplicación o ejecución de lo ordenado.

“La idea dominante en los estados modernos es que el ejercicio de la fuerza ejecutiva corresponda a un órgano simple o unitario que concentre la facultad de imperio o de dominio, ya que es difícil concebir al Estado sin un órgano central unitario todopoderoso, independientemente de la forma de organización política concreta. En las cuestiones del Estado debe existir la *reductio ad unum*, en la que todas las funciones y órganos se coordinen en la realización del fin más importante del Estado: el bien común. Como resultado de esta tendencia observamos la existencia de sistemas con un órgano central unipersonal que concentra gran poder (presidente, monarca, jefe de Estado), paralelamente a otro tipo de regímenes representados por órganos colegiados fuertemente controlados por el parlamento”.⁴³ Se pudiera decir que México es un sistema mixto, por que

⁴³ Moreno Rodríguez. Op. Cit. p.50.

aunque la Carta Magna establece el balance de poder en los tres poderes, es indudable que la figura del jefe de gobierno siempre ha conservado una gran fuerza de decisión e influencia.

2.4.2 SEPARACIÓN DE ÓRGANOS Y FUNCIONES GUBERNAMENTALES.

“Hasta antes de Montesquieu la separación de funciones gubernamentales era más que un principio técnico que político. No había obstáculo legal alguno para que las mismas personas se encargaran del ejercicio de varias, o incluso, de todas las funciones gubernamentales. No es Locke, como algunos autores señalan, sino Montesquieu, quien imprime un sentido político a la separación de las funciones gubernamentales para ser ejercidas por otros tantos órganos. A él se debe la separación ya clásica de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial como equilibrio en la conducción gubernamental del Estado.”⁴⁴

Montesquieu afirmaba que estas funciones deben ser ejercidas por órganos diferentes y separados entre sí, ya que la única manera de evitar el abuso de poder era dividiéndolo. Decía acertadamente: “todo hombre investido de autoridad abusa de ella. No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación. La propia virtud necesita limitaciones. Para que no se abuse del poder, es necesaria que de acuerdo con la naturaleza de las cosas, el poder detenga al poder”.

“La división de poderes se ha convertido en el principio básico de la organización de los Estados constitucionales modernos. Esta teoría se puede examinar desde dos puntos de vista:”⁴⁵

1. Respecto a las modalidades que impone en el ordenamiento de los órganos del Estado y;
2. Respecto de la distribución de las funciones del Estado entre esos órganos.

⁴⁴ Ídem. p. 50.

⁴⁵ Gabino fraga. Op. Cit. pp. 28 y 29.

Desde el primer punto de vista, la separación de poderes implica la separación de los órganos en tres grupos diversos e independientes unos de otros y cada uno de ellos constituidos en forma que los diversos elementos que lo integran guarden entre si la unidad que les da el carácter de poderes.

Las constituciones modernas han establecido para el ejercicio de la soberanía el Poder Legislativo, el Judicial y el Ejecutivo, cada uno de ellos con su unidad interna adecuada a la función que ha de desempeñar, diversos entre si, y solo han discrepado de la teoría, por la tendencia en crear entre dichos Poderes las relaciones necesarias para que realicen una labor de coordinación, colaboración y control recíproco.

Desde el segundo punto de vista, la separación de poderes impone la distribución de funciones diferentes entre cada uno de los Poderes; de tal manera, que el Poder Legislativo tenga atribuido exclusivamente la función Legislativa, el Poder Judicial, la función Jurisdiccional, y el Poder Ejecutivo, la Administrativa.

2.4.3 FUNCIONES, PUNTO DE VISTA FORMAL Y MATERIAL. ⁴⁶

Las funciones del Estado se realizan, básicamente, mediante actos de Derecho Público emitidos por los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial. A estos órganos les corresponde la función legislativa, administrativa y jurisdiccional respectivamente. Para clasificar los actos del poder público, de acuerdo con las funciones del Estado, suelen seguirse dos criterios: el orgánico o formal y el material.

2.4.3.1 CRITERIO FORMAL.

Los actos gubernamentales formales se refieren al órgano de procedencia. Un acto es legislativo, administrativo o jurisdiccional, dependiendo de cual de los tres poderes lo emita.

⁴⁶ Martínez Morales. Op. Cit. pp. 43 y 44.

Así todo acto del congreso, de alguna de las cámaras, de la comisión permanente o de alguna de sus oficinas es legislativo.

Cualquier acto que realice el poder ejecutivo mediante alguna dependencia o entidad, es orgánicamente administrativo.

En cuanto a los actos jurisdiccionales, dentro de éste criterio orgánico lo serán todos los que efectuó el poder judicial por medio de la actividad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el consejo de la judicatura, los tribunales de circuito, juzgados de distrito, tribunales y juzgados estatales y juzgados municipales.

Con éste criterio orgánico se tiene en cuenta únicamente el ente que realiza la función, sin ver la naturaleza del acto.

2.4.3.2 CRITERIO MATERIAL.

Con éste punto de vista se pretende determinar la naturaleza o esencia del acto realizado para calificarlo dentro de una de las tres funciones estatales, conforme a éste enfoque, un acto será:

- Legislativo: en el supuesto de que sea una norma abstracta, general, imperativa, impersonal y con sanción directa o indirecta.
- Administrativo. Si nos hallamos ante actos condición o materiales realizados desde luego por órganos públicos, y
- Jurisdiccional: cuando para resolver una controversia se coloque un caso ante un mandato de ley y se haga a favor de una persona, un pronunciamiento que adquiera fuerza de verdad legal.

“La existencia de diversos órganos no afecta de manera alguna la concepción integral y unitaria del Estado. Diversidad no quiere decir desintegración. Precisamente esa diversidad se integra y convierte en unidad

gracias a los principios de legalidad y jerarquía bajo los cuales se encuentran ordenados y funcionan los órganos gubernamentales. Son órganos del mismo gobierno que se unen y auxilian en la realización de la función más importante. La realización del bien común. El orden jurídico, gracias a los principios de legalidad y de ordenación jerárquica, hace posible la diversidad orgánica y funcional dentro de la unidad del Estado; la legislación regula la coexistencia de los diversos órganos, señalándoles su jerarquía y grados de subordinación, así como las mecánicas de coordinación y disciplina entre ellos, en aras del fin unitario del Estado. Esta es *conditio sine qua non* del Estado mismo.”⁴⁷

2.5 EL PODER DEL ESTADO Y EL PODER GUBERNAMENTAL.

Complementando los temas de la integración orgánica y funcional del gobierno del Estado, es conveniente hacer una distinción entre conceptos que comúnmente se confunden: el poder del Estado y la facultad de imperio y de coacción que tienen el gobierno para imponer sus decisiones.

El poder del Estado surge precisamente de la integración, interacción e interdependencia de todos sus elementos. Nace de la institucionalización de todas las organizaciones políticas, sociales y privadas que convergen dentro de una unidad dotada de poder supremo y cuya finalidad es garantizar la estabilidad y el bien común de la comunidad. De esa unidad surge una personalidad jurídica distinta de la de sus miembros. Al hacer referencia al poder del Estado debemos pensar no en el poder de ciertos órganos gubernamentales o del pueblo mismo como elemento del Estado, sino en el poder que resulta de la unión de todos esos elementos.

El pacto de pertenecer, supeditarse y trabajar por un Estado es la garantía y base del poder del Estado. Gracias a ese poder estatal la comunidad garantiza el

⁴⁷ Moreno Rodríguez, Rodrigo. Op Cit. p. 53.

funcionamiento de la organización política y la independencia de la unidad Estado frente a otras organizaciones internacionales. Dicho poder es único, inalienable e indivisible.

Otro fenómeno distinto es el poder coactivo o de dominio del gobierno para actuar e imponer sus decisiones, como se había precisado dentro del tema 1.5 del primer capítulo, la comunidad no solo otorga atribuciones a sus gobernantes, sino que las inviste de dicho poder coactivo, que es el que hace posible el ejercicio de las funciones gubernamentales. No obstante ser un poder superior al de todas las asociaciones que forman el Estado, no es un poder soberano, lo cual sería un contrasentido. Si algún poder se encuentra regulado y limitado, es el gobierno, ya que se concreta o se debe concretar a la ejecución de los mandamientos populares consignados en el ordenamiento jurídico nacional. Podemos hablar del poder soberano del Estado Mexicano, mas no del de alguno de los órganos gubernamentales o del gobierno mismo.

El pueblo es capaz de autodeterminarse, incluso independientemente de cualquier gobierno establecido, como la ha demostrado la historia de cualquier país a través de insurrecciones o revoluciones. Esa capacidad no la tiene el gobierno, de modo que un gobierno no podría autodeterminarse independientemente del pueblo, lo cual sería absurdo, ya que equivaldría a desconocer su origen y función. Pero el poder del Estado tampoco radica en el pueblo como elemento separado del Estado, sino en la unidad total de ellos.

2.6 ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

La Administración pública es la parte más dinámica de la estructura estatal, está actúa en forma permanente. La administración de un país está evidentemente enmarcada en su historia, tradiciones y por las tendencias políticas así como las nuevas necesidades que día con día entraña y se géneran. Se trata de un órgano

gubernamental del Estado ubicado dentro de la estructura del órgano Ejecutivo, entendiendo a la Administración Pública como órgano o parte de la estructura gubernamental del Estado que se caracteriza por ser un objeto jurídico – estatal.

“La Administración Pública, es la parte de los órganos del Estado que dependen directa o indirectamente, del poder Ejecutivo. Tiene a su cargo toda la actividad estatal que no desarrollan los otros poderes (legislativo y judicial), su acción es continua y permanente, siempre persigue el interés público, adoptando una forma de organización jerárquizada y cuenta con: a) elementos personales, b) elementos patrimoniales, c) estructura jurídica y, d) procedimientos técnicos.”⁴⁸

“El vocablo Administrar (Administrare) encuentra su origen en las expresiones latinas Ad: “a” y ministrare: “servir”. Entre los sentidos que a dicho vocablo asigna la Real Academia de la Lengua Española se encuentran los siguientes: “gobernar, regir, aplicar”, y además el de “servir o ejercer algún ministerio o empleo”. Asimismo puede significar “suministrar”, vocablo proveniente del latín suministrare y que significa: “proveer a uno de algo que necesita”. La Real Academia Española define la administración (administratio) como “la acción de administrar”. La Real academia de la Lengua Española señala que la Administración Pública: Es la acción del gobierno al dictar y aplicar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las leyes y para la conservación y fomento de los intereses públicos, y al resolver las reclamaciones a que de lugar lo mandado. Es el conjunto de organismos encargados de cumplir esta función.”⁴⁹

“Es un hecho que la Administración Pública, crece día a día sus agencias, oficinas, departamentos o unidades administrativas, el personal de estas y los medios materiales con que cuenta para ello. Sociológicamente podemos considerar que el aumento de la población, el avance tecnológico y científico y la

⁴⁸ Acosta Romero, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo 1er. Curso. Ed. Porrúa. México 1990. 9na. ed. p. 108.

⁴⁹ Diccionario de la RAE 19na. ed. Ed. Espasa-Calpe. Madrid España 1970. Cit. por Moreno Rodríguez. p. 72.

búsqueda de metas de progreso y bienestar dentro de la sociedad, han provocado que la Administración Pública actué en campos que hasta hace poco le eran desconocidos.”⁵⁰

2.6.1 CONCEPCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

“Existen diversas corrientes contemporáneas sobre la noción de la Administración Pública.”⁵¹

1. **CONCEPCIÓN JURÍDICA.** Ha sido en Europa, especialmente en la escuela administrativa Alemana, en donde han florecido las ideas más pródigas sobre el D. Administrativo, a partir de supuestos relativos al estado de Derecho, con el objeto de salvaguardar los derechos subjetivos contra la injerencia de los poderes públicos, procurando un equilibrio entre libertades constitucionales por una parte, y prerrogativas de la Administración Pública por la otra.

2. **CONCEPCIÓN DE PRODUCTIVIDAD.** En los Estados Unidos se ha partido de las ideas de organización de empresas privadas, trasplantándolas a la técnica de la Administración Pública.

3. **CONCEPCIÓN BUROCRÁTICA.** Le otorga la máxima importancia al factor burocrático dentro de la administración. Parte de Max Weber, que considero a la burocracia como el instrumento fundamental del progreso social.

4. **CONCEPCIÓN POLÍTICA.** Dichas orientaciones observan, en su mayoría, una orientación crítica hacia el pensamiento, reconociendo que el modo en que las decisiones administrativas se adaptan al hecho, ni coinciden con lo que los textos consagrados de administración pública enseñan.

5. **CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA.** La conducta y las necesidades de los individuos y de la sociedad, deben ser estudiadas exhaustivamente por la Administración Pública, a fin de adecuarse a las necesidades cambiantes.

⁵⁰ Acosta Romero, Miguel. Op. Cit. p. 107

⁵¹ Ídem. p. 108.

“Es posible apreciar, la importancia de estos enfoques, el jurídico y el técnico político,..., la necesaria relación e interdependencia de dichos enfoques en la concepción integral de la Administración Pública. Antonio Carrillo Flores, afirma lo siguiente: “repito después de una larga experiencia en el servicio público, la administrativa suele ser una función menos vinculada al Derecho que la jurisdiccional, pues tanto la política como la técnica están presentes, con sus propios datos y exigencias, en las más importantes decisiones y actos concretos a través de los cuales el poder público busca la satisfacción de las necesidades sociales”, “es un hecho, añade Carrillo Flores, no un deber ser, que hace posible una acción correcta de la Administración Pública en el Estado moderno. Pero tampoco debe caerse en el extremo de una Administración Pública sin Derecho, ya que ello sería la apología de la dictadura: “procurar la eficiencia sin caer en la dictadura es el problema capital del Estado en la actualidad””.⁵²

“Es conditio sine qua non para el estudio integral de la Administración Pública tener en cuenta los enfoques jurídico, político y técnico, y ello no afecta al jurista o al administrador, sino por el contrario, los enriquece y amplía sus horizontes en la comprensión de un fenómeno infinitamente más complejo que los limitados alcances de sus respectivas disciplinas. Negar o menospreciar la importancia y función tanto del Derecho administrativo cuanto de la Teoría de la Organización Administrativa, equivaldría a ubicarse en una postura parcial y subjetiva. La anterior consideración no es meramente especulativa. Es frecuente encontrar magníficos proyectos técnicos, teóricamente impecables, que no pueden aplicarse por contravenir el sistema jurídico vigente o las condiciones políticas o económicas imperantes; o bien soluciones jurídicas correctas pero inaplicables por su falta de viabilidad técnica. Lo grave es que ambas situaciones provocan serios males a la Administración, tanto por los recursos invertidos que se pierden como por el tiempo utilizado sin fruto alguno...”.⁵³

⁵² Carrillo Flores, Antonio. La justicia Federal y la Administración Pública. Ed. Porrúa. 2da. ed. México 1973. p. 10. Citado por Moreno Rodríguez. Op. Cit. p. 84.

⁵³ Moreno Rodríguez. Op. Cit. pp. 85 y 86.

2.6.2 PUNTOS DE VISTA PARA EL ESTUDIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

La Administración Pública puede estudiarse desde un punto de vista orgánico y desde un punto de vista funcional o dinámico.

Desde el punto de vista orgánico, se le identifica con el Poder Ejecutivo. Y todos los órganos o unidades Administrativas que, directa o indirectamente dependen de él. Orgánicamente la Administración Pública Federal esta constituida por el presidente de la República y todos los órganos centralizados, desconcentrados y descentralizados, las empresas y sociedades mercantiles de Estado, así como los fideicomisos. La Administración Pública Local esta constituida por el Gobernador y todos los órganos que dependen de el en forma centralizada, desconcentrada y descentralizada o de empresa estatal. Aplicando el mismo principio en relación con el ayuntamiento.

“De acuerdo con éste criterio (Orgánico), el objeto de la ciencia de la Administración lo conforman todos los entes que dependen del Poder Ejecutivo, ya sea que tal vinculación sea real o formal”.⁵⁴ Es decir, que se enfoca primordialmente a la Estructura.

Desde el punto de vista funcional, la Administración Pública se entiende como la realización de la actividad que corresponde a los órganos que forman ese sector. En éste sentido administrar es realizar una serie de actos para conseguir una finalidad determinada. En éste caso, para conseguir los fines del Estado es necesario una seria de complejos órganos encargados de realizarlos de forma armónica, que es lograda en base al enlace y a la coordinación y jerarquizados.

Martínez Morales describe el criterio Dinámico o funcional de la siguiente manera: “Según éste punto de vista, la materia de la ciencia de la Administración está constituida por aquellas acciones del poder público, cuya naturaleza sea

⁵⁴ Martínez Morales, Rafael. Op. Cit. p. 50.

materialmente Administrativa, esto es, el objeto por estudiar es el quehacer estatal que se realiza en forma de función administrativa”.⁵⁵ Es decir, que su foco de interés son las acciones del poder público en cuanto a su función, o la Función Administrativa propiamente dicha.

2.6.3 PROBLEMÁTICA QUE PRESENTA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA MODERNA.⁵⁶

“Para hacer frente a esas múltiples actividades el Estado tienen que crear agencias o unidades administrativas que se encarguen de cumplir con esos nuevos cometidos; y vemos que así surgen nuevas Secretarías y departamentos de Estado, o bien, nuevas estructuras administrativas, que antes eran desconocidas como la centralización, la desconcentración y las empresas públicas, el fideicomiso. Sector al que autores como James W. Landis han denominado un nuevo poder administrativo diferente de los clásicos poderes del Estado, que tradicionalmente venían considerándose como las únicas formas de división y organización del poder.

Es así, como la administración Pública moderna, tiene que enfrentarse a una problemática distinta y aplicar métodos y sistemas acordes con la época, para realizar con eficacia su función y lograr una coordinación entre la multitud de órganos que la integran, así como los órganos de los otros poderes y de las entidades federativas y municipales, en un sistema federal como el nuestro.

2.6.4 ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.

La Administración Pública, como todo elemento del Estado, necesita ordenarse adecuada y técnicamente, es decir, organizarse para realizar su actividad rápida, eficaz y convenientemente. “La organización Administrativa es la forma o modo en que se estructuran y ordenan las diversas unidades administrativas que dependen del Poder Ejecutivo, directa o indirectamente, a través de sus relaciones

⁵⁵ Ídem. p. 50.

⁵⁶ Acosta Romero, Miguel. Op. Cit. p. 107.

de jerarquía y dependencia, para lograr una unidad de acción, de dirección y de ejecución, en la actividad de la propia administración, encaminada a la consecución de los fines del Estado.”⁵⁷

“La necesidad de establecer y ordenar de manera coordinada a los entes que conforman al Administración Pública, se debe a que solo así se logra alcanzar una operatividad adecuada a sus finalidades y al ejercicio de la función o actividad administrativa.”⁵⁸

Sierra Rojas en su obra de Derecho Administrativo⁵⁹ afirma que “de acuerdo con nuestra estructura Constitucional, artículos 27, 39, 40, 41 y 115 de la misma, el Estado o República representativa, democrática, federal, popular y soberana, se integra con tres entidades o personas jurídicas diversas: La Federación, las Entidades Federativas y los Municipios”. “Por lo que se refiera a la Federación ésta actúa por medio de sus poderes fundamentales. El Organismo más importante del poder Ejecutivo Federal es la Administración Pública o conjunto de entes personalizados, regidos por el Derecho Administrativo.

Las formas de organización de la Administración Pública, no son equivalentes a las formas de Estado y a las formas de gobierno, pues la primera se refiere a la entidad misma del Estado, y la segunda, a los órganos que ejercitan el poder, en el más alto rango (Legislativo, Ejecutivo y el Judicial), en cambio las formas de organización administrativa se refieren exclusivamente a la Administración Pública, es decir, Poder Ejecutivo y unidades administrativas que de él dependen.

⁵⁷ Acosta Romero. Op. Cit. p. 113.

⁵⁸ Rafael I. Martines Morales. Op. Cit. p. 52.

⁵⁹ Sierra Rojas, Derecho Administrativo, Ed. Porrúa, S. A., 8ª ed., tomo primero, p. 69. citado por Faya Viesca, Jacinto, Administración Pública Federal, Ed. Porrúa, México 1983, 2da. Ed. p. 29.

2.6.4.1. MARCO JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Las formas de organización administrativa, es decir, los sistemas como se estructuran los entes del poder Ejecutivo, están determinados por las ligas de jerarquía que con mayor o menor intensidad los vincula con el titular del propio Poder Ejecutivo (el presidente de la República). Las formas de organización son la manera como estará integrada la Administración Pública y como se ordenaran los órganos del poder público encargados de de la actividad o función administrativa del Estado.

El marco de competencia constitucional del Poder Ejecutivo Federal lo da el Artículo 89 Constitucional al enumerar en forma expresa una serie de facultades y obligaciones del Presidente de la República. Las leyes y reglamentos que norman la función administrativa establecen situaciones de carácter general que marcan con precisión los límites y las características de la actividad administrativa.

“La actividad administrativa siempre tiene como finalidad la realización de una serie de actividades reguladas por el interés público o la prestación de servicios públicos que establecen las leyes administrativas, leyes que fueron creadas para regular la forma en que la función debía de ser desarrollada. La función administrativa se realiza casi siempre de oficio, es decir, al actuar el Estado ejecuta una serie de actos tendientes a cumplir con dispositivos legales, sin esperar a que otras personas jurídicas de otros poderes o extraños al Estado le soliciten que actúe de tal o cual manera. Es importante señalar que toda la actividad administrativa tiene fines muy concretos y que los efectos de sus actos son limitados y circunstanciales.”⁶⁰

La ciencia del Derecho Administrativo estudia generalmente tres formas de Organización Administrativa. El Derecho mexicano vigente establece la siguiente forma de organización. (El artículo 90 Constitucional únicamente utiliza el primer y tercer término).

⁶⁰ Faya Viesca, Jacinto. Op. Cit. pp. 42 y 43.

1. *La Centralización.* En la que los órganos dependen inmediata y directamente del titular del Poder Ejecutivo.

2. *La Desconcentración.* Donde los entes guardan relación jerárquica con algún órgano centralizado, pero existe cierta libertad con lo que respecta a su actuación técnica.

3. *La Paraestatal o Descentralización.* Se estructura mediante entes que ostentan una personalidad jurídica propia, distinta de la del Estado, y cuya liga con el jefe del Poder Ejecutivo es de carácter indirecto, en nuestro Derecho existen tres clases de órganos paraestatales, regulados por diversas disposiciones y pueden adoptar variados esquemas en lo que se refiere a su origen, funcionamiento y objetivos.

Cabe aclarar que el artículo 3° de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal considera como entidades paraestatales a:

1. Organismos Descentralizados.
2. Empresas de participación estatal, Instituciones nacionales de crédito, organizaciones auxiliares nacionales de crédito e instituciones nacionales de seguros y fianzas.
3. Fideicomisos.

Así mismo la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal dentro del artículo 1^o establece:

Artículo 1°: La presente Ley establece las bases de organización de la Administración Pública Federal, centralizada y paraestatal.

La Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, integran la Administración Pública Centralizada.

Los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y de fianzas y los fideicomisos, componen la administración pública paraestatal.

La Administración Pública actúa en un marco estricto de facultades expresas y limitadas por distintas leyes y reglamentos que la estructuran y reglamentan. La L.O.A.P.F., en su primer artículo constituye el principal ordenamiento jurídico con que se estructura la Administración Pública Federal.

2.6.4.2 ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS. EXTERNA E INTERNA.

En la administración pública encontramos bien definidas, dos actividades. Una externa y otra interna. La primera esta sometida a las normas y principios del Derecho Administrativo, en cuanto a que incide en la esfera jurídica de terceros, siendo, por tanto, necesario que los funcionarios emisores de los actos respeten estrictamente el principio de legalidad. Los actos internos, como su nombre lo explica, son aquellos que se efectúan y tienen eficacia dentro de la propia administración, y que por consecuencia, normalmente no producen efectos jurídicos en los particulares. Además, esos actos se caracterizan por que no se apoyan en disposiciones legales o reglamentarias, pues son de carácter discrecional, habida cuenta de que responden a necesidades y circunstancias muy diversas que se van presentando en la práctica administrativa, y que muchas veces no es posible prever.

Por otra parte, al no afectar esos actos derechos de terceros, no son objeto de revisión en la vía contenciosa. “Sin embargo, debemos aclarar, con Guido Zanobini,⁶¹ que algunos actos internos deben estar reglados por el Derecho Administrativo, como es el caso de las resoluciones que se traducen en la aplicación de medidas disciplinarias a funcionarios o empleados, en razón del

⁶¹ Zanobini Guido. Curso de Derecho Administrativo. Citado por Ríos Elizondo Roberto. Ed. Porrúa. 1ra. ed. México 1975. p. 378.

principio nulla poena sine lege; en la organización de las dependencias de alto nivel gubernamental; la preparación de los presupuestos de egresos, la guarda, conservación y custodia de los bienes de la nación, etc. En ocasiones ciertos actos internos, en especial los de carácter técnico, son preparatorios de otros de índole externa, y por tanto, deberán apoyarse en la ley”.

“La actividad administrativa externa es aquella que incide en la esfera jurídica de terceros, estableciendo en virtud de ella, una relación jurídica entre el estado, por una parte, y una o varias personas por la otra, en esa vinculación se persiguen siempre el cumplimiento de los intereses públicos, cuya tarea es atributo de la propia corporación política. Por su parte la administración interna circunscribe al sostenimiento del Estado y a procurar su óptimo funcionamiento, lo cual hace necesaria una perenne reforma o adecuación administrativa en beneficio del servicio público”.⁶²

2.6.4.3 CLASIFICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ACTIVA, CONSULTIVA Y CONTRALOR.

“En términos generales podemos dividir a la administración pública en activa, consultiva y de contralor. La primera es la más amplia, la más importante y la que imprime un sello particular a la acción del Estado, pues es la más abundante y la que pone de relieve la existencia de esta corporación a través de la prestación de los servicios públicos, de la facultad impositiva, de su coercibilidad etc. Es la que mejor connota lo administrativo, puesto que en ella se produce el acto ejecutivo de la norma jurídica o ley, ajena al acto jurisdiccional, al mismo tiempo que se da el acto decisorio del órgano burocrático destinado a producir efectos jurídicos”.⁶³ Ampliando o restringiendo la esfera de derechos de los particulares en razón del interés general que siempre debe presidir el acto.

⁶² Ríos Elizondo Roberto. Op. Cit. p. 378.

⁶³ Enrique Sayagués Laso. Tratado de Derecho Administrativo. Cáp. IV, sec 1. cita por Ríos Elizondo. Op. Cit. p. 378 y ss.

La administración consultiva tiene por objeto, como su nombre lo indica, asesorar al órgano Ejecutivo en relación con los actos administrativos que deba emitir y respecto de lo cual existen dudas de carácter legal y técnico, aún cuando en éste último caso habrá la resolución del órgano consultivo de producir, de cualquier modo, consecuencias de Derecho; en cuanto es preparatoria del acto administrativo principal, y por lo mismo, se encuadra dentro de la administración interna, lo que equivale a decir que por si solo el acto consultivo no afecta derechos ni del Estado ni de la parte interesada, pues como lo expresa Ranneleti⁶⁴, “sí la opinión del cuerpo consultivo tiene carácter facultativo, no ejerce ninguna influencia sobre la decisión del órgano de la administración activa, a diferencia del caso en que sea obligatoria, pues entonces esa decisión deberá apoyarse en la opinión del órgano al cual se consulto. En resumen todo esto dependerá de lo que determine la ley sobre si la opinión es de índole facultativa o vinculante”.

La administración de contralor tiene como finalidad comprobar la legitimidad, conveniencia y oportunidad del acto administrativo. Provee, por tanto lo necesario para que todo acto de la administración activa se ajuste a Derecho, así como a los sistemas y procedimientos establecidos, de modo que se aseguren los intereses del Estado, en cuanto patrimoniales, y de los particulares, si se trata de servicios públicos. En el primer caso llevara el control de los actos de la administración, y en el segundo de los concesionarios o permisionarios por ejemplo. Es importante, a éste respecto hacer énfasis en que el acto de contralor no puede tener efectos ejecutorios, pues entonces invadiría la esfera competencial de la administración activa y contravendría su propia naturaleza. Es indebido por tanto, que el órgano de contralor decida *per se*, cualquier cuestión de administración que afecte o pueda afectar los derechos subjetivos de los particulares, y desde luego del propio Estado; pues solo le corresponden atribuciones de vigilancia, a través de las cuales puede ejercitar el acto de contralor. Su intervención debe estar autorizada por normas jurídicas, legales o

⁶⁴ *Instituzioni di Diritto publico*, p. 462. Cit. Ríos Elizondo. Op. Cit. p. 379.

reglamentarias, y actuar muto propio o a petición de los órganos ubicados en el nivel superior de la escala administrativa. Debiendo concretarse a informar a estos, en forma oportuna y pormenorizada, del resultado de su actuación.

Se trata en realidad de un sistema de auto control creado por el Derecho Administrativo para que la administración pública corrija sus propios actos cuando han sido emitidos con violación del Derecho o de los procedimientos internos establecidos, por tanto no deben confundirse con los actos de contralor con los jurisdiccionales de control de legalidad que corresponden a los órganos de lo contencioso administrativo.

2.7 FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

En primer lugar hay que precisar que es un funcionario público, para ello hay que remitirnos en primer lugar al concepto de función pública. Gramaticalmente el vocablo “función” significa “acción propia de una persona, órgano o mecanismo; actividad, ocupación”.

El maestro Rafael De Pina y Rafael De Pina Vara nos dicen en su Diccionario de Derecho que la función pública es la “actividad dirigida en la realización de alguno de los servicios correspondientes al Estado, municipio o, en general, a cualquier organismo público.”⁶⁵

Los mismos autores nos señalan que funcionario es “persona afecta con carácter permanente, como profesional, a un servicio del Estado, del municipio o de cualquier corporación de carácter público.”⁶⁶

⁶⁵ De Pina Rafael y De Pina Vara Rafael. Diccionario de Derecho. 29ª. ed. Ed. Porrúa. México. 2000. p. 296.

⁶⁶ Ídem. p. 296.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido al funcionario público de la manera siguiente:

FUNCIONARIO PÚBLICO.⁶⁷

“Por funcionario público debe entenderse toda persona a quien se ha encomendado el ejercicio de una función pública, y como para esto es indispensable poner en acción medios coercitivos, o lo que es lo mismo, ejercer autoridad, para considerar que alguien tiene el carácter de funcionario público, debe tenerse en cuenta si puede o no disponer de la fuerza pública, es decir, si puede ejercer autoridad.”

Con respecto a la relación entre los términos “función pública” y “funcionario público”, Rafael I. Martínez comenta: “La función pública, realizada por los trabajadores al servicio del Estado, aún cuando se encuentra vinculada con la actividad política de éste, no debe confundirse con ella, ya que la primera está referida a la capacidad de acción que guarda todo trabajador en cuanto tal, y la segunda está identificada con todas las acciones a cargo del Estado. La capacidad de acción, llamada *función pública*, implica una relación entre el Estado y el servidor.”⁶⁸

En nuestro sentir, la función pública es el conjunto de tareas realizadas por el Estado, delimitadas por el derecho y desempeñadas por los funcionarios públicos y, funcionario público es el individuo que tiene a su cargo la función pública.

El Estado como persona jurídico-colectiva, dotada del poder público para realizar sus actividades, necesita que dichas actividades o actos tengan como atributos esenciales la unilateralidad, imperatividad y coercitividad. En efecto, se

⁶⁷ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Quinta Época, 1926, Tomo XIX. p. 1038. Amparo penal en revisión 2682/26.

⁶⁸ Martínez Rafael I. Derecho Administrativo, 3er. y 4to. cursos. 3ª. ed. Ed. Oxford University Press. México. 2002. p. 318.

dice que todo acto de autoridad es unilateral, porque su existencia no requiere de la voluntad del particular al que va dirigido o frente al cual se realiza; que es imperativo, en virtud de que se impone contra y sobre la voluntad en contrario del gobernado, quien tiene la obligación de obedecerlo, y sin perjuicio, de lo que impugne jurídicamente como corresponda; y que es coercitivo, atendiendo a que, si no se acata por rebeldía u oposición de la persona contra quien se pretenda ejecutar, puede realizarse coactivamente, incluso mediante la fuerza pública, en detrimento de ella. La concurrencia de los tres elementos indicados forma la índole propia del acto autoritario o de gobierno, de tal manera que, faltando cualquiera de ellos, el acto que provenga de un órgano estatal y que se realice frente a un particular no será de autoridad.

Al hablar del funcionario público, es evidente que estamos ante una relación laboral mediante la cual una persona física (trabajador) presta sus servicios al Estado, que se desempeña en éste caso como patrón.

Por la misma naturaleza de la función pública, sin embargo, la relación laboral se ve sujeta a un régimen legal que comporta modalidades importantes respecto al que se aplica a los trabajadores en general, en el que, por ejemplo, la forma de iniciar la relación mediante nombramiento (siempre y cuando lo acepte el individuo) y no en virtud de un contrato de trabajo, la determinación del sueldo o salario por medio de una disposición administrativa y no por la negociación, así como las condiciones generales de trabajo por parte del titular en las dependencias y no por la vía de revisión o establecimiento de un contrato colectivo de trabajo. Todos estos son aspectos administrativos que hacen distinta la relación Estado-funcionario público.

Siendo la relación de servicio una relación jurídica, ella implica, derechos a favor de los funcionarios. Para precisar la naturaleza de esos derechos, debemos tomar en consideración los siguientes elementos:

1. El funcionario, en su carácter de titular de un cargo público, tiene facultades respecto de los particulares. Tales facultades constituyen la esfera de competencia que forma el cargo público, y es, por lo tanto competencia del Estado. De manera que cuando está ejercitándose dicha competencia no puede decirse que haya ejercicio de derechos del funcionario. Sólo se tratará de ellos cuando se les considere en calidad de particular frente al Estado.
2. Las obligaciones y derechos del funcionario constituyen una situación jurídica general no establecida para individuo en particular.

En consecuencia, la cuestión de los derechos de los funcionarios no debe plantearse refiriéndola a si éstos tienen una garantía en contra de la modificación de una ley, sino en forma de examinar si mientras ésta no cambia están protegidos contra afectaciones que se hagan por medidas que no sean legislativas. El funcionario no puede tener derecho a que la ley que rige en el momento de su ingreso a la función permanezca inalterable hasta que salgan de ésta; pero sí puede tenerlo a que mientras rija una ley que les otorgue prerrogativas frente al Poder Público, éste respete tales prerrogativas.

3. El hecho de que sea una ley la que define la situación del funcionario, no debe de ser motivo para negar la existencia de derechos a su favor, pues la ley se considera como una de las fuentes de derecho.
4. Tampoco se puede negar la existencia de un derecho por la simple circunstancia de que no sea de índole patrimonial, ni pueda disponerse de él, pues aún el mismo derecho civil reconoce otros derechos distintos de los patrimoniales, algunos también pueden ser intrasmisibles, como sucede con los de un socio de una sociedad *intitue personae* (Derechos subjetivos privados).

5. Por último, el respeto a favor del empleado de las prerrogativas que la ley otorga no es incompatible ni con la exigencia de ir adaptando el servicio a las necesidades que el Estado debe de satisfacer por conducto de la administración ni con el funcionamiento regular. Es decir, aún considerando a la administración obligada respecto al empleado mientras rige la ley que impone la obligación, y sólo mientras rige, no se desvirtúan los principios que inspiran al estatuto del funcionario, y por lo mismo el Poder Público puede cambiar dicho estatuto para hacer más eficaz el servicio.

Estos derechos que tienen los funcionarios públicos con respecto al Estado por virtud del desempeño de la función pública se encuentran instituidos en un estatuto. Pero ¿Qué es un estatuto? Rafael I. Martínez comenta al respecto: “El término estatuto proviene del latín *statutum*, que se traduce como lo establecido, lo ordenado, asentado o determinado y, por extensión, se le identifica como cualquier regla o régimen legal aplicable a una situación específica... También se utiliza, y éste es nuestro interés, para designar al instrumento que contiene las disposiciones legales a las que se someterá el desempeño de la función pública, y se refiere concretamente a la relación de trabajo que establece el Estado con los funcionarios públicos.”⁶⁹

En éste sentido, tradicionalmente se habla de dos clases de estatutos: el reglamentario y el legal. El primero tiene su origen en una decisión de la autoridad administrativa, esto es, el Ejecutivo en el ejercicio de sus facultades reglamentarias determina las condiciones en las que se desarrollará la relación; por su parte, el segundo emana de una clásica disposición expedida por el órgano legislativo, es decir, una ley orgánica y materialmente considerada. Y es el estatuto legal el sistema adoptado en nuestro país, ya que impide la discrecionalidad de la autoridad administrativa para reconocer los derechos de los trabajadores a su servicio, proporcionando certidumbre en cuanto a ello, así como estabilidad, ya que su derogación o abrogación requiere del proceso legislativo,

⁶⁹ Ídem. p. 338.

sujeto éste a la discusión de sus integrantes de ese poder, en su calidad de representantes populares, y no a la apreciación del titular del ejecutivo.

FUNCIONARIO O EMPLEADO PÚBLICO, NOMBRAMIENTO Y FACULTADES.⁷⁰

“El título que dá la legitimación al ejercicio de las actividades del empleado al servicio del Estado, es el acto de designación constituido por la declaración de voluntad de la administración pública que recae sobre persona determinada para que asuma el cargo, empleo o comisión que se le confiere. Éste requisito que jamás debe faltar en los servidores públicos, lo señala el artículo 12 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, al expresar que los trabajadores prestarán sus servicios en virtud de nombramiento expedido por el funcionario facultado para extenderlo. El funcionario o empleado en su carácter de titular de un cargo público tiene las facultades específicas que la ley señala como inherentes, formativas o integrantes de ése cargo, por lo que esas facultades constituyen la esfera de competencia que delimita el ejercicio del cargo por parte de su titular, el cual tiene únicamente en el desempeño de sus atribuciones el poder o autoridad que derivan de esas facultades. Por ende, si el cargo no otorga al titular el poder o autoridad para realizar determinado acto concreto, su ejecución, no obstante llevada a cabo, no puede válidamente considerarse como emanada del cargo.”

Esto que es el individuo que realiza un función pública, es nombrado por el Estado y dicho funcionario esta delimitado en su campo de acción por la competencia del órgano que representa, esto es, que el funcionario solo puede hacer lo que la Ley le permite sin exceder esos limites.

⁷⁰ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Séptima Época, 1978, Tomo 109-114 Sexta Parte. p. 84. Amparo en revisión 105/77.

CAPÍTULO TERCERO.

ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN.

En el Estado, entendido como un conjunto organizado y coordinado de elementos bajo un poder soberano, que busca la realización de sus fines mediante el desarrollo y cumplimiento de precisas funciones públicas, se opera la llamada actuación de la administración; principalmente a través de actos que por su naturaleza no son más que mecanismos de manifestación del Estado en busca de satisfacer primordiales necesidades, el bien común y el interés general. Esas funciones se realizan en forma de función administrativa, y ésta consiste en la ejecución de actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales.

3.1 TEORÍA GENERAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

El término acto administrativo, ante todo debemos circunscribirlo al Derecho Administrativo, por contraposición al acto jurídico que nos da la noción, nos define y regula el Derecho Civil. Dar un concepto dentro del Derecho en cualquiera de sus ramas, siempre ha sido difícil y a menudo encontramos entre nuestros prestigiosos juristas diferentes posturas e interpretaciones, pero se hace más difícil aún cuando estudiamos una rama del derecho no codificada y tan dinámica como el Derecho Administrativo.

La función administrativa se encargará de llevar adelante en la práctica los cometidos estatales (concepto amplio) y para ello se requerirá frecuentemente que la administración pública (mediante sus órganos o entes) declare o exteriorice su voluntad. Siendo el Estado una persona jurídica de carácter público exteriorizará su voluntad luego de cumplidos los requisitos o cánones determinados en el Ordenamiento Jurídico Administrativo y el acto por el cual se declara o exterioriza la voluntad estatal es el acto administrativo.

3.1.1 ACTOS MATERIALES Y ACTOS JURÍDICOS.

La función administrativa se manifiesta en actos jurídicos, hechos jurídicos y actos materiales.

Un campo muy importante de los actos administrativos corresponde a los actos materiales, que son los que no producen ningún efecto de derecho, ni se ligan como antecedente jurídico de los actos administrativos. Los actos materiales pueden además, implicar las operaciones técnicas para el desarrollo de la administración. Estos no conciernen al derecho, pero pueden ser hechos jurídicos y dar lugar a una responsabilidad. Sólo de una manera indirecta puede el acto material crear un efecto jurídico.

El sector más importante de los actos administrativos son los actos jurídicos administrativos, que es una especie de acto jurídico: ellos se realizan para alcanzar ciertos efectos de derecho, como el nombramiento de un empleado, el otorgamiento de una concesión, un contrato de obras públicas o un contrato de suministro entre muchos otros.

Dice a este respecto Álvarez Gendin: “Hay, sin embargo, determinados hechos de la administración que sin preceder una orden de autoridad superior o antecediéndola producen efectos jurídicos y dan lugar a una responsabilidad. Los simples hechos administrativos pueden originar, aunque no siempre, efectos jurídicos”.

Ordenar se ensanche una calle es un acto administrativo, elaborar los planos y demás datos técnicos que preparen la determinación de los hechos jurídicos y encomendar a los a los trabajadores el abrir las cepas, derruir instalaciones y otros actos más, son actos materiales.

3.1.2 CARACTERÍSTICAS DEL ACTO ADMINISTRATIVO.⁷¹

Como notas preliminares un concepto de de acto administrativo, se han de mencionar las siguientes:

- a) Es un acto jurídico.
- b) Es de Derecho Público.
- c) Lo emite la administración pública, o algún otro órgano estatal en ejercicio de la función administrativa.
- d) Persigue, de manera directa o indirecta, mediata o inmediata el interés público.

3.1.3 CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO.

Comenta Manuel Maria Diez,⁷² que: “es recién en el repertorio de Merlín que en 1812 publicó la 4^a. edición del Gullot, donde aparece por primera vez la voz Acto Administrativo, que define como: *una decisión de la autoridad administrativa, una acción, un acto de administración que tiene relación con sus funciones*”.

Zanobini nos da una definición de carácter general, diciendo “el acto administrativo es cualquier manifestación de la actividad de la administración”.

Esta definición es exacta en su sentido formal, que toma en cuenta el órgano que realiza la función administrativa: todos los actos administrativos de la administración pública son los actos administrativos (el acto administrativo es una declaración de voluntad en vista de producir un efecto de derecho, frente a los administrados, emitido por una autoridad administrativa en una forma ejecutoria, implicando la ejecución de oficio). Pero en su significado material no podemos llamar acto administrativo a la expedición de un reglamento, o de una ley por el propio poder Ejecutivo, ambos ejemplos son de actos reglas, creadores de

⁷¹ Martínez Morales, Rafael I. Op. Cit. pp. 232 y 233.

⁷² Citado por Santofimio G. Jaime Orlando. Acto Administrativo, procedimiento, eficacia y validez. UNAM. México 1988. P.251. p. 31.

situaciones jurídicas generales. Tampoco se denominan actos administrativos las controversias en materia agraria, obrera o fiscal que tiene encomendadas el Poder Ejecutivo, por que se trata de actos materialmente jurisdiccionales.

Para Fernández de Velasco el acto administrativo es: “Toda declaración unilateral y ejecutiva en virtud de la cual la administración tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva”. Esta definición es la que más se ajusta a la caracterización del acto administrativo como una especie del acto jurídico.

Para Royo Villanova el acto administrativo se puede explicar en los siguientes términos: “Entendemos por acto administrativo un hecho jurídico que por su procedencia emana de un funcionario administrativo; por su naturaleza se concreta en una declaración especial y por su alcance, afecta positiva o negativamente, a los derechos de las personas individuales o colectivas que se relacionan con la Administración Pública”.

Rafael Bielsa dice: “Puede definirse el acto administrativo como decisión general o especial, de una autoridad administrativa en ejercicio de sus propias funciones sobre derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de los particulares respecto de ellos”.

Rafael I. Martínez Morales considera que “Este es la declaración unilateral de la administración pública que produce consecuencia subjetivas de Derecho”.

El acto administrativo es: “La declaración de voluntad de un órgano de la Administración pública, de naturaleza reglada o discrecional, susceptible de crear, con eficacia particular o general, obligaciones, facultades, o situaciones jurídicas de naturaleza administrativa”.⁷³

⁷³ Rafael de Pina y Pina Vara. Diccionario de Derecho. Op. Cit. Definición de Acto Administrativo. p. 51.

“Entendemos por acto administrativo aquella actuación de la administración que se caracteriza por consistir en una manifestación unilateral de la voluntad de órganos públicos o privados en ejercicio de funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos. Comprende, primordialmente, una manifestación de decisión producida voluntaria y unilateralmente por el órgano que ejerce claras y precisas funciones administrativas, y que se exterioriza con la concreta finalidad de modificar, extinguir o crear relaciones de carácter jurídico”.⁷⁴

Si bien no hay un criterio uniforme para definir al acto administrativo. De manera muy genérica si es dable afirmar que es la exteriorización de la función administrativa, la cual es actividad estatal.

Se puede considerar al acto administrativo desde tres puntos de vista: objetivo, subjetivo y material.

- El punto de vista objetivo lo estima como una declaración o exteriorización de entendimiento de una voluntad administrativa.
- Desde el punto de vista subjetivo es todo acto emanado de un órgano administrativo. De ningún modo como la expresión de la voluntad mental del funcionario del que procede.
- A la consideración material corresponde, la de ser producto de la potestad administrativa que, en su ejercicio, se traduce en la creación de consecuencias de Derecho. El acto administrativo, funda, modifica o suprime una relación jurídica subjetiva, como parte del Poder público. Desde este aspecto no importa qué órgano emita el acto.

Hay numerosos hechos que se relacionan con los actos administrativos que aparentemente no producen ningún efecto de derecho. En este sentido, aunque el efecto no sea inmediato, todo acto administrativo tiende, mediata o inmediatamente a generar un efecto jurídico. En todo caso debe ocurrirse al texto

⁷⁴ Santofimio G. Jaime Orlando. Acto Administrativo, procedimiento, eficacia y validez. UNAM. México 1988. p. 34.

legal para saber a quién se le encomienda la realización de un acto administrativo. El requisito básico del acto administrativo es que debe estar fundado en la ley, del lo contrario conduce a la arbitrariedad y al abuso.

3.2 ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

El número y clasificación de los elementos del acto administrativo son un aspecto muy debatido dentro de la teoría del Derecho Administrativo debido a que existe una amplia gama de opiniones y de terminologías por parte de los juristas, a fin de no complicar más un tema de por si complicado me limitare a exponer solo sus elementos. Con variantes de unos a otros autores, se habla de los siguientes elementos:

3.2.1 SUJETO.

Al respecto Martínez Morales comenta que el sujeto es: “El órgano de la administración pública que en ejercicio de la función administrativa, externa de manera unilateral la voluntad estatal produciendo consecuencias jurídicas subjetivas”.

Señala Gabino Fraga, “el sujeto del acto administrativo es el órgano de la Administración que lo realiza, en su carácter de acto jurídico, el acto administrativo exige que sea realizado por quien tiene aptitud legal”.

El sujeto del acto administrativo es el órgano que, en representación del Estado formula la declaración de voluntad. Dicho órgano cuenta con una competencia, la cual constituye el conjunto de facultades que la ley le atribuye para actuar en un caso concreto. La competencia es la cantidad de poder público que tiene el órgano para dictar un acto. No es una cualidad, sino una cantidad; por ello se considera como la medida de poder que pertenece a cada órgano. Así el órgano únicamente ejerce el poder del Estado que se encuentra en su

competencia. Hay, en los actos administrativos, una persona física que formula la declaración de voluntad, persona que se encuentra investida de poderes públicos y, precisamente, por esa característica no expresa su voluntad particular, sino ejercita el poder de su dignidad. De aquí que concluyamos que la competencia corresponde al órgano, no a la persona titular de la función.

Los caracteres de la competencia administrativa, son los siguientes:⁷⁵

I. *Requiere de un texto expreso de la ley para que pueda existir.* Este principio es sumamente importante, por que en la actuación de los órganos administrativos, se pueden realizar multitud de actos que afecten intereses de los particulares, se hace necesario que esos intereses se encuentren garantizados contra la arbitrariedad. La única forma de garantía es la exigencia de una ley que autorice la actuación del poder público. El régimen de Derecho y el principio de legalidad exigen que todos los actos del Estado sean realizados dentro de normas legales.

II. *El ejercicio de la competencia es obligatorio.* La competencia se otorga para que los órganos puedan cumplir las atribuciones que el Estado tiene encomendadas.

Puede suceder que la ley al establecer la competencia determine que las especiales condiciones en que debe ejercitarse o bien que dé cierta libertad de apreciación respecto a la oportunidad de su ejercicio.

En el primer caso basta que concurren las condiciones de hecho previstas por la ley para que la Administración deba ejercitar los actos jurídicos cuyo cumplimiento establece la misma ley. En el segundo caso, la libertad de apreciación queda subordinada a la atención de los intereses públicos o a la eficacia de los servicios que preste la administración, sin que puedan móviles

⁷⁵ Gabino Fraga. Op. Cit. pp. 267 - 269

personales o motivos diferentes influir para decidir sobre el uso de la competencia autorizada.

III. *La competencia administrativa se encuentra fragmentada entre diversos órganos.* Para la realización de un mismo acto jurídico intervienen varios de ellos. La garantía para el buen funcionamiento de la Administración pública exige la intervención de diversos órganos, que recíproca o mutuamente se controlen y eviten que el interés particular de alguno de los titulares de esos órganos puedan ser el motivo para una actuación que afecte derechos de los particulares.

IV. *La competencia administrativa no se puede renunciar, ni ser objeto de pactos que comprometan su ejercicio.* Ello deriva del hecho de que la competencia no es un bien que esté dentro del comercio, que pueda ser objeto de un contrato, o ser ejercida a favor o aprovechamiento de terceros, sino que forzosamente debe ser ejercida en todos los casos en que lo requiera el interés público.

V. *La competencia es constitutiva de órgano que la ejercita y no un derecho del titular del propio órgano.* De tal manera que el titular no puede delegar ni disponer de ella, sino en caso que la propia ley lo consienta.

3.2.2 VOLUNTAD.

“La manifestación externa o declaración de voluntad es la expresión de la decisión del órgano administrativo, pronunciada en cualquier sentido, que provoca consecuencias de derecho de tipo subjetivo”.⁷⁶ La voluntad constituye el querer, una intención, la actitud conciente y deseada, que se forma en el órgano administrativo de acuerdo a los elementos de juicio que le son aportados o que la administración recopila en ejercicio de su función.

La declaración de voluntad es el elemento del acto jurídico, ya que el efecto jurídico es deseado por el sujeto administrativo. Sin embargo, se ha dicho que

⁷⁶ Martínez Morales Rafael I. Op. Cit. p. 236.

hablar de voluntad en el orden administrativo es una incorrección, por que el órgano no la tiene. La causa creadora del acto se encuentra en una norma y se justifica por su validez. Todo acto administrativo se forma con una conducta voluntaria realizada dentro de normas legales por el titular que otorga la dignidad de alguna forma, por ello, es el elemento del mismo la declaración de la voluntad.

“Tal voluntad de carácter unilateral debe originarse y expresarse de manera libre, sin vicios ni error, dentro de un marco competencial y de facultades delimitado, y conferido conforme a la ley”.⁷⁷

El proceso de voluntad del titular del órgano administrativo tiene tres fases: *determinación, declaración y ejecución*. En primer término se conoce la necesidad pública y los medios son capaces para satisfacerla, para determinar la conducta que se debe seguir; después se exterioriza, se hace visible por medio de una declaración y posteriormente se ejecuta. Es un proceso humano para una declaración en ejercicio de la función administrativa y en sus tres fases debe de estar limpia de todo vicio de la voluntad.

3.2.3 OBJETO.

Es la materia o contenido sobre el cual se decide, certifica, valora u opina. “Es lo que persigue la administración al emitir el acto; es decir, crear, registrar, reconocer, modificar o extinguir situaciones subjetivas de derecho, con miras a satisfacer el interés de la colectividad”.⁷⁸ El objeto consiste en todo aquello sobre lo que incide la voluntad, se puede entender como el mundo jurídico a modificarse en la ejecución del acto administrativo.

El objeto del acto debe ser determinado o determinable, posible y lícito. La licitud supone no solo que el objeto no está prohibido por la ley, sino que además esté expresamente autorizado por ella, salvo el caso de que la propia ley otorgue

⁷⁷ Ídem.

⁷⁸ Ibídem.

facultad discrecional a la autoridad administrativa para elegir y determinar el objeto del acto. Pero en este último caso la licitud del objeto deberá calificarse de acuerdo con estas tres categorías: “Que no contraríe ni perturbe el servicio público; que no infrinja las normas jurídicas; y que no sea incongruente con la función pública”.

El Objeto se identifica con el contenido del acto, es en el que consiste la declaración administrativa, indica la situación del acto jurídico y sirve para distinguir un acto de otro: multa, concesión, requisa, etc. Es la relación jurídica que crea el contenido del acto, en forma tal que objeto y contenido aparecen identificados.

3.2.4 MOTIVO.

“El motivo del acto es el antecedente que lo provoca, es la situación legal o de hecho prevista por la ley como presupuesto necesario de la actividad administrativa”.⁷⁹ Es decir, la circunstancia de hecho o de Derecho que provoca la emisión del acto y que constituye la causa o motivo.

La causa (entendida como los antecedentes de hecho y de derecho que en cada caso llevan a dictar el acto administrativo), se diferencia de la motivación, en tanto motivo (o causa) es la circunstancia de hecho impuesta por la ley para justificar la emisión del acto y motivación es la expresión o constancias de que dicho motivo existe o que concurre en el caso concreto, de lo que se sigue que motivo y motivación son matices de un mismo concepto o idea pero son cosas distintas. Motivación no es otra cosa que un aspecto o ingrediente del elemento forma del acto administrativo que tiende a poner de manifiesto la juridicidad del acto emitido.

Acreditando que, en el caso concreto concurren las circunstancias de hecho o de derecho que justifican la emisión, si bien la motivación debe contener las

⁷⁹ Gabino Fraga. Op. Cit. p. 270.

razones de hecho y de derecho que determinaron el dictado del acto, no es necesaria una relación sucinta que sea ilustrativa, incluso cuando una norma legal aplicable es suficientemente comprensiva su mera referencia puede surtir efectos de motivación resultando así que la simple cita de la disposición valdría como tal.

3.2.5 FINALIDAD.

Todo acto administrativo debe perseguir un fin determinado, lo que implica que al dictarse, debe procurarse hacerlo con la orientación indicada para lograr ese fin propuesto. Esta orientación se alcanza en la medida que se observen una serie de reglas la doctrina ha expuesto de la siguiente manera:

- a) El agente no puede perseguir sino un fin de interés general.
- b) El agente público no debe perseguir una finalidad en oposición con la ley.
- c) No basta que el fin perseguido sea lícito y de interés general, sino que es necesario, además, que entre en la competencia del agente que realiza el acto.
- d) Pero aún siendo lícito el fin, del interés público, y dentro de la competencia del agente, no puede perseguirse sino por medio de los actos que la ley ha establecido al efecto.

3.2.6 FORMALIDAD.

“La forma constituye un elemento externo que viene a integrar el acto administrativo. En ella quedan comprendidos todos los requisitos de carácter extrínseco que la ley señala como necesarios para la expresión de la voluntad que genera la decisión administrativa”.⁸⁰

La forma es la materialización del acto administrativo, el modo de expresión de la declaración ya formada. Por la forma del acto administrativo se convierte en físico y objetivo. Es su visibilidad. Asegura su prueba y permite conocer su contenido.

⁸⁰ Gabino Fraga. Op. Cit. p. 271.

3.3 REQUISITOS CONSTITUCIONALES DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

Todo acto de autoridad, emanado por esencia del Estado y desempeñado por los diferentes órganos autoritarios estatales, tiene como finalidad inherente imponerse a alguien de diversas maneras y por distinta causa; es decir todo acto de autoridad debe afectar a alguien en alguno de sus múltiples derechos. Esa afectación debe obedecer a determinados principios previos, llenar ciertos requisitos, en síntesis debe estar sometida a un conjunto de modalidades jurídicas, sin cuya observancia no sería válida desde el punto de vista del derecho.

Ese conjunto de modalidades jurídicas a que tiene que sujetarse un acto de cualquier autoridad para producir la afectación se traduce a un conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera de protección del gobernado, y por lo tanto un acto de autoridad que afecte el ámbito jurídico particular de un gobernado sin observar dichos requisitos o condiciones o circunstancias previas, no serán válidos jurídicamente hablando.

“La Constitución establece diferentes reglas que los gobernantes deben cumplir cuando en el ejercicio de una atribución afecten la esfera jurídica de los gobernados. Comprenden las siguientes modalidades: en general, obligan a las autoridades que estén en posibilidad de producir actos de molestia y de privación. En especial, a las que puedan aplicar leyes retroactivas... y llevar a cabo actos administrativos”.⁸¹

Se entiende por acto de molestia la aplicación normativa que hace una autoridad con el efecto de perturbar o afectar la esfera jurídica de los gobernados, en una mera perturbación o afectación a cualquiera de los bienes jurídicos tutelados por el primer párrafo del artículo 16 Constitucional que expresa lo siguiente:

⁸¹ Sánchez Bringas Enrique. Op. Cit. p. 648.

Artículo 16, primer párrafo. “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal de procedimiento”.

A esta regla se le conoce como derecho de legalidad y obliga a toda autoridad a satisfacer los siguientes imperativos:

3.3.1 LA COMPETENCIA.⁸²

La competencia es la posibilidad que tiene un órgano de actuar, la ley asigna al órgano determinados asuntos que puede o debe atender. Por su parte, las facultades se refieren a los servidores públicos, es decir, la aptitud que estos reciben de la legislación para emitir los actos necesarios a fin de ejercer la competencia del órgano.

Ignacio L. Vallarta distinguía dos cuestiones jurídicas fundamentales diferentes: la legitimidad, llamada “competencia de origen”, y la competencia propiamente dicha de las autoridades.

“El Nombramiento, la elección hecha en términos legales en persona que posea los requisitos necesarios constituye la legitimidad de una autoridad; *a la vez que su competencia no es más que la suma de facultades que la ley da para ejercer ciertas atribuciones*. La legitimidad se refiere a la persona, al individuo nombrado para tal cargo público; y la competencia se relaciona solo con la entidad moral que se llama autoridad, y, abstracción hecha de las cualidades personales del individuo, no mira sino a las atribuciones que esa entidad moral pueda ejercer”.⁸³

La garantía de la competencia autoritaria referida en el artículo 16 Constitucional, concierne al conjunto de facultades con que la propia ley suprema

⁸² Se tocó también sobre el tema en supralíneas en el punto de elementos del acto administrativo en lo relativo al sujeto, precisándose también los caracteres de la competencia administrativa.

⁸³ Ignacio Burgoa. Op Cit. pp. 598 y 599.

invieste a determinado órgano del Estado, de tal suerte que si el acto de molestia emana de una autoridad que al dictarlo o ejecutarlo se excede de la orbita integrada por tales facultades, viola la expresa garantía.

3.3.2 FORMA ESCRITA.

Este imperativo deriva del principio de seguridad jurídica por virtud del cual la autoridad debe hacer constar en un documento los alcances de su acto de molestia para que el gobernado se encuentre en posibilidad de saber si el acto se apega a la Constitución, o si por el contrario carece de validez.

“Consiguientemente, cualquier mandamiento u orden verbal que origine el acto perturbador o que en sí mismos contengan las molestia de los bienes jurídicos a que se refiere dicho precepto de la Constitución, son violatorios del mismo. Conforme a la garantía formal a que aludimos, todo funcionario sub-alterno o todo agente de autoridad debe obrar siempre con base en una orden escrita expedida por el superior jerárquico, so pena de violar la disposición relativa de nuestra Ley Fundamental a través de la propia garantía de seguridad jurídica, que por otra parte, ha sido constantemente reiterada por la Suprema Corte en numerosas tesis”.⁸⁴

Para satisfacer la garantía formal de mandamiento escrito, no basta que este sea emitido, sino que es necesario que al particular se le notifique o se le dé a conocer, este conocimiento puede ser anterior o simultáneo a la ejecución del acto, lo anterior es con la finalidad de que el ciudadano conozca la fundamentación y motivación legal, y la autoridad de que proviene; deberá de contener la firma autógrafa del funcionario que la emitió, así como la fecha y el lugar en donde se determino el acto de molestia.

⁸⁴ Ignacio Burgoa. Op Cit. p. 612.

3.3.3 FUNDAMENTACIÓN.

La fundamentación legal de la causa del procedimiento autoritario, consiste en que los actos que originen la molestia de que habla el artículo 16 primer párrafo Constitucional, deben basarse en una disposición normativa general, es decir, que esta prevea la situación concreta para la cual sea procedente realizar el acto de autoridad (que exista en una ley que la autorice).

La fundamentación legal de todo acto que cause molestia, no es sino una consecuencia directa del principio de legalidad. La Suprema Corte ha establecido que las autoridades deben gozar de facultades expresas para actuar, es decir, que la permisión legal para desempeñar determinado acto de su incumbencia no debe derivarse o presumirse mediante la inferencia de una atribución clara y precisa.

La Suprema Corte ha afirmado que “las autoridades no tienen más facultades que las que ley les otorga, pues si así no fuera, fácil sería suponer implícitas todas las necesarias para sostener actos que tendrían que ser arbitrarios por carecer de fundamento legal”.⁸⁵

“La autoridad debe expresar los específicos ordenamientos legales que atribuyen a su cargo la competencia y las facultades para emitirlo; también los artículos que contemplan las hipótesis del caso concreto. Para fundar no basta la mención genérica de una ley o de un código, es imprescindible la identificación de cada uno de los ordenamientos aplicables al caso de que se trate”.⁸⁶

⁸⁵ Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, tomo XIII, pag. 514. corroborando este criterio, la Segunda Sala de la Suprema Corte ha sostenido que “*los actos de autoridades administrativas que no estén autorizados por ley alguna, importan violación de garantías*” (Tesis 112 del informe de 1982). Además, la Jurisprudencia afirma que “*las autoridades solo pueden hacer lo que la ley les permite*”, (Apéndice 1985, tesis 68, Materia General) Tesis 100 del Apéndice 1995, Materia Común.

⁸⁶ Sánchez Bringas Enrique. Op Cit p. 649.

La exigencia de fundar legalmente todo acto de molestia impone a las autoridades diversas obligaciones, que se traducen en las siguientes condiciones:⁸⁷

- 1.- En que todo órgano del Estado del que tal acto provenga, esté investido con facultades expresamente consignadas en la norma jurídica (ley o reglamento) para emitirlo.
- 2.- En que el propio acto se prevea en dicha norma.
- 3.- En que su sentido y alcance se ajusten a las disposiciones normativas que lo rijan.
- 4.- En qué el citado acto se contenga o derive de un mandamiento escrito, en cuyo texto se expresen los preceptos específicos que lo apoyen.

3.3.4 MOTIVACIÓN.⁸⁸

La motivación de la causa legal implica que, existiendo una norma jurídica, del caso o situación concreta respecto al acto de autoridad, sean aquellos a que alude la disposición legal fundatoria, esto es, el concepto de motivación empleado en el Art. 16 Constitucional indica que las circunstancias y modalidades del caso particular encuadren dentro del marco general correspondiente establecido por la ley.

Toda facultad que la ley atribuye a una autoridad para desempeñar determinado acto frente al gobernado, tiene límites necesarios que se establecen en la propia norma jurídica y que son demarcativos de la extensión del supuesto abstracto comprendido en ésta. Púes bien, si tal supuesto no corresponde al caso concreto, o sea, si éste no encaja dentro de aquél, el acto de autoridad respectivo violaría la exigencia de la motivación legal, por más que estuviese previsto en una norma, es decir, aunque esté legalmente fundado.

⁸⁷ Ignacio Burgoa. Op Cit. p. 602.

⁸⁸ Ídem. p. 604.

La motivación legal implica, pues, la necesaria adecuación que debe hacer la autoridad entre la norma general fundatoria del acto de molestia y el caso específico en el que éste va a operar o surtir sus efectos. Sin dicha adecuación, se violaría, por ende, la citada sub-garantía que, con la de fundamentación legal, integra la de legalidad.⁸⁹

Para adecuar una norma jurídica o reglamento al caso concreto donde vaya a operar el caso de molestia, la autoridad respectiva debe aducir los motivos que justifiquen la aplicación correspondiente, motivos que deben manifestarse en los hechos, circunstancias y modalidades objetivas de dicho caso para que éste se encuadre dentro de los supuestos abstractos previstos normativamente. La mención de esos motivos debe formularse precisamente en el mandamiento escrito, con el objeto de que el afectado por el acto de molestia pueda conocerlos y estar en condiciones de producir su defensa.

3.3.4.1 FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN FORMAL Y MATERIAL.

Al establecer el artículo 16 Constitucional la obligación para las autoridades de fundar y motivar sus actos, contempla tanto el aspecto formal como el material, entendiéndose por aquel la cita de los preceptos legales aplicables al caso y razonamiento substancial al respecto con lo estrictamente necesario para que se comprenda el argumento expresado; solo la omisión total de fundamentación o motivación o que ésta última sea tan imprecisa que no de elementos al gobernado para defender sus derechos, podrá motivar la invalidez del acto por falta de fundamentación o motivación.

Por el contrario, satisfechos estos requisitos de tal forma que se conozca la esencia de los argumentos legales y de hecho en que se apoyó la autoridad de manera que se pueda rendir prueba en contrario y alegar en contra de la

⁸⁹ Ídem. Este criterio ha sido corroborado por la Segunda Sala de la Suprema Corte en la tesis 119 del informe de 1979. Ídem, informe de 1980, tesis 132, Segunda Sala. Ídem Informe de 1981, tesis, 5 y 7 de la misma Sala.

argumentación jurídica, podrá declararse en su caso la invalidez del acto por incorrecta fundamentación y motivación desde el punto de vista material.

Al respecto los tribunales colegiados de circuito emitieron jurisprudencia que es del tenor literal siguiente:⁹⁰

“FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. VIOLACIÓN FORMAL Y MATERIAL.

Cuando el artículo 16 Constitucional establece la obligación para las autoridades de fundar y motivar sus actos, dicha obligación se satisface, desde el punto de vista formal, cuando se expresan las normas legales aplicables, y los hechos que hacen que el caso encaje en las hipótesis normativas. Pero para ello basta que quede claro el razonamiento substancial al respecto, sin que pueda exigirse formalmente mayor amplitud o abundancia que la expresión de lo estrictamente necesario para que substancialmente se comprenda el argumento expresado. Solo la omisión total de motivación, o la que sea tan imprecisa que no dé elementos al afectado para defender sus derechos o impugnar el razonamiento aducido por las autoridades, podrá motivar la concesión del amparo por falta formal de motivación y fundamentación. Pero satisfechos estos requisitos en forma tal que el afectado conozca la esencia de los argumentos legales y de hecho en que se apoya la autoridad, de manera que quede plenamente capacitado para rendir prueba en contrario de los hechos aducidos por la autoridad, y para alegar en contra de su argumentación jurídica, podrá concederse, o no, el amparo, por incorrecta fundamentación y motivación desde el punto de vista material o de contenido pero no por violación formal de garantía de que se trata, ya que esta comprende ambos aspectos”.

3.3.5 LA IRRETROACTIVIDAD.

Esta garantía se encuentra concebida en el primer párrafo del Artículo 14 de la Constitución en los siguientes términos: “*A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna*”. “Prohíbe a todo gobernante la

⁹⁰ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Boletín número 34, Julio-Diciembre 2004. p. 18

aplicación de normas generales hacia el pasado, afectando los derechos de los gobernados. La regla consiste en que toda ley o norma general debe surtir efectos hacia el futuro y sólo se permite que lo haga hacia el pasado cuando se trata de las normas Constitucionales y de aquellas que no perjudican a los gobernados”.⁹¹

“El problema de la retroactividad legal se conoce también como conflicto de leyes en el tiempo, que se traduce a la cuestión consistente en determinar, en presencia de dos leyes, una antigua que se supone derogada o abrogada, y otra nueva o vigente, actual, cuál de las dos debe regir un hecho, un acto, fenómeno o situación”.⁹² De modo que, para que una ley sea retroactiva se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores.

La Suprema Corte a través de su sala Administrativa ha establecido un criterio relacionado al tema concerniente a la determinación de cuando una ley se aplica retroactivamente, Este criterio ya no se centra en el conflicto de leyes en el tiempo, sino que por lo contrario, no lo considera como una hipótesis necesaria para su surgimiento.⁹³

“La idea central de este criterio consiste en que: Cuando el gobernado haya estado desempeñando una actividad sin restricción o normación legal alguna y por defecto del principio que enseña que “los particulares pueden hacer todo aquello que la ley no les prohíba o impida”, la ley que posteriormente se expida consignando esa restricción o formación, no deberá aplicarse para afectar las situaciones creadas con motivo del desempeño de la conducta que con anterioridad no se encontraba limitada, condicionada o normada. De esta consideración concluye la Suprema Corte que las leyes reguladoras de una actividad del gobernado, que con antelación a ellas no eran materia de normación,

⁹¹ Sánchez Bringas Enrique. Op Cit p. 652.

⁹² Ignacio Burgoa. Las garantías individuales. Ed. Porrúa. 34^a ed. México 2002. P. 506.

⁹³ La tesis a que se hace referencia la señala Burgoa Op. Cit. pp. 519 y 520, del semanario judicial de la federación. Sexta Época. Tomo LIV, Segunda Sala, paginas 45 y 46.

solo deben operar hacia el futuro, sin afectar los actos de diversa índole que hayan constituido tal actividad, ya que la conducta del particular únicamente deberá adecuarse a sus normas a partir del momento en que estas adquieran vigencia”.⁹⁴

3.3.6 PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

En épocas recientes la legalidad adoptó una forma de funcionalismo y se presentó como dogma de la democracia y de la ideología liberal; posteriormente se observó, como hasta la fecha, como un elemento primordial del Estado de Derecho y recientemente el principio de legalidad dentro de la dogmática jurídica se ha constituido como la pieza esencial en la protección de los individuos, pues se encuentra en la base de los sistemas de control judicial y en nuestro país consagrado como una garantía individual de seguridad jurídica, y en palabras de Burgoa, como un derecho subjetivo público oponible a la autoridad estatal.

Al hablar de legalidad lo relacionamos de forma inmediata a la cualidad de legal, entendida como el régimen jurídico – político que viene configurado por el conjunto de leyes fundamentales de cada Estado. De esta manera lo legal va de la mano del orden jurídico. El Diccionario Jurídico Mexicano, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), no señala que debemos entender por legalidad, remitiéndonos a dos apartados: legitimidad y principio de legalidad, en el primer caso establece que “legitimidad” proviene de “legítimo”, que a su vez deriva del latín *legitimus*, este adjetivo latino significa “conforme con las reglas” o “bien construido”. En la literatura jurídica *legitimus* significa “conforme a derecho”, “justo”, con frecuencia *legitimus* significa *ex lege*: “lo establecido por la ley”.

Legalidad deriva de “ley”, legal literalmente significa conforme con la ley y por extensión conforme al derecho o simplemente lícito, por tanto “legalidad”,

⁹⁴ Ídem p. 519.

parece sinónimo de “legitimidad”, que etimológicamente muestra el mismo origen: conforme al derecho, *ex lege*.

3.3.6.1 CONCEPTO DE PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Este principio establece que todo acto de los órganos del Estado debe encontrarse fundado y motivado por el derecho en vigor, esto es, se demanda la sujeción de todos los órganos estatales al derecho y constituye la primordial exigencia de todo estado de derecho.

“Entendemos por principio de legalidad la necesaria conformidad de sus actos con el ordenamiento jurídico y con el que le da fundamentación en especial. En este sentido debemos observar un doble proceso de sometimiento de los órganos administrativos al Derecho; el primero implicaría un acatamiento inmediato al conglomerado normativo y de principios que rigen de manera amplia y/o particular el actuar estatal, el segundo, sería la sumisión de igual modo inmediata y obligatoria a las normas y reglas que ella misma ha elaborado en ó para el ejercicio de su competencia. De modo que la función administrativa está dominada indiscutiblemente por el principio de sometimiento de sus actos al ordenamiento jurídico vigente”.⁹⁵

Respeto al Principio de Legalidad: el sometimiento del Estado al Derecho proviene en nuestra legislación ya del Código Civil, específicamente de su Libro Primero, Título Segundo donde se reconoce la existencia de personas jurídicas de Derecho Público, las cuales tienen que regirse por las leyes respectivas.

Este sometimiento al derecho significa que el Estado debe ajustarse al llamado *Bloque de Legalidad*, que es el conjunto de normas y principios. Que integran nuestro ordenamiento jurídico, de ahí que algunos autores lo denominen *Principio de Juridicidad*.

⁹⁵ Santofimio G. Jaime Orlando. Op. Cit. p. 94

El sometimiento del Estado a este Bloque de Legalidad opera de 2 formas:

A) Opera sobre el **ser**, esto significa que todos los órganos que integran el Estado deben ser creados ya sea por la Constitución o por la Ley, esto es, su origen sólo puede tener rango constitucional o legal. Por ejemplo: son órganos constitucionales la Contraloría General de la República y el Banco Central; los demás órganos son de origen legal de acuerdo a lo que señala la propia Constitución.

B) Opera sobre el **obrar**, en el sentido que el Derecho determina quién ejerce el poder, cómo se ejerce, cuándo, por qué, para qué y qué decisión se debe tomar, es decir, la ley va a señalar cuál es el ámbito en el cual los órganos van a ejercer sus potestades.

“En términos generales, el principio de legalidad se concreta para la administración pública en una abstención (limitación negativa), que señala que ella no podrá realizar manifestación alguna de voluntad que no esté expresamente autorizada por el ordenamiento. Contrario al principio de autonomía de voluntad que rige en derecho privado y que dice que todo lo que no está prohibido está permitido para los ciudadanos”.⁹⁶

Entiéndase la legalidad como la absoluta sumisión del Estado al derecho, y en consecuencia, el cabal acatamiento de sus órganos a la juridicidad. Tanto para la administración como tras de ella para sus actos, en donde deban estar precisamente configurados por el derecho, supeditados directa e inmediatamente al llamado “bloque de la legalidad”.

⁹⁶ Ídem. p. 96.

3.3.6.2 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.⁹⁷

El principio de legalidad en nuestro país, se encuentra contenido en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los EUM, su antecedente inmediato proviene de la Constitución de 1857, la cual a su vez se inspiró en la institución del “debido proceso legal” (Due Process of Law), contemplada por la enmienda V, y posteriormente la XIV, sección I de la Constitución de los Estados Unidos.

Además encontramos otros antecedentes en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, en el acta constitutiva de la Federación, las Constituciones Federales de 1824 y 1857, en esta última se plasmó la garantía de legalidad de las resoluciones judiciales.

Artículo 14 Constitucional.

El primer párrafo dice:⁹⁸

“A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.”

El segundo párrafo de nuestra carta Magna, dispone que:

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

En el que se consagran cuatro derechos fundamentales a la seguridad jurídica, que concurren con el de audiencia:

1. Que a ninguna persona podrá imponerse sanción alguna, sino mediante un juicio o proceso jurisdiccional.
2. Que tal juicio debe sustentarse ante tribunales previamente establecidos.

⁹⁷ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Boletín núm. 34 julio – diciembre 2004.

⁹⁸ Lo relativo fue estudiado en el tema de la retroactividad.

3. Que en el mismo se observen las formalidades del procedimiento.
4. Que el fallo respectivo se dicte conforme a las leyes existentes con antelación al hecho o circunstancia que hubiere dado motivo al juicio.

En este artículo se regulan los requisitos generales que deben satisfacer las sanciones o actos de privación que lleve a cabo la autoridad.

Artículo 16 Constitucional.

El artículo 16 de la Carta Magna contiene en primer término el análisis de la garantía de legalidad de los actos de autoridad que se establecen en su primer párrafo, que señala:

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal de procedimiento”.

En este párrafo se distinguen los siguientes derechos fundamentales a la seguridad jurídica, en este precepto Constitucional, se establecen las características, condiciones y requisitos que deben tener los actos de autoridad.

1. El órgano estatal de que provenga un acto que se traduzca en una molestia debe encontrarse investido de facultades expresamente consagradas en una norma legal para emitirlo.
2. El acto o procedimiento de molestia, debe estar previsto, en cuanto a su sentido y alcance por una norma legal; de a que deriva el principio de que “los órganos o autoridades estatales solo pueden hacer lo que expresamente les permita la ley”.
3. El acto de molestia debe derivar o estar ordenado en un mandamiento escrito, y.

4. El mandamiento escrito en que se ordena el acto de molestia debe expresar los preceptos legales en que se fundamenta y las causas legales que lo motivan.

3.3.6.3 PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA ATRIBUCIÓN DE POTESTADES.

La ley no sólo constituye una limitación negativa de lo que la Administración pueda hacer, sino que también es un medio de habilitación para que actúe, esto es, le otorga potestades positivas que van a ajustarse a dicha legalidad.

El problema se ha suscitado respecto de las formas en que se atribuye la Potestad a la Administración. Para ello existen, por lo menos, tres teorías;

1) Teoría de la Representación: que significa que la Administración es representante de la comunidad, esto quiere decir, que hubo un acto de traslación desde la comunidad a quienes los representan.

Esta teoría es inexacta porque la Administración no es representante de nadie, ya que la comunidad deposita la representación en órganos específicos y determinados que tiene la calidad de *Soberanos*.

2) Teoría Anglosajona: se relaciona con el concepto de *Trust* (confianza), esto es, con un negocio fiduciario y en el cual un tercero maneja los intereses de otro que es el verdadero titular, pero esta gestión se hace en nombre propio y no por representación.

Esta teoría se aplica a la figura del Rey en Inglaterra, quien a pesar de actuar por el pueblo, lo hace en nombre propio. Ejemplo: Armada Real, Aviación Real, etc.

3) Teoría Alemana: trata de resolver el problema a través del concepto de *habilitación*, esto quiere decir que en un Estado de Derecho y aplicando el principio de Legalidad, la ley le atribuye a la Administración determinados poderes de una manera concreta y tasada. Esto significa que no existen poderes que puedan atribuirse indeterminadamente.

3.3.6.4 VINCULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El principio de legalidad, en virtud del cual todo el poder es de la ley. Fue una progresiva evolución de la concepción según la cual el derecho proviene del rey en su condición de representante de Dios en la tierra, idea que fue superada radicalmente por la supremacía de la ley en general; esta se transforma en fuente y límite externo de quienes ejercen el poder. Y surge el principio de competencia derivado de la ley, y no de la omnipotente voluntad del monarca. Para negar este sistema, la revolución francesa no solo pretendió asegurar el orden jurídico por medio de la ley, sino también la libertad de los ciudadanos, considerados hasta entonces como simples súbditos pasivos de un poder ajeno y superior que en esencia consideraban como un poder arbitrario.

Así el principio de libertar es concebido como una garantía jurídica concreta, y por lo tanto los administrados adquieren un importante instrumento para oponerse a todo sacrificio de sus derechos e intereses cuando no fuera exigido por la ley. Es decir, la transformación del absolutismo en Estado policía, y finalmente en Estado de derecho cambio la posición jurídica de la persona en relación con la administración, los súbditos se convirtieron en ciudadanos con derechos que no tenían anteriormente.

La primacía de la ley quedaba absolutamente asegurada con el Art. 3 sección 1ª del capítulo II de la Constitución de 1791: “No hay en Francia autoridad superior a la de la ley. El rey no gobierna más que por ella, y solo en nombre de la ley puede exigir obediencia”. Sin embargo imperaba el **sentido negativo** del

principio de legalidad bajo el dogma de que “la administración puede hacer todo aquello que la ley no le prohíbe”. El Art. 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 expresa “Todo lo que no es prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser forzado a hacer lo que ella no condena”. De acuerdo con este principio la administración disponía de un gran marco de libertad para actuar, este “espacio libre” quedaba solo a la valoración de los funcionarios y no se sometía a orden jurídico alguno, salvo que implícita o expresamente contrariara la primacía de la ley.

“El principio por el cual “la administración puede hacer todo aquello que la ley no le prohíbe”, expresión de la vinculación negativa de la administración a la ley fue criticado por Winkler, quien sostuvo que “el accionar administrativo fuera del orden legal no armoniza con el Estado de derecho”, e interpretando las Constituciones Austriaca y Alemana propicio la vinculación en **sentido positivo** de la administración, en el sentido de que la totalidad de la actividad administrativa debe estar sometida a una norma legal previa”.⁹⁹

La Constitución austriaca de 1920 establece el Art. 18 que: “La administración del Estado en su totalidad no puede actuar sino sobre el fundamento de la ley”, El fundador de esta nueva teoría fue Kelsen, quien no admite aplicación del Derecho que no sea realización de una atribución normativa precedente. Merkl inspirado en esta idea bosquejó un nuevo sistema de legalidad en la administración: “Toda actividad que pretenda presentarse como administrativa sin estar legitimada por un orden normativo previo que determine la conducta debida, no podrá ser considerada como función estatal”.

“Esta concepción rígida del principio de legalidad implicaba, por ejemplo, que cada elemento del acto administrativo fuera prenormado en forma expresa. Es decir, que el procedimiento de conformación de la voluntad fuera exhaustivamente

⁹⁹ Sesin Domingo Juan. Administración pública. Actividad reglada discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial. Ed. Depalma. Buenos Aires 1994. P. 394. p. 3.

previsto, así como las atribuciones de la administración y los efectos jurídicos de cada actividad estatal”.¹⁰⁰

La superación del criterio legalista es lograda por una nueva tendencia doctrinal que otorga significativa importancia a los principios generales del Derecho, los cuales, junto con la ley pasan a constituir el marco de juridicidad que sirve como fuente de la actividad administrativa.

“Dentro de éste marco, el ordenamiento jurídico no constituye un simple agregado de normas al margen de los principios generales del Derecho, ni de las peculiares características de la sociedad a la cual se proyecten. Su efecto práctico es que la interpretación de cada norma y su aplicación consecuente, operen teniendo en cuenta el ordenamiento entero en el cual se inserten y adquieran en él verdadero sentido. Esta unidad permite suplir los vacíos normativos, interpretados aisladamente, al incorporárselos a un complejo unitario y complejo. De tal manera que queda atrás la vieja concepción que considera la función administrativa como simple ejecución de la ley. Actuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público, no es lo mismo que aplicar automática o ciegamente el contenido de la norma”.¹⁰¹

Como expresa una sentencia del Tribunal Supremo Español: “afirmar que la actividad de la administración es reglada tan solo cuando el acto se halla regido por una ley, reglamento u ordenanza, equivale a caer en un puro formalismo jurídico y desconocer que al margen de estas normaciones formales, la acción de la administración se rige por fines teológicos inexcusables y por principios indestructibles que reglan su conducta y con tanto o más vigor que las ordenaciones legales”¹⁰²

¹⁰⁰ Ídem. pp. 4 y 5.

¹⁰¹ Ibídem. p. 7

¹⁰² Tribunal Supremo Español, sentencia del 7 de Junio de 1972. referencia de Sesin Domingo Juan. Op. Cit p. 10

Con esta nueva formulación del principio de legalidad, la actividad administrativa no solo se limita a ejecutar la ley, sino que tiene un poder normativo propio en virtud de las atribuciones conferidas por la misma normatividad. Asimismo, con la sujeción ampliada al derecho, los principios generales del derecho; figuren o no en la Constitución, así, conforman en conjunto el contexto jurídico aplicable a la realidad administrativa. A todo ello es lo que llamamos juridicidad o legalidad en sentido amplio.

3.3.6.5 INFRACCIONES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Las infracciones al principio de Legalidad pueden cometerse de dos formas:

- Por **abuso** en el ejercicio de las potestades. Hay abuso cuando se tiene la potestad, pero se utiliza con un fin distinto. En doctrina se llama *Desviación del fin*.
- Por **exceso** en el ejercicio de las potestades. Hay exceso cuando se va más allá del límite establecido por la potestad.

3.3.7 CONCEPTOS QUE NO CONSTITUYEN NI ELEMENTOS NI REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO.¹⁰³

La doctrina Italiana ha estudiado detenidamente al mérito como elemento del acto administrativo. En América Manuel María Díez afirma que: “el mérito del acto administrativo es, en realidad, la exteriorización del principio de Oportunidad”. A partir de esta opinión, el mérito y la oportunidad fueron considerados como un mismo termino.

“el mérito es el elemento ético del acto administrativo y está referido a la oportunidad y conveniencia del mismo. Aunque analizado más bien a propósito de las facultades discrecionales, el mérito es un elemento que debe tener cualquier acto administrativo, pues el ejercicio total de la función administrativa ha de hacerse de manera “oportuna, conveniente, útil, eficiente y justa”¹⁰⁴.

¹⁰³ La doctrina no considera al mérito como un requisito o elemento del acto administrativo, si bien resulta difícil regular legalmente este elemento del acto.

¹⁰⁴ Martínez Morales, Rafael I. Op. Cit. 1ro. Y 2do. cursos. P.239.

Dado que es complicado regular jurídicamente el mérito dentro de los actos administrativos, es evidente la necesidad de que el poder Ejecutivo y sus dependencias actúen dentro de cierta moralidad, a la que el derecho no puede permanecer ajeno.

3.4 MODALIDADES DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

La actividad Administrativa, como ya se ha reiterado en múltiples ocasiones, implica la realización de un fin propio, que es la satisfacción del interés general. Ese fin se persigue mediante la función administrativa mediante la ejecución de actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas concretas para casos individuales.

Los actos administrativos pueden clasificarse desde distintos puntos de vista clasificación importante es la que hiciera la escuela francesa de servicios públicos, que distinguía los actos jurídicos en general y, en consecuencia, los administrativos, en cuatro categorías: el acto regla, el acto subjetivo, el acto condición y el acto jurisdiccional, que fue agregado por Jéze.

1. El acto regla es el que crea situaciones jurídicas impersonales y de carácter general.
2. El acto subjetivo es el que hace nacer una situación jurídica que afecta concretamente a persona o personas determinadas.
3. El acto condición inviste a una persona de un status general impersonal y objetivo que ha sido previamente establecido por un acto regla ó hace regular el ejercicio de un poder legal, de una competencia preexistente.
4. El acto jurisdiccional es, en el Derecho francés, el que comprueba, con fuerza de verdad legal, una situación jurídica general o individual o un hecho.

La clasificación de los actos administrativos se puede realizar desde distintos puntos de vista, de acuerdo con la doctrina moderna. Esos puntos de vista no son excluyentes entre si, sino complementarios. Gabino Fraga utiliza los siguientes criterios para clasificar los diferentes actos administrativos: según la naturaleza misma de los actos; el de las voluntades que intervienen en su formación; el de la relación que dichas voluntades guardan con la ley; el del radio de aplicación del acto y según su contenido y efectos jurídicos.

3.4.1 LOS ACTOS MATERIALES Y LOS ACTOS JURÍDICOS.

Desde el punto de vista de su naturaleza. Los actos administrativos se pueden clasificar en las dos categorías ya conocidas de actos materiales y actos jurídicos, siendo los primeros los que no producen ningún efecto de derecho, y los segundos los que sí engendran consecuencias jurídicas.

3.4.2 ACTOS SIMPLES, COLEGIADOS Y COMPLEJOS.

Desde el punto de vista de las voluntades que intervienen en la formación del acto. El órgano que dicta el acto administrativo puede tener la forma *unipersonal o colegiada*. Si se trata de un órgano unipersonal el acto es una decisión. Si se tratara de un órgano colegiado, el acto que resulte será el producto de la deliberación que haya celebrado el mismo.

Desde este punto de vista podemos clasificar los actos en simples y compuestos.

El acto simple es aquel en cuya emanación interviene un solo órgano, es decir, formado por una sola voluntad, no interesando que éste sea individual o colegiado. Porque a pesar de ser el órgano colegiado compuesto de una pluralidad de personas físicas, la declaración de voluntad es una y referida al colegio considerado en su unidad estructural.

“El acto complejo o colectivo, se forma por el concurso de voluntades de varios órganos de la administración, sirva de ejemplo, acto del presidente, que en términos del artículo 92 Constitucional, requieren del refrendo de un Secretario de Estado o de un Jefe de Departamento Administrativo; o aquellos actos en que es necesaria la concurrencia de varias Secretarías de Estado para formar un solo acto”.¹⁰⁵

Cuando las diversas voluntades que concurren no se funden en un solo acto, sino que dan nacimiento cada una de ellas a actos que sucesivamente se condicionan, se tiene entonces actos administrativos compuestos, los órganos pueden ser del mismo ente o de entes públicos distintos. Es el resultado de la participación de varios órganos cada uno de los cuales dicta un acto preparatorio que se une a la de los demás para constituir el acto final, el acto debe reunir unidad de contenido y unidad del fin de las distintas voluntades que se funden para dictar un solo acto.

3.4.3 ACTOS OBLIGATORIOS Y ACTOS DISCRECIONALES.¹⁰⁶

Partiendo de la relación que guarda la voluntad creadora del acto con la ley. Así, entonces, que pueden clasificarse en dos categorías: el acto obligatorio, reglado o vinculado y el acto discrecional.

“El acto obligatorio. Es aquel que constituye la mera ejecución de la ley, el cumplimiento de una obligación que la norma impone a la administración cuando se han efectuado determinadas condiciones de hecho”.

“En esta clase de actos, la ley determina exactamente no sólo la autoridad competente para actuar, sino también si ésta debe actuar y cómo debe actuar, estableciendo las condiciones de la actividad administrativa de modo de no dejar margen a la diversidad de resoluciones, según la apreciación subjetiva que el

¹⁰⁵ Gabino Fraga. Op. Cit. p. 230.

¹⁰⁶ Ídem. pp. 231 - 233.

agente haga de las circunstancias del caso. Este tipo de actos es el que en la jurisprudencia y doctrina de los Estados Unidos de América del Norte se conoce como el nombre de actos ministeriales y constituye la base del writ of mandamus”.

“El acto discrecional. Tiene lugar cuando la ley deja a la administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, o en que momento debe obrar, o cómo debe obrar o, en fin, qué contenido va a dar a su actuación. Por lo general, de los términos mismos que use la ley podrá deducirse si ella concede a las autoridades una facultad discrecional. Así, normalmente, cuando la ley use términos que no sean imperativos, sino permisivos o facultativos, se estará frente al otorgamiento de un poder discrecional”.

Igual cosa ocurriría en todos aquellos casos en que la ley deje a la autoridad libertad de decidir su actuación por consideraciones principalmente de carácter subjetivo, tales como las de conveniencia, necesidad, equidad, razonabilidad, suficiencia, exigencia del interés u orden público. Lo mismo que cuando en la ley se prevean dos o más posibles actuaciones en un mismo caso y no se imponga ninguna de ellas con carácter obligatorio.

Rafael de Pina define el acto discrecional en los siguientes términos: "Acto de la autoridad realizado en el ejercicio de la potestad de esta naturaleza, reservada con carácter excepcional a los órganos personales de la Administración pública, para la resolución de determinado orden de cuestiones. El acto discrecional no queda fuera de la posibilidad legal de la impugnación."¹⁰⁷

El acto discrecional se presenta en el derecho administrativo derivado del ejercicio de una atribución expresa. Es el acto administrativo que tiene su fundamento en una ley o reglamento que deja al órgano ejecutor un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar, cómo debe obrar, cuándo debe obrar y cuál va a ser el contenido de su actuación, como dice Bonnard: "el poder discrecional

¹⁰⁷ De Pina y Pina Vara Rafael. Op. Cit. p. 54.

consiste en la apreciación dejada a la administración para decidir lo que es oportuno hacer”.

El acto discrecional consiste en que los órganos del Estado pueden decidir su actuación o abstención, estableciendo los límites y contenidos de los mismos, debiendo tomar en consideración la oportunidad, la necesidad, la técnica, la justicia o igualdad o las razones para actuar de una determinada forma según el caso y de conformidad con las restricciones establecidas por la ley.

El exceso que la autoridad tenga en el ejercicio del acto discrecional es lo que la legislación administrativa y la doctrina francesa llaman desvío de poder (*detournement de pouvoir*) y que consiste, según la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, en que éste se presenta cuando el órgano administrativo competente, al emitir el acto administrativo, perseguiría una finalidad diversa de la que conforme a la ley debería ser perseguida.

Por lo que se puede afirmar que el acto discrecional lo ejerce la autoridad administrativa en forma libre, apegándose a los límites que le señala la ley que es la que delimita su esfera de competencia.

El acto discrecional, que es un acto administrativo, se presenta cuando la propia ley faculta a la administración con un poder libre de apreciación para decidir su actuación y el contenido de ésta. Por regla general, de los términos que use la ley se podrá deducir si ella concede o no a la autoridad una facultad discrecional, es así que normalmente cuando la ley utiliza términos que son facultativos, no imperativos, se ésta frente al otorgamiento de un poder discrecional.

De igual forma ocurre en aquellos casos en que la ley deja a la autoridad libertad de decidir su actuación por consideraciones subjetivas como las de necesidad, oportunidad, justicia, equidad, razonabilidad, racionalidad, suficiencia, exigencia del interés público o del interés social, etc. Se presenta la misma

discrecionalidad cuando el supuesto jurídico comprenda dos o más posibles respuestas en un mismo caso y no imponga ninguna de ellas con carácter obligatorio.

En la práctica, entre más elevada jerarquía tiene el órgano administrativo competente, se le otorgan mayores y más amplias facultades discrecionales.

Los elementos del acto discrecional son los del acto administrativo, pero con las siguientes particularidades:

- Siempre son parte de la competencia del órgano administrativo;
- Sus límites están señalados por la ley;
- La ley debe autorizar al órgano administrativo para actuar con cierta libertad y,
- Es el propio órgano el que debe estar autorizado para fijar las diversas modalidades de su actuación.

En la legislación mexicana la discrecionalidad de los órganos administrativos es muy extensa, desde las facultades que la Constitución otorga al Poder Ejecutivo Federal para hacer abandonar a los extranjeros el territorio nacional. Hasta la de los órganos especializados como la Comisión de Inversiones Extranjeras a la que la Ley de Inversiones Extranjeras la faculta para que discrecionalmente autorice la inversión directa extranjera.

El principio de legalidad contenido en la Constitución, al cual deben atenderse todos los actos discrecionales, debe entenderse desde el punto de vista material, es decir, la norma en que se funda cualquier decisión individual, debe ser de carácter abstracto e impersonal y expedida con anterioridad al momento de su aplicación. En todo caso, todo acto discrecional debe estar previsto por el orden jurídico.

“Entre el acto obligatorio y el acto discrecional no existe una línea perfecta de separación. Entre ellos existe una infinita variedad en la que concurren los caracteres de uno y de otro, en grados muy diversos. Esto se explica porque al

concederse por ley facultades discrecionales a la autoridad encargada de hacer un acto, dichas facultades normalmente se refieren, más que a la realización de acto en su integridad, sólo a algunos de los elementos del mismo, tales como el motivo o el objeto del acto. De esta manera puede muy bien ocurrir que la ley otorgue discreción para juzgar si existe motivo bastante que cause la intervención de la autoridad, pero que obliga a ésta a realizar un acto determinado, una vez que discrecionalmente se ha llegado a la conclusión de que el motivo existe o por el contrario, que siendo la ley la que fije los motivos, se deje en libertad a la autoridad competente para determinar el contenido mismo de su actuación”.

“Por lo demás, en la actuación de la administración es muy frecuente la necesidad de hacer apreciaciones sobre hechos pasados o bien sobre consecuencias futuras de una medida determinada. En estos casos forzosamente debe existir una libertad para la autoridad respectiva, pues de otra manera no podría calificar la existencia de un hecho cuando haya pruebas contradictorias, o calificarlo cuando sólo pueda apreciarse por elementos técnicos, o determinar las consecuencias de un acto cuando también sean elementos técnicos los únicos que puedan servir para estimar estas consecuencias, como ocurre en el caso de adopción de medidas de carácter económico, de carácter sanitario, etc.”.

“Naturalmente que en estos últimos casos, a los que se ha llamado de discrecionalidad técnica, la actuación de la autoridad correspondiente si bien no está ligada por las disposiciones de la ley, sí lo está por los mismos elementos técnicos que deben encauzar la actividad administrativa que dentro de ese dominio se hace”.

3.4.4 LOS ACTOS INTERNOS Y LOS ACTOS EXTERNOS.

Desde el punto de vista del radio de acción de los actos administrativos, estos se pueden clasificar en actos internos y actos externos., según que solo produzcan sus efectos en el interior de la administración o trasciendan fuera de ella.

Los actos administrativos pueden tener efectos externos, es decir con relación a terceros, o pueden tener efectos internos, es decir que se producen en el interior de la administración. Con respecto a los actos internos, son aquéllos que producen efectos dentro de la Administración. Esos actos internos producen sus efectos en las relaciones ínter orgánicas, mientras que los externos producen efectos en las relaciones ínter subjetivas.

El acto administrativo externo, que conserva el nombre de acto administrativo, y el interno, que se llama corrientemente acto de la Administración, tienen los mismos elementos pero cabe hacer ciertas distinciones en cuanto a estos dos tipos de actos. Señalaremos las siguientes diferencias entre actos administrativos y actos de la Administración.

a) El régimen de la publicidad es diferente. El acto administrativo debe notificarse y el reglamento debe publicarse en un periódico oficial. En cambio los actos de la Administración no es necesario que se notifiquen personalmente ni que se publiquen.

b) De los actos de la Administración no nacen generalmente derechos subjetivos a favor de terceros, se entiende que la regla de la inmutabilidad o estabilidad de los actos administrativos no es aplicable.

c) No son recurribles en sede judicial, salvo cuando afectan el status jurídico de un funcionario público.

3.4.5 LOS ACTOS PRINCIPALES Y LOS ACTOS INSTRUMENTALES.

Por razón de su finalidad, los actos administrativos pueden separarse en actos preliminares y de procedimiento, en decisiones y resoluciones y en actos de ejecución.

Los actos preliminares y de procedimiento, lo mismo que los de ejecución. Están constituidos por todos aquellos actos que no son sino un medio para realizar los actos que constituyen el fin principal de la actividad administrativa, es decir , para que pueda realizar eficientemente sus funciones; constituyen en su mayor parte la exteriorización de determinadas facultades del poder público que pueden llegar a afectar muy seriamente los derechos de los particulares.

Los actos de ejecución están constituidos por todos aquellos, unos de orden material y otros de orden jurídico, que tienden a hacer cumplir forzosamente las resoluciones y decisiones administrativas, cuando el obligado no se allana voluntariamente a ello.

3.4.6 LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE ACUERDO CON SU CONTENIDO Y EFECTOS JURÍDICOS.

Por razón de su contenido los actos administrativos pueden clasificarse en las siguientes categorías:

- a) Actos directamente destinados a ampliar la esfera jurídica de los particulares. Sirvan de ejemplo, los actos de admisión, la aprobación, la dispensa o condonación, las licencias, permisos y autorizaciones, las concesiones etc.
- b) Actos directamente destinados a limitar esa esfera jurídica, como los órdenes, los actos de expropiación, las sanciones y actos de ejecución, y
- c) Actos que hacen constar la existencia de un estado de hecho o de derecho, dentro de estos se encuentran los actos de registro, los de certificación, las notificaciones y las publicaciones.

CAPÍTULO CUARTO

DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.

Dentro del Derecho Administrativo, podemos comentar que la función administrativa, encargada ésta de la ejecución de actos que determinan situaciones para casos individuales, necesita del principio de legalidad para su desarrollo adecuado dentro del marco jurídico. Al respecto, el maestro Manuel Gabino Fraga¹⁰⁸ comenta que dicho principio tiene su importancia, en que ningún órgano del Estado puede tomar una decisión que no sea conforme a una disposición general anteriormente dictada. Por lo tanto, la autoridad hará lo que expresamente le sea permitido.

No obstante dicho principio, según el autor citado, tiene su excepción en la facultad discrecional, ya que dicha facultad discrecional,¹⁰⁹ si bien su punto de partida siempre será la ley, también dicha facultad discrecional implica en su ejercicio el tomar decisiones en vista de criterios de carácter no legislativo y que por consecuencia lógica se le atribuye a la autoridad tomar en cuenta esos criterios para optar o no por determinada decisión, originándose por tanto el realizar actos individuales que no están previstos estrictamente en una disposición general.

¹⁰⁸ Gabino Fraga, Op Cit p.99 y 100.

¹⁰⁹ Marienhoff S. Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, 4ta edición, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1990, p.413. Al respecto dicho autor manifiesta que un ejemplo de acto administrativo discrecional, sería que "...una norma legislativa faculte al Poder Ejecutivo para eximir de ciertos impuestos, por determinado lapso, a los industriales que aumenten su producción por lo menos en un cincuenta por ciento de artículos de consumo considerados críticos y a los destinados a la defensa nacional, va de suyo que el Poder Ejecutivo, ante el pedido de exención de impuestos que formulare un industrial queda facultado para determinar que artículos de consumo se consideraran para dichos efectos como críticos y/o destinados a la defensa nacional, si el industrial que solicita la exención aumentó o no su producción en la proporción requerida por la ley....".

4.1 EVOLUCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.

La evolución de la discrecionalidad hasta llegar a la concepción actual esta relacionada a la dogmática histórica seguida por el principio de legalidad que caracterizó la vinculación gradual de la administración a la juridicidad: positiva, negativa y vinculación positiva de la administración a la ley.

Originariamente se tenía la concepción de que la administración podía hacer todo aquello que la ley no prohibía, se tenía una convicción muy arraigada de que la discrecionalidad se caracterizaba por la ausencia de norma que estableciera la conducta administrativa debida. Lo discrecional por tanto, operaba en los espacios libres fuera del contexto jurídico reglado, y en consecuencia no se subordinaba a la ley, reglamento ni dispositivo administrativo de ninguna índole, es decir, que lo discrecional es la actividad que no se encontraba sujeta a reglas ni condiciones. El ámbito discrecional se definía con el argumento a contrario sensu de lo reglado.

Así se excluía del control judicial el llamado “acto discrecional”, estimándose que se sustentaba en la libertad de la administración para apreciar, a su modo, lo que es de interés público. Se consideraba que había discrecionalidad cuando no existía regla preestablecida aplicable al caso. Hay que señalar que el control jurisdiccional era procedente cuando se violaba un derecho subjetivo o un interés legítimo, amparados por una norma administrativa previa.

Posteriormente surgió un exagerado formalismo legalista que concibió la vinculación positiva de la administración únicamente a la ley, consistente en que los organismos públicos nada pueden hacer sin un sustento normativo del parlamento; con esto se determino que la discrecionalidad debe derivar necesariamente de una ley expresa.

“Los fines, las modalidades y las condiciones que se deben cumplimentar y observar para ejercer esa actividad libre deviene del precepto legal estricto, donde el accionar administrativo se limita a la ejecución automática de la ley. Pero ésta posición nunca pudo funcionar en términos estrictos en la realidad administrativa, esto debido a la dificultad práctica del legislador de prever casuística y detalladamente todo el accionar administrativo”.¹¹⁰

No obstante el exagerado formalismo legalista, surgido para enfrentar la libertad absoluta y comúnmente arbitraria de la actividad administrativa, ésta ha tenido la virtud de generar un camino de tránsito para llegar a la concepción actual. Es decir, que dada una postura extrema: “libertar ilimitada”, una postura antagónica “esclavitud de la ley”, conduce por consecuencia al equilibrio aristotélico del justo medio.

Hoy, la fuente de la discrecionalidad no es la falta o ausencia de la ley, ni tampoco la norma previa únicamente, sino una unidad del orden jurídico conformada por la Constitución, la Ley, los reglamentos y los principios generales del Derecho, estos se encuentren o no en la Constitución.

4.2 NOCIÓN CONCEPTUAL DE DISCRECIONALIDAD.

Durante toda la historia los tratadistas no han logrado ponerse de acuerdo en lo que debe considerarse como un acto discrecional, tan es así que hoy podemos darnos cuenta que cada autor tiene una concepción de lo que es un acto administrativo y consiguientemente no logran precisar lo que es lo discrecional.

Rafael Entrena Cuesta nos dice lo siguiente: “Una facultad es discrecional siempre que el ordenamiento jurídico no establece cuando debe ejercitarse, como debe ejercitarse y en que sentido se debe ejercitar. Ello puede obedecer a una de

¹¹⁰ Sesin, Domingo J. Op. Cit. p. 43.

dos circunstancias: a que no exista una ley que regule los tres aspectos o momentos citados, o a que, existiendo, en aras de la eficacia administrativa, permita la discrecionalidad de los tres o alguno de aquellos”.

Según el Dr. Miguel Ángel Bercaitz: “...cuando el órgano administrativo se encuentra investido de facultades o poderes para obrar o no obrar, para obrar en una u otra forma, para obrar cuando lo creá oportuno, o para obrar según su discreto leal saber y entender para la mejor satisfacción de las necesidades colectivas que constituyen la razón de su obrar, por cuanto la ley le otorga cualquiera de esas posibilidades en forma expresa o tácita, entonces decimos que nos hallamos frente al ejercicio de facultades discrecionales”.¹¹¹

Así mismo, Eduardo García de Enterría comenta: “La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, por que la decisión se fundamenta en criterios extra jurídicos (de oportunidad, económicos etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo del administrador”.

El Diccionario Jurídico Mexicano define a la facultad discrecional como: “Es el poder de libre apreciación que la ley reconoce a las autoridades administrativas sobre el contenido de sus actos o de sus acciones. Está libertad autorizada por la ley, puede ser de mayor o menor rango y resulta visible cuando la autoridad tiene elección entre dos decisiones”.

De las opiniones anteriores podemos diferenciar un elemento constante en todas ellas, y que es, que se permite la apreciación por parte de la autoridad, para tomar ciertos elementos de un acto determinado y de ésa forma actúe en un sentido.

¹¹¹ Enciclopedia Jurídica Arriba. T. XI. Pág. 808. Ed. Driskill, S.A., Buenos Aires. 1994 Citado por Alejandro Armando Ramírez Zamarrilla. Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Boletín No. 26 Julio-Diciembre 2000. p. 28.

Se advierte una concepción que algunos autores denominan “objetiva” apegada al desarrollo del procedimiento administrativo, y otra “subjetiva”, relacionada con la intencionalidad del poder que la ejerce.

La primera concibe a la discrecionalidad como una actividad intelectual consistente en la determinación o precisión de los conceptos vagos o expresiones genéricas que están incorporados en la norma jurídica. Sus precursores fueron los fundadores de la escuela de Viena, en especial Kelsen y Merkl. Ellos no hablan de poder discrecional, sino que parten de la actividad administrativa objetiva, en la cual se advierten momentos discrecionales. En este caso es el orden jurídico quien escalonadamente autoriza al órgano inferior un margen de decisión independiente, que complete el vacío normativo.

La concepción “subjetiva”, en cambio, estima que la discrecionalidad surge de los motivos intrínsecos del órgano competente para apreciar lo que es más oportuno en un marco circunstancial determinado. Esta es la postura que ha sostenido la doctrina francesa cuyos celebres precursores fueron Hauriou y Bonnard entre otros. Ellos vinculan la discrecionalidad con el poder discrecional y su repercusión en alguno o algunos de los elementos del acto administrativo.

Considero que se puede definir la discrecionalidad como una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa, para que mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente validas para el Derecho la que mejor le parezca para la satisfacción del bien público general para lo cual le fue otorgada dicha facultad.

Poco importa que quien ejerza la actividad sea un órgano público o paraestatal, lo relevante es la naturaleza de la función administrativa que habilita el uso de una modalidad discrecional. Forma parte del orden jurídico de donde

proviene en forma expresa o implícita. Pero su cometido trascendente es agregar un elemento nuevo a ese ordenamiento, por que la valoración subjetiva que debe realizar el órgano competente añade una apreciación que antes no existía, completando de tal forma el sistema jurídico-administrativo en su concreción práctica.

“La “apreciación subjetiva” que incumbe a la administración realizar ponderando el interés público, “la libertad de elección” y la “sujeción al orden jurídico”, constituyen los tres presupuestos esenciales que inexorablemente debe contener toda actividad discrecional. Ella no se concibe sin la presencia de estos tres elementos. A su vez, la apreciación subjetiva puede consistir, alternativa o conjuntamente, en una ponderación de intereses, valoración de mérito, oportunidad, conveniencia, utilidad, celeridad, interés público, juicio eminentemente subjetivo por imperio de la norma. Etc. No constituyen *per se* presupuestos fijos inamovibles, sino que son elementos contingentes y variables que en un momento dado pueden caracterizar lo discrecional”.¹¹²

4.3 TIPOS DE DISCRECIONALIDAD.

Siguiendo al autor Rafael Martínez Morales,¹¹³ podemos mencionar que entre las diferentes clases de facultades discrecionales se encuentran:

a) La facultad discrecional libre. Consiste en que el órgano puede o no realizar la actividad que le está permitiendo la ley, existiendo una total libertad para actuar o no y también para determinar el sentido y alcance de la declaración unilateral de voluntad. Vgr. nombramientos, actos en las relaciones diplomáticas, etc.

¹¹² Domingo J. Sesin. Op. Cit. p 126 y 127.

¹¹³ Martínez Morales I. Rafael, Op. Cit. p.276 y 277.

b) La facultad discrecional obligatoria. Consiste en que el funcionario o empleado público tiene que actuar en uno u otro sentido pero no puede abstenerse de emitir el acto.

c) La facultad discrecional técnica. Consiste en que los entes gubernamentales tienen libertad para seleccionar los mecanismos idóneos para llevar a cabo sus tareas de naturaleza científica o técnica.

En relación a esta facultad discrecional técnica, hay otras opiniones en doctrina contrarias a poder concebirla como tal, ya que autores como Miguel S. Marienhoff comenta que las reglas técnicas no pueden estar supeditadas a la discrecionalidad, ya que la técnica por su propia naturaleza excluye la posibilidad de una facultad discrecional y es que las reglas técnicas obedecen a conclusiones científicas y criterios que por ser ineludibles escapan a la posibilidad de que la autoridad pueda tomarla como objeto para el ejercicio o no de su facultad discrecional.

En virtud de lo anterior, y desde nuestra opinión personal, pensamos que la posibilidad de que exista discrecionalidad técnica estará en la medida de que pueda optarse de entre varios métodos o procedimientos técnicos por la autoridad para el caso concreto, ya que la facultad discrecional de la autoridad no radica en que la autoridad misma tenga que crear por sí las reglas técnicas, sino en elegir mediante un juicio de oportunidad, las reglas técnicas que la ciencia en su respectivo campo las crea.

4.4 CARACTERÍSTICAS DISTINTIVAS DE LA DISCRECIONALIDAD.

1. LA DISCRECIONALIDAD DERIVA DEL ORDEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO.

Uno de los rasgos prevaecientes de la discrecionalidad es que solo puede derivar del orden jurídico vigente. De modo que no puede provenir del silencio o de un vacío legislativo, sino del análisis de los preceptos normativos y principios que conforman el bloque de juridicidad.

Consecuentemente adquiere una mayor importancia el concepto y alcance de “ordenamiento”, que ha dejado de dar prioridad solo a la relación norma jurídica – situación fáctica – sanción; para ser más extensivo a la realidad jurídica y social de la administración. La discrecionalidad se encuentra entonces en el ámbito interno del ordenamiento, y no obstante que implica una elección de alternativas, procurá hacerlo o debe procurarlo lo más objetivamente posible en concordancia al contexto jurídico actual.

2. LA DISCRECIONALIDAD IMPLICA UNA VALORACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS.

El ejercicio de la función administrativa, en su permanente preocupación de satisfacer el interés público, en ocasiones otorga más relevancia al análisis de la realidad para lograr una mejor utilidad, que a la apreciación de las circunstancias con el propósito de lograr una “estricta justicia”.

De allí que la actividad discrecional se relacione principalmente con el primero, dado que la acción administrativa procura la satisfacción directa e inmediata de los intereses comunitarios, siendo el derecho su instrumento para lograrlo, cuyo efecto inmediato es el orden y la paz social. En cambio a un juez le preocupa inmediatamente el Derecho, en un marco de equilibrio y el respeto de la división de poderes y las funciones y atribuciones de ellos.

La valoración puede ser tanto objetiva como subjetiva, es viable completar el vacío o imprecisión de la norma mediante un juicio objetivo de valor cuando es fácil deducir la intención general de dicha norma, a su vez puede ser rellenado por una valoración subjetiva o posición personal cuando no exista una pauta objetiva,

es decir, determinada por el mismo ordenamiento. Solo en éste último supuesto se puede hablar de discrecionalidad, por que es del orden jurídico que se traduce esa autorización expresa o implícita y otorga facultades para apreciar libremente lo mejor para el interés de la colectividad. “Dice Jesch que: “la indeterminación de un concepto es una cuestión de grado, no de calidad, sino de cantidad”. Esto es exacto cuando la integración de él es perfectamente objetivable. Al contrario, cuando es necesario acudir a una valoración subjetiva para completar el concepto jurídico normativa, por que la naturaleza del caso permite el uso de varias alternativas, estimo que esa indeterminación no es ya solo de cantidad, sino de calidad, al utilizarse no solo la hermenéutica interpretativa sino también de valoración discrecional en mayor o menor medida”.¹¹⁴

Desde un punto de vista jurídico, éste fenómeno tiene trascendencia en relación a los efectos que puede traer como consecuencia la mera interpretación de lo indeterminado, contrario a la discrecionalidad en cuanto al control judicial que se pueda generar a posteriori. De modo que, cuando hay valoración de carácter subjetivo de circunstancias atendibles, conducentes a la mejor satisfacción del interés público, se trata de una actividad de carácter discrecional.

3. LA DISCRECIONALIDAD ES LA ELECCIÓN DE UNA ALTERNATIVA ENTRE VARIAS IGUALMENTE VALIDAS.

Uno de los rasgos característicos del fenómeno discrecional es “la libertad de elección”. Como lo reconoce García de Enterría, “la reducción de las inmunidades del poder no pueden desconocer la esencia de la discrecionalidad, constituida por la apreciación de los valores singulares sobre la que se monta la libertad de elección que en último extremo consiste”.¹¹⁵

¹¹⁴ Domingo J. Sesin p 131 y 132.

¹¹⁵ García de Enterría E. La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), “Rev. Adm. Púb. Española”, n. 38, Madrid, pp. 179 y 180. Cit por Domingo J. Sesin. pp. 132 y 133.

La pluralidad de soluciones validas para el Derecho, caracterizan al momento discrecional. Entiéndase que bastan solo dos alternativas igualmente justas o validas para poder hablar de discrecionalidad. Pero es importante señalar que ésta libertad de elección es dentro de determinados límites más o menos estrechos según lo establece el orden jurídico que permite dicha libertad de elección.

4. LA DISCRECIONALIDAD PUEDE IMPLICAR PONDERACIÓN DE INTERESES Y EXCEPCIONALMENTE DETERMINACIÓN DE INTERÉS PÚBLICO CONCRETO.

La discrecionalidad implica valoración cuantitativa y cualitativa de los diversos aspectos o intereses que pueden ser comparados o apreciados. Se sostiene que a la discrecionalidad no le preocupa tanto señalar cual es el interés público, porque es el fin normal del orden jurídico diseñado por el legislador. La discrecionalidad, en cambio, se ocupa más de seleccionar el medio, el modo y los instrumentos operativos necesarios para la realización de ese fin, valorando y comparando las opciones viables.

Por esta razón, la adecuación de la actividad administrativa al interés publico es en mayor o menor grado determinado; es un problema de legalidad o juridicidad en sentido amplio, si lo es o no. Pero el camino utilizado, la ponderación de los intereses secundarios, la comparación de los modos y las formas de realización posible, implican una problemática de tipo discrecional. Así, el fin es reglado, mientras que su realización es discrecional cuando el orden jurídico autoriza esa libre valoración y elección de la solución más adecuada. En consecuencia puede haber discrecionalidad para determinar el contenido o el camino de realización del interés público, cuando el orden jurídico así lo habilita, tanto expresa o implícitamente con esa libertad. La amplitud o restricción del momento discrecional es relativa y proporcional a la precisión que el ordenamiento establece. Y cuando el interés público y su contenido son señalados en forma precisa por la ley, no puede haber discrecionalidad.

“En la vida real, la discrecionalidad no se limita únicamente a plantear el como realizar el interés público, sino que en ocasiones excepcionales también puede definir cuál es ese interés. Cuando éste aparece genéricamente determinado en la norma (seguridad, sanidad, orden público etc.) resulta obvio cual es la finalidad que pretende satisfacerse, pero el fin específico puede ser determinado mediante discrecionalidad debido a que el interés general en concreto puede comprender un sinnúmero de intereses secundarios concurrentes, cuya valoración le corresponden a la administración en ejercicio de su actividad discrecional. Afirma Giannini: no existe un interés público solitario, sino un conjunto de intereses, públicos, colectivos y privados; Denomina interés “primario” a aquel que la administración tiene la atribución y el deber de satisfacer; “secundarios” a los demás intereses implicados o concurrentes. Se ha señalado que el momento esencial de la discrecionalidad acaece cuando se individualizan y confrontan los intereses concurrentes. La fijación comparativa del valor de cada uno representa la solución de esta operación. La elección es el resultado de la discrecionalidad, y ésta consiste en la ponderación de varios intereses secundarios en orden a un interés primario”.¹¹⁶

Todo lo anterior podría resumirse en las siguientes hipótesis:

- a) Cuando el legislador establece claramente el interés público concreto perseguido y las medidas a adoptar para su eficaz realización. Aquí existe actividad vinculada.
- b) Cuando el legislador establece claramente el interés público a lograr, pero no las medidas operativas para su realización. Aquí existe poca discrecionalidad.
- c) Cuando el legislador no determina sino genéricamente el interés público a satisfacer y tampoco señala los medios o caminos para lograrlo. aquí puede haber discrecionalidad tanto para particularizar el interés público concreto, como para fijar los medios de realización.

¹¹⁶ Domingo J. Sesin p 133 y 137

- d) Cuando el legislador no establece ni la finalidad ni los medios correspondientes para su realización. Se puede proceder de dos formas, 1) para determinar el interés genérico mediante técnica interpretativa, para que con su metodología se deduzca del orden jurídico integral y 2) si se trata de concretar el interés específico y sus medios operativos. El administrador podrá hacer uso de la discrecionalidad.

5. LA DISCRECIONALIDAD ES UNA APRECIACIÓN SUBJETIVA QUE COMPLETA EL ORDEN NORMATIVO.

En el ámbito discrecional tiene una gran importancia la apreciación subjetiva de quien tiene la competencia de declarar la voluntad administrativa, de allí que el fenómeno discrecional está íntimamente relacionado con la vinculación sustantivamente política del accionar estatal que se caracteriza por su movilidad en función de las circunstancias temporales, espaciales, sociales y económicas. Por ello se dice que en la discrecionalidad no hay comprobación ni verificación, sino valoración o apreciación subjetiva.

En el ejercicio de facultades regladas, la norma predetermina detalladamente la actuación administrativa; y cuando ocurre la situación real, que hace necesario el accionar estatal, se produce su adecuación de la hipótesis normativa. En cambio en el ejercicio de la facultad discrecional, el orden jurídico en forma explícita o implícita, le atribuye al órgano competente la posibilidad de que mediante su “apreciación subjetiva” complete el bloque de juridicidad a los efectos de su inmediata resolución o determinación a esa situación administrativa concreta. Si bien se deja en poder de la autoridad administrativa la ponderación de los intereses en juego, el propio orden jurídico prohíbe que se pueda prescindir de dicha valoración subjetiva. Esto coincide con los caracteres y principios de la competencia administrativa que la concibe como una “atribución – deber”, esto es que el órgano administrativo no puede abstenerse de conocer.

“Ésta conducta volitiva que permite la elección de una alternativa entre varias igualmente posibles configura, en cierta medida, un *quid novi* al instituirse una decisión administrativa más particularizada, con porciones de valoraciones subjetivas nuevas, que trasuntan la esencia de una actividad “creativa” como la del legislador. Y es precisamente esa valoración o apreciación personal la que puede aportar algo novedoso, en consonancia con el ordenamiento que viene a completar”.¹¹⁷

6. LA DISCRECIONALIDAD ES UNA UNIDAD CONCEPTUAL RELACIONADA CON MATERIAS DIVERSAS.

En la actividad legislativa, se tendrá mayor éxito cuando satisfaga las pretensiones de una cantidad mayor de destinatarios, es decir, que logre una regulación lo más amplia posible, sin embargo, mientras mayor sea su número como de los sectores abarcados, existe la tendencia a regular la problemática otorgando grandes porciones de discrecionalidad al administrador. Es decir, que la reglamentación es trasladada a otros ámbitos o esferas administrativas para evitar que las restricciones o discriminaciones comprometan la “generosidad” legislativa y remite al administrador la función de completar los aspectos más complejos para que éste decida sobre asuntos sui generis es un momento determinado.

La amplitud de lo discrecional abarca un sinnúmero de ámbitos distintos, como variados pueden ser los campos del accionar administrativo. Lo reglado puede comprender materias diferentes, su ámbito puede regular las diversas áreas en las que se desenvuelve la actividad estatal. Con lo discrecional sucede algo muy similar, recae sobre una multiplicidad de materias, pero sin perder su esencia que radica en la libertad de elección.

¹¹⁷ Ídem. p 143 y 144.

7. LA DISCRECIONALIDAD ES UN MODO DE EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.

Si consideramos que la actividad discrecional forma parte del orden jurídico vigente, al igual que la actividad vinculada, es lógico suponer que ambas son modalidades de ejercicio de la función administrativa. No existe una razón para decir que una implica la actuación de un poder y la otra no, las dos son consecuencia del ejercicio de la potestad pública pero la diferencia radica es que lo discrecional como se ha llamado por algunos autores es un modo sui generis del actuar administrativo, en una concepción genérica. De modo que hablar de “potestad” discrecional puede prestarse a la equivocación de entender que en el resto de las “potestades” (imperativa o de mando, sancionatoria, reglamentaria, etc.) no exista discrecionalidad. Pero esto es erróneo, lo discrecional se puede encontrar en cualquier campo de la función administrativa.

“En estricto sentido literal, cuando se habla de “poder discrecional” se acentúa el elemento subjetivo de quien ejerce la atribución. Al contrario, cuando se habla de actividad discrecional o modalidad del ejercicio, en realidad se realiza el accionar concreto, esto es, la conducta.”¹¹⁸

8. LA DISCRECIONALIDAD ES UNA FORMA DE LIBERTAD REDUCIDA, AUTORIZADA Y CONDICIONADA.

Tanto la autonomía de la voluntad en de derecho público como la discrecionalidad administrativa presuponen libertad de actuación, en la primera ese amplio margen gira dentro de lo no prohibido por la ley; en el ejercicio de la función administrativa en cambio, el ámbito de libertad existe siempre que el orden jurídico lo autorice. Una se encuentra bajo una permisión genérica, mientras que en la otra hay porciones de discrecionalidad que se atribuyen para el caso concreto.

¹¹⁸ Ibídem. p. 145 y ss.

La calificación sustancial del accionar administrativo es la satisfacción de los intereses públicos, por tanto, se halla condicionada a la realización de ellos, esto no pasa en la actividad privada. La discrecionalidad administrativa surge de un orden jurídico que expresa o implícitamente la autoriza, en consecuencia esta tiene menor amplitud que la libertad de los sujetos privados. Ésta implica la posibilidad de elegir tanto los medios como los fines; la discrecionalidad administrativa, puede escoger los medios, por que en general los fines están establecidos por el mismo orden jurídico.

9. LA DISCRECIONALIDAD PUEDE IMPLICAR APRECIACIÓN DE OPORTUNIDAD.

A efecto de satisfacer de forma correcta e inmediata el interés público del modo más oportuno, el administrador puede apreciar discrecionalmente la modalidad de actuación, buscando el menor costo posible, la mayor rapidez y eficacia, evitar inconvenientes a la comunidad, etc. Todo ello implica apreciar lo más conveniente para el interés público.

“Bernatzik es quien tiene la originalidad de proponer a los órganos administrativos la obediencia de la siguiente máxima, aún no superada: “hacer aquello que es más oportuno para el interés general” esto pone en evidencia que a veces no es posible solucionar los problemas que presenta el cambiante accionar administrativo. La apreciación de lo más oportuno para el caso concreto implica ponderar el valor o disvalor de una realización que precede a la elección u opción que finalmente realice la administración.”¹¹⁹ Pero no solo la valoración de la oportunidad puede ser contenido de la discrecionalidad, dado que el ámbito de esa es mucho mayor, dado que debe considerar también ponderación de intereses, prudencia, equilibrio o simplemente la voluntad del órgano competente porque dentro del orden jurídico se ha establecido que a ese órgano le corresponde la decisión.

¹¹⁹ Domingo J. Sesin. Op Cit p. 150.

10.LA DISCRECIONALIDAD ES MODALIDAD DE EJERCICIO QUE SE UBICA EN LOS ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

Dentro del trámite administrativo el momento discrecional se ubica en la fase de conformación del acto administrativo, previo a su emisión. Junto con los aspectos reglados se perfilan los diversos elementos constitutivos de un acto jurídico válido.

“Se dice que la discrecionalidad recae sobre el “*an*”, es decir, si se adopta o no una determinada resolución. Así mismo, puede recaer sobre el “*quomodo*”, esto es, la formalidad o el cause procedimental a seguir; la discrecionalidad puede incidir en el “*quid*”, relacionándose con el objeto o contenido. De todos modos, concluye Giannini: “cualesquiera que fueran las especies o el número de ellas, la discrecionalidad importa siempre una elección entre varias soluciones posibles, en procura de lo más oportuno para el caso concreto”¹²⁰. Cuando se dice “las alternativas igualmente válidas”, se sabe que pueden ser dos ó un número indeterminado de posibilidades. En caso que se trate respecto del dictado de un acto solo se contemplan dos opciones (se dicta o no), mientras que fijar el cuando o el momento de su emisión abarca un amplio margen donde caben muchas alternativas.

La doctrina es unánime al sostener que la discrecionalidad no puede existir en la competencia para emitir el acto, en el procedimiento a seguir y en la finalidad perseguida. Se afirma que tales elementos están siempre reglados por el orden jurídico vigente. Si bien ésta es la regla que aplica a la inmensa mayoría de los casos, existen algunos supuestos en que la discrecionalidad puede estar presente en éstos momentos del acto administrativo, cuando menos en una mínima porción. Sirva de ejemplo, cuando la suspensión de un empleado puede ser dispuesta por un director de área en razón de que la norma le atribuye competencia para ello, sin embargo, nada impide que lo resuelva directamente un miembro de cabildo o el presidente municipal, inclusive el gobernador el presidente de la república; en

¹²⁰ Ídem. Op. Cit. p. 152.

virtud de la facultad de avocamiento en el conocimiento y decisión que le competen al inferior, (es decir, su facultad de atracción). Nadie puede discutir que es discrecional la valoración que realiza en cada caso la jerarquía más alta para avocarse o no, y en consecuencia resolver. En éstos supuestos la competencia para el dictado la puede tener una u otra autoridad, siendo discrecional su determinación.

Lo mismo sucede con el procedimiento, en el cual la discrecionalidad también puede existir cuando es posible elegir un camino u otro en el marco de lo jurídicamente permitido, por ejemplo, cuando la norma establece que las contrataciones se harán según el procedimiento de selección que disponga la administración, esta es quien o podrá discrecionalmente optar ya sea por la licitación pública, licitación privada o concurso de precios, nada impide que el órgano competente, aun respetando el procedimiento reglado, pueda discrecionalmente llamar a los tres oferentes que dicta la norma, eligiendo el que considere mejor, incluso puede discrecionalmente disponer que se invite a diez ó más, situación que resulta conveniente debido a que mientras mayores opciones se tienen mas posibilidades de donde elegir.

En cuanto a la finalidad, está normalmente reglada por el orden jurídico, siempre que se determine el interés público a satisfacer. En cambio, en el caso excepcionalmente de que no se encuentre perfectamente precisado, la elección del interés público concreto se convierte en un problema de discrecionalidad administrativa.

4.4.1 INTERPRETACIÓN Y DISCRECIONALIDAD.

Para darnos cuenta y ver en qué casos estamos ante una facultad discrecional, el maestro Marienhoff¹²¹ nos proporciona las siguientes reglas de interpretación:

¹²¹ Marienhoff, Op. Cit. p.417-419.

- Las facultades discrecionales de una autoridad surgen cuando la legislación se limita a señalar los fines prescindiendo de la mención específica de los medios para lograr aquellos.
- La existencia de formas o de un procedimiento especial para la emanación de un acto no es impedimento para excluir la posibilidad de que el respectivo acto sea discrecional.
- A falta de otros elementos de juicio, la redacción literal de la norma puede determinarnos cuando estamos ante una facultad discrecional. Vgr. “facúltese”, “autorizase”, “podrá”, etc.
- En materia de actos que implican restricciones a las libertades públicas, en caso de duda ha de negarse la existencia de la facultad discrecional. Ya que como bien es sabido, dentro de un marco de legalidad y sobre todo en materia de libertades individuales, la autoridad sólo puede intervenir si expresamente la ley le faculta (Principio de legalidad).
- Cuando la ley prevea dos o más posibles actuaciones en un mismo caso y no se imponga ninguna de ellas con carácter obligatorio estaremos ante una facultad discrecional.¹²²

4.4.2 SILENCIO DE LA LEY.

Ante el silencio de la ley, podemos comentar que es necesaria la existencia de una ley para que se autorice el ejercicio de una facultad, ya sea discrecional o reglada, ya que la discrecionalidad no deviene de un silencio o vacío legislativo, ya que como bien sabemos el fundamento de la facultad discrecional es la misma legislación, por tanto es de concluir que discrecionalidad no significa ausencia de ley.¹²³

Y es que aceptar que las lagunas legales en materia administrativa constituyen fuente de facultades discrecionales caeríamos en un Estado que violentaría los derechos de los gobernados ante la carencia de ley.

¹²² Gabino Fraga, Op. Cit.,p. 232

¹²³ Miriam Name Almanza, Los actos discrecionales de la administración Pública Federal y su control jurisdiccional, Tesis, México, Escuela Libre de Derecho, 1999, p.48.

PODER. EL USO DE ESTE VERBO EN LAS DISPOSICIONES LEGALES, NO NECESARIAMENTE IMPLICA UNA FACULTAD DISCRECIONAL. ¹²⁴

En el ámbito legislativo el verbo "poder" no necesariamente tiene el significado de discrecionalidad, sino que en ocasiones se utiliza en el sentido de "obligatoriedad", pues en tal hipótesis se entiende como un deber. Sin embargo, no siempre es claro el sentido en el que el legislador utiliza el verbo "poder", por lo que para descubrir la verdadera intención del creador de la ley, los principios filosóficos de derecho y de la hermenéutica jurídica aconsejan que es necesario armonizar o concordar todos los artículos relativos a la cuestión que se trate de resolver, máxime en aquellos casos en que el verbo, por sí solo, no es determinante para llegar a la conclusión de que la disposición normativa en que se halla inserto, otorga una facultad potestativa o discrecional a la autoridad administrativa.¹²⁵

Contradicción de tesis 26/96. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. 21 de mayo de 1997. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretaria: Angelina Hernández Hernández.

4.4.3 PRINCIPIO DE RESERVA DE LA LEY.

El principio de reserva de la ley, establece que existen materias sobre las cuales sólo el órgano legislativo tiene facultad de regularlas, creándose así el orden jurídico respectivo. Por lo tanto, la reserva de la ley aparece cuando la regulación de una determinada materia queda acotada en forma exclusiva a la ley formal.

¹²⁴ Tesis aislada, Materia: Administrativa, Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VI, Agosto de 1997, Tesis: 2a. LXXXVI/97, Página: 217

¹²⁵ Nota: Esta tesis no forma jurisprudencia porque no corresponde al criterio que resolvió la contradicción.

En virtud de lo anterior, en el supuesto de que se permitiera a la administración la posibilidad de tener por ejemplo un poder discrecional sobre garantías individuales, traería como resultado el violentar éste principio; ya que el principio de reserva manifiesta exclusividad de competencia del poder legislativo para que intervenga sobre determinadas materias, realizando y siendo el único para actuar sólo sobre las mismas que le señale la ley, ya que en caso contrario la Constitución sería la única para facultar a los poderes federales el poder realizar determinada función que por naturaleza no les corresponde (Vgr. Uso de facultades extraordinarias del presidente en materia de suspensión de garantías para dictar las normas que sean necesarias ante la situación de emergencia) .

Por lo anteriormente explicado, el Congreso debe prestar especial atención al uso del lenguaje y a las materias que regula en su caso, para así evitar los excesos de poder que en uso de un supuesto poder discrecional pueda hacer una determinada autoridad.¹²⁶

4.5 PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LAS POTESTADES REGLADAS -DISCRECIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN.

La potestad reglada se presenta cuando estamos frente atribuciones legales, claras, abundantes y determinantes del ejercicio de ellas que habrá de hacer la administración; debe para su cumplimiento, actuar en la forma estrictamente determinada en la ley, sin lugar a posibilidades de elección de otra manifestación diversa. El ejercicio de potestades regladas implica un proceso de adecuación estrictamente típico, entre los supuestos de hechos descritos por la ley

¹²⁶ La doctrina mexicana distingue la reserva de la ley en absoluta y relativa. La primera aparece cuando la regulación de una determinada materia queda acotada en forma exclusiva a la ley formal, es decir no puede ser regulada por otras fuentes. La reserva relativa permite que otras fuentes de la ley vengán a regular también esa determinada materia, pero a condición de que la ley sea la que determine expresamente las directrices a las que dichas fuentes deberán ajustarse (Vgr. la ley establece los principios, y las normas secundarias regulan la disciplina de esa materia pero subordinadas y dependientes a la ley formal).

y analizados en el mundo de la realidad, correspondiendo para ellos únicamente los efectos previstos por la normatividad.

“A pesar de tratarse de un proceso prácticamente automático, consideramos que de todas maneras implica ciertos momentos de apreciación o subjetivismo, porque, al fin, quien lo realiza no es más que una persona natural, órgano representativo de la administración. De todas maneras, aunque el ideal del estado de derecho sería una legalidad detallada y regulada de forma completa, la verdad es que como señala el Consejo de Estado Colombiano: “Tal reglamentación es de una rigidez impracticable ya que es imposible que una norma lo prevea todo y predetermine y calcule todas las formas de relaciones y consecuencias jurídicas de las mismas”¹²⁷, de igual manera, Vedel, refiriéndose al grado de competencia reglada existente en las llamadas decisiones administrativas, esta de acuerdo en aceptar que “*no existe competencia reglada pura*”; porque incluso en toda la actuación, el cinturón de fuerza de la atribución vinculatoria o reglada para con la administración, se ve disminuido necesariamente por lo que la doctrina francesa denomina “*elección del momento*”; figura que no hace otra cosa que aceptar lo que indicamos anteriormente, como aquél grado de subjetividad o iniciativa de que goza la administración para el estudio y análisis de la realidad fáctica, respecto de los estrictos contenidos normativos en cumplimiento de la potestad reglada”.¹²⁸

La potestad reglada constituye lo que podría denominarse como la regla general del principio de legalidad en el Estado de Derecho, algunos autores así lo consideran, de igual forma sus quebras las consideran como las excepciones.

A diferencia de las potestades regladas, en las potestades discrecionales de la administración, interviene para su concreción, un proceso de valoración

¹²⁷ Consejo de Estado Colombiano, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 22 de Octubre de 1975, consejero ponente Luis Carlos Sachica, publicado en Arciniegas A., Antonio José, Estudios sobre Jurisprudencia Administrativa, Bogotá, Editorial Temis, 1982, Tomo I, pp. 10 y 11. Citado por Santofimio G. Jaime Orlando. Op. Cit. p 101.

¹²⁸ Santofimio G. Jaime Orlando. Op. Cit. pp. 101 y 102.

subjetivo con el fin de actuar en el mundo de la realidad de los hechos a las consideraciones amplias y genéricas de la norma.

Contrario a la idea inicial con que se planteo la teoría de la discrecionalidad de la administración; (libertad absoluta de la administración para disponer en aquellos asuntos no determinados por la ley; como lo señala la doctrina tradicional, la administración podía no solo hacer aquello para lo que estaba expresamente autorizada, sino también todo aquello no prohibido y no regulado expresamente en la ley), el concepto moderno, más acorde al principio de legalidad dentro de un Estado de derecho, sostiene que la atribución y el ejercicio de cualquier potestad solo es posible ante la existencia previa de un precepto superior.

4.6 DIFERENCIA ENTRE ACTOS REGLADOS Y ACTOS DISCRECIONALES.

Las características de los actos administrativos reglados y discrecionales podemos señalarlas en base a sus diferencias y similitudes,¹²⁹ que a continuación se enuncian:

1. Desde el punto de vista de su emisión. El acto reglado al concurrir los requisitos de hecho o de derecho exigidos por la norma para su emisión, debe ser emitido; en cambio el acto discrecional puede o no ser emitido, ya que la valoración de las circunstancias que justifican su emisión depende de la apreciación subjetiva del órgano competente para emitirlo.

2. El acto administrativo reglado se puede referir a cualquier aspecto del acto administrativo puede referirse tanto a la emisión del acto como a cualesquiera de sus elementos. En cambio el carácter discrecional se puede sólo referir a la emisión del acto administrativo como también a su contenido y forma.

¹²⁹ Marienhoff, Op. Cit., p.424-426.

3. El acto administrativo reglado ha de ajustarse al fin concreto expresado en la norma. El acto administrativo discrecional, si bien puede tener determinada su finalidad concreta, también es que en el supuesto de que no la tuviera de manera expresa siempre debe tender a la satisfacción de la mejor manera de las exigencias del interés público.

La valoración subjetiva que hace el órgano emisor del acto administrativo reglado es sólo como medio o presupuesto de hecho para la aplicación de la norma. En cambio en el acto administrativo discrecional la valoración subjetiva que hace el órgano emisor de dicho acto es esencial para determinar el contenido del acto que se emite.

El acto reglado es la mera ejecución de la ley, en el que la misma señala exactamente el cómo y el deber de actuar de la autoridad; en cambio en el acto discrecional la autoridad tiene un cierto margen de libertad de apreciación para decidir en que momento debe actuar o cómo debe actuar.¹³⁰

No obstante lo señalado, podemos comentar que no existe a veces un línea perfecta de separación entre estos dos tipos de actos. Esto se explica, por que al concederse por ley facultades discrecionales, dicha facultades más que referirse a la realización del acto en su integridad, sólo se referirán a algunos elementos del acto y no a todos.¹³¹

SIMILITUDES

1. El derecho que llega a emanar, tanto del acto administrativo reglado como en el discrecional, es de idéntica sustancia. Es por tanto que el derecho que nace de dichos actos administrativos es de igual consistencia jurídica, no pudiendo ser extinguidos por la propia Administración Pública por sí y ante sí, sino que la Administración debe ocurrir ante el Poder Judicial ejercitando la acción de nulidad.

¹³⁰ Gabino Fraga, Op. Cit., p.231.

¹³¹ Ídem. p.232.

2. Ambos actos administrativos, -el reglado y el discrecional- son recurribles.

4.7 LÍMITE A LAS FACULTADES DISCRECIONALES.

El principio de juridicidad contenido en los artículos 14 y de 16 de la Constitución Federal, así como en el artículo 2 de la Constitución del Estado de Guanajuato, establece a las autoridades la obligación de que solo puede realizar lo que la ley les permite, y que sus actos deban estar debidamente fundados y motivados. De modo que si los actos discrecionales son actos de autoridad, éstos no están exentos de cumplir con el principio de legalidad. Esto significa que deben ser emitidos con la debida fundamentación y motivación, de lo contrario estaríamos frente a un acto totalmente arbitrario e ilegal. Es por ello, una prioridad señalar, que los límites de la discrecionalidad, según el maestro Rafael Martínez Morales, pueden entenderse como una evaluación de los motivos o razones que motivan el acto, así también serán objeto a seguir los fines que se persiguen con dichos motivos o razones.

Podemos afirmar que los actos administrativos no se tratan de caprichos de la autoridad, o del funcionario en turno, sino que los mismos deben estar sometidos al control de legalidad. En el sentido de preservar este tipo de actos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido a través de su segunda sala, el siguiente criterio respecto de los actos discrecionales y la arbitrariedad, que a la letra dice:

FACULTADES DISCRECIONALES, APRECIACIÓN DEL USO INDEBIDO DE ELLAS EN EL JUICIO DE AMPARO. El uso del arbitrio o la facultad discrecional que se concede a la autoridad administrativa puede censurarse en el juicio de amparo cuando se ejercita en forma arbitraria o caprichosa. Cuando la decisión no invoca las circunstancias que concretamente se refieren al caso discutido, cuando estas resultan alteradas o son inexactos los hechos en que se pretende apoyar la

resolución, o cuando el razonamiento en que la misma se apoya es contrario a las reglas de la lógica.¹³²

En virtud de lo anterior, la discrecionalidad no puede ser una potestad ilimitada de la Administración Pública, apareciendo el Estado de Derecho que controlará cualquier posibilidad de la existencia de un acto caprichoso nacido con el pretexto del ejercicio de una facultad discrecional. Dicho Estado de derecho se valdrá de la Vía administrativa y Judicial para que dicho acto administrativo discrecional se sujete a los límites que la ley, queda claro que deben existir ciertos límites para el actuar de la administración, y que dichos límites pueden ser revisados por los juzgadores para poder determinar si un acto discrecional puede declararse nulo. Y la doctrina dominante toma como necesarios, para que el acto administrativo discrecional se desenvuelva dentro de un contexto de juridicidad.

En base a lo anterior, Así encontramos en la doctrina que Fiorini clasifica los límites de las facultades discrecionales en:

- a) Negativos, impuesto por el orden jurídico.
- b) Relativos, impuesto por la propia administración.
- c) Positivos, cuyo objeto es evitar que la actividad discrecional desemboque en actos arbitrarios o ineficaces.

Los límites positivos son en realidad los que regulan la eficacia del acto administrativo; hacen el contenido de éste y determinan si el fin requerido por la ley se ha cumplido o se ha violado o inobservado. Constituyen la esencia del recurso por desviación de poder. Se manifiestan como un juicio lógico y como un juicio de valor.

El juicio lógico en cuanto la ley tiene un fin establecido: la satisfacción de una necesidad concreta. La discrecionalidad apreciará las condiciones que debe

¹³² Visible en el Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. Segunda Sala, apéndice de 1995, Tomo III, Parte SCJN, Tesis No. 70, Pág. 49.

reunir el acto oportuno que satisfaga ese fin concreto. El acto no puede ser dictado para satisfacer una necesidad distinta. Juicio de valor en cuanto el acto debe ponderar los condicionamientos técnicos, económicos, culturales, sociales y jurídicos mediante los cuales aquél fin será satisfecho en forma eficaz. De la observancia de todos estos límites, dependerá la validez o no del acto administrativo dictado en ejercicio de facultades discrecionales, en otras palabras su legalidad y su legitimidad, es decir, su juridicidad.

Dentro de los límites que nos señala un Estado de Derecho podemos establecer la misma ley, ya que ella establecerá los lineamientos a los que se ha de sujetar la autoridad. En relación a esto, hay que recordar que si bien el ejercicio de la actividad discrecional se desarrolla apoyándose en criterios de carácter no legislativo, tampoco hay que dejar de reconocer que el punto del que parte todo acto de autoridad es la misma ley.

Un límite también importante es la satisfacción de la mejor manera del interés público, ya que éste es un límite infranqueable al cuál debe sujetarse el acto administrativo discrecional como un tipo de acto administrativo de los que contempla el ejercicio de la administración pública.

Otro límite es por tanto la finalidad a que debe responder la emisión del acto, ya que como bien se ha dicho, no existe la facultad discrecional en cuanto a la finalidad del acto. Y es que el fin sin lugar a dudas será siempre de carácter reglado, dándonos cuenta que el fin necesariamente estará expresamente o implícitamente señalado en la ley, pero que en el último caso el fin de la actividad administrativa se conducirá hacia el bien común.¹³³

Otro tipo de límites que son también necesarios para el desarrollo sano de una actividad discrecional son:

¹³³ Al respecto podemos comentar que los actos que realice la administración pública para llevar a cabo su fin (el interés general), gozan de la presunción de estar emitidos y dirigidos para el beneficio del gobernado dentro de un marco de legalidad, hasta que no se demuestre lo contrario.

a) *Los hechos*. Este elemento no puede estar sujeto a apreciación alguna, no hay discrecionalidad que se pueda permitir para decir que se dieron o no los hechos, ya que estaríamos ante un vicio, por una falta de causa por haber emitido el acto administrativo discrecional sin haber concurrido los requisitos de hecho necesarios para emitirlo.¹³⁴

b) *Reglas formales*. Estos elementos se presentan en el acto administrativo, tanto el discrecional como en el reglado, con caracteres de uniformidad y de relativa estabilidad. Un ejemplo de ellos es la competencia que siempre será un límite obvio de todo acto administrativo. Y es que la existencia de formas o de un procedimiento especial para la emanación de un acto no es impedimento para excluir la posibilidad de que el respectivo acto sea discrecional.

c) *Principios Generales del Derecho*. Entre dichos principios se encuentra la razonabilidad, la prudencia, la buena fe, la justicia, la equidad, la igualdad, la libertad, el debido proceso legal, el evitar el mayor perjuicio, etc.¹³⁵

d) *Auto limitación de la administración*. Esta puede llevarse a cabo a través del ejercicio de la facultad reglamentaria del presidente, de actos administrativos generales como las llamadas circulares.¹³⁶

4.8 CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS DISCRECIONALES.

El principio de juridicidad de la administración no estaría salvaguardado si no existiera un control judicial respecto de la actividad administrativa en el marco de límites correspondientes. “El régimen republicano se relaciona íntimamente con la evolución del control judicial y su trascendencia. Señala Pertile: que “el estado

¹³⁴ Marienhoff, Op. Cit., p. 448.

¹³⁵ Miriam Name, op. cit., p. 63.

¹³⁶ Olvera Toro Jorge, Manual de Derecho Administrativo, 4ª. edición, México, Editorial Porrúa, 1976, p.159 y 160.

de derecho reconoce al principio de legalidad como su viga maestra, y al control jurisdiccional como la garantía del sistema”. Como expresa Sarria, “el régimen constitucional es perfecto si la Administración, además del sometimiento a la ley, se somete a la justicia”.¹³⁷

Las facultades discrecionales no constituyen un poder absoluto concedido a la autoridad, pues en un Estado de Derecho, no puede permitirse que la autoridad actúe arbitrariamente en aras de ese poder discrecional, es por ello que se ha tratado de instituir diferentes formas de acotar dichas facultades. Uno de los medios con los que se pretende limitar esa discrecionalidad resulta ser el control jurisdiccional de los actos que de ella deriven. A pesar de que en muchas legislaciones positivas se ha plasmado dicha idea, como en nuestro estado, en la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Guanajuato¹³⁸ en su fracción V del artículo 88, al momento de llevarla a la práctica puede tener algunos problemas.

“Uno de los principales problemas puede ser el siguiente: ¿puede un juzgador contar con elementos objetivos suficientes para poder decretar la nulidad de un acto discrecional o simplemente el hecho que sean discrecionales implica una imposibilidad de entrar al estudio de su legalidad, que en un momento determinado pueda declarar nulo un acto discrecional por no apegarse a los fines para los que fue otorgada dicha facultad?”¹³⁹

Como se ha visto en párrafos anteriores la discrecionalidad tiene cabida en los elementos objetivos de un acto administrativo como lo pueden ser el motivo y el fin, no existe la facultad discrecional en cuanto a la finalidad del acto. Estos elementos se refieren a objetos, como su nombre lo dice, es decir, a cosas que

¹³⁷ Sesin Domingo Juan. Administración pública. Actividad reglada discrecional y técnica. Op. Cit. p. 14

¹³⁸ ART. 88: Se declarará que un acto administrativo es ilegal, cuando se demuestre alguna de las siguientes causales:

V.- Cuando dictado en ejercicio de facultades discrecionales, no corresponda a los fines para los cuales la ley confiere dichas facultades.

¹³⁹ Ramírez Zamarrita Alejandro Armando. Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Boletín número 26 Julio-Diciembre 2000. pp. 27 y 28.

pueden ser captadas por los sentidos. De modo que no puede ser que nuestros jueces se abstengan de conocer sobre la legalidad de tales actos, por no tener elementos para poder calificar dicha discrecionalidad.

El principio de legalidad, base de nuestro sistema jurídico, establece a las autoridades la obligación de que solo pueden realizar lo que la ley les permite, y que sus actos deben de estar debidamente fundados y motivados. Toda vez que los actos discrecionales no dejan de ser actos de autoridad, no pueden estar fuera de dicho principio, por lo que los mismos deben estar adecuadamente fundados y motivados.

De la forma como lo establece la siguiente tesis aislada:

FACULTADES DISCRECIONALES. APRECIACIÓN DEL USO INDEBIDO DE LAS CONCEDIDAS A LA AUTORIDAD. ¹⁴⁰

La base toral de las facultades discrecionales es la libertad de apreciación que la ley otorga a las autoridades para actuar o abstenerse, con el propósito de lograr la finalidad que la propia ley les señala, por lo que su ejercicio implica, necesariamente, la posibilidad de optar, de elegir, entre dos o más decisiones, sin que ello signifique o permita la arbitrariedad, ya que esa actuación de la autoridad sigue sujeta a los requisitos de fundamentación y motivación exigidos por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual permite que los actos discrecionales sean controlados por la autoridad jurisdiccional.¹⁴¹

Contradicción de tesis 2/97. Entre las sustentadas por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y el Tercer Tribunal

¹⁴⁰ Tesis aislada, Materia: Administrativa, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VIII, Septiembre de 1998, Tesis: P. LXII/98, Página: 56

¹⁴¹ Nota: Esta tesis no constituye jurisprudencia pues no contiene el tema de fondo que se resolvió.

Colegiado del Sexto Circuito. 29 de junio de 1998. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Armando Cortés Galván.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el seis de agosto en curso, aprobó, con el número LXII/1998, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a seis de agosto de mil novecientos noventa y ocho.

La fundamentación no sería problema, pues si un precepto faculta a la autoridad a elegir entre varias opciones igualmente legales sería suficiente con señalar el precepto. Pero el verdadero problema radica en la motivación, la cual no solo se debe constreñir a decir que la autoridad en uso de sus facultades discrecionales elige tal o cuál opción, sino que debe expresar el motivo por el que optó de esa manera. Con tal motivación, el juzgador estaría en aptitud de poder analizar el juicio valorativo que la autoridad realizó, y de esa forma determinar si su actuar se derivó de un simple análisis lógico-jurídico, o bien si se debió a un acto arbitrario de parte del funcionario en turno, para beneficiar a tal persona o para perjudicarla a otra.

Los motivos por los que se realiza un acto discrecional no deben ser eminentemente jurídicos, pues se puede responder a cuestiones de capacidad técnica, oportunidad, u otras; pero lo importante, en mi opinión, radica en que la autoridad no debe dejar la menor duda de que la decisión que tomó, fue realizada de manera racional y consciente, y que no obedecía a un mero capricho del funcionario en turno o a un juego de intereses que no sea meramente público. “Es por ello que el juzgador al que se le plantee una controversia de este tipo se encuentra en aptitud de decretar la nulidad cuando de un simple análisis lógico-jurídico pueda concluir que se usaron dichas facultades para beneficiar a intereses de cierto grupo de individuos, siendo que, de un simple análisis lógico, se concluya que se pudo realizar dicho acto beneficiando a toda la colectividad”.¹⁴²

¹⁴² Ídem.

4.8.1 DISCRECIONALIDAD Y ARBITRARIEDAD.

En relación a este punto la doctrina es tajante, ya que nos manifiesta que no se pueden confundir la discrecionalidad con la arbitrariedad. Al respecto el maestro Miguel S. Marienhoff¹⁴³ comenta que la arbitrariedad es una conducta antijurídica e ilegítima de los órganos del Estado; en cambio la discrecionalidad se desenvuelve en un contexto de juridicidad y es por principio legítima. También así nos comenta el mismo autor, que un acto administrativo discrecional tiende a satisfacer los fines de la ley, como lo es el interés público; en cambio un acto arbitrario se aparta de la finalidad a que el acto emitido debe responder. Otra diferencia que apuntar, es que la arbitrariedad es una libertad mal orientada; en cambio la discrecionalidad si bien también goza de libertad, también lo es que esa libertad esta limitada por un fin, que es la satisfacción de los intereses públicos que marca la ley.

Además de lo anterior, podemos citar al maestro Manuel Gabino Fraga¹⁴⁴ que al respecto comenta, que "...siempre el poder arbitrario representa la voluntad personal del titular de un órgano administrativo que obra impulsado por sus pasiones, caprichos o sus preferencias..."; en cambio la facultad discrecional, nos manifiesta el mismo autor, "...que aunque constituye la esfera libre de la actuación de una autoridad, tiene un origen legítimo, como lo es la autorización legislativa...". Y es por esta razón que una orden arbitraria carece de todo fundamento legal, en cambio la orden discrecional siempre tendrá que cumplir con los requisitos que exige el artículo 16 Constitucional de fundar y motivar la causa legal del procedimiento.

¹⁴³ Marienhoff, Op. Cit., p.430

¹⁴⁴ Fraga, Op. Cit. *****

4.9 FACULTADES DISCRECIONALES DEL EJECUTIVO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN.

Considera Miguel Ángel Bercaitz que las facultades discrecionales reconocidas en la Constitución, presentan como primer fundamento el administrativo, ya que deben estar normadas por la Constitución, así como por sus leyes orgánicas y estatutos públicos. Lo que sí es fundamental en la facultad discrecional es su reconocimiento preciso y concreto en la norma fundamental, ya que dicha autorización es esencial en el señalamiento de la autoridad competente. Se trata de la facultad de decidir o no frente a un caso concreto. De aquí que Hauriou haya afirmado “no hay acto discrecional; hay un cierto poder discrecional de la Administración que se encuentra más o menos en todos los actos”, afirmación un tanto confusa, porque es sabido que el funcionario público en cualquiera de los niveles puede ser activo o pasivo en la toma de decisiones, pero lo que diferencia a esta situación de las facultades discrecionales es que la propia Constitución declara la libertad el jefe del Poder Ejecutivo para actuar o no. Se trata de una decisión opcional.

“La redacción de una facultad discrecional constitucional obliga a usar el término PODRÁ, es decir, la autoridad competente puede o no tomar la determinación de actuar o no mientras que a diferencia de una obligación de autoridad no figura la opción, sino que los verbos están redactados en forma imperativa. Es un tener que hacer frente el caso concreto. De aquí básicamente, las facultades discrecionales de los altos poderes políticos impliquen un acto administrativo”.¹⁴⁵

Partiendo de que toda actividad la administrativa es legal, y teniendo las facultades discrecionales un fundamento administrativo, sin lugar a duda le corresponde a la autoridad que en un caso concreto actúa de acuerdo con la

¹⁴⁵ Problemas actuales del Derecho Constitucional, Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. UNAM 1994 P. 415. Arnaiz Amigo Aurora. Facultades discrecionales del Ejecutivo según la Constitución. pp. 42 y 43.

facultad discrecional observar las normas legales de competencia y de forma, y realizar el acto según el fin de la ley.

Siguiendo con el análisis del poder discrecional nos preguntamos sobre quien lo otorga. Sin duda, de acuerdo con el artículo 39, el pueblo, o sea su representante como poder constituyente dedicado a elaborar una Constitución.

“Lo que queda claro del artículo 39 Constitucional, es que la soberanía nacional reside en el pueblo, y el adjetivo esencial como el adverbio originalmente, implica que el concepto de soberanía no es una categoría histórica, sino una esencia que origina tanto las forma de estado como de gobierno. En consecuencia, el poder constituyente que elabora una nueva constitución o que la modifica tiene el amplio concepto de representar al pueblo en su misión de transformar los principios generales, o sea la consuetudo-jurídica en la ley fundamental del pueblo y del Estado. De aquí que tan solo el poder constituyente actúe como representante del pueblo representado; una vez elaborada la Constitución los funcionarios están en el poder pero no son el poder, como atinadamente expresa Herman Séller; son pues mandatarios del mandante pueblo, y deberán ser obedecidos en tanto actúen en el marco de la Constitución, en consecuencia, los gobernados tienen la obligación de obediencia de los poderes públicos”.¹⁴⁶

“Pero, ¿Cuándo las atribuciones del jefe del Ejecutivo son administrativas y cuando políticas?, o lo que es lo mismo ¿Cuándo un actuar en los altos titulares de los tres poderes es discrecional ante un caso concreto? Hay dos artículos muy precisos en la Constitución Mexicana relacionados con el interrogante que acabamos de hacer; son el 29, 33 y posiblemente el 131”.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Ídem. Op. Cit. p. 41.

¹⁴⁷ Ibídem. Op. Cit. p. 43.

El primero; se trata de la facultad que la Constitución reconoce al presidente de los Estados Unidos Mexicanos, quien: “Podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo”.

En el comienzo del artículo hay un control jurisdiccional sobre la decisión presidencial, dado que si bien podrá suspender las garantías cuya suspensión está motivada para hacer frente rápida y fácilmente a la situación, el presidente de los EUM habrá de decidir “...de acuerdo con los Titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República y con aprobación del Congreso de la Unión, y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente...”.

Si bien el jefe del Poder Ejecutivo “...podrá suspender...”, ello es así de acuerdo con las instituciones políticas (titulares de las Secretarías de Estado) administrativas (departamentos administrativos), la Procuraduría General de la República, y del Congreso de la Unión, o comisión permanente) autoridades legislativas), las cuales aprobarán o no la propuesta de autorización a la suspensión, pues se trata de un control jurisdiccional preciso a la propuesta presidencial. Sin embargo la redacción final del artículo 29 implica un control jerárquico del legislativo al precisar que “...el ejecutivo haga frente a la situación...”, es decir, se reconoce como una obligación impuesta a cargo del Ejecutivo.

“Respecto del artículo 33, dicho numeral limita la amplia afirmación del artículo 1º Constitucional, el cual declara que: En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece. Esta máxima también se encuentra limitada por el artículo 8

primer párrafo, en el que quedan excluidos los extranjeros del derecho de petición en materia política, ya que en dicho artículo se afirma que: "...en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República". Párrafo que está directamente relacionado con el artículo 33, donde se afirma que: "...el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente. Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país"¹⁴⁸.

El vocablo "El Ejecutivo" se sobreentiende la referencia al jefe del ejecutivo, pero como se deduce del artículo 90 Constitucional, el poder Ejecutivo se integra tanto por el presidente de la república como de sus colaboradores más allegados. En la redacción del artículo 33 se emplea el término "tendrá", al que junto con el "podrá" implican, al menos en principio, la facultad discrecional del titular del Poder Ejecutivo, dado que se acentúa la calidad optativa presidencial con la afirmación de "...a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente".

El artículo 131 refleja importantes facultades discrecionales para el Ejecutivo, en la que se declara: "El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio Congreso".

"Sí se analiza este párrafo, se comprenderá que en él hay dos facultades discrecionales. La primera que podemos denominar como originaria pertenece al congreso, ya que son las dos cámaras las que podrán autorizar al Ejecutivo para las tareas que se mencionan y podríamos considerar que el Ejecutivo podrá aceptar o no la facultad acordada por el Congreso, pero sin embargo desconcierta el que en el último punto del artículo se diga que: "...El propio Ejecutivo al enviar al Congreso el Presupuesto Fiscal de cada año, someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida". Si se interpreta la facultad

¹⁴⁸ Ídem. Op. Cit. p. 44.

discrecional del Congreso a favor del Ejecutivo como obligación imperante de aceptación del Ejecutivo, en este caso habría de afirmar que el Congreso tiene un control de revisión sobre la aplicación concedida. Sin embargo, el termino “uso” es ambiguo, puesto que el Ejecutivo de aceptar la comisión el Congreso revisara la aplicación de la facultad concedida. Queda sobreentendido que el vocablo uso está aplicado en el sinónimo de práctica; por lo que la redacción del artículo 131 en su punto segundo resulta ambigua por no especificarse que el Ejecutivo habrá o tendría que aceptar; contraria a podía aceptar la autorización del congreso. Por lo tanto, hay en el primer caso, una subordinación del poder Ejecutivo al poder Legislativo, pues se trataría de una desconcentración administrativa no de una indesconcentración administrativa, y no de una descentralización de facultades, por lo que las atribuciones del órgano Legislativo quedarían como originarias”.¹⁴⁹

Si recordamos, en el artículo 73 en su fracción VII de la Carta Magna, es determinante al señalar que el Congreso tiene facultad para imponer las contribuciones para cubrir el presupuesto, y relacionándolo con el 89 Constitucional no contempla la obligación del jefe del Ejecutivo para intervenir obligatoriamente en asuntos de la competencia del 131, salvo si aplicamos la fracción XX del artículo 89 que declara “las demás que le confiere expresamente la Constitución”.

Se da entonces una transferencia de facultades de la precisa y privativa del Poder Legislativo a la ambigua del Ejecutivo. Si se aplicara en sus estrictos términos el artículo 89, en ninguna de sus veinte fracciones se autoriza al Poder Ejecutivo para intervenir en materia de contribuciones. El comienzo del artículo 131 señala que es facultad privativa de la Federación grabar las mercancías que se importen o exporten, o que pasen de tránsito por el territorio nacional. La ubicación de este artículo (131) se encuentra en la zona neutra del título 7° denominado “de las prevenciones generales” que viene a ser algo así como la “gaveta” del sastre, en la que tienen cabida los retazos. Se toma en este título

¹⁴⁹ Supra cit. 146. p. 47 y 48.

algún cabo suelto en el contexto Constitucional, en una miscelánea de materias.
Allí están el 124, el 127 e incluso el 130.

CAPÍTULO QUINTO

TRANSGRESIÓN AL ESTADO DE DERECHO.

El problema del Estado de derecho es una de las cuestiones más relevantes de los sistemas constitucionales. El constitucionalismo tiene, entre otros objetivos, el de la certidumbre de los derechos reconocidos y garantizados por la norma suprema. Esa certidumbre se traduce en que las normas aprobadas de acuerdo con la propia Constitución se aplicarán sin excepción tantas veces como se produzcan los supuestos que ellas mismas prevean. En este sentido todo acto que se aleje del cumplimiento puntual de la norma es considerado a su vez como contrario al Estado de derecho.

“En ese punto es necesario considerar la cuestión de la legitimidad. Se sabe que éste no es un tema pacífico en la doctrina. Las tesis dominantes relacionadas con la legitimidad tienen una importante influencia Weberiana; esto no obstante, los matices son muchos. De manera general puede decirse que la idea de legitimidad está impregnada de un subjetivismo que va más allá de la interpretación de una norma; se trata de la interpretación del poder político, que es fuente del derecho y su órgano de aplicación”.¹⁵⁰

No es un problema nuevo, aunque sí presenta nuevos dilemas. La sujeción al derecho de los órganos del poder es una de las garantías más relevantes para prevenir y corregir los actos de arbitrariedad. Aceptar que esos órganos puedan dejar de aplicar la norma jurídica significa abrir un espacio para la acción discrecional. La experiencia histórica del poder demuestra que por ese intersticio se han introducido prácticas derogatorias del derecho; pero la sola aplicación de la norma tampoco es garantía suficiente para conciliar la certidumbre en cuanto a los actos de la autoridad y el espacio de libertades que los individuos y la sociedad

¹⁵⁰ Balaguer Callejón, Francisco et al., Derecho constitucional, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 55 y ss. Citado por Diego Valdez. BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO. No. 103 Enero - Abril del 2002

requieren. Con frecuencia, por ejemplo, se ha confundido el principio jurídico del Estado de derecho con el discurso político conservador de "ley y orden".

5.1 LA NO APLICACIÓN DE LAS NORMAS¹⁵¹

El supuesto de la validez jurídica, con sus factores de libertad y coerción, debe tener presente la tensión con la realidad, o facticidad. Aquí reaparece el concepto de sociedad compleja de Habermas: "las sociedades modernas no sólo se integran socialmente por medio de valores, normas y procesos de entendimiento, sino también sistemáticamente, a través de mercados y de poder empleado administrativamente". Tenemos, por lo mismo, que mientras que en el Estado de derecho el poder sólo puede actuar con fundamento en el orden normativo, lo que permite estabilizar las expectativas de la sociedad y mantener la convivencia jurídicamente organizada, la facticidad introduce factores de tensión cuya solución también es exigida por la sociedad. En este caso no se descartan como instrumentos de solución de conflictos los acuerdos de voluntades. El "poder comunicativo" se localiza en los dos espacios: el de la creación y aplicación de la norma, y el de la deliberación y suscripción de acuerdos. Se trata, por lo mismo, de un concepto de notable amplitud, que comprende los fenómenos de la facticidad y de la validez.¹⁵²

El problema es que la composición consensual de los conflictos se presta a distorsiones. La perspectiva sociológica del Estado de derecho no excluye un equilibrio entre los poderes de integración social: dinero, poder político y solidaridad. Aquí se presenta el riesgo de ampliar excesivamente el número de factores que intervienen en la mediación social, además del derecho mismo. La

¹⁵¹ Diego Valadés. BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO. No. 103 Enero - Abril del 2002.

¹⁵² El mismo autor afirma: que el Estado de derecho "no puede tenerse ni mantenerse sin una democracia radical". La democracia es radical y la sociedad es compleja, simplemente porque prevalece la razón comunicativa. Esta razón es el medio lingüístico que permite que se estructuren las formas de vida y se realicen las interacciones propias de esos tipos de democracia y de sociedad, y es la que permite encontrar acuerdos o aplazar la solución de conflictos.

solución consiste en aceptar que todos los poderes de integración social son poderes regulados. Esto nos permite alcanzar una solución satisfactoria desde la perspectiva del Estado de derecho: es probable que cuando no se aplica una norma para evitar mayores daños que con su aplicación, se esté aplicando otra disposición normativa. En otros términos, es posible que a veces la regla específica ceda su lugar al principio general. Esto, sabemos, comporta riesgos, pero se explica sólo en las situaciones límite, a las que todo Estado de derecho tiene que hacer frente sin exponerse a una fractura. El enunciado de los principios tropieza con problemas interpretativos que no siempre es fácil superar. También debe tenerse presente que el ordenamiento jurídico constituye un sistema que permite explicar la omisión en cuanto a la aplicación de una norma determinada en tanto que se aplica otra. En tanto que el sistema denota una relación de coherencia entre las normas (sean reglas o principios) que lo componen, podría decirse que al no aplicarse una disposición hay otra que sí se cumple. Esto, sin embargo, supondría a su vez que un sistema es perfecto y carece de lagunas. Como no se ha demostrado que tal cosa exista, tenemos que admitir que en algunos casos sí se podrá afirmar que la no aplicación de una norma puede explicarse en función de la aplicación de otra, sin que esto constituya una antinomia, pues en este caso se trataría de un sistema deficiente porque incluye normas contradictorias entre sí. Pero también es posible que en algunos casos lisa y llanamente deje de aplicarse una disposición sin que se pueda demostrar plenamente la aplicación de otra. Es, por lo mismo, un problema de alta complejidad.

5.1.1 LA NO APLICACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA.

Se le suele atribuir a Kant la formulación de la devastadora expresión "fiat iustitia et pereat mundus" ("hágase justicia y perezca el mundo"), que reproduce otra también en uso "fiat iustitia, ruam caelum" ("hágase justicia y cáigase el cielo"), y a Hegel haber corregido en el sentido de "fiat iustitia ne pereat mundus" ("hágase justicia para que no perezca el mundo"). En cuanto a Kant, se trata de una expresión que ya circulaba en su época, pero que él justificó como "un

valiente principio de derecho que ataja todos los caminos torcidos por la violencia o la insidia". Pero luego también previno que no había que mal interpretarlo como una licencia para emplear el derecho con el máximo rigor, porque esto sería contrario al deber ético, y que su verdadera dimensión consistía en la obligación de los titulares del poder a no denegar a nadie su derecho. De esta suerte, la justicia a que se refiere, y así la entiende Kant, es a la que puede reclamarse ante la autoridad. Por eso, concluía el filósofo alemán, "es preciso una Constitución interna del Estado de conformidad con los principios generales del derecho". No queda lugar al equívoco, y la lectura directa de la expresión latina, sin el matiz inteligente adoptado por Kant, se convierte en una licencia para atropellar en nombre de la ley.

Ocurre que todo sistema político contemporáneo, fundamentalmente los más abiertos, admite la posibilidad de *límites para la aplicación de la ley*. Esos límites consisten, precisamente, en la libertad de valoración atribuida a los representantes para que determinen en qué casos, y hasta qué extensión, es posible tolerar conductas transgresoras de la legalidad. Los casos más frecuentes son aquéllos en que se producen manifestaciones tumultuarias que, desde la perspectiva del orden legal estricto pueden incidir en acciones normalmente sancionadas.

Nadie está autorizado para impedir la circulación por las vías de tránsito; pero esta limitación no suele operar cuando se trata de concentraciones populares, autorizadas o no por las autoridades administrativas. Abundan los casos como ése. Los términos de la tolerancia se extienden, en todos los sistemas constitucionales democráticos, en beneficio de las libertades públicas, más allá de las limitaciones impuestas por los preceptos legales.

A pesar de la plenitud del orden jurídico, *es preciso admitir que no todo cuanto ocurre en la vida de una sociedad puede estar normativamente previsto y regulado*. Las democracias, en tanto que sistemas abiertos, están expuestas a

considerables vicisitudes. Por sus propias características, estos sistemas permiten incluso conductas que les son adversas. La tolerancia es la gran virtud de los sistemas democráticos, pero es también su punto más vulnerable. Las dictaduras se derrumban cuando los excesos de la intolerancia no dejan otra salida que la violencia; en tanto que las democracias se quiebran cuando la tolerancia se transforma en indefensión.

La discrecionalidad tiene dos dimensiones: la arbitraria y la que podemos considerar acorde al Estado de derecho. En cuanto a ésta, la argumentación original aparece en Aristóteles y alude, fundamentalmente, a la incapacidad del legislador para prever todas las conductas posibles. "La ley, dice, no retiene más que los casos ordinarios, sin desconocer por otra parte su insuficiencia". De ahí que la "naturaleza propia de la equidad está en corregir la ley, en la medida en que ésta resulta insuficiente en virtud de su carácter general". Sin embargo, el filósofo luego examina otra cuestión que adquiere una dimensión ética, porque el "hombre equitativo" es aquel que "no se atiene con excesivo rigor a sus derechos", e incluso se aviene a "tomar menos de lo que le corresponde, aun teniendo de su lado la ley". Como se puede apreciar se trata de dos asuntos diferentes.

Aunque el problema que Aristóteles analiza corresponde a lo que podríamos denominar lagunas de la ley, también alude al "rigor" en el ejercicio del derecho propio, que es una cuestión distinta. En el primer caso se está ante una conducta que la norma no prevé; en el segundo sí hay previsión normativa pero se admite que de su aplicación puede resultar un exceso dañoso. Éste es el tema que ahora interesa. No se trata, por ende, de lo que en la doctrina administrativa contemporánea se ha venido examinando como discrecionalidad de la administración para reglamentar la ley o dejar de hacerlo; o para ejercer actos administrativos con amplios márgenes de decisión, como cuando se celebran contratos u otorgan permisos o concesiones. No es ese el tema; lo que aquí se plantea es en qué casos, habiendo disposición expresa, el órgano de autoridad puede dejar de aplicar coactivamente una norma sin vulnerar el Estado de

derecho. Más aún, es necesario determinar si existen circunstancias en que la discrecionalidad del órgano de gobierno forme parte del Estado de derecho, y en estos casos cuál es el límite y quién lo determina.

El extremo de la discrecionalidad se expresa con la conocida expresión coloquial castellana: "allá van leyes, do quieren reyes". Los orígenes de esta locución son ciertamente chuscos. Refiere Mariana que en el año 1088 se suscitó un curioso asunto en la corte de Castilla. De varios siglos atrás venía usándose el misal gótico; pero la corona, de acuerdo con el papado, se propuso introducir el breviario romano. Como la utilización del primer texto estaba muy arraigada, y la población no aceptaba de buen grado la sustitución, se acordó dirimir el diferendo mediante duelo formal. En el lance de armas venció el caballero que competía a favor del breviario antiguo. Con ese motivo se decidió un segundo desafío, que consistió en poner en la hoguera ambos misales, acordándose que prevalecería aquel que no fuera consumido por el fuego; pero el misal romano se "chamuscó". Ante tal circunstancia el rey tomó la determinación de que el breviario gótico se aplicara en las iglesias más antiguas, llamadas "mozárabes", y el romano se utilizara en los demás templos. El sector tradicionalista derrotado rápidamente acuñó la respuesta: "allá van leyes do quieren reyes". La experiencia y la expresión presentan un buen cuadro de una etapa en que no se consolidaba plenamente el autoritarismo monárquico, pero en la que ya se apuntaban las tendencias de concentración y ejercicio discrecional del poder.

El problema de la discrecionalidad no ha desaparecido. Cuando Wade, por ejemplo, formula una serie de objeciones a las ideas de Dicey sobre el Estado de derecho (Rule of Law), subraya que el sistema constitucional británico admite un amplio número de facultades discrecionales del gobierno, cuyo ejercicio en todo caso queda sujeto a la valoración que los tribunales hagan de ellas. La doctrina administrativa ha desarrollado ampliamente este tema, también abordado desde la perspectiva de la teoría del Estado y se trata de un aspecto mínimamente controvertido en la actualidad. Lo que ahora es necesario determinar es si la

autoridad gubernamental puede hacer excepciones en la aplicación de normas específicas, con el argumento de no causar daños superiores a los que resultarían de esa aplicación.

Al examinar las implicaciones semánticas de la expresión inglesa "to enforce the law", que suele traducirse al francés y al español como "aplicar la ley", Derrida formula una serie de consideraciones útiles para el objeto de este estudio. El significado real está directamente relacionado con la fuerza de la ley, y de manera implícita esa fuerza se traduce en su aplicación. Corresponde, como Derrida también señala, a la idea del imperativo categórico de Kant: una acción objetivamente necesaria por sí misma. Ahora bien, el problema no está en la coercibilidad de la norma, sino en la decisión circunstancial de no ejercer esa coacción. La norma no deja de serlo por no ser aplicada ("enforced"), en el ejemplo invocado por Derrida. Simplemente el órgano del poder encargado de su aplicación adopta la decisión, de acuerdo con una norma de atribuciones (norma A), de no aplicar la sanción prevista por la norma infringida (norma B). Es en este punto donde tenemos que determinar si el Estado de derecho se altera cuando se deja de aplicar la norma secundaria (coactiva).

Por otra parte, frente a la tesis de la "enforcement" a que alude Derrida, el derecho norteamericano también ha desarrollado la denominada norm of justifiable nonenforcement y el concepto de "alejamiento de la norma", al que por nuestra parte aludimos como "no aplicación" de la norma". De manera explícita se autoriza a algunos funcionarios para que hagan cumplir la ley "según su propia discreción". Es el caso de los oficiales en cuanto a sus facultades de aprehender o no a infractores de la ley, en circunstancias especiales (por ejemplo, manifestaciones callejeras); de los fiscales, que pueden no perseguir a personas determinadas (por ejemplo, testigos protegidos); de los jueces, cuyas posibilidades de valoración de la gravedad de los delitos es muy amplia, y de los propios gobernantes, estatales y nacional, que pueden ejercer la atribución suprema del perdón (indulto o amnistía).

Al lado de esa "discrecionalidad delegada" (explícita) existe la figura de la "interposición legitimada" que se produce cuando los funcionarios se separan justificadamente de las normas de competencia que regulan su actividad. Como puede observarse, la clave está en que esa omisión esté "legitimada". En este punto interviene el concepto de sistema legal. Se trata de un concepto útil, porque independientemente de la norma particular que es objeto de no aplicación, el sistema contiene todo un conjunto de principios y disposiciones que se cumplen de manera permanente, y que no se ven afectados por la excepción. Aquí la excepción se justifica en tanto que contribuye a los fines del sistema legal y, en esta medida, del Estado de derecho. Esa no aplicación parcial y excepcional no corresponde, por ende, a las colisiones de validez a que alude Alexy, cuando advierte que las normas dejan de ser eficaces cuando no son "en general" obedecidas o no se aplica la sanción que corresponde a su infracción.

La interposición legítima, o no aplicación, no puede confundirse con la usurpación ni con la violación de la ley. En el primer caso el agente de la autoridad estaría actuando conforme a las facultades atribuidas a otro órgano; en el segundo estaría incurriendo en una acción u omisión sancionada por la norma. La no aplicación a que nos referimos no consiste en usurpar las funciones de otro agente de la autoridad, ni se lleva a cabo para violar la norma, sino para evitar un daño superior al que ocasionaría su aplicación.

Se trata, desde luego, de un aspecto muy controvertible, porque sugiere el reconocimiento de la discrecionalidad en la acción de los agentes de la autoridad. Es el tipo de cuestión al que Dworkin denomina "embarazosos", porque no tienen una respuesta satisfactoria para todos. Según Dworkin existen tres formas de discrecionalidad: la acción que se realiza dentro de los márgenes de razonabilidad que permite la norma; la acción que no admite revisión ulterior, y la acción que se lleva a cabo bajo la estricta responsabilidad del agente. Al observar con detenimiento la diferenciación adoptada por Dworkin, advertimos que el verdadero

elemento para distinguir los niveles de discreción reside en la definitividad de la decisión.

Quizá la fórmula positiva más completa, que permite superar el riesgo de la discrecionalidad a partir de la razonabilidad de la acción de los agentes de la autoridad, ha sido la acuñada por el profesor Meijers, considerado como el más prominente jurista holandés del siglo XX, que a partir de 1958 preparó el proyecto del nuevo (1994) código civil de Holanda. El artículo 248-2 establece que "una regla que rija entre las partes a consecuencia del contrato no es de aplicación, en cuanto esta aplicación fuera inadmisibile en las circunstancias dadas, según los criterios de la razón y de la equidad". Aquí nos encontramos con un factor adicional al de la equidad: la racionalidad de la norma y, eventualmente, de su no aplicación. Es cierto que esto introduce nuevos problemas, porque determinar la racionalidad de las normas y de las decisiones que llevan a su aplicación o no aplicación, abre un nuevo y anchuroso espacio para la reflexión; lo apunto sólo como una nueva perspectiva, acerca de la cual será necesario seguir profundizando, que resulta de la sugerente innovación del código civil holandés.

En el caso de la no aplicación de la norma, sin que se violente el Estado de derecho, debe tratarse de una decisión revocable por el agente que la adoptó, o modificable por un órgano de control. De no ser así, al carecer de posibilidades de rectificación, *la discrecionalidad podría traducirse en arbitrariedad*. Por supuesto, no todos los riesgos que se corren con la no aplicación de la norma conciernen a los posibles excesos por parte de la autoridad. También puede suscitarse otro fenómeno igualmente nocivo para la seguridad jurídica y las libertades: inducir a prácticas colectivas de quebrantamiento de la norma como instrumento para alcanzar determinados objetivos razonables que podrían conseguirse mediante procedimientos legales.

5.1.2 LA NO APLICACIÓN DE LA NORMA CON RELACIÓN A TERCEROS.

Un aspecto digno de consideración es el de los efectos de la no aplicación de una norma con relación a terceros. En general, esta es una cuestión cuya relevancia se ha centrado en cuanto a la relación directa entre el sujeto a quien no se aplica la norma y el sujeto que deja de aplicarla, sin que en principio sea vulnerado el Estado de derecho. Hay que considerar, sin embargo, la situación de los terceros, a quienes la no aplicación de la norma les puede ocasionar perjuicios superiores a los beneficios que resultarían de la aplicación de la norma.

Utilicemos una vez más el ejemplo de las manifestaciones violentas, consentidas en función del principio de tolerancia en el ejercicio de las libertades públicas. En este caso no sólo tenemos la relación entre manifestantes y agentes de la autoridad; también puede ocurrir que se afecten los derechos de tránsito y de reunión de terceros, independientemente de los daños patrimoniales que les hayan podido causar los manifestantes. En esta circunstancia el problema se complica considerablemente, porque los daños mayores que evitan de un lado, se producen del otro. Puede darse una situación en extremo complicada en la que por una parte no se aplique la sanción al infractor y, por otra y en esa misma medida, se deje sin protección el derecho del afectado.

La no aplicación de la norma se enfrenta a un enorme problema cuando se trata de los efectos a terceros. Este problema obliga, en una primera instancia, a determinar quiénes deben ser considerados como terceros en los casos a que hacemos alusión, porque si tal concepto se extendiera al conjunto mismo de la sociedad en que se producen los hechos, difícilmente se podrían explicar numerosos casos de no aplicación de la norma en los que no va de por medio evitar un daño social significativo. La sociedad en su conjunto, por tanto, no puede ser considerada como parte perjudicada en los casos a los que nos hemos referido en este estudio. En cambio es muy claro que hay personas concretas que sí pueden resentir los efectos de la no aplicación de las normas.

Ya se mencionó el caso de quienes no se vean impedidos para transitar, trabajar, o reunirse. También pueden darse perjuicios patrimoniales, sea porque resulte afectado algún bien, sea porque, como ocurre con el comercio ambulante no regulado, se afecten las legítimas expectativas de los comercios establecidos conforme a la norma. Una vez más se hace evidente que las medidas de no aplicación de la norma deben ser transitorias; máxime si los efectos negativos son absorbidos parcialmente por terceros.

Otro aspecto que es muy importante tener en cuenta cuando nos referimos a los terceros, es que los actos sancionables con relación a los cuales se deje de aplicar una norma, no vayan dirigidos contra esos terceros, sino constituyan conductas que conciernan principalmente a los órganos del Estado. Si las conductas no sancionadas hubieran estado dirigidas exclusiva o deliberadamente a causar algún tipo de afectación a otros miembros de la sociedad, la no aplicación de la norma resulta inexplicable desde el punto de vista del Estado de derecho. Una cosa, por ejemplo, es la realización de manifestaciones que limitan el tránsito de las personas, pero en cuyo caso el objetivo directo no es precisamente ese, y otra las prácticas de sabotaje que afectan fuentes de trabajo. En este caso la acción está dirigida directamente en contra de personas físicas o morales determinadas.

El tema de los terceros no se ha resuelto satisfactoriamente en ningún sistema positivo. Ni siquiera en los Estados donde existen instrumentos para demandar responsabilidad civil a la administración, se han utilizado para reclamar compensaciones con motivo de los daños ocasionados por la tolerancia con relación a ciertas conductas lesivas de los intereses o de los derechos de terceros. Por ejemplo, cuando han quedado bloqueadas las vías de comunicación en Europa, por acción al margen de la norma de los transportistas, nadie ha intentado siquiera demandar la reparación consiguiente por parte de las autoridades que, en este caso, dejaron de aplicar las normas a los transgresores.

No cabe, desde luego, que las autoridades utilicen como eximente las causas de fuerza mayor, porque denotarían que su inacción no obedeció a una decisión de prudencia y tolerancia, sino de estricta impotencia; esto sería incompatible con la naturaleza misma del poder. Lo que en este caso puede darnos una explicación razonable para admitir que en ciertas circunstancias los terceros absorben los efectos negativos de la no aplicación de las normas es, una vez más, la teoría de la representación. Sólo así es explicable que los terceros se vean obligados a aceptar los efectos de la no aplicación de las normas; quienes toman las decisiones lo hacen en función de la representación legítima que ostentan, con lo cual los efectos jurídicos de sus decisiones se trasladan, a pesar del posible perjuicio, a los representados. De no entenderse así, no habría solución teórica para este problema.

5.1.3 REPRESENTACIÓN Y LEGITIMIDAD

El problema de la representación política constituye uno de los temas fundamentales en la organización del Estado contemporáneo. De un adecuado sistema representativo depende, en buena medida, la legitimidad de los sistemas políticos en su conjunto. Cuando la representación deja de funcionar en los términos que prescribe la Constitución, se produce una fractura en la legitimidad del poder. Se trata de una cuestión de gran importancia, porque de la acción de los representantes depende el Estado de derecho. Habitualmente se considera que la legalidad de la conducta de los gobernantes corresponde a su adecuación a los preceptos de la ley. Esto es lo que suele denominarse Estado de derecho.

La convicción generalizada de la legitimidad de los representantes está en el origen del acatamiento colectivo y voluntario de la autoridad. Se sabe que, cuando la autoridad se excede, existen los medios adecuados para corregir el error, pero que en términos generales hay una garantía de efectividad y objetividad en la acción de los órganos del poder. Ninguna Constitución establece dónde se encuentra el punto de equilibrio. Este aspecto corresponde en buena medida a la política. Por eso el derecho es el contenido ético de la política, al

tiempo que la política es ejercicio práctico del derecho. Quien espere encontrar todas las soluciones para los problemas del poder en la letra de los códigos, corre el riesgo de equivocarse; y quien ignore que la ley tiene límites, más allá de los cuales es necesario actuar con fundamento en los preceptos de la política, corre el riesgo de quedarse sin respuestas.

Rodolfo Vázquez ha demostrado que el Estado de derecho implica un contenido ético. ¿Cómo encuadrar, desde esa perspectiva, la no aplicación de la norma? La argumentación mejor construida, susceptible de ser aplicada a este problema, es la que ofrece Max Weber cuando distingue entre la ética de la convicción y la ética de la responsabilidad. La primera concierne a la acción sin tener en cuenta sus consecuencias; la segunda corresponde a la decisión que se toma a partir de prever sus efectos. Como bien señala Weber, ambas no son necesariamente incompatibles, pero lo que también resulta obvio es que en determinadas circunstancias las decisiones de aplicar o no una norma se deberán tomar pensando en la disyuntiva de la convicción o de la responsabilidad. Seguramente en los casos en que se opte por la no aplicación, estará prevaleciendo el criterio de la responsabilidad, en tanto que los casos donde se prefiera el rigor normativo, estará dominando la ética de la convicción. Será una situación en la que, en efecto, se preferirá que se haga justicia aunque el mundo perezca.

El Estado de derecho consiste en la adecuación de los actos del poder a la letra de la ley. Sin embargo, la propia ley prevé la posibilidad de casos extremos, fuera de su regulación expresa. No se trata de una contradicción, supuesto que se admite la posibilidad de que se presenten situaciones no contempladas por las disposiciones legislativas, en cuyo caso las soluciones tendrán que encontrarse en los principios del derecho. Sabemos, desde luego, que estos principios también son normas en sentido amplio; por eso hacemos esta salvedad para subrayar la falta de previsión de una conducta por una regla. La Constitución Mexicana dispone (artículo 14) que "en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva

deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho". Los límites de esta disposición han sido advertidos con toda claridad por Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia, en tanto que la separación entre aplicación e interpretación de la ley ha dejado su lugar al concepto de integración, "cuyos alcances se encuentran todavía controvertidos". No obstante se admite, como señalan los autores, que la aplicación de una norma es imposible sin su previa interpretación. Para nuestro caso lo relevante consiste en subrayar que la interpretación por sí sola no genera controversias en el sentido de que, cuando es restrictiva en cuanto a los efectos de la norma, encubra hipotéticos actos de no aplicación de la norma. En este sentido también es oportuno tener presente que el Código Civil para el Distrito Federal (artículo 19) recoge el precepto Constitucional e incluso amplía sus consecuencias, pues los refiere no sólo a las sentencias sino, de manera más general, a "las controversias judiciales".

Se trata de una situación exactamente opuesta al estado de excepción, que corresponde a la vieja razón de Estado. Si el poder puede limitar parcial y temporalmente algunas libertades públicas y derechos individuales, ¿está impedido para hacer lo contrario, y en situaciones límite ampliar el umbral de tolerancia y de libertades, más allá de lo que la norma establece? Hasta ahora se acepta, por prácticamente todos los sistemas constitucionales, la posibilidad de restringir el espacio de libertad social e individual en condiciones excepcionales; ¿no habrá condiciones excepcionales que justifiquen precisamente lo contrario: ampliar y garantizar ese espacio? En la práctica política así ocurre y ha ocurrido siempre en los sistemas abiertos, sólo que el problema no ha sido abordado en cuanto a sus múltiples implicaciones teóricas. Uno de los problemas que se presentan, en estos casos, es el de abrir las puertas a la *discrecionalidad* de los gobernantes, con los riesgos para la sociedad que esto implica. Por eso el tema de la representación se tiene que vincular con el de la legitimidad. Al no ser imperativa la representación, se pueden dejar ciertos márgenes de apreciación a los representantes para que, en circunstancias extremas, cuando el daño a las

libertades públicas que resulte de la aplicación estricta de la ley sea mayor que el de su omisión parcial, se opte por esta última decisión.

Se trata de un tema trascendente. En muchas ocasiones la autoridad no puede resolver determinados desafíos sólo con la ley en la mano; existen también asuntos en que deben adoptarse soluciones políticas eficaces que no ocasionen daños mayores de los que se quiera resolver. Un problema no se soluciona creando otro, pero tampoco eludiéndolo. Esas soluciones políticas, sin embargo, no pueden ser ajenas al orden jurídico, al menos en un sistema constitucional democrático. Los agentes políticos deben adoptar decisiones adecuadas para solucionar problemas específicos de convivencia social, pero *en ningún caso puede entenderse que la no aplicación de una norma específica abre las puertas a la discrecionalidad, y que la norma se convierte en instrumento de coerción política*. Esto en razón de que el no aplicar una norma es en razón de evitar un mal mayor aun y cuando se pudiera sacrificar un derecho, pero que en relación con la consecuencia, esta es menor que si se hubiera aplicado la norma correctamente

Se atribuye al presidente Porfirio Díaz haber expresado: "para mis amigos, justicia y gracia; para mis enemigos, justicia a secas". Esa frase sintetiza el riesgo de poner en manos de los agentes políticos la determinación de los límites de la ley. Por eso cuando se hace referencia a la decisión política de no aplicar una norma, no se debe implicar que esa decisión se haga al margen de toda norma. Los actos políticos, en un sistema constitucional, siempre tienen una base jurídica. De no ser así, el orden imperante no sería el constitucional. Lo político de la decisión reside en la valoración de las circunstancias y en la elección de la acción correspondiente.

Como se puede observar, existe una relación directa entre las formas de representación y la idea de legitimidad. Lo que no es fácil resolver es el de las consecuencias entre legitimidad y Estado de derecho, en cuanto a las facultades

no reguladas que los titulares de los órganos del poder ejercen, en el sentido de no aplicar una norma en circunstancias excepcionales. Se ha visto que se trata de una cuestión planteada desde hace más de veinte siglos, para la que existe una respuesta en el mundo de la política, pero no del derecho. Aquí, por lo tanto, nos enfrentamos a una contradicción que puede ser aparente o de fondo. Sería de fondo, sí, en todos los casos en que se registrara la no aplicación de la norma, nos encontraríamos ante la ruptura del Estado de derecho; pero lo que en la realidad podemos constatar es que allí donde la legitimidad del ejercicio del poder no es cuestionada por otros conceptos, no siempre se le pone en duda por el acto de no aplicación; empero allí donde la legitimidad del poder está cuestionada, no sólo se rechaza todo acto de no aplicación, sino incluso los de aplicación de la norma.

Weber apunta que la aplicación del derecho puede ser irracional, y considera materialmente irracionales las decisiones que dependen "esencialmente de apreciaciones valorativas concretas de índole ética, sentimental o política y no de normas generales". En tanto que la no aplicación es una decisión, podría leerse que, de igual manera, puede ser irracional. Ahora bien, los casos de no aplicación de la norma a los que me he referido en este estudio se consideran justificados en tanto que, lejos de afectar los derechos individuales y colectivos, procuran evitar un daño mayor en la esfera de los derechos fundamentales que el que se produciría si la norma se aplicara rigurosamente. No se trata, por ende, de una consideración de índole ética, sentimental o política, sino jurídica, por lo que no se incurriría en la acción irracional a que alude Weber.

5.2 DESVÍO DE PODER

Según se comentaba en supralíneas, toda actividad de la administración pública debe pretender necesariamente la satisfacción de los intereses públicos, fines o necesidades públicas, para las cuales no solo esta instituida la administración en general, sino también de aquellas concretas para las que ha

sido creado el órgano de autoridad y en consecuencia se encuentran contempladas en algún grado de su competencias. La finalidad entendida dentro de una concepción amplia, no es mas que una proyección teleológica del contenido de la acción administrativa, es el objetivo que se debe alcanzar día con día por el Estado.

La finalidad señala Marienhoff “debe ser prevista por la norma para efectos del respectivo objeto o contenido. Debe ser una finalidad verdadera, no encubierta, ni falsa, ni distinta a la correspondiente al objeto o contenido del acto. En caso contrario, habría una desviación de poder que viciaría el acto”.¹⁵³ En consecuencia, las autoridades deberán actuar sin ninguna idea extraña a la de un buen servicio público, por que si su finalidad inmediata es la consecución de un bienestar de la generalidad, el no perseguirlo sería la negación de la existencia misma de dicho órgano estatal.

Al hablar del desvío de poder es importante hacer mención respecto de esta figura en cuanto a los actos reglados y los discrecionales. El desvío de poder procede en el caso de cualquier clase de actos, en razón a que dentro de un Estado de Derecho, toda actuación debe sustentarse sobre una base legal, debido a que la actuación de la administración siempre se encuentra sujeta a límites.

“Confirma lo anterior García de Enterría y Fernández, señalando precisamente que: “la primera reducción del gran dogma de la discrecionalidad se opera observando que en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación del control sobre los mismos”. Este control se realiza mediante la técnica desarrollada por el Consejo de Estado Francés, según la cual “toda actividad administrativa

¹⁵³ Marienhoff S. Miguel. Tratado de Derecho Administrativo t. 1 Teoría General, Buenos Aires 1982 Ed. Abeledo Perrot. p. 344. Citado por Santofimio G., Jaime Orlando, Acto administrativo. procedimiento, eficacia y validez, 2a. ed. ED. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México 1994. P. 351. p 340.

debe dirigirse a la consecución de un fin, determinado siempre expresa o tácitamente por la norma que atribuye la potestad de actuar”¹⁵⁴.

Marienhoff es claro al señalar que la causal de anulación por desvío de poder, de ninguna manera, limita las potestades de la administración pública, lo que dicho medio establece es un impedimento justificado a la arbitrariedad, manteniendo las actuaciones de la administración por los senderos de la juridicidad.

5.2.1 CONCEPTO Y NATURALEZA DEL DESVÍO DE PODER.

El vicio por desviación de poder se estructura en aquellos eventos en los que la administración, utilizando sus poderes, actúa pretendiendo alcanzar un fin diverso al que en Derecho correspondiere de manera general o a dicha autoridad en particular, es decir, el desvío de poder constituye “el ejercicio de las potestades administrativas con fines diferentes a los fijados por el ordenamiento jurídico”. Esta irregularidad se caracteriza por lo general, en el hecho de que nace a la vida jurídica con una apariencia de extrema legalidad, la administración o un órgano específico en su caso procura que su acto sea en apariencia legal, no es objetable, ni por incompetencia, ni por problemas de forma o procedimiento, mucho menos por vicios en el objeto, *eventualmente podría ir acompañada de una falsa motivación*.

Como lo explica Duque Pérez: “Hay desviación de poder cuando el órgano administrativo, obrando dentro del campo de sus atribuciones y respetando las formas establecidas en la ley, toma una decisión administrativa, con un fin contrario o incompatible al fin previsto en las normas genérico específico”.

“La doctrina del Derecho administrativo y la jurisprudencia han elaborado con finura jurídica el concepto de “desviación de poder”. Es aquella actuación de

¹⁵⁴ García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo, t.1 Ed. Civitas, Madrid 1982, p. 393 Citado por Santofimio G., Jaime Orlando, Op. Cit. p. 342.

una autoridad dentro de su competencia, es decir, dentro del campo de sus facultades, que utiliza su poder para una finalidad distinta de aquella para la que se le ha concedido. Esta figura permite un control del poder que hila mucho más finamente que el habitual de negar la competencia de la autoridad”.¹⁵⁵

“por lo que respecta a su naturaleza, ésta, a diferencia de los motivos y otros elementos del acto administrativo, es estrictamente subjetiva. Su *iter desviatorio* se produce en el interior, no propiamente de la administración, sino de aquellas personas naturales que llevan su representación. Razón ésta que hace que su estudio y juzgamiento deban penetrar las barreras de lo objetivo o formal y situarse en la esfera volitiva de la autoridad, como dice Vedel, en la subjetividad del autor del acto. Esto es así, si tenemos en cuenta que lo que ha predominado al producirse un acto viciado de esta manera es la intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración. Por lo que resulta lógico ubicar e identificar dicho oculto querer para poder, de manera satisfactoria, compararlo con la verdadera finalidad del servicio público, que es la que debe orientar toda actuación administrativa y dictaminar, sin lugar a errores, la magnitud de la desviación del poder público, sea cual fuere, causará indubitablemente la nulidad del acto que la contenga”.¹⁵⁶

Sostiene Marienhoff que la violación de la finalidad del acto administrativo “se particulariza fundamentalmente por trasuntar un contenido o elemento subjetivo psicológico, caracterizado por la voluntad, generalmente encubierta o disimulada, de lograr determinado fin”.

5.2.2 MODALIDADES Y MOTIVOS DE LA DESVIACIÓN DE PODER

Las modalidades y motivos de la desviación de poder pueden ser de las más variadas connotaciones; no obstante para efectos de Teoría General, Jaime

¹⁵⁵ Fernando Prieto. Libertad Digital, 14 de junio del 2004. visible en: http://www.libertaddigital.com:83/php3/opi_desa.php3?fecha_edi_on=2004-06-14&num_edi_on=1402&cpn=19154&tipo=3&seccion=ESP_D

¹⁵⁶ Santofimio G., Jaime Orlando, Op. Cit. p. 343 y 344.

Orlando Santofimio afirma que las primeras dependen de las segundas de la siguiente manera: “Por regla general, la desviación se produce cuando se persigue un fin distinto a aquel fijado en la norma de Derecho, razón por la cual *ab initio*, se puede indicar que esta violación puede ser de dos clases: Por desconocimiento de la finalidad general del ordenamiento; es decir, cuando la autoridad administrativa, al actuar, busca un fin diverso del servicio público. Y por desconocimiento de la finalidad específica atribuida a la autoridad administrativa particularmente. En este segundo evento, el funcionario público al proferir el acto administrativo, se ha inspirado en fines diversos a aquellos concretos, específicos y determinados, cuya consecución le ha sido conferida por la ley”. Estas dos modalidades pueden ser producidas por muy diversas causas, que en la opinión de este autor no pueden sectorizarse en uno o en otro grupo y constituyen una variedad genérica y pudieran señalarse en las siguientes:

- **EL INTERÉS PERSONAL.**- Dentro de esta modalidad debemos ubicar todas aquellas actitudes desviatorias de la finalidad del acto inspiradas en consideraciones políticas, ideológicas, religiosas, de amistad o enemistad, en actitudes legales o de desconocimiento tanto de la ley, o de fraude a ésta, de favorecimiento a terceros o a grupos determinados, etc. Todas éstas emanadas del sujeto actor del acto administrativo.

- **EL INTERÉS ADMINISTRATIVO DIVERSO AL SEÑALADO POR EL ORDENAMIENTO.**- En estos eventos el funcionario desvía su actuación, no ya en fines de naturaleza personal, sino en interés de la misma administración, pero desconociendo tanto los marcos teleológicos generales o los particulares, que hacen de sus manifestaciones de voluntad actos administrativos viciados en razón a un claro desvío de poder.

5.2.3 ASPECTOS PROBATORIOS DEL DESVÍO DE PODER

Dentro de la doctrina se le atribuye un carácter subsidiario o residual al desvío de poder como una causal de anulación de los actos administrativos, esto

en razón de que antes de entrar a considerar un posible vicio de esta categoría, toca al impugnador estudiar la posibilidad de estructuración por vicios en el objeto del acto, referentes a los motivos o los concernientes a la finalidad de este.

En consecuencia en desvío de poder aparece como un punto de vista externo del acto, el que recaiga sobre uno con perfección total. Siendo un fundamento lógico de este carácter secundario; la dificultad que genera demostrar esas ocultas razones o finalidades que persigue la administración, ya sea al desconocer la función teleológica del poder público y de la administración o por la consecución de intereses personales o de terceros, por lo tanto resultaría mas adecuado hacer un análisis de la manifestación administrativa antes de argumentar una desviación de poder.

“La prueba de desviación de poder es uno de los problemas de más difícil resolución, tanto para quien alega este vicio como para los jueces “Escribe precisamente Cretella Junior que: “...la prueba es difícil en la mayoría de los casos; imposible en otros, por que el administrador que actuó de mala fe, procura disimular su actuación, envolviéndola en un manto inatacable de legalidad””.¹⁵⁷

La tarea “difícil en la mayoría de los casos; imposible en otros” de probar una desviación de poder ha hecho que la jurisprudencia admita , pretendiendo no dejar un acto viciado así fuera de control jurisdiccional, como prueba de la anormalidad aquella que le forme suficiente convicción, aunque no se trate de prueba directas o plenas. Por lo tanto es valido pensar que la pruebas indirectas como la presuncional, los indicios, los hechos verdaderos de los que se puedan inferir conclusiones lógicas, lo mismo que la convicción de que el agente administrativo actuó desviadamente. Esta argumentación resulta ser mas practica y general tomando en cuenta de que estos medios de prueba no son muy considerados prueba como tales; si la entendemos como una prueba por

¹⁵⁷ Santofimio G., Jaime Orlando. Op. Cit. p 345 y 346.

excepción como lo es la presunción o el indicio, podríamos demostrar o al menos poner en tela de juicio el desvío de poder dentro de un acto administrativo.

Así mismo, en el derecho contencioso administrativo, se acepta cualquier tipo de medio probatorio con el fin de demostrar las afirmaciones que se hagan. Indica el artículo 80 de la Ley de Justicia Administrativa para el Estado de Guanajuato: En los juicios que se tramiten ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se admitirán toda clase de pruebas, excepto la confesional, mediante absoluciones de posiciones de parte de la autoridad. Las pruebas supervenientes podrán presentarse siempre que no se haya dictado sentencia. En este caso, el magistrado ordenará dar vista a la contraparte para que en plazo de cinco días exprese lo que a su derecho convenga. De esta forma, el juez contencioso administrativo está en la obligación de valorar cualquier medio que se le aporte, no obstante la dificultad de demostrar en la práctica una desviación de poder.

“El derecho francés, inicialmente fue especialmente severo en la aceptación de los medios probatorios, exigió que la prueba resultara del texto del acto o del examen de las piezas integrantes del expediente en el que se profirió el acto. Pellicer Valero comentando esta exigibilidad señala que: “de hecho, la jurisprudencia es bastante exigente para estimar este medio. Mientras que la noción de prueba es, generalmente, manejada con mucha flexibilidad (discreción se podría decir), por el juez administrativo que sigue un proceso inquisitivo, cuando se trata de desviación de poder exige, por el contrario, que la prueba sea aportada por el recurrente o resulte de manera cierta en los autos”¹⁵⁸. De igual forma, tal y como se contempla de la lectura del artículo 197 del Código Federal de Procedimientos Civiles: “El tribunal goza de la más amplia libertad para hacer el análisis de las pruebas rendidas, para determinar el valor de las mismas, unas enfrente de las otras, y para fijar el resultado final de dicha valuación contradictoria, a no ser que la Ley fije las reglas para hacer esta valuación...” de lo

¹⁵⁸ Santofimio G., Jaime Orlando. Op. Cit. p. 347.

que podemos inferir que cualquier medio de convicción puede ser simplemente no tomado en cuenta por que así lo determino el juez en su apreciación discrecional en relación a cualquier otro elemento.

“Dentro de esta idea de prueba indirecta, la doctrina ha planteado una serie de hechos que, demostrados en el proceso, pueden dar pie a que se infiera un desvío de poder y se produzca consecuentemente su declaratorio. A estas citas las denomina el profesor Cretella Junior: “síntomas denunciadores del desvío de poder”, consisten en aquellos indicios que pueden indicarnos la distorsión del fin que la administración ha producido en un acto administrativo, son los siguientes:”¹⁵⁹

- La contradicción del acto con actos o medidas posteriores. Ej. El caso de que una autoridad que ha rehusado conceder una licencia para un negocio de nueva creación, y en los meses siguientes concede dos licencias nuevas a otros peticionarios sin haberse modificado las necesidades de la población o los requisitos.
- Contradicción del acto con actos o medidas anteriores. Ej. El hecho de que se declara insubsistente a un funcionario por mal rendimiento o incapacidad, cuando días antes le eran confiados encargos delicados, de confianza y sobre el resultado de los cuales recibió manifestaciones de satisfacción por parte de sus superiores.
- Motivación excesiva. Puede ésta ser tomada como un indicio de que la administración pretende defenderse a priori, justificando fuera de lo normal su actuación.
- Injusticia manifiesta. Consiste en el gravamen impuesto al interés privado, sin la suficiente razón del interés público, en otras palabras, es la falta de equidad del acto administrativo para con el administrado.
- Disparidad de tratamiento. Ante situaciones fácticas iguales, adopta la administración medidas contradictorias.

¹⁵⁹ Ídem p 347 – 349.

- Las presiones sobre un funcionario administrativo que después de una manifestación pública o ante presión de parte adopta una decisión en el sentido de la presión ejercida etc.

CONCLUSIONES

1.- La administración pública forma parte del órgano gubernamental del Estado como Poder Ejecutivo, de conformación y fines naturales establecido para la realización de principios de desarrollo, de justicia social y económica, está a su vez integrada por otros organismos y dependencias las cuales poseen funciones y atribuciones propias para el cumplimiento de su función y el cabal cumplimiento de sus metas.

2.- La Administración pública es la parte más dinámica de la estructura estatal, esta actúa en forma permanente, siendo el conjunto de órganos que más relación tienen con la población en general. La administración de un país está enmarcada e influenciada en su historia, tradiciones y por las tendencias políticas así como las nuevas necesidades que día a día se generan. Al ser un órgano gubernamental del Estado ubicado dentro de la estructura del órgano ejecutivo, se encuentra sometida a la directriz e ideología que sostenga la administración general del país.

3.- Las funciones y atribuciones propias para de cada órgano, ya sea alguno de sus tres niveles de gobierno, secretaria, dependencia etc. Devienen de la misma normatividad, dándole personalidad, capacidad y cierto grado de fuerza para poder llevar a cabo sus determinaciones.

4.- Los órganos gubernamentales se componen de dos elementos, objetivo y subjetivo; el oficio, o las funciones establecidas por el derecho para el cargo específico y el titular encargado de ejercerlas. Aparecen entonces los gobernantes como representantes, y como agentes ejecutores de la misma. Los hombres que ejercen el gobierno de la comunidad son ciudadanos como los demás, pero en el tiempo en que son gobernantes y en la esfera de sus atribuciones, adquieren la calidad de órganos representativos, y tienen todo el poder y los recursos necesarios para mandar. Es decir, los gobernantes son

personas elegidas por la ciudadanía para su representación y realización de funciones de carácter gubernamental en beneficio de estos.

5.- La Constitución Política establece las bases para el desenvolvimiento del Estado, determinando dos esferas o campos de la actividad social, estatal y económica. Por un lado el de los gobernados y por el otro el de los gobernantes. Los primeros tenemos en nuestro favor el conjunto de prerrogativas o derechos llamadas garantías individuales, que en si mismas constituyen un limite a la actuación de los gobernantes. Los segundos se encuentran sometidos en su actuación por el orden jurídico nacional a través del principio de legalidad, la cual le exige el estricto apego a las leyes que regulan las funciones que desarrollan y que les han sido conferidas; así como les conceden a la autoridad competente la potestad y fuerza legal para sancionar los casos de violación a las leyes establecidas. De modo que el estado moderno se caracterice por el gobierno de las leyes y no de los hombres.

6.- Toda la actividad estatal, se guía y se fundamenta sobre el principio de legalidad. Este principio de que, todo lo que se quiera hacer debe estar previamente demarcado por pautas legales, es decir, debe estar en la Ley. Es la principal cualidad de un Estado de Derecho; y sobre todo la garantía de que la actividad administrativa se llevará a cabo para la consecución de la finalidad específica de su existencia; el logro del bien común. Es decir la administración pública se encuentra sometida al ordenamiento jurídico, antes y durante el ejercicio de sus funciones y atribuciones.

7.- Del estudio acerca del acto administrativo, nos encontramos con que este posee los elementos característicos los cuales son: sujeto, objeto, voluntad, motivo, finalidad y formalidad. Esto quiere decir claramente que para emitir un acto de esta naturaleza debe haber una respuesta al ¿Qué se pretende lograr?, ¿Por qué?, ¿Para qué? y ¿Cómo lograrlo?, así como ¿Cuál es el beneficio real?, de modo que los actos administrativos no sean emitidos por el hecho de hacerlo

solamente, sino que además de cumplir con los requisitos planteados por sus propios ordenamientos legales, se debe buscar la consecución del fin del Estado.

8.- Si el principio de legalidad es la necesaria conformidad de los actos con el ordenamiento jurídico y con el que le da fundamentación en especial. Existiendo un doble proceso de sometimiento de los órganos administrativos al Derecho; el primero implicaría un acatamiento inmediato al conglomerado normativo y de principios que rigen el actuar estatal, el segundo, la sumisión de igual modo inmediata y obligatoria a las normas y reglas que ella misma ha elaborado en ó para el ejercicio de su competencia. De modo que la función administrativa esta dominada indiscutiblemente por el principio de sometimiento de sus actos al ordenamiento jurídico vigente. En términos generales, el principio de legalidad se concreta para la administración pública en una abstención, que señala que ella no podrá realizar manifestación alguna de voluntad que no esté expresamente autorizada por el ordenamiento.

9.- La función administrativa, está encargada de la ejecución de actos que determinan situaciones para casos individuales, necesita del principio de legalidad para su desarrollo adecuado dentro del marco jurídico. No obstante dicho principio, tiene su excepción en la facultad discrecional, ya que dicha facultad discrecional, si bien su punto de partida siempre será la ley, también dicha facultad discrecional implica en su ejercicio el tomar decisiones en vista de criterios de carácter no legislativo y que por consecuencia lógica se le atribuye a la autoridad tomar en cuenta criterios de carácter subjetivo para optar o no por determinada decisión, originándose por tanto el realizar actos individuales que no están previstos estrictamente en una disposición general.

10.- Una facultad discrecional resulta siempre que el ordenamiento jurídico no establece cuando debe ejercitarse, como debe ejercitarse y en que sentido se debe ejercitar. Esta situación puede obedecer a una de dos circunstancias: a que no exista una ley que regule los tres aspectos o momentos

mencionados, o a que, existiendo, en aras de la eficacia administrativa, permita la discrecionalidad de los tres o alguno de aquellos.

11.- El principio de juridicidad contenido en los artículo 14 y de 16 de la Constitución Federal, así como en el artículo 2 de la Constitución del Estado de Guanajuato, establece a las autoridades la obligación de que solo puede realizar lo que la ley les permite, y que sus actos deban estar debidamente fundados y motivados. De modo que si los actos discrecionales son actos de autoridad, estos no están exentos de cumplir con el principio de legalidad. Esto significa que deben ser emitidos con la debida fundamentación y motivación, de lo contrario estaríamos frente a un acto totalmente arbitrario e ilegal. De modo que los actos administrativos no se tratan de caprichos de la autoridad, o del funcionario en turno, sino que los mismos deben estar sometidos al control de legalidad. Ni tampoco la discrecionalidad puede ser una potestad ilimitada de la Administración Pública. Ya que el Derecho controlará cualquier posibilidad de la existencia de un acto caprichoso nacido con el pretexto del ejercicio de una facultad discrecional.

12.- Se precisó que la discrecionalidad es la libertad de apreciación para la toma de decisiones sobre un asunto determinado, situación específica que no ha sido prevista por la normatividad aplicable, o previéndola no señala la forma en que ha resolverse dicha situación. Pero en todo caso, al igual que todos los actos de administración (o deben de serlo) siempre es motivado por la búsqueda constante del interés público. Recordando las palabras que decía Maurice Hauriou de que no se debe gobernar para el partido. “Si se llega al poder por medio del partido, debe gobernarse, no en interés de ese partido, sino en vista del bien publico. La autoridad debe gobernar para todos, sin distinción de ideas ni de situación económica o social. Solo así podrá realizar su fin y encauzar la actividad de todos, hacia el bien común”. Aunque muchas veces pareciera lo contrario, y resulta evidente por que si bien en nuestro país, el sistema electoral permite que cualquier ciudadano obtenga un cargo público mediante comicios de elección popular; cuando en realidad esto resulta ser mas por acción de una partidocracia, en donde los representantes populares requieren para el desarrollo de sus

funciones llegar a acuerdos políticos; mas por obligación que por convicción, que pareciera beneficiar a unos pocos aunque la inmensa mayoría de la población no se encuentre de acuerdo. Precisamente olvidando que La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste, y ha sido por ese poder soberano que se encuentran embestidos de su cargo, con sus funciones, atribuciones, y aunque en ocasiones lo pasan por alto, la obligación de tomar determinaciones para beneficio del pueblo.

13.- De tal forma que considero que las funciones discrecionales no pueden ser consideradas como una afectación o violación al principio de legalidad establecido en la Carta Magna ni a las leyes secundarias, puesto que estas están reconocidas por la doctrina y contempladas dentro del marco normativo de cualquier ley, ya sea por reconocimiento expreso a la facultad, o por la mención de reconocer mas facultades en otras disposiciones legales, precisamente por ser una excepción clara a la regla, sino más bien se podrían dar casos o incidentes relativos al mal uso de dichas facultades, ya sea tratándose de abuso o exceso de poder o por la omisión de la aplicación de la norma. Resultante del criterio de quien tiene una potestad, un cargo o una atribución al utilizar criterios de carácter subjetivos en mira de conseguir metas que no son las de interés público.

14.- La tarea más recurrente es relacionar mentalmente los términos *discrecionalidad - Administración Pública*; sin embargo dependiendo de la esfera o grado jerárquico de donde se emane dicha actuación discrecional se ha de evidenciar también la escala de control sobre ella. Debido a que el control jurisdiccional sobre la actuación en discreción, resulta poco probable hablar de dicho control para el caso de la discrecionalidad política que admite como regla general solo el control político. Aunado a que el control jurisdiccional sobre este tipo de actos es por demás deficiente en relación a que los medios de convicción corresponden aportarlos al quejoso y su dificultad para hacerlo y al emitir un acto, lo hacen con toda apariencia de legal por tener todos los requisitos legales. Es decir, a la llamada alta política, en donde se tratan asuntos de relevancia nacional.

Se dan en función de trabajo e intereses de partido, y no en razón de lo que debiera ser, es decir, al ser de interés nacional, debiendo ser acciones tendentes a satisfacer necesidades e intereses nacionales.

BIBLIOGRAFÍA.

1. ACOSTA ROMERO, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo 1er. Curso. Ed. Porrúa. México 1990. 9na. ed. pp. 897.
2. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las garantías individuales. Ed. Porrúa. 34^a ed. México 2002. pp. 506.
3. CALZADA PADRÓN, Feliciano. Derecho Constitucional. Ed. Harla. 12^a. ed. México. 1990. pp. 559.
4. CASTILLO VELASCO, José María del. Apuntamientos para el Estudio del Derecho Constitucional Mexicano. Ed. Imprenta del Gobierno. 2^a. ed. México. 1871. pp. 849.
5. DE PINA Rafael y DE PINA VARA Rafael. Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa. 29^a. ed. México. 2000. pp. 525.
6. FAYA VIESCA, Jacinto. Administración Pública Federal. Ed. Porrúa. 2da. ed. México 1983. pp. 795.
7. GABINO FRAGA. Derecho Administrativo. Ed. Porrúa. 44^a. ed. México 2005. pp. 506.
8. GONZÁLEZ URIBE, Héctor. Teoría Política. Ed. Porrúa. 2da. ed. México 1977. pp. 670.
9. HÄBERLE, Peter y KOTZUR, Markus. De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para el diálogo europeo-

latinoamericano. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2003. pp. 122

10. MARTÍNEZ MORALES, Rafael I. Derecho Administrativo 1er y 2do cursos. Ed. Oxford University Press. 4^a. ed. México 2001. pp. 339.
11. MARTÍNEZ MORALES, Rafael I. Derecho Administrativo, 3er. y 4to. cursos. Ed. Oxford University Press. 3^a. ed. México. 2002. pp. 469.
12. MORENO, Daniel. Derecho Constitucional Mexicano. Ed. Porrúa. 12^a. ed. México. 1993. pp. 590.
13. MORENO RODRÍGUEZ, Rodrigo. La Administración Pública Federal en México. Ed. UNAM. 1ra. ed. México 1980. pp. 248.
14. PORRÚA PÉREZ, Francisco. Teoría del Estado. Ed. Porrúa 34^{ta}. ed. México 2001. pp. 531.
15. RÍOS ELIZONDO, Roberto. El acto de gobierno. Ed. Porrúa. 1^{ra}. ed. México 1975. pp. 446.
16. SANCHEZ BRINGAS, Enrique. Derecho Constitucional. Ed. Porrúa, 6^{ta}. ed. México 2001. pp. 791.
17. SANTOFIMIO G., Jaime Orlando. Acto Administrativo, procedimiento, eficacia y validez. Ed. UNAM. México 1988. pp. 251.
18. SANTOFIMIO G., Jaime Orlando, Acto administrativo. Procedimiento, eficacia y validez, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM 2^{da}. ed. México 1994 pp. 351.

19. SESIN DOMINGO, Juan. Administración pública. Actividad reglada discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial. Ed. Depalma. Buenos Aires 1994. pp. 394.
20. TENA RAMÍREZ, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano. Ed. Porrúa. 24^{ta} ed. México. 1990. pp. 651.
21. VARIOS AUTORES. ARNAIZ AMIGO, Aurora. Facultades discrecionales del Ejecutivo según la Constitución. p. 41. Problemas Actuales del Derecho Constitucional, estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Ed. UNAM. México 1994 pp. 415.

LEGISLACIÓN.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Constitución Política del Estado de Guanajuato.
- Ley de Justicia Administrativa del Estado de Guanajuato
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

OTRAS FUENTES.

- Boletín Mexicano de Derecho Comparado. No. 103. Enero - abril del 2002
VALADÉS, Diego. La no aplicación de las normas y el estado de derecho.
- Diccionario de la RAE. Ed. Espasa-Calpe. 19na. ed Madrid España 1970.
pp. 948 y 949.
- Fernando Prieto. Libertad Digital, 14 de junio del 2004. visible en:
http://www.libertaddigital.com:83/php3/opi_desa.php3?fecha_edi_on=2004-06-14&num_edi_on=1402&cpn=19154&tipo=3&seccion=ESP_D
- Miriam Name Almanza, Los actos discrecionales de la administración Pública Federal y su control jurisdiccional, Tesis, México, Escuela Libre de Derecho, 1999, p.48.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Quinta Época, 1926, Tomo XIX. p. 1038. Amparo penal en revisión 2682/26.

- Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. Segunda Sala, apéndice de 1995, Tomo III, Parte SCJN, Tesis No. 70, Pág. 49.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Séptima Época, 1978, Tomo 109-114 Sexta Parte. p. 84. Amparo en revisión 105/77.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION. Poder Judicial de La federación. IUS. Junio 1917 – Diciembre 2006. jurisprudencia y tesis aisladas.
- Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Boletín No. 26 Julio-Diciembre 2000. Alejandro Armando Ramírez Zamarrita. p. 28.
- Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Boletín número 34, Julio-Diciembre 2004. p. 18