



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

**“LA INAPLICACIÓN DEL DESVÍO DE PODER PARA LOGRAR EL ACCESO AL
DERECHO FUNDAMENTAL DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA A TRAVÉS
DEL JUICIO CONTENCIOSO”**

**TESIS QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
MAESTRA EN DERECHO**

Presenta:

Arely Gurrola González

Tutor:

Gonzalo Levi Obregón Salinas Programa de Posgrado en
Derecho

Santa Cruz Acatlán, Estado
de México, octubre de 2017



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

A la Universidad Nacional Autónoma de México por formar mi perfil profesional a través del Programa de Posgrado en Derecho.

En especial agradecimiento a mi tutor Gonzalo Levi Obregón Salinas por su incondicional apoyo, tolerancia y transmisión de conocimientos que enriquecieron el presente trabajo de investigación.

A mi familia, amigos y al Dr. Eduardo Reyes Díaz Leal, por impulsarme y apoyarme a lo largo del Posgrado en Derecho.

ÍNDICE

“LA INAPLICACIÓN DEL DESVÍO DE PODER PARA LOGRAR EL ACCESO AL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA A TRAVÉS DEL JUICIO CONTENCIOSO”

Introducción

CAPÍTULO I. El desvío de poder, un obstáculo para el goce del derecho a la tutela judicial efectiva

Derechos fundamentales en el Constitucionalismo

1.1	contemporáneo	3
1.1.1.	Derechos fundamentales y derechos humanos	3
1.1.1.1.	Definición derechos humanos	3
1.1.1.2.	Definición derechos fundamentales	5
	Diferencia entre derechos fundamentales y derechos humanos	7
1.1.1.3.	humanos	7
1.1.2.	El Constitucionalismo contemporáneo	9
1.1.2.1.	Antecedente “El Estado de Derecho”	9
1.1.2.2.	Características del Constitucionalismo	15
	Inaplicación de la norma con el control difuso de constitucionalidad	17
1.1.3.	constitucionalidad	17
1.1.3.1.	Validez, eficacia y efectividad	18
1.1.3.2.	Diferencia según Ferrajoli	20
1.1.3.3.	Inaplicación de la norma	21
1.1.4.	Principios	24
1.1.4.1.	Definición	24
1.1.4.2.	Pro Persona	25
1.1.5.	El derecho a la tutela judicial efectiva	26
1.1.6.	El desvío de poder	30
1.1.6.1.	Antecedentes	30
1.1.6.2.	Definición del desvío de poder	31
1.1.7.	Facultades discrecionales y regladas	35
1.2.	El desvío de poder en el acto administrativo	38
1.2.1	El acto administrativo	38
1.2.1.1.	Poder	42
1.2.1.2.	Autoridad	45
1.3.	Las garantías en la Teoría del Garantismo	47
1.3.1.	Garantías primarias	49
1.3.2.	Garantías secundarias	50
	Derecho a la reparación del daño como garantía secundaria	51
1.3.3.	secundaria	51

CAPÍTULO II. Comparación del desvío de poder en el marco jurídico nacional e internacional

2.1.	Regulación del desvío de poder en México	55
	Antecedentes históricos del juicio contencioso administrativo y el desvío de poder	58
2.1.1.	administrativo y el desvío de poder	58
	Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo de 25 de mayo de 1853	59
2.1.1.1.	de mayo de 1853	59
2.1.1.2.	Ley de Justicia Fiscal de 31 de agosto de 1936	60

2.1.1.3.	Desvío de poder en la legislación actual (Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo)	63
2.2.	Jurisprudencia y Tesis respecto al desvío de poder	71
2.3.	La desviación de poder en el Derecho Español	74
2.3.1.	Regulación normativa	74
2.3.2.	Jurisprudencia española	81
2.4.	La garantía secundaria en la Convención Americana sobre Derechos Humanos	84

CAPITULO III. Inaplicabilidad del desvío de poder en la garantía secundaria

3.1.	La ineficaz de la garantía secundaria contra el desvío de poder	89
3.1.1.	Causas de la problemática	94
3.1.2.	Consecuencias de la problemática	96
3.2.	Juicio Contencioso Administrativo como medio para la activación de la garantía secundaria	99
3.2.1.	Juez y Parte en el procedimiento contencioso administrativo	102
3.2.1.1.	Facultades y obligaciones del Magistrado Instructor y/o de la Sala	105
3.2.1.2.	Derechos de la parte actora	115
3.3.	De la sentencia definitiva que concluye el juicio	116
3.3.1.	La frecuente inaccesibilidad de la indemnización por desvío de poder en el juicio contencioso administrativo	121

CAPÍTULO IV. La garantía secundaria contra el desvío de poder en el juicio contencioso administrativo, como garantía al derecho de tutela judicial efectiva

4.1.	El desvío de poder en la Teoría y el Derecho comparado español	130
4.1.1.	La jurisprudencia española	130
4.2.	La garantía secundaria por desvío de poder en el juicio de nulidad mexicano	140
4.2.1.	Del abuso de poder por la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas	142
4.2.1.1.	60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005	144
4.2.1.2.	Resolución 40/34, aprobada el 29 de noviembre de 1985	147
4.3.	Aportación a la ciencia del derecho	151
4.3.1.	Reconstrucción del derecho con la aplicación del derecho internacional	151
4.3.2.	Reconstrucción del derecho respetando los principios generales del derecho	155
	Conclusiones	160
	Bibliografía	162
	Glosario	169

Introducción

Antes de la formación del Estado de Derecho Constitucional vigente, la estructura del gobierno indicaba que solo una persona detentara el poder con ello, las funciones a través de las cuales se prestan servicios para satisfacer necesidades del pueblo, de fiscalización, revisión, de comercio exterior, así como aquellas funciones jurisdiccionales en las que una misma persona decidiera sobre la legalidad de sus propios actos.

Así, y toda vez que la autoridad –juzgaba sus propios actos–, trajo consigo violaciones de derecho en donde los afectados eran los administrados, por ello, el Consejo francés creó una figura jurídica para el control de las funciones administrativas y evitar abusos de funciones, misma a la que denominó –desviación de poder–.

La figura en mención, permitió el control de la actividad de la Administración Pública. Dicho en otras palabras, con la desviación de poder se frena el ejercicio de funciones de las autoridades, con el objeto de que los actos en comento no agraviaran a los particulares.

En ese sentido, se dividen las funciones estatales en “poderes” - ejecutivo, legislativo y judicial- para el efecto de distinguir las funciones jurisdiccionales del Estado de las funciones de la Administración, y en ese sentido, la autoridad no se juzgara a sí misma. Además, se crea el Principio de Legalidad como una máxima jurídica que obliga al respeto literal de la norma, lo que permitiría frenar los abusos de poder o de funciones.

Lo anterior, no ha sido suficiente, pues a la fecha, la desviación de poder sigue actualizándose con la emisión de los actos administrativos.

En efecto, los actos administrativos o de autoridad deben ser emitidos al apego de diversos requisitos de forma y fondo, tal y como lo ordena el artículo 16 de la Constitución Mexicana –Principio de Legalidad–, lo que debería dar seguridad y certeza jurídica al receptor del acto administrativo de que se trate.

Sin embargo, aún y cuando un acto administrativo es emitido con extrema apariencia de legalidad, puede estar viciado por desvío de poder. Lo anterior es así, pues la desviación de poder implica que un acto aún y cuando esté debidamente fundado y motivado como lo exige el artículo 16 Constitucional, pudo haber sido emitido para fines distintos a los que exige la norma, de allí que se abuse del derecho.

Luego, el juicio contencioso administrativo abre la posibilidad de impugnar dichos actos, y una vez actualizado el desvío de poder en comento, prevé una indemnización al particular afectado por el abuso de derecho, sin embargo, se considera que la Ley no se logra aplicar en la praxis.

Lo anterior es así ya que difícilmente se logra el acceso a la indemnización a que alude la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, ya que en las sentencias no se condena a aquellas autoridades que usan las normas con fines distintos a los establecidos en ellas, lo que viola el derecho a la tutela judicial efectiva no sea alcanzado o garantizado como lo ordena el diverso artículo 1° de la Ley Fundamental.

En ese sentido, con la presente investigación se busca a través de la inaplicación del desvío de poder, en concordancia con la Teoría Garantista de Luigi Ferrajoli y la reconstrucción del derecho, a través del derecho internacional, garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva en el juicio contencioso administrativo.

LA INAPLICACIÓN DEL DESVÍO DE PODER PARA LOGRAR EL ACCESO AL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA A TRAVÉS DEL JUICIO CONTENCIOSO

CAPÍTULO I. El desvío de poder, un obstáculo para el goce del derecho a la tutela judicial efectiva

Gracias al funcionamiento de la Administración Pública el Estado logra satisfacer las necesidades de los gobernados, ello, normalmente a través de la prestación de servicios públicos, la concesión de derechos, entre otros.

Dicho en otras palabras, el Estado satisface necesidades a los gobernados mediante actos a fin de lograr el bien común. Esos actos pueden causar molestia o privación a los gobernados en el goce de sus derechos, sin embargo, cuando el acto administrativo está apegado al artículo 16 Constitucional, esto es, que esté debidamente fundado y motivado, se considera legal.

Lo anterior es así, ya que dichos actos tienden no solo a cumplir un fin estatal, sino también a determinar una situación de hecho a un gobernado. Sin embargo, cuando ese status afecta la esfera jurídica del gobernado es procedente un juicio en su contra, el cual se regula en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA) es decir, el juicio contencioso administrativo.

El juicio de nulidad es entonces el medio de defensa a través del cual el particular tiene el derecho de acudir ante el Juzgador a demandar la nulidad de un acto emitido de manera ilegal, así como por causar éste un daño o perjuicio.

Dentro de las ilegalidades que pueden acompañar un acto administrativo, se encuentran diversos vicios, tanto de forma como de fondo. El desvío de poder, es un vicio que poca relevancia se le ha dado en la práctica jurídica, y que se considera paradójico en virtud de que el estado de derecho constitucional actual impone la obligación de respeto a la ley.

Efectivamente el estado de derecho constitucional impone a las autoridades actuar en apego al principio de legalidad, lo que significa que, los actos de autoridad deben ser acordes a lo que determina la norma. Ello, concede presunción de validez a un acto, sin embargo, las ilegalidades de los actos siguen a la orden del día y traen como consecuencia daños y perjuicios al gobernado, de allí que se considera hay una violación al estado de derecho actual.

En ese sentido, ante la violación de un derecho, dada la pérdida o menoscabo resentido en virtud de un acto de autoridad, se considera de suma importancia “una reparación del daño”. Así, en el caso de los actos emitidos con desvío de poder no obstante la LFPCA prevé que proceda una indemnización al gobernado afectado, el estudio del vicio en cita es casi escaso.

Motivo por el cual, y dado que se considera que el desvío de poder es consecuencia de una ilegalidad que produce un daño o perjuicio, se procede al estudio y análisis del mismo, con el fin de transmitir la relevancia que tiene y evidenciar su escaso uso; en consecuencia, lograr activar la garantía secundaria mediante la cual se repararía el daño a la parte afectada una vez actualizado el vicio de trato.

Así, con el fin de entrar en materia y dado que así lo exige el protocolo, se analizarán en este primer capítulo, los conceptos que le dan sentido a la desviación de poder. De mayor relevancia jurídica, se comienza con los derechos fundamentales, al darle sentido éstos, a este nuevo paradigma, y en virtud de que lo que se busca con la presente, es que se garantice el derecho a la reparación del daño y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Posteriormente, se estudiarán otros conceptos, verbigracia, los actos administrativos, que no forzosamente son de carácter fiscal, en virtud de que el Estado cumple sus funciones con ayuda de autoridades diversas, que al fin del

día cumplen funciones y un bien común y que resultan necesarios para entender sobre qué actos se actualiza el vicio en análisis.

1.1. Derechos fundamentales en el Constitucionalismo contemporáneo

1.1.1. Derechos fundamentales y derechos humanos

Para el tema en estudio, primero es importante definir qué son tanto los derechos humanos como los derechos fundamentales, ya que ambos conceptos se encuentran íntimamente relacionados con el Estado de derecho actual, y aunque es a veces son usados como sinónimos, estos, tienen diferencias.

Lo anterior es así ya que “el nuevo sistema mexicano” al implementar los derechos en comento, éstos le dan sentido al nuevo orden, de allí que sea necesario su estudio, pues se insiste, estos dan sentido al Estado actual en tanto que las autoridades están compelidas a respetarlos y los jueces a garantizarlos como se explicara en los siguientes apartados.

1.1.1.1. Definición derechos humanos

Luis Daniel Vázquez y Sandra Serrano, mencionan que: “Los derechos humanos son derechos subjetivos, son expectativas formadas en todas las personas en relación con la acción u omisión de los Estados, las empresas, los poderes fácticos y del resto de las personas respecto a ciertos bienes primarios constitutivos de lo que se considera dignidad humana”.¹

Es decir, para Luis Daniel los derechos humanos son derechos, que derivado de la relación o dinámica Estatal, así como de las personas físicas o de

¹ VÁZQUEZ, Luis Daniel y SERRANO Sandra, citado por López Olvera, Miguel Alejandro y Pahuamba Rosas, Baltazar, “Nuevos Paradigmas Constitucionales, Dignidad Humana, principios fundamentales, derechos humanos, estado de derecho, democracia y convencionalidad”, México, Espreess, 2014, p.75.

las personas morales que se espera sean respetados, en relación con los bienes ligados a la dignidad humana.

Por su parte, Jorge Carpizo menciona que los “...derechos humanos... son el conjunto de atribuciones reconocidas por instrumentos jurídicos para hacer efectiva la idea de dignidad de todas las personas, lo que permite una existencia humana desde diversos ámbitos relacionados entre sí, como son el individual, social, político, económico y cultural”².

Carpizo considera que los derechos humanos son aquellos derechos que están reconocidos en las normas de un país para lograr el respeto de la dignidad humana en los ámbitos en que se desenvuelve el hombre.

Asimismo, los derechos humanos se definen como “...atributos inherentes a la dignidad humana superiores al poder del Estado. La dignidad de la persona humana es el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos u otros derechos necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad; reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano que debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna.”³

Es decir, el fin de los derechos no es la dignidad humana, sino la protección y el reconocimiento de ésta, ya que todos los individuos la poseen de ahí que solo haya sido necesario su reconocimiento.

² CARPIZO Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 25, 2448-4881, julio-diciembre 2011, México, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 13, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5965/7906>

³ “Estándares sobre principios generales, derechos humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana” I, Coord. FERRER Mac- Gregor Poisot Eduardo, y Otros, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y sistematización de tesis, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Konrad Adenauer Stiftung, Programa de Derecho para Latinoamérica, 2013, p. 1.

Así, los derechos humanos son aquellos derechos subjetivos que poseen todas las personas por el simple hecho de ser humanos, es decir, son inherentes a él; buscan el respeto y protección de la dignidad humana.

1.1.1.2. Definición derechos fundamentales

Los derechos fundamentales “...serían aquellos que llama HABERMAS “principios constitucionales valiosos en sí mismos” y que “*merecen reconocimiento*” sin cuyo concurso, además, no puede sino racionalmente un ordenamiento merecer obediencia... y que deben estar constitucionalizados e institucionalmente protegidos en el Estado de derecho ya que son los derechos exigidos para hacer posible la efectiva realización del principio discursivo, base del procedimiento democrático y fundamento de la legitimidad... de las normas resultantes”⁴

Por su parte, Pérez Luño señala que “La concepción de los derechos fundamentales determina... la propia significación del poder público, al existir íntima relación entre el papel asignado a tales derechos y el modo de organizar y ejercer funciones estatales...”⁵

Es decir, la implementación de los derechos fundamentales da sentido a la actividad estatal, por la importancia que se les ha dado a estos, así como porque han contribuido a la organización de ésta y la forma de llevar a cabo las funciones del Estado.

Añade Pérez Luño, “...Los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de derecho de

⁴ Jürgen Habermas citado por GARCÍA AMADO, Juan Antonio, en “Ensayos de filosofía jurídica”, Temis, Colombia, 2003, p.2009

⁵ PERÉZ LUÑO, Antonio Enrique, “Los derechos fundamentales”, España, p.42, <https://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2015/09/3-b-texto-perez-luc3b1o-los-derechos-fundamentales1.pdf>, 12 de octubre de 2016.

que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana;...se presentan en la normativa constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos...y, al propio tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas.”⁶

Ahora bien, Luigi Ferrajoli da una definición teórica-formal de los derechos fundamentales para lo cual señala: son “...todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <<todos>> los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar.”⁷

Por su parte, Anna Pintore señala “...los derechos fundamentales se configuran como cláusulas del pacto social entre los individuos, condiciones que vuelven aceptable para todos, en cuanto asociados, la obediencia a las reglas de convivencia: idealmente, el individuo acepta respetar las reglas solo si la colectividad le reconoce y garantiza derechos-expectativas fundamentales; pero ello implica que esos derechos puedan hacerse valer en contra del Estado, o bien que el Estado tiene el deber de establecer garantías para los derechos ...”⁸

De los anteriores conceptos se puede concluir que, los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos que son plasmados en las constituciones de los Estados; determinan la estructura y organización de estos con el objetivo de proteger al individuo atendiendo su estatus como parte integrante de la colectividad, por ello, ante la violación de un derecho de esta naturaleza cuenta con garantías para lograr su defensa.

⁶ *Idem.*

⁷ FERRAJOLI, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales. Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Ricardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo”, Trotta, Madrid, 2001, p.19. Continúa diciendo que se entiende por “...<<derecho subjetivo>> cualquier expectativa positiva de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por <<status>> la condición de un sujeto prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio éstas...”

⁸ *Ibidem*, p.231

1.1.1.3. Diferencia entre derechos fundamentales y derechos humanos

Se mencionó al inicio del presente capítulo y tema que los derechos humanos y los derechos fundamentales son usados como sinónimos, siendo que son distintos en tanto que los derechos humanos son inherentes al hombre aunque no estén reconocidos en los ordenamientos jurídicos y los fundamentales sí, tal y como se explicara a continuación.

Así, E. Pérez Luño, señala que derechos humanos y derechos fundamentales, suelen usarse como sinónimos, y que la diferencia radica en que el Constitucionalismo actual permite se garanticen los derechos fundamentales dada la positivización de estos en la Ley Fundamental.

...el término “derechos humanos” aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los “derechos fundamentales”. Los derechos humanos suelen ser entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto... los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.⁹

En efecto, los derechos fundamentales, son entonces los derechos humanos que dadas las exigencias de los movimientos sociales a lo largo de la historia ha llevado a los países a reconocerlos positivamente en sus Constituciones.

⁹ PERÉZ LUÑO, Antonio Enrique, *op cit.*, nota 5.

En el caso de México, con el decreto de reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 10 de junio de 2011, los derechos humanos han sido reconocidos en el citado ordenamiento.

La descrita reforma de 10 de junio de 2011, a la fecha sigue siendo de gran trascendencia, toda vez que tanto las autoridades como los jueces tienen a nivel nacional como a internacional, la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y fundamentales, pues se insiste, ya están reconocidos expresamente en la Constitución.

Por eso, los derechos fundamentales implican a su vez un “conjunto de valores o fines directivos de la actividad positiva de los poderes públicos”¹⁰, por ello, la Administración pública esta compelida a garantizar la efectividad de dichos derechos, de allí, que para el particular constituyan una expectativa positiva de su realización o protección.

No obstante son diversos los derechos fundamentales que existen en el ordenamiento jurídico mexicano, el derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho que se considera vulnerado en el juicio contencioso administrativo al omitirse dictar sentencias de condena (que se ordene a la Administración indemnizar a un particular afectado) con excepción de los juicios en materia de responsabilidad patrimonial y de los servidores públicos sancionados, como se intentara demostrar a lo largo de la presente investigación.

¹⁰ *Idem*

1.1.2. El Constitucionalismo contemporáneo

La efectividad de los derechos fundamentales, se logra con la exigencia del Constitucionalismo, pero ¿Qué es el Constitucionalismo moderno?, el significado podrá ser entendido a partir del “Estado de derecho”.

Para entender esa necesidad de protección a los derechos humanos positivados, esto es, el Constitucionalismo actual, es claro que debemos remitirnos al Estado de Derecho, además porque el mismo guarda estrecha relación con el desvío de poder que es el tema central de la presente investigación.

1.1.2.1. Antecedente “El Estado de Derecho”

El estado de derecho surge a principios del siglo XIX¹¹, dada la necesidad que existe por parte de los gobernados de que los actos de autoridad, sean acordes al principio de legalidad, es decir, que estén apegados a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a las demás leyes que de ella emanan.

El estado de derecho surgió porque, frente a la arbitrariedad del absolutismo, tanto individuos como sectores sociales no sólo buscaron seguridad para sus personas, bienes y propiedades sino, además, exigieron garantías y protección efectiva para su libertad. La defensa de la libertad, de la seguridad y de la propiedad sólo podría alcanzarse a través de la ley.¹²

Así, dado el uso despótico de las facultades, se implementó la división de poderes, por lo cual, tal división es el elemento esencial del estado de derecho en comento.

¹¹ LÓPEZ, OLVERA Miguel Alejandro y PAHUAMBA ROSAS, Baltazar, *Op cit*, nota 1, p. 62.

¹² GARCÍA RICCI, Diego, citado por López, Olvera Miguel Alejandro, *Idem*.

La división de poderes es un elemento esencial del Estado de derecho. El fundamento de la separación de las diversas funciones en que se despliega el ejercicio del poder político se encuentra precisamente, en el “control y limitación recíprocas de los órganos estatales (legislativo, ejecutivo y judicial). A través de dicho mecanismo se produce la moderación de poder y la *protección de la libertad individual*”¹³

Pérez Luño, comenta que: A lo largo de la historia diversas ópticas conceptualistas son las que han intentado justificar la existencia del Estado, a saber, los teóricos clásicos alemanes e italianos del derecho público, las naciones de Rechtsstaat o de Stato di diritto, así como en parte para la doctrina inglesa, la de Rule of law o para la francesa las de Règne de la loi o Separation de pouvoir.¹⁴

Jesús Rodríguez Zepeda, señala que “el desarrollo del concepto en estudio tiene lugar en el siglo XX”¹⁵, permanece la característica de que el estado de derecho limita los actos emitidos por el gobierno mediante las leyes, pero se implementa la reivindicación de derechos y libertades fundamentales a los ciudadanos, esto es, se reconocen a lo gobernados los derechos de los que es sujeto.

...el Estado de derecho reposa sobre dos pilares fundamentales: la limitación de la acción gubernamental por medio de leyes y la reivindicación de una serie de derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos. La matriz histórica de esta noción es la lucha política e ideológica contra un modelo de Estado absolutista que abogaba por un amplio control gubernamental de la vida colectiva. El control absoluto de la vida social sacrifica los derechos individuales en aras de un supuesto bienestar común muchas veces incompatible con los proyectos y las ambiciones de los ciudadanos. El Estado de derecho es, en este sentido, una respuesta individualista y legalista frente al riesgo del ejercicio despótico del poder político.¹⁶

¹³ GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro y Roa Ortiz, Manuel, “Acceso a la justicia y derechos humanos” coord. Pahuamba Rosas y Zavala Gallardo, Erick, México, *Aplicación de los derechos humanos*, Novum, 2014, pp. 55-56

¹⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, citado por Gil Rendón, Raymundo, “El estado constitucional de derecho y los derechos humanos”, Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, p. 3, <http://cesmdfa.tfjfa.gob.mx/INVESTIGACION.html>.

¹⁵ Instituto Nacional Electoral, http://www.ine.mx/documentos/DECEYEC/estado_de_derecho_y_democracia.htm, 05 de abril de 2015.

¹⁶ *Idem*.

Por su parte, Miguel Alejandro López Olvera, señala que el *Estado de derecho*: “consiste en la sujeción de los órganos de poder a la Constitución y a las normas adoptadas por los órganos competentes conforme a los procedimientos establecidos por la propia Constitución.”¹⁷

Dicha postura la sostiene Luigi Ferrajoli, en su teoría garantista, al señalar que el estado de derecho es el gobierno de las leyes, su postura es que los poderes conferidos por la norma deben ser controlados por la propia ley, así, la aplicación correcta de la norma permitirá la eficacia del ordenamiento jurídico.

...Poder *sub lege* puede por otra parte entenderse en dos sentidos diversos: en el sentido débil, lato o formal de que cualquier poder debe ser *conferido* por la ley y ejercido en las formas y procedimientos por ella establecidos; y en el sentido fuerte, estricto o sustancial de que cualquier poder debe ser limitado por la ley, que condiciona no sólo sus formas sino también sus contenidos... el primero de estos significados corresponde al uso alemán de *Rechtsstaat*, mientras el segundo, corresponde al uso inglés *rule of law* y al italiano de *stato di diritto* (sic)¹⁸

El Estado de derecho partió de la división de poderes o funciones legislativas ejecutivas y judiciales, ello en vista de que dichas funciones no debían estar en manos de un solo ente o autoridad para no abusar del ejercicio de las mismas, y como consecuencia de ello, que se siguieran afectando los derechos a los gobernados en forma abusiva.

El sistema de responsabilidades orgánicas que establece la Constitución federal es, bajo esta perspectiva piedra angular del entramado normativo que no solo garantiza el eficaz funcionamiento de la administración pública, sino, además, deviene derecho esencial a favor de los particulares. En todo momento éstos pueden exigir al Estado y, de manera específica a los órganos investidos de las potestades... el correcto funcionamiento de la denominada “arquitectura constitucional”.¹⁹

¹⁷ LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, *Op cit*, nota 1, p. 62.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón, Teoría del garantismo penal”, 7 ed., Madrid, Trotta, 2005, p. 856.

¹⁹ GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro y Roa Ortiz, Manuel, *Op cit*, nota 13, pp. 55-56.

Es decir, el estado de derecho surge para evitar abusos por parte de las autoridades al emitir sus actos, toda vez que en uso de las atribuciones conferidas por la ley, violentan la esfera jurídica de los gobernados, de allí que la Constitución sea la expresión del estado de derecho, y no así, su origen.

...las Constituciones no originan el Estado de derecho, sino que más bien su expresión y plasmación codificada. La legalidad de que sus principios dan lugar es una legalidad que ha sido aceptada como valor compartido de la ciudadanía y cuyos principios provienen de las luchas, acuerdos y equilibrios resultantes de la interacción de los sujetos políticos. No obstante, una vez que una Constitución ha sido establecida y su aceptación se ha generalizado, sus ordenamientos tienen una obligatoriedad que no posee ninguna norma moral o práctica política.²⁰

Ahora bien, la característica esencial del estado de derecho es el límite del poder, o bien la prevención del ejercicio despótico de los detentadores de poder, el cual se consigue con la observancia de la Ley Suprema, en acatamiento al Principio de Legalidad (“*postulado metacientífico* de la ciencia jurídica sobre el que se basa la posibilidad de su control empírico e intersubjetivo”)²¹

El referido principio de legalidad implica pues, que, “Los actos de las autoridades deben estar subordinados y realizarse mediante el derecho”²² ya que los portadores de poder están sujetos a la Constitución. La subordinación de la autoridad a la ley se logra con la aceptación y reconocimiento de la norma suprema, luego, con la positivización de los derechos humanos, se busca la protección a la dignidad humana, ante cualquier ejercicio despótico de poder.

La Constitución Mexicana, en su artículo 16, regula el multicitado Principio de Legalidad, con él se busca garantizar el correcto funcionamiento de la

²⁰ RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús, Ibarra Feria, Nora, “Estado de derecho y democracia”, 2 ed., Cuadernos de divulgación de la cultura democrática, (Núm. 12), México, Instituto Federal Electoral, 2001, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/507/pl507.htm>, p. 43, 05 de abril de 2015.

²¹ FERRAJOLI, Luigi, *Op. cit*, nota 18, p. 864.

²² LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, *Op. cit*, nota 1, p. 62.

administración pública, pues se insiste impone a las autoridades la obligación a actuar conforme lo permite la norma, y con ello, la de fundar y motivar los actos que emiten como un requisito fundamental de legalidad.

Por ello, el estado de derecho y el principio de legalidad guardan íntima relación. Tienen el fin de regular la función que realiza el Estado, a través de las autoridades, funcionarios, servidores públicos, pertenecientes a la administración pública, facultados para emitir actos en el ejercicio de sus funciones, y que a su vez son dirigidos a los gobernados con la prestación de determinado servicio.

Recordemos que las autoridades son parte fundamental para que el Estado realice sus funciones o tareas, mediante las cuales satisface necesidades de los administrados, pues es la forma en la que el propio Estado podrá alcanzar sus fines. Ello no obsta para funciones del Estado sean acordes a la Constitución, a fin de evitar violaciones en la esfera jurídica de los particulares y en consecuencia, garantizar a los gobernados los derechos fundamentales que en ella se reconocen.

Jean Claude Tron Petit y Gabriel Ortiz Reyes, señalan que el estado de derecho se presenta como:

- “Forma política en la que el poder se somete al Derecho;
- Limite jurídico a la actividad de los órganos de poder;
- Garantiza la eficacia de los derechos público subjetivos:
- Se apoya en:
 - Separación de poderes
 - Respeto a los derechos fundamentales...
 - Legalidad de la actuación administrativa; y,
 - Responsabilidad del Estado”.²³

Sin embargo, el Estado de Derecho puede ser estudiado bajo diferentes enfoques; como una aspiración política o como una pretensión de seguridad

²³ TRON PETIT, Jean Claude y ORTIZ REYES, Gabriel, “La nulidad de los actos administrativos”, México, Porrúa, 2005, p. 3.

jurídica, lo cual equivale a una visión ideológica bajo los ámbitos de la ciencia política o de la ciencia del derecho. Ambas ideologías pretenden justificar y legitimar el Estado bajo un sustento jurídico.²⁴

Para Ferrajoli, el estado de derecho es sinónimo de garantismo. Señala es un modelo de estado nacido con la Constitución. Se caracteriza por el principio de legalidad, división de poderes; en el plano sustancial busca se garanticen los derechos fundamentales, dada la prohibición estructural de la norma de lesionar derechos y la obligación de satisfacer los derechos sociales.

a) en el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público -legislativo, judicial y administrativo— está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes (el Tribunal Constitucional para las leyes, los jueces, los jueces ordinarios para las sentencias, los tribunales administrativos para las decisiones de ese carácter); b) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial... la primera de estas dos condiciones representa la fuente de *legitimación formal* de cada poder; la segunda, su fuente de *legitimación sustancial*.²⁵

Ante tal aspiración, el estado de derecho evolucionó a un estado constitucional con la introducción de los derechos fundamentales. Señala Luigi Ferrajoli que el garantismo necesita del constitucionalismo para ser realidad su programa ilustrado; y el constitucionalismo se alimenta del proyecto garantista para condicionar la legitimidad del poder en cumplimiento de ciertas exigencias morales que se condensan en los derechos fundamentales²⁶.

²⁴ GIL RENDÓN, Raymundo, "El estado constitucional de derecho y los derechos humanos", *Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa*, formato electrónico en <http://cesmdfa.tfjfa.gob.mx/INVESTIGACION.html>, p. 2, 10 abril de 2015.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Op. cit.* nota 18, p. 856-857.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi, "Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia", 2 ed., Madrid, Trotta, p. 16.

En "...el Constitucionalismo se da una conexión conceptual entre derecho y moral, así como una positivización de los principios constitucionales y gracias al sometimiento al derecho de la producción del derecho mismo, es el propio <<deber ser>> del derecho, y no solo su <<ser>> -su modelo normativo y no solo su existencia, las opciones sustanciales que guían su producción y no solo su formas de producción- lo que ha sido positivizado como *derecho sobre el derecho*, dirigido a limitar y a vincular los contenidos de la legislación a los principios constitucionales".²⁷

Así, la positivización tanto del ser como del deber ser, conducen a la completa realización del estado de derecho, toda vez que el legislador se somete a la misma ley para la determinar la forma de producir normas, sino también el contenido sustancial de las mismas.

En ese sentido, el sometimiento a la ley por parte de las autoridades, permitirá el respeto del Estado de derecho constitucional y en todo caso, este podrá materializarse con la garantía de los derechos fundamentales por parte de los operadores del derecho, a través de la aplicación de los medios o instrumentos legales contenidos en la norma para demandar su respeto, esto es, las garantías primarias y secundarias que más adelante serán abordadas dada su importancia.

1.1.2.2. Características del Constitucionalismo

Algunos autores han desarrollado o definido las características de un estado de derecho constitucional. En este caso, y con el fin de comprender la diferencia del Estado de derecho con el estado de derecho constitucional, se procede a explicar este último que es parte fundamental en la presente investigación.

²⁷ *Ibidem*, p.28.

De acuerdo a José Luis Cea Cegaña las características del estado constitucional son:

- “El reconocimiento a la dignidad humana,
- La positivización de los derechos humanos en la constitución.
- Hay una nueva legitimización del derecho en la democracia, esto es el ejercicio del gobierno con sujeción a la Constitución, cuya parte dogmática, abarcando las garantías jurisdiccionales, es anterior y superior al instrumento de gobierno”.²⁸
- “La supremacía sustantiva y formal del Código Político, secuela de lo cual es la fuerza normativa, propia y directa, de los valores, principios y normas incluidos en su texto y en el bloque de su constitucionalidad.”²⁹

Es decir, el Constitucionalismo consiste en el reconocimiento de la dignidad humana en los ordenamientos normativos; se retoma la democracia en tanto que en ella se legitima el derecho; se plasman los principios en las normas; y, el derecho se somete al derecho mismo, de allí que se implementen garantías para el efecto de proteger los derechos fundamentales que le dan sentido y existencia al Constitucionalismo de trato.

Luego entonces, si el estado de derecho busca la satisfacción de derechos sociales a partir de la prohibición de lesionar derechos de los ciudadanos, es evidente que el desvío de poder se traduce pues, en un incumplimiento al estado de derecho, por lo que la defensa contra el mismo, tal y como menciona Ferrajoli, serán las garantías implementadas en la Constitución desde el punto de vista de efectividad de las normas.

Asimismo, la garantía de esos derechos violados podrá realizarse a través de figuras jurídicas como la inaplicación del derecho dada su ineficacia, así como la reconstrucción del derecho mediante instituciones o medios legales que permitan garantizar los derechos humanos o fundamentales trasgredidos. A

²⁸ Cfr., CEA EGAÑA, José Luis, “Estado constitucional de derecho, nuevo paradigma jurídico”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 47., <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2005.1/pr/pr4.pdf>, 11 de septiembre de 2016.

²⁹ *Idem*

continuación, se procede al estudio de las figuras en cita, en virtud de su importancia en la presente investigación.

1.1.3. La inaplicación de la norma con el control difuso de constitucionalidad

El nuevo Estado de Derecho Constitucional exige que se respete la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero además, que se respeten los derechos fundamentales, normas o máximas jurídicas como el principio *pro-homine*, reconocidos en ella.

Dicha exigencia recae tanto en los jueces como en las autoridades del fuero federal y local, que se ha venido implementado a partir de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, concretamente del caso Radilla Pacheco y el Caso González y otros “Campo algodnero”.

En ese orden de ideas, y toda vez que se ha impuesto a los jueces la obligación de velar por el respeto a la Constitución, cuando una norma contraviene lo dispuesto en la Norma Federal o los Tratados en los que México forma parte, o bien, cuando la norma no cumple con los fines para los cuales fue creada se habla entonces de una inaplicabilidad de la norma.

Es decir, cuando una norma no cumple con los requisitos de validez, eficacia y efectividad, los jueces están facultados para inaplicarla, por ello, en el siguiente capítulo se procederá a explicar cada uno de ellos a la luz de la teoría garantista de Luigi Ferrajoli, con el objetivo de comprender su diferencia y su aplicación en relación con el control difuso de constitucionalidad.

1.1.3.1. Validez, eficacia y efectividad

En un Estado de Derecho Constitucional, creado a partir de una democracia sustancial, se pasa a tratar con la validez de la norma, su eficacia y efectividad, en tanto que son elementos intrínsecos que los ordenamientos deben cumplir para el buen funcionamiento del aparato estatal.

En el mundo del deber ser, la norma no necesariamente cumple con todas las características que se mencionan, ya que una norma puede estar vigente, pero no necesariamente es válida, eficaz y efectiva.

“La norma vigente es la norma existente, es decir, producida por el órgano competente de acuerdo al procedimiento pertinentemente establecido para ello.”³⁰ Es decir, la norma es vigente en tanto –positivamente– es la aplicable en un momento determinado a las situaciones actuales en el país, previamente creadas conforme al procedimiento legislativo, mismo que se regula en los artículos 71 y 72 de la Ley Fundamental.

Así, una norma será válida siempre que no contradiga a la Constitución “...La norma válida es aquella cuyo contenido no es contradictorio con el de las normas jerárquicas superiores del ordenamiento, específicamente, las constitucionales...”³¹ Lo anterior tiene lógica, pues si una norma inferior es contraria a la Ley Fundamental, se consideraría ilegal.

Sin embargo, “...La validez no debe confundirse con su eficacia. La validez significa que la ley debe ser obedecida y aplicada; la eficacia quiere decir que la ley es, en verdad, obedecida y aplicada. La eficacia es solamente una

³⁰ SFERRAZZA Taibi, Pietro, “La Teoría Jurídica Crítica de Luigi Ferrajoli”, *Papeles de teoría y filosofía del derecho*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, ISSN 2171-8156, número 11, 2010, p. 6.

³¹ *Idem*

condición de validez, no es igual a ella. Una norma jurídica puede ser válida antes de que se convierta en efectiva...”³²

En ese sentido, una norma es eficaz si solo si, es cumplida por los operadores de derecho, es decir, cuando la norma es acatada y/o seguida al pie de la letra.

Por ello, “...La norma efectiva, en general, es la que goza de un margen relativamente amplio de cumplimiento en la sociedad. Por lo tanto, la legitimidad jurídica o interna puede ser desdoblada en legitimidad jurídica formal, relativa a la vigencia, y legitimidad jurídica sustancial, relativa a la validez”³³

Es decir, la efectividad es la condición de validez de modo tal que si una norma no es contraria a la Constitución, luego entonces, es aceptada, obedecida o aplicada por los gobernados.

Así, la eficacia es el logro que una norma presenta una vez que la misma es cumplida y aplicada, es decir, es el fin materializado de la norma; “sugiere una referencia necesaria a los fines de la autoridad legisladora”³⁴

Para autores como Pablo E. Navarro, el término <eficacia> tiene varios significados y, muchas veces es usado como sinónimo de <cumplimiento> siendo eso incorrecto, es el discurso que se hace de la norma se le atribuyen “propiedades”, que al no verse materializadas se usan los referidos conceptos

³² KELSEN Hans, “Validez y eficacia del derecho”, p.50, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1956/10.pdf>, 20 de marzo de 2017.

³³ SFERRAZZA Taibi, Pietro, *op cit*, nota 30.

³⁴ JEAMMAUD, Antoine, “En torno al problema de la efectividad del derecho”, Universidad Autónoma de Puebla, Universidad Autónoma de Zacatecas, 1984, p.6, <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/1/teo/teo1.pdf>, 21 de marzo de 2017.

como similares. Por ello, el autor señala que “eficacia” puede verse como relación y como propiedad³⁵.

La eficacia como relación será “cuando un estado de cosas (generalmente el resultado de una acción se adecua al contenido de (n). La norma es eficaz respecto de los estados de cosas individuales miembros de la clase de estados de cosas genéricos prescriptos.”³⁶ Es decir, que una norma prescriba una conducta humana puede ser obedecida y aplicada.

Ahora bien, eficacia como propiedad es cuando “...es posible afirmar verdaderamente que existen un número indeterminado de actos de cumplimiento de la norma (n). Aun cuando no sea del todo exacto, diremos que un acto (acción) cumple con lo prescrito por una norma cuando el estado de cosas producido es idéntico al estado de las cosas debido”³⁷

Definidos los anteriores conceptos es importante precisar su diferencia para entender los alcances de su aplicación en la praxis a través del control difuso de constitucionalidad, en consecuencia, determinar cuándo y quienes pueden desaplicar una norma dada su ineficacia.

1.1.3.2. Diferencia según Ferrajoli

La validez de las normas guarda estrecha relación con la efectividad y la eficacia de la norma, como se vislumbró en el apartado inmediato anterior, ya que la estructura de la ley tiene fines específicos a partir del fin general, es decir, regular determinados derechos, obligaciones, permisos y prohibiciones para los sujetos a quienes van dirigidas.

³⁵ Cfr., NAVARRO, E. Pablo, “Eficacia, tiempo y cumplimiento”, *Doxa* 4, 1987, p. 257

³⁶ *Ibidem*, p. 258

³⁷ *Idem*

Una norma es eficaz cuando su contenido sustancial se materializa. En tanto que una norma es efectiva con la aceptación que de la misma realicen los gobernados.

La efectividad de los derechos establecidos y por eso democracia constitucional depende de la observancia de las *garantías constitucionales*, ya sean *primarias*, es decir, consistentes en las obligaciones y en las prohibiciones inmediatamente correlativas a los derechos establecidos en las constituciones, o *secundarias*, esto es, consistentes en la reparación judicial de las violaciones de las garantías primarias³⁸

Con estrecha relación al caso en concreto, la norma que prevé derechos también debe prever los “remedios o figuras jurídicas para subsanar la violación”, por ello Luigi Ferrajoli propone los remedios judiciales a efecto de contrarrestar la afectación causada por el acto administrativo ilegal.

1.1.3.3. Inaplicación de la norma

Derivado del caso Rosendo Radilla Pacheco en contra del Estado Mexicano, ventilado en la Corte Internacional de Derechos Humanos, por la desaparición forzosa del primero y diversas violaciones a sus derechos humanos; en 2011 se reformó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para lo cual, se reconocieron en ella, los derechos humanos, así como se impusieron obligaciones a los juzgadores del todo el país para la protección y garantía de los mismos.

Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cumplimiento a lo ordenado por la referida Corte Internacional, emitió fallo “en el expediente Varios 912/2010 que establece el nuevo modelo de control de regularidad constitucional

³⁸ FERRAJOLI, Luigi, “La democracia a través de los derechos”, Madrid, ed. Trota, 2014, p.62.

en el ordenamiento jurídico mexicano”³⁹ esto es, el control difuso y concentrado, así como la observancia al Principio *Pro Personae*.

“Respecto a los tribunales administrativos, llamados de *legalidad*, la Primera Sala de la SCJN, estableció que el sistema jurídico mexicano actual, los juzgadores nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos en la CPEUM y los tratados internacionales, con la limitante de que éstos ...no pueden declarar la constitucionalidad de normas que no son conformes a la CPEUM o con los tratados internacionales en materia de derechos humanos , por lo que el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa está obligado a efectuar el control difuso constitucionalidad y de convencionalidad.”⁴⁰

En efecto, se han propuesto a nivel internacional formas de control de legalidad de las leyes y con ello, de los actos administrativos, señala Ferrajoli “...el control difuso...consiste en la inaplicación (pero no en la anulación), en el caso sometido a juicio, de la norma inconstitucional, que, por tanto permanece vigente incluso después del reconocimiento de su ilegitimidad, salvo el valor de hecho vinculante del precedente, tanto más autorizado si producido por las Cortes Supremas...”⁴¹

A diferencia del control difuso, el control concentrado consiste en la posibilidad de anular determinada norma o ley que se considera inconstitucional, lo que para autores como el italiano en cita, lo consideran el más efectivo en tanto permite subsanar de forma efectiva normas que vulneran los derechos los ciudadanos.

³⁹ COSSÍO, Díaz José Ramón, “Primeras implicaciones del caso Radilla”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, número 26, junio-diciembre 2012, p. 1

⁴⁰ LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, “El control de convencionalidad en la administración pública”, Novum, México, 2014, p. 164.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi, *op cit*, nota 38, p.69.

Ahora bien, en el caso en concreto, resulta de trascendencia el abordar el control de constitucionalidad difuso, ya que el mismo consiste en "...la competencia que permite considerar en un proceso no dirigido expresamente hacia tal fin, si una norma es o no contraria a la Constitución... el propio juzgador asume la tarea de enfrentar las normas contrarias al texto constitucional, para "hacer algo con ellas" dentro del proceso y, específicamente, al resolver la contienda."⁴²

Así, los jueces ordinarios, aquellos que no tiene la facultad de conocer los asuntos en los que se controvierta la violación a un precepto Constitucional, puede *desaplicar una norma* al caso concreto, *cuando considere que esta es contraria a la Constitución*, es decir, "hacer como si la misma no formara parte del ordenamiento y, con base en ello, resolver lo que corresponda"⁴³

Dicho de otro modo, los jueces están obligados a dejar de aplicar una norma, si solo sí, consideran que ésta es contraria a la Constitución o violenta algún derecho humano, por lo que, se primigenia la referida Ley Fundamental y los Tratados de los que México forma parte.

En tal sentido, conviene hacer énfasis en que los jueces pueden dejar de aplicar la norma que consideren contraria a la Constitución, sin que para ellos sea necesaria la implicación de un derecho humano violado, pues se reitera, la función de los jueces es tratar la norma del orden jurídico como si ésta no formara parte del mismo.

Así, si dentro de dos normas aplicables al caso en concreto un juez aprecia que una de ella es más benéfica que la otra, ordenara que se deje de aplicar la norma vigente y se ocupe la norma que causa un mayor beneficio.

⁴² COSSIO, Díaz José Ramón, *op cit*, nota 39, p. 42.

⁴³ *Idem*

Luego entonces, el control difuso consiste, entre otras facultades, que los jueces puedan declarar la desaplicación de una norma por considerar que ésta no debe formar parte del sistema normativo, ya sea porque viola la Ley Fundamental o porque la misma no es efectiva como en el caso en concreto.

1.1.4. Principios

1.1.4.1. Definición

Distintos autores han propuesto una definición para demostrar que son los principios, no obstante ello, aun no se llega a una definición consensuada para ellos. Sin embargo, ello no limita para que en la práctica jurídica sean ocupados por los operadores del derecho.

Así, “Para Dworkin los principios valen como principios jurídicos porque son principios morales que explican y justifican el conjunto del Derecho, porque son principios morales buenos y justos que resultan coherentes con un Derecho básicamente justo.”⁴⁴

Además, el referido teórico señala que “Los «principios»...son estándares que han de ser observados, no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.”⁴⁵

Por su parte, Luis José Bejar considera que “Los principios constituyen una fuente ordenadora de la norma, a la vez que son el tamiz con el cual la misma será medida y aplicada, con valores superiores a ésta, como rectores

⁴⁴ JIMÉNEZ GIL, William, “Entre reglas y principios”, *Misión Jurídica, Revista de derecho y ciencias sociales*, ISSN 1784-600X X, Número 1, enero-diciembre 2008, p.31

⁴⁵ *Idem*

mínimos de comportamiento en la actuación administrativa, con independencia de si están contenidos o no en la norma positiva.”⁴⁶

Para Miguel Carbonell “Los principios son normas en alguna medida abiertas, a partir de cuya lectura el intérprete no puede saber con total certeza el campo de aplicación de los mismos, ya sea porque no está definido el perímetro material que intentan regular los principios, o bien, porque no está claro a qué casos no pueden ser aplicados”⁴⁷

Como se puede observar, las anteriores definiciones acerca de los principios guardan estrecha relación entre sí, ya que de los principios aun y cuando no se concluya en una definición específica consisten en una especie de normas generales que no necesariamente están positivados, sin embargo, se cumplen porque por conciencia de la moral, logrando con ellos un orden y que se cumpla el derecho.

Luego entonces, los principios son una especie de directrices que indican la forma de actuar de una autoridad, es decir, regulan su comportamiento. Así, dentro del actual Constitucionalismo, se pretende su garanticen y en consecuencia, se logre el respeto de los derechos fundamentales, entre ellos, la legalidad, debido proceso legal, tutela judicial efectiva, entre otros.

1.1.4.2. Pro Persona

Miguel Carbonell señala que “El principio *pro personae* supone que, cuando existan distintas interpretaciones posibles de una norma jurídica, se deberá elegir aquella que más proteja al titular de un derecho humano. Y también

⁴⁶ BEJAR Rivera, Luis José, “Principios, Norma y supletoriedad en el Derecho Administrativo”, <http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/historico/pdf/principiosynormas.pdf>., Tribunal Federal de Justicia Administrativa, México, p.3

⁴⁷ CARBONELL, Miguel, “El ABC de los derechos humanos y el control de convencionalidad”, 2 ed., México, Porrúa, 2015, p. 91.

significa que, cuando en un caso concreto se puedan aplicar dos o más normas jurídicas, el intérprete debe elegir aquella que (igualmente) proteja de mejor manera a los titulares de un derecho humano.”⁴⁸

El referido Principio Pro Persona es aplicable a todas las autoridades del país, en sus tres niveles de gobierno, y no solo así a las autoridades del Poder Judicial, es decir, todas las autoridades incluidos los Tribunales Agrarios, los Tribunales Electorales, Tribunales de lo Contencioso Administrativo, de los Estados y la Ciudad de México.

En ese sentido, el principio *pro personae* es “...un principio de interpretación para que todas las autoridades del país lleven a cabo la protección más amplia de los derechos humanos de todos los habitantes del territorio nacional”⁴⁹

Así, también conviene aclarar que las autoridades se encuentran obligadas a “llevar a cabo las “operaciones jurídicas” necesarias para encontrar de entre la totalidad de los derechos humanos de fuente constitucional o convencional que pudieran resultar “aplicables” a una determinada persona, no sólo el derecho que más le favorezca sino, adicionalmente, aquélla interpretación de ese derecho que le sea más propicia”⁵⁰

1.1.5. El derecho a la tutela judicial efectiva

El derecho a la tutela judicial reconocido en el artículo 17 de la CPEUM; en el artículo 25.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, consiste en “el derecho esencial de obtener de los órganos jurisdiccionales del Estado una

⁴⁸ *Ibidem*, p. 97

⁴⁹ COSSIO, Díaz José Ramón, *op cit*, nota 39, p. 50

⁵⁰ *Ibidem*, p. 50-51

resolución fundada y razonada en derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes”.⁵¹

Comprende tres momentos el derecho a la tutela judicial efectiva, a saber: 1) el acceso a la justicia, 2) la posible defensa y solución en un plazo razonable y 3) plena efectividad de los pronunciamientos de la sentencia.

1) Acción contra la Administración pública. Los particulares tienen el derecho de acudir ante los Tribunales previamente establecidos, con el objeto de que se garantice cualquier otro derecho vulnerado y se estudie si existe una posible infracción en la ley.

Lo anterior, a su vez se traduce en el derecho de acceso a la justicia, el cual de acuerdo al voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez en el caso Myrna Mack Chang vs Guatemala, en la sentencia de 25 de noviembre de 2003, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo de reparaciones y costas, consiste en lo siguiente:

El *acceso a la justicia*,... supone el esclarecimiento de los hechos ilícitos, la corrección y reparación *oportunas* de las violaciones perpetradas, el restablecimiento de condiciones de paz con justicia y la satisfacción de conciencia pública, alterada por el quebranto que sufren el derecho, como regulación general de conducta, y los derechos subjetivos reconocidos a los particulares, como medios para la realización de las potencialidades de las personas.⁵²

Dicho de otro modo, el derecho al acceso a la justicia supone la reparación oportuna del daño causado, para lo cual, exige al Estado poner a disposición de sus ciudadanos todos los mecanismos y vías necesarias para

⁵¹ Universidad Nacional Autónoma de México, “La tutela judicial efectiva implica que la revisión de decisiones que deniegan el acceso a la jurisdicción sea especialmente rigurosa”, *Diálogo jurisprudencial*, México, número 9, julio-diciembre de 2010, p. 135, <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dialjur/cont/9 /cnt/cnt10.pdf>, 01 de septiembre de 2016.

⁵² GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro y Roa Ortiz, Manuel, *op cit*, nota 13, p. 62.

hacer efectiva la tutela de sus derechos y que resuelvan sus conflictos de relevancia jurídica, a través de un sistema de recursos judiciales accesible y adecuado.⁵³

2) Juicio público. Precisamente para hacer efectiva cualquier pretensión ante el Estado, se necesita tener previsto en la ley un mecanismo, juicio, procedimiento o cualquier otro medio de defensa que permita acudir ante tribunales previamente establecidos con las formalidades y plazos legales también regulados por la ley.

En México, el juicio contencioso administrativo⁵⁴ es el procedimiento o medio de defensa; la garantía secundaria que el particular puede usar para impugnar los actos emitidos por las autoridades de la Administración Pública.

La garantía secundaria y la garantía primaria, serán analizadas con posterioridad a través de la Teoría Garantista de Luigi Ferrajoli, grosso modo, se precisa que serán los medios de defensa legal para proteger la Constitución, es decir, los medios legales para garantizar los derechos positivados y violados del administrado como persona.

En efecto, desde la perspectiva de Ferrajoli, en nuestro sistema no obstante el juicio de amparo es el procedimiento que por excelencia protege a la Constitución, dicha protección también se logra con el juicio de nulidad, ya que con este, se busca regular la actividad de la Administración, a través del respeto al estado de derecho constitucional.

3) Tutela jurisdiccional efectiva. Este derecho implica (atento al juicio de nulidad) que el órgano jurisdiccional competente no solo declare la

⁵³ *Ibidem*, p. 57.

⁵⁴ El juicio contencioso administrativo analizado es a nivel Federal, ello no limita a que por analogía las figuras e instituciones estudiadas en la presente investigación puedan ser abordadas en los juicios administrativos locales, ya que los mismos normalmente llevan estructura similar.

nulidad de un acto administrativo ilegal, sino además, se condene a la autoridad emisora del acto que se combate, se reconozca un derecho al gobernado afectado, así como que haya un pronunciamiento cautelar y ejecutivo.

El derecho a la tutela judicial efectiva trae consigo implícito el derecho al debido proceso legal, ya que el juez debe atender en tiempo y con las formalidades de ley, cada una de las pretensiones hechas valer por las partes, sin que nada quede pendiente de analizar; ello con el fin de esclarecer la verdad de los hechos y se emita resolución en la que se determine lo alcanzado en cuanto a las pretensiones alegadas.

El derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra positivizado en el párrafo segundo del artículo 14, de la Ley Fundamental al señalar “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 hecho⁵⁵

Asimismo, se aprecia en el artículo 17, primer párrafo, de la CPEUM, la prohibición a la autotutela: “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”; dicho precepto legal, “pone a disposición de los particulares la posibilidad de acudir al Estado, encarnado en los Tribunales y en los jueces ‘titulares de la jurisdicción’, a fin de que éste, a través de dichas instancias, resuelva los litigios que aquellos le someten”.⁵⁶

Conforme a lo anterior, el derecho a la tutela judicial efectiva a su vez trae implícitos los derechos de acceso a la justicia y el derecho al debido proceso legal, que son derechos que en atención a la dignidad humana han sido

⁵⁵ Constituye el Principio de legalidad y el de seguridad jurídica, contenido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es una de las máximas del derecho mexicano.

⁵⁶ GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro y Roa Ortiz, Manuel, *op cit*, nota 13, p. 56.

reconocidos en la Constitución mexicana, los cuales se busca se garanticen en el juicio contencioso administrativo.

Especialmente, se considera que el derecho de debido proceso legal en el juicio contencioso administrativo, estará garantizado en la medida en que los Magistrados del TFJA condenen a las autoridades que incurren en un desvío de poder a indemnizar por los daños y perjuicios causados al gobernado, como se planteara posteriormente.

1.1.6. El desvío de poder

1.1.6.1. Antecedentes

El desvío de poder surge con la jurisprudencia del Consejo del Estado francés a finales del siglo XIX, “al conocer sobre los recursos promovidos en vía de *excès de pouvoir*.”⁵⁷

El término desviación de poder surge a partir de la imperiosa necesidad de la división de poderes, ello atento a que en la Monarquía todas las facultades de la Administración Pública recaían en una sola persona, quien a su vez juzgaba sus propios actos de autoridad, es decir, el Príncipe era Juez y parte.

Así, fue en “...la asamblea constituyente francesa de 1789, con el objeto de que la Administración conservara su libertad, prohibía que la autoridad judicial conociera acerca de actos administrativos, cuyo juzgamiento debía quedar a cargo de la propia Administración...”⁵⁸. Ello permitió al Consejo de Estado francés conocer de los recursos por motivo de exceso de poder, en los que se estudiaban jurisdiccional-contencioso administrativa, las facultades discrecionales de autoridad.

⁵⁷ CRETELLA José, Jr, “Anulacao Do Acto Administrativo por Desvio de Poder”, 1ª ed. Companhia Editora Forense, Río de Janeiro, 1978, ps. 125 y ss., citado por LÓPEZ MENDOZA, José A., “La desviación de poder”, Facultad de derecho, Universidad de Buenos Aires, p. 302, http://www.de_recho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/003-edp-2-lopez-mendoza.pdf, 13 de octubre de 2016.

⁵⁸ *Idem*

Sin embargo, fue hasta la Revolución francesa que se reconoce a la persona como un ente individual, y con el Estado Constitucional se organiza la estructura para el desarrollo de la justicia administrativa.

El esbozo de la doctrina de la desviación de poder por parte del Máximo Tribunal administrativo francés, puede encontrarse en el arrêt Vernes de mayo de 1858, cuando anuló una decisión del Alcalde de Trouville que en uso de facultades de naturaleza policial, prohibió a los bañistas vestirse y desnudarse en lugares distintos a los establecimientos municipales, pero no con una finalidad de resguardo de seguridad o moral pública, sino, con el fin de favorecer los intereses económicos del municipio⁵⁹

El sistema jurídico mexicano recoge la figura de desviación de poder y su definición en la abrogada Ley de Justicia Fiscal. En dicha Ley, se menciona expresamente al “desvío de poder” y se plasma su definición tal y como lo desarrolló la doctrina francesa en su jurisprudencia.

Actualmente, uno de los problemas que se ve en la LFPCA actual, es precisamente que la misma deja de citar al desvío de poder, pues, al señalar cuales son las causas por las que un acto puede ser declarado nulo desarrolla la definición del mismo, sin mencionar expresamente que se trata de dicho vicio, lo que lleva a presumir que la omisión del nombre del vicio en comento haga que los operadores del derecho no hagan uso de tal figura.

1.1.6.2. Definición del desvío de poder

En los anteriores subtemas se evidenció que la principal característica del Estado de derecho es la protección al Principio de Legalidad. Recordemos que la actividad estatal a cargo de los servidores públicos dotados de poderes o potestades deberían garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, ya

⁵⁹ *Idem*

que las normas les imponen la prohibición de lesionar las garantías primarias de los ciudadanos, motivo por el cual surge el desvío de poder.

Diversos autores han trabajado en la definición de desvío de poder. No obstante existan variaciones en la definición de tal concepto, lo cierto es que todas concuerdan en que el desvío en comento, consiste en la ausencia de un límite al ejercicio despótico de las facultades de autoridad.

Así, para Carmen Chinchilla Marín, el desvío de poder consiste en “el control de la denominada <<discrecionalidad legislativa>> por los jueces constitucionales”⁶⁰

De acuerdo a Sayaguez Laso, “La teoría de la desviación de poder se extiende a toda clase de actos, cualquiera sea la discrecional de la administración, porque ésta siempre se haya sujeta a límites”⁶¹

Para otros autores como Bartolomé Cretella Fiorini, el desvío de poder es un vicio que: “... se encuentra excluido de los actos provenientes de facultades regladas y se presenta en aquellos que provienen de la discrecionalidad de la administración pública”.⁶²

Se agrega que el vicio por desvío de poder se configura en aquellos eventos en los que la administración, utilizando sus poderes, actúa pretendiendo alcanzar un fin diverso al que en derecho corresponde, es decir, constituye desvío de poder el ejercicio de las potestades administrativas con fines diferentes a los fijados por el ordenamiento jurídico.

⁶⁰ CHINCHILLA MARIN, Carmen, La desviación de poder, España, Civitas, 1989, p. 53

⁶¹ SANTOFIMIO, Javier Orlando, Javier Orlando y CASTILLO SALINAS, Sara, “Acto Administrativo. Procedimiento, Eficacia y Validez”, 2 ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas 1994, Serie G. Estudios Doctrinales, (Núm. 110), <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/979/pl979.htm>, p. 342

⁶² FIRIONI, Bartolomé, citado por Santofimio, Javier Orlando, *Op cit*, nota 61, p. 342.

...se caracteriza, por lo general, esta modalidad de irregularidad, en el hecho de que el acto nace a la vida jurídica con una apariencia extrema de legalidad; la administración procura que su manifestación 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...⁶³

En ese sentido, resulta claro que una autoridad puede emitir un acto con extrema apariencia de legalidad, cumpliendo con lo que señala el artículo 16 Constitucional, que en su parte conducente establece lo siguiente:

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona,...sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Esto es, el principio de legalidad que al efecto contempla la CPEUM, al cual están obligados a respetar todas las autoridades de la Administración Pública Federal. Sin embargo, aun y cuando un acto se encuentre motivado, se puede acompañar de elementos subjetivos, luego entonces, saber por qué la autoridad motiva de tal o cual modo lleva a un problema de difícil entendimiento, toda vez que la autoridad puede tener intereses, enemistad, etcétera, para la emisión del mismo.

A mayor entendimiento, el desvío de poder no limita a la administración pública en sus funciones, simplemente se ha implementado en la ley para el efecto de que los actos administrativos no sean emitidos arbitrariamente, es decir, es una medida para regular la discrecionalidad de los actos, y no así una forma de castigar a los mismos.

Por tanto, normalmente se conoce que el desvío de poder se configura cuando la Administración se aparta del fin que mucho se ha cuestionado si está determinado en la norma.

⁶³ *Ibidem*, p. 343.

Ahora bien, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en la tesis número 247747, de rubro "DESVÍO DE PODER Y OTRAS CAUSAS DE ANULACIÓN DE LOS ACTOS DISCRECIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN. APLICACIÓN DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 238 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN VIGENTE" ⁶⁴ ha determinado dos formas de configurarse el desvío de poder, esto es, en el medio y en el fin.

En efecto, para el Tribunal Colegiado, el desvío en comento se produce de dos formas:

- a) *Desvío en el medio.* Cuando la autoridad no utiliza los medios legales para emitir su acto, sin embargo, obtiene un fin completamente lícito.
Ejemplo. Que la autoridad hacendaria ordene una visita domiciliaria al contribuyente X, sin emitir los razonamientos lógico-jurídicos para tal efecto, siga el procedimiento y derivado de lo anterior determine una multa completamente legal pero ya viciada de origen al no motivar el objeto del acto.

- b) *Desvío en el fin.* Opera a *contrario sensu*. Tiene verificativo cuando la autoridad sí utiliza los medios legales para emitir el acto, sin embargo el fin del mismo no es legal.
Ejemplo. La autoridad lleva acabo el procedimiento de expropiación en una zona rural de manera legal, indemniza a los agraviados, argumentando como causa de utilidad pública, crear parques para el buen funcionamiento ecológico, siendo que el objetivo de la

⁶⁴ DESVÍO DE PODER Y OTRAS CAUSAS DE ANULACIÓN DE LOS ACTOS DISCRECIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN. APLICACIÓN DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 238 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN VIGENTE. Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volúmenes 205-216, Sexta Parte, página 179, Tribunales Colegiados de Circuito.

expropiación en comento es licitar la zona expropiada para la búsqueda de minerales.

Así se insiste pues, la Administración debe subordinarse a las normas tanto sustantivas como objetivas para expresar su voluntad, esto es, con estricto respeto al principio de legalidad y al estado constitucional, por lo que el desvío de poder es el claro irrespeto a dichas instituciones.

Luego entonces, se ha mencionado que el desvío de poder entonces limita la discrecionalidad de la Administración, así como se ha mencionado que el desvío de poder se configura en actos que aun y cuando revisten extrema apariencia de legalidad, el fin o el medio de los mismos no es el predeterminado en el la norma. Pero, ¿Qué es la discrecionalidad?

Dada la imperiosa necesidad de establecer los parámetros a seguir para entender cuando se da el desvío de poder debemos entender su génesis, razón por la cual, traemos el contenido de las facultades discrecionales y regladas de la Administración Pública en el siguiente apartado.

1.1.7. Facultades discrecionales y regladas

Como es de explorado derecho, las normas otorgan competencia material a las autoridades para actuar. Ese actuar de la autoridad la doctrina lo ha conceptualizado de distinta manera, por ello, de acuerdo al autor que se consulte tendrá diverso nombre, a saber, atribuciones; facultades; potestades; poderes, por mencionar las más comunes.

Asimismo, conviene mencionar que la doctrina ha distinguido dos tipos de atribuciones o facultades: las regladas y las discrecionales.

“...las potestades administrativas pueden definirse como poderes jurídicos que el ordenamiento jurídico atribuye expresamente a las Administraciones Públicas para el cumplimiento de sus fines generales o de interés público. Estos poderes sitúan a las Administraciones Públicas en una posición de supremacía que las faculta para constituir, modificar o extinguir situaciones jurídicas unilateralmente incidiendo en la esfera jurídica de los administrados a los que en uso de estas prerrogativas pueden imponer obligaciones o limitaciones a sus derechos”⁶⁵.

Ahora bien, la “...potestad será reglada cuando el ordenamiento jurídico no deje a la Administración ningún margen de apreciación por haber regulado todos los elementos del ejercicio de la misma”⁶⁶.

Por su parte, señala Jaime Sánchez Isac, “el poder reglado de la Administración es una <<aplicación privilegiada>> del principio de legalidad. Cuando la ley determina la actividad administrativa de un modo concreto, tanto en su oportunidad como en su contenido, el papel del órgano está singularmente predeterminada y se debe limitar a la aplicación de la norma”⁶⁷.

Dicho en otras palabras, la facultad reglada es aquella conducta descrita en la ley que de manera expresa, determinada en cuanto a modo, tiempo, lugar, en que una autoridad puede ejercerla en su carácter de servidor público.

Así, “...mientras en ejercicio de las potestades regladas la Administración se limita a constatar que se encuentra en presencia del supuesto de hecho definido en la norma y aplicar a tal efecto la consecuencia prevista en la ley mediante la técnica de la subsunción, en el ejercicio de potestades discrecionales la Administración realiza una estimación subjetiva para completar los elementos

⁶⁵ ANDRADE FERNÁNDEZ- SÁNCHEZ, José María, “Las potestades administrativas. El principio de legalidad y sus manifestaciones. La actividad administrativa discrecional y sus límites. Control de la discrecionalidad: en especial, la desviación de poder. Los conceptos jurídicos indeterminados”, en BUENO SÁNCHEZ, José Miguel, GAVELA LLOPIS, Andrea y otros coords., *Lecciones fundamentales de derecho administrativo (parte general y parte especial)*, España, Arazandi, 2015, ISBN: 978-84-9059-163-5, p. 163.

⁶⁶ CHINCHILLA MARIN, Carmen, *op cit*, nota 60, p. 58

⁶⁷ SANCHEZ ISAC, Jaime, “La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español”, Instituto de Estudios de Administración Local, España, 1973, p. 81

predefinidos legalmente, esto supone atribuirle un margen de decisión para aplicar la ley en función de las circunstancias del caso concreto...”⁶⁸

Es decir, “*la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos... no incluidos en la ley.*”⁶⁹

De allí que la discrecionalidad implique distintos modos de actuar, ya que someramente corresponde a la autoridad por elección realizar. Existe pues un margen de decisión por parte del Estado, respecto a la forma de actuar en su forma de Administración en un caso concreto.

En tanto que las facultades regladas se encuentran completamente descritas en la norma, las facultades discrecionales *a contrario sensu* dejan la posibilidad a la autoridad de ejercer una función que por regla general se encuentra en la norma, pero con la posibilidad de decisión en alguno de sus aspectos.

Por eso surge el desvío de poder ante la necesidad de regular o limitar las facultades discrecionales, o mejor dicho, el poder de decisión. Por ello, no debe verse al desvío de poder como una manera de castigar dichas facultades pues de no ejercerlas la autoridad muchas veces no se podrían prever consecuencias jurídicas graves que pudiesen, en su caso, afectar a la colectividad.

En tal virtud, debe verse al desvío de poder como límite de las facultades discrecionales y porque no decirlo, de las facultades regladas de la autoridad, cuando los actos emitidos bajo la tutela de la facultad que se trate se aparte del

⁶⁸ VILLOSLADA GUTIÉRREZ, María, “El control de la discrecionalidad”, España, Universidad de la Rioja, Servicio de Publicaciones, 2013, p.4.

⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón, “Curso de derecho administrativo”, vol I, 15 ed., Civitas, Navarra, 2011, p.483.

fin o del medio establecido en la norma y defina una situación de hecho que vulnera la esfera jurídica de los particulares.

Dicho lo anterior, es preciso comprender quien detenta esas facultades, porque las ejerce conforme al estado de derecho constitucional. De allí que en lo subsecuente se hable del poder y la autoridad.

1.2. El desvío de poder en el acto administrativo

El objetivo de la presente investigación no es profundizar los tipos de actos administrativos, clasificaciones, la historia de éstos. Sin embargo, para entender el desvío de poder, es menester definir qué son los actos administrativos dado que a través de éstos, el Estado materializa sus funciones y respecto a estos surge el desvío de poder.

1.2.1. El acto administrativo

Se considera que los actos administrativos son la forma o el medio a través del cual el Estado manifiesta su voluntad, pero ¿cómo se definen estos?

Libardo Rodríguez, señala los actos administrativos son: ...los dictados por los Órganos Administrativos mediante los procedimientos indicados para la producción de actos administrativos y con los caracteres externos de cada uno de ellos.⁷⁰

Santofimio, señala que “Desde el punto material, son actos administrativos todos aquellos que en razón a su contenido o sustancia, sean considerados como administrativos y sin importar las formas que puedan alterar su apariencia. Es decir, sin importar el órgano, procedimiento o caracteres

⁷⁰ RODRÍGUEZ Libardo, citado por Santofimio G., Jaime Orlando y Castillo Salinas, Sara, *op cit* nota 61, p. 56.

adoptados en su materialización. En consecuencia, toda manifestación voluntaria de un órgano cualquiera del estado que por su contenido sea considerado administrativo será administrativo.”⁷¹

Así, para considerarse acto administrativo no importa el Órgano que lo emite ni el medio por el cual se emite, ya sea un procedimiento o cualquier otro que se ocupe, pues lo que importa en el caso es que sea una manifestación unilateral, es decir, de la autoridad administrativa.

Por su parte, Jean Claude Tron Petit y Gabriel Ortiz Reyes, señalan: El acto administrativo no es un fin en sí mismo sino uno de los medios institucionales conferidos a la Administración para llevar acabo las políticas, programas, proyectos y fines que la Constitución y la ley establecen o atribuyen al Estado.⁷²

Sobre este estudio, Santofimio nos sigue diciendo que atendiendo la teoría unilateral de la voluntad, un acto administrativo es “toda manifestación unilateral de la voluntad por parte de quienes ejercen funciones administrativas, sean órganos públicos del Estado o simples particulares, tendientes a la producción de efectos jurídicos... Si la manifestación de voluntad no decide no es un acto administrativo.”⁷³

Al respecto se considera que contrario a lo señalado por el autor, es falso que un acto administrativo deba tener forzosamente el carácter decisorio, pues las autoridades todos los días emiten actos, que no forzosamente afectan a los particulares, ni mucho menos determinan una situación de hecho a los mismos.

⁷¹ *Ídem.*

⁷² TRON, PETIT Jean Claude y ORTIZ, REYES Gabriel, *Op cit*, nota 24, p. 59.

⁷³ SANTOFIMIO, Javier Orlando y Castillo Salinas, Sara, *Op cit*, nota 61, p. 59.

Sin embargo, es cierto que aquellos actos que afectan a los particulares, producen efectos jurídicos en atención a la característica de decisión que pudiere tener el mismo.

En ese sentido, nos dice el autor que para calificar como acto administrativo la señalada declaración de voluntad debe provocar alteraciones jurídicas en el mundo exterior, modificando o extinguiendo las existentes o creando nuevas situaciones de relevancia ante el derecho y como efecto directo su efecto decisorio.

Por su parte, en la teoría declaracionista de la mera manifestación, sostenida por algunos autores argentinos como Juan Carlos Casagne y Agustín Gordillo, señalan que:

La noción de acto administrativo... no podría darse sobre conceptos *a priori*. Debe estar fundada en la experiencia y fundada por el "fin" perseguido el cual se pretende llenar con el acto administrativo. Tal razón lo lleva a proponer que el acto como una simple manifestación es suficiente... pretende fundamentar su teoría en la sofisticada distinción de manifestaciones de conocimiento y manifestaciones de voluntad, negando entidad a la teoría "voluntarista" y proponiendo la "manifestacionista", en la medida que con aquélla se dejaría por fuera del concepto de acto administrativo a una gran cantidad de actos que de por sí no son sino simples manifestaciones del conocimiento.⁷⁴

Al respecto se concuerda en el hecho de los actos pueden ser manifestaciones de mero conocimiento que no necesariamente afectan a los particulares, y sobre el particular, de que un acto debe estar fundado y motivado, en donde se encamina a un determinado fin.

Asimismo, se infiere que son la forma de expresión de la autoridad administrativa, derivados de un procedimiento establecido en las leyes o de una

⁷⁴ *Ibidem*, p. 63.

solicitud formulada por el gobernado, mediante los cuales, el servidor público, a través de un razonamiento lógico, motiva, funda y determina situaciones, que afectan o benefician a un gobernado.

Ahora bien, Renato Alessi en su teoría propone el acuerdo administrativo, consistente en la manifestación de la autoridad expresándose mediante dos momentos: a) buscar satisfacer un interés público valorado o estudiado, a través del medio idóneo y b) la volición, es decir, la determinación (el acto de voluntad), tal y como se muestra a continuación:

...equivale a la manifestación de un poder soberano que corresponde a una autoridad administrativa como tal, respecto a una realización en la que dicha autoridad es parte, para satisfacción de intereses públicos concretos confinados a la misma... el proceso de formación del acuerdo comprende un doble momento: Por un lado el de valoración comprendida del interés a satisfacer y del medio idóneo; de otro lado, el momento de la volición, con respecto a la realización del interés valorado, mediante a la valoración del medio elegido.⁷⁵

De lo anterior, se aprecia que para Alessi el acto administrativo no es unilateral, toda vez que la autoridad tan sólo es una parte; luego entonces, se necesitan más elementos para que surja un acto administrativo, es decir, la petición de que se satisfaga un interés, la competencia de la autoridad para satisfacer el interés, el estudio del interés a satisfacer a través de un medio idóneo.

En tal virtud, un acto administrativo va encaminado a la satisfacción de un interés público y concreto, luego entonces, tanto la autoridad como el particular tienen injerencia en determinado fin, esto es, por un lado, obtener una determinación sin exceso, defecto u omisión de la autoridad y por el otro de estar

⁷⁵ ALESSI Renato, citado por, Santofimio, Javier Orlando y Castillo Salinas, Sara, *Op cit*, nota 61, p. 64.

en posibilidad de brindar un servicio para a satisfacción de las necesidades de la colectividad.

Bajo esa tesitura, se concuerda con Santofimio en el sentido de que un acto administrativo es una manifestación unilateral de la voluntad de la autoridad, toda vez que sólo ella lo emite, sin embargo, se añade que se expresa en momentos al valorarse los factores que permiten o impulsan la emisión de mismo, a fin de satisfacer o definir una situación al particular, para lo cual deberá contener los requisitos que señale la ley.

Así, un acto administrativo es emitido por una persona física perteneciente a la Administración Pública federal, local o municipal, dirigida a determinado gobernado dada la relación jurídica entre el particular y la Administración en sus distintos niveles de gobierno, por ello, dicho acto determina o modifica situaciones de hecho, es decir, confiere derechos o impone obligaciones.

Por tanto, es evidente que para que un acto administrativo pueda existir se necesitan dos elementos fundamentales –el poder y la autoridad– ya que la ley dota a ese ente para dictar los actos en comento, y esa autoridad, es quien los dicta y ejecuta, tal y como se explicara a continuación.

1.2.1.1. Poder

Hablar de “poder” es una tarea complicada pero necesaria a fin de comprender el desvío de poder. El término referido, ha sido materia de estudio a lo largo de la historia y siempre ha tenido presencia.

Por eso, diversas corrientes ideológicas han intentado definir el mismo a fin de entender su concepción de manera razonada, sin embargo, dicha tarea se reitera no logra culminarse dado que no existe un criterio unificado al respecto.

El origen del mismo de la voz “poder” orilla a la adhesión o al rechazo. La raíz indoeuropea “poti”, “poderoso, amo”, marcó el sino del concepto. En Grecia, el amo doméstico era el “dems-pot”; de ahí el déspota. Y si en su fase clásica el latín suavizó la voz “poder” como “posse”, el vulgar le reintegró su contundencia: “potere”...

Las grandes reelaboraciones del poder, que han condicionado nuestra forma de entenderlo... son bastante más cercanas a nuestro tiempo. Maquiavelo y Hobbes, en el territorio de la exaltación de poder, Rouseeau en la perspectiva opuesta; la búsqueda de la racionalización del poder, a cargo de Locke y Montesquieu. Otra expresión de los radicalismos se alcanzaría en el siglo XIX: Marx, por un lado; Proudhon, en el punto opuesto.

Pero un nuevo fenómeno permitió el arreglo de las tendencias excluyentes: el constitucionalismo... las constituciones surgieron como un instrumento de conciliación.⁷⁶

Para autores como Jorge Fernández Ruiz, el poder es... una libido dominadora de conductas ajenas,... una libido dominandi inserta en la relación establecida en el binomio mando-obediencia. Así podemos entender al poder como la capacidad de un individuo o de un grupo, generada por su libido dominandi, de conferir efectos agradables o desagradables a la conducta de otro u otros individuos o grupos con el fin de imponerles su voluntad, aun contra las de ellos mismos, para lograr determinado comportamiento individual o colectivo.⁷⁷

Juan Antonio García Amado menciona “...El poder, en cuanto implica dominación y forzamiento de conductas y voluntades sería en sí mismo algo irracional. Por ello su existencia precisa siempre de justificación para ser racional, requiere ser legitimado...”⁷⁸. Cuando por voluntad de los propios sujetos es aceptado, el referido poder se legitima.

Conforme al estado de derecho antes analizado, Luigi Ferrajolli, al explicar su teoría sobre el Garantismo, señala en cuanto al concepto de poder lo siguiente:

⁷⁶ VALADÉS, Diego, “El control del poder”, 2 ed., México, Porrúa, 2000, p. 6.

⁷⁷ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, “Poder y sus tipos”, *Boletín de Derecho Comparado*, número 81, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, p.669.

⁷⁸ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *op cit*, nota 4, p. 201

...existen diversos tipos de situaciones a partir de sus nexos estructurales con los distintos tipos de actos... que son su actuación y/o causa: de un lado, los poderes, deberes y derechos sobre la base de los actos de los que son modalidades o expectativas; de otro las responsabilidades, la anulabilidad y las demás formas de garantías, sobre la base de los actos de los que son efectos... dentro del paradigma del estado de derecho... *'Poder' es la situación activa que, si no es constituyente, es producida por una decisión y que consiste en la modalidad de un acto perceptivo cuyos efectos se producen en la esfera jurídica de otros y cuya validez depende de su legitimidad.*⁷⁹

En ese sentido, el poder es una situación derivada de una decisión que produce efectos jurídicos en la esfera de alguien, puede ser válido siempre que se ejerza con apego a la norma, es decir, el principio de legalidad.

En tanto que el poder es la situación producida por una decisión, -poder- puede ser considerado como sinónimo de *funciones*. En efecto, el Estado constitucional al implicar una división de tareas y delegar las mismas a sus entes llamados autoridades, esas funciones son entonces “poderes”.

Las funciones como bien se estableció, son reguladas a través de las normas y como primer mandato desde la Constitución.

El poder tiene una naturaleza altamente dinámica. Los instrumentos para controlar el ejercicio de poder no pueden ser, por tanto, de carácter estático, sería un contrasentido que el poder fluyera a través de múltiples expresiones, y que los mecanismos adoptados para controlarlo no pudieran adecuarse de continuo a esas diferentes expresiones. El papel de la Constitución es, precisamente la de fijar las formas de expresión de poder y determinar su control.⁸⁰

Es decir, la Constitución determina las formas de expresión del poder una autoridad, esto es, en facultad, atribución, poder, por mencionar algunos conceptos.

⁷⁹ FERRAJOLLI, Luigi, “Principia Iuris, Teoría del derecho y la democracia”, Madrid, Trotta, 2011, p. 557.

⁸⁰ VALADÉS Diego, *Op cit*, nota 76, p.12-13.

Por eso para Norberto Bobbio, el derecho y el poder están enteramente relacionados en sí, no puede ir separado un concepto del otro, pues sin el derecho no hay poder y sin el poder no se justifica el derecho.

Para Bobbio la relación de ambos conceptos siempre es compleja, es una relación de interdependencia recíproca, De hecho “el concepto que los estudios jurídicos y los políticos tiene en común es el concepto de poder”... por un lado el derecho es producto del poder político y sin este no puede aplicarse. Por el otro, la legitimación del poder es, en última instancia una justificación jurídica. Mientras el derecho no puede existir (o carece de toda eficacia) sin un poder de aplicarlo o crearlo un poder solo es legítimo, no un mero poder de *hecho* cuando encuentra fundamento en una norma o en un conjunto de normas jurídicas.⁸¹

En ese sentido, y dado que no resulta fácil desvincular el poder de la norma, y en atención que se consideran como tal a las facultades en tanto que éstas producen efectos jurídicos sobre terceros, por lo que para la presente investigación –el poder– serán las facultades o atribuciones de la autoridad. Razón por la cual se procede al estudio de dicho concepto.

1.2.1.2. Autoridad

Ya quedó dilucidado que el poder es ostentado por una autoridad pero, ¿qué es autoridad? Para Robert Peabody es...atributo de una persona, cargo u oficio que otorga un derecho a dar órdenes; como una relación entre los cargos de superior y subordinado; como una cualidad que hace que una orden se cumpla, y como base de un comportamiento.⁸²

⁸¹ SALAZAR URGARTE, Pedro, “El Constitucionalismo de Norberto Bobbio: Un puente entre el poder y el derecho”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006, Cuestiones Constitucionales, (Número 14), p. 179- 180.

⁸² PEABODY, Robert L., citado por Zabludovsky, Gina, “Autoridad, liderazgo y democracia (una revisión teórica)”, ESTUDIOS. filosofía-historia-letras 1993, http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras34/textos2/sec_2.html, 02 de abril de 2015.

Para "...los Tribunales del Poder Judicial de la Federación sostenían que la autoridad, para efectos del juicio de amparo, debía ser un órganos del Estado, sea persona o funcionario, o bien entidad o cuerpo colegiado, que por circunstancias de derecho o de hecho dispusiera de la fuerza pública y por ello estuviera e posibilidad de ejercer actos públicos, esto es, en ejercicio del poder del imperio..."⁸³

Luego entonces, las autoridades realizan funciones derivadas de su cargo a fin de coadyuvar con el Estado para cumplir las funciones de éste, en virtud de la actividad del Estado, esto es, "el conjunto de actos materiales y jurídicos, operaciones y tareas que realiza en virtud de las atribuciones que la legislación positiva le otorga, para el efecto de alcanzar fines estatales".⁸⁴

Así, las funciones de autoridad deben ir encaminadas al cumplimiento de determinados fines que beneficien a la sociedad, con respeto y protección de los derechos fundamentales.

Por eso, "aquello que debilite o tienda a debilitar los instrumentos de control, afecta la legitimidad del poder. En esa medida, aunque desde diferentes puntos de partida y con distintos objetivos, tanto los destinatarios del poder cuanto sus titulares, deben mantener una actitud vigilante para evitar, hasta donde sea posible, las conductas de los agentes políticos que desvirtúen el ejercicio de los controles".⁸⁵

De la manera que se vea al poder (atribución, facultad, potestad), es inferirse que una autoridad expresa el poder. Las autoridades son atribuidas con diversas facultades para realizar el cúmulo de actividades que el Estado debe

⁸³ Universidad Nacional Autónoma de México, <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/4/1662/5.pdf>, 31 de julio de 2017.

⁸⁴ FRAGA, Gabino, "Derecho administrativo", 39ª ed, rev., y act. Manuel Fraga, México, Porrúa, 1999, p. 13.

⁸⁵ VALADÉS, Diego, *Op cit*, nota 76, p.17.

cumplir, por lo tanto, el poder con que cuentan las autoridades se traduce en esa facultad que le permite expresarse en forma de acto administrativo.

1.3. Las garantías en la Teoría del Garantismo

El garantismo de Ferrajoli, tiene el propósito de dotar de eficacia y pleno cumplimiento de los derechos fundamentales, como bien se ha analizado con anterioridad, a través de las garantías primarias y secundarias.

Las garantías son las obligaciones o las prohibiciones correspondientes a expectativas positivas o negativas, es decir, son todas aquellas acciones que el estado a través de los órganos, instituciones o autoridades debe hacer, o en su caso, abstenerse hacer, siendo la expectativa lo que el particular espera del Estado.

La teoría del garantismo de Luigi Ferrajoli, propone mediante cuatro postulados explicar el paradigma constitucional del derecho en estudio, el cual se insiste es el resultado del cambio del entonces estado de derecho.

El primer postulado es el *principio de legalidad*, en las dos acepciones –lata, formal o legal, estricta, sustancial o constitucional–...Conforme a esto, donde quiera que exista un poder sea público, privado, ejecutivo, judicial o legislativo,... deberán existir normas primarias, no solo formales sino sustanciales, que regulen su ejercicio, sometiéndolo a los límites y a los vínculos en qué consisten las garantías primarias correlativas a los derechos e intereses constitucionalmente establecidos, así como la separación de los poderes que impidan sus confusiones o concentraciones.⁸⁶

Es decir, en comparación con el antiguo paradigma ahora el Principio de legalidad exige no solo una aplicación estricta y respeto a la norma, sino además exige que no exista una contradicción entre los derechos subjetivos, esto es, una

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi, *op cit*, nota 38, p.57.

antinomia, de allí que la validez de la norma cobre importancia por cuanto hace a su contenido formal.

El segundo postulado es el *principio de plenitud deóntica* establece que donde quiera que existan derechos o intereses establecidos por normas primarias deberán introducirse, como sus *garantías primarias*, los poderes-deberes, es decir, la prohibición de lesionarlos y la obligación de tutelarlos y satisfacerlos, a cargo de funciones e instituciones de garantías primarias, a su vez separadas de cualquier otro poder⁸⁷.

Este postulado establece que las expectativas ya sean positivas o negativas, es decir, -derechos- tienen su correlativo en las obligaciones o prohibiciones, de allí que se requieran normas que permitan los medios para su tutela.

El tercer postulado es el principio de jurisdiccionalidad, que impone que donde existan normas y garantías primarias deberán también existir, contra sus posibles violaciones, normas secundarias, que predispongan la intervención de garantías secundarias o jurisdiccionales por obra de funciones y de instituciones de garantía a su vez secundarias, también separadas de cualquier otro poder.⁸⁸

El cuarto postulado es el *principio de accionabilidad*, conforme al cual donde exista una jurisdicción deberá estar asimismo prevista, como ulterior *garantía secundaria*, su activación por los titulares de los derechos y de los intereses lesionados y, con el carácter complementario y subsidiario, por parte de un órgano público capaz de suplir las posibles inercias o debilidades de aquellos.⁸⁹

En síntesis, los postulados antes desarrollados tiene la finalidad de hacer que el aparato estatal funcione mediante el correcto uso del ordenamiento jurídico, a través del respeto de los derechos y obligaciones en el contenidos, o

⁸⁷ *Ibidem*, p. 59

⁸⁸ *Idem*

⁸⁹ *Ibidem*, p. 60.

bien, ante la lesión de un derecho, mediante los instrumentos legales para demandar su reparación.

Motivo por el cual Ferrajoli habla de la existencia de garantías primarias y secundarias a través de las cuales se lograra materializar su teoría aquí abordada, mismas que en el siguiente apartado se explican.

1.3.1. Garantías primarias

Las garantías primarias, también conocidas como garantías legales, se traducen en los derechos subjetivos positivizados en la Constitución. Es decir, las garantías primarias se relacionan con el contenido de los derechos, es decir, con las expectativas positivas o negativas que el Estado debe satisfacer, las cuales podemos identificar como derechos liberales y sociales, respectivamente⁹⁰.

“... Las garantías primarias comprenderían las obligaciones que, en materia de derechos fundamentales, las normas imponen al legislador (e indirectamente a la administración)... es frecuente que las garantías legales se encuentren formuladas como garantías constitucionales, es decir, positivamente estipuladas en la Constitución...”⁹¹

Así, las normas constitucionales imponen una serie de obligaciones a cargo de los poderes públicos, por lo que, partiendo de la premisa de que “*Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...*”⁹² es evidente que la garantía primaria es la

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi, citado por Aguilera Portales, Rafael Enrique y López Sánchez, Rogelio, “Los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli”, Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx, p. 64, 22 abril de 2015

⁹¹ PISARELLO, Gerardo, “Debate, Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿Qué garantías?”, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174864.pdf>, 24 de octubre de 2016.

⁹² Véase artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Máxima jurídica que a su vez expresa el Principio de legalidad que todo acto de autoridad debe revestir.

prohibición de lesión a un gobernado al dictar un acto de molestia en el que se omite en fundar y motivar la causa legal para ello.

Por lo tanto, en el caso del sistema mexicano, la garantía primaria es el derecho a acudir ante un Tribunal a que se declare la nulidad de un acto administrativo dictado en contravención al principio de legalidad, esto es, contrario a la norma suprema.

El juicio contencioso administrativo en comento, es la serie de pasos seguidos ante un Magistrado Instructor o una Sala que procede contra resoluciones de carácter definitivo, descritas en el artículo 2 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo y el artículo 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativo⁹³, el cual tiene como finalidad estudiar la legalidad de los actos emitidos por autoridades de la Administración Pública.

Sin que obste que las garantías primarias suponen obligaciones al poder público o la Administración a partir de la Constitución, y en el juicio contencioso administrativo se ventilen cuestiones de mera legalidad y con apoyo en diversos ordenamientos, pues es de recordar que las normas que de ella emanan no la contrarían, precisamente porque provienen de ella.

1.3.2. Garantías secundarias

Las garantías secundarias son las correlativas a las expectativas de reparación o de sanción de sus violaciones⁹⁴ o mejor dicho, a las garantías primarias.

“Las garantías secundarias consisten en “las obligaciones (de aplicar la sanción o de declarar su anulación) correspondientes a las expectativas positivas que forman el contenido de la sancionabilidad y de la anulabilidad

⁹³ El pasado 18 de julio de 2016 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, se modificó el nombre del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa a Tribunal Federal de Justicia Administrativa ya que la competencia material se modifica respecto a que ahora conoce de resoluciones de responsabilidad administrativa a fin de evitar la corrupción de los servidores públicos.

⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi, *op cit*, nota 38, p. 56

generadas, como efectos específicos, respectivamente, por actos ilícitos y por los actos inválidos... Las garantías primarias y secundarias tienen su estrecha vinculación al iuspositivismo con la actividad denominada iuspositivismo crítico, propuesta por Ferrajoli. Esta práctica consiste en la “la tarea científica del jurista de valorar la validez o invalidez de las normas conforme a parámetros tanto formales como sustanciales establecidas por normas de rango superior.”⁹⁵

Dicho de otro modo, las garantías secundarias son los mecanismos que se activan ante la vulneración de una garantía primaria. Así las garantías secundarias en forma de juicio, seguido de una sanción o la invalidez de un acto.

Por ello, si el desvío de poder consiste en una falta grave en la que autoridad se aparta del fin o el medio establecido en la norma, por tanto, la indemnización al particular consiste en el garantía secundaria a través de la cual se repararía la garantía primaria violada.

1.3.3. Derecho a la reparación del daño como garantía secundaria

Se estableció en los subtemas precedentes que el desvío de poder se configura cuando la autoridad hace uso de sus facultades discrecionales para fines distintos a los permitidos por la norma, con ello, vulnera la esfera jurídica de los particulares ocasionando que éstos resientan daños o perjuicios que deben ser reparados.

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi, citado por Aguilera Portales, Rafael Enrique y López Sánchez, Rogelio, *op cit*, nota 90, p. 64.

Así, la doctrina ha establecido que los particulares tienen el derecho a la reparación del daño, ante los daños sufridos, al respecto señala Eduardo Soto Kloss, lo siguiente:

“el fundamento, la causa de la obligación de reparar no es la existencia de una falta, de culpa, de malicia, en el autor del daño, sino el desequilibrio producido en las relaciones de los hombres, desequilibrio injusto, injuria, perturbación de una igualdad que es necesario proteger, y por ende, necesidad de reparar aquella, alterada por ese daño contrario a esa igualdad...”⁹⁶

Así, el derecho a la reparación del daño se ha venido regulando desde el derecho romano en el que se planteó que ante la conducta típica antijurídica se debe subsanar de alguna forma la esfera jurídica del particular afectado.

No obstante la doctrina ha hecho un estudio profundo sobre el tema, en tratándose de asuntos en materia penal, lo cierto es que, en el campo del derecho administrativo también las conductas de la autoridad pueden ser castigadas, y en el caso de los gobernados, sean indemnizados para reparar el daño.

Por ello, el derecho a la reparación del daño, traducida en la indemnización que se ha abordado, debe ser materia de estudio por los Magistrados del Tribunal, pues se insiste, ante la falta grave cometida por las autoridades debe garantizarse el derecho humano de trato, atendiendo al Principio Pro Persona.

Luego entonces, con la reforma a la Constitución mexicana en 2011, se ha impuesto a los juzgadores del Estado mexicano velar por la protección más amplia de los derechos humanos, logrando la efectividad de la Ley Fundamental.

En ese orden de ideas “...el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha desarrollado el contenido del deber de reparar en términos más amplios que los del otorgamiento de una mera indemnización o compensación pecuniaria, como suele ser entendida en el ámbito interno de los Estados, pues la reparación debe ser “integral”. Asimismo, la reparación no se limita al

⁹⁶ SOTO Kloss, Eduardo, citado en “Derecho Administrativo”, p. 167, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1920/12.pdf>, 26 de febrero de 2017.

ámbito penal sino que procede en todo caso en el que se hayan violado derechos humanos.”⁹⁷

Luego entonces, la reparación del daño da lugar a que el derecho violado, sea subsanado, en el caso, se habla de una reparación de forma material, esto es, de forma económica mediante una indemnización que en el caso los Magistrados deben ordenar en las sentencias realice la enjuiciada.

“Lamentablemente en México esta responsabilidad del Estado no se cumple plenamente, tomando en cuenta que la reparación del daño en las leyes y en la práctica se ha burocratizado, limitándose a un trámite administrativo posterior a un fallo judicial para otorgar una mera indemnización económica en caso de daños materiales e inmateriales, lo que evidencia, por un lado, un desdén hacia las víctimas y las violaciones a derechos humanos; y por el otro, una violación sistemática al derecho a la justicia, lo que incrementa gravemente la impunidad.”⁹⁸

Más lamentable aún, en el derecho administrativo normalmente no son punibles las autoridades, quienes investidas de un cargo público abusan de las facultades conferidas en la ley, actuando de formas distintas a la prevista en la norma.

Lo anterior es así, pues en México solamente se regula la figura de responsabilidad patrimonial del Estado, lo que deja de lado los demás actos que emite la Administración Pública, siendo que a través de los mismos, una autoridad puede cometer falta grave y con ello, violentar la esfera jurídica de un justiciable.

En ese sentido, se considera importante conceder mayor importancia a la figura de la indemnización, para que en similar aplicación del derecho penal, se logre reparar el daño de un gobernado en el juicio contencioso administrativo, de tal manera que si bien no se logra reparar su esfera al momento de la violación,

⁹⁷ SAAVEDRA Álvarez, Yuria, “Teoría de las reparaciones a la luz de los derechos humanos”, México, Comisión de los Derechos Humanos del Distrito Federal, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013, p.7

⁹⁸ PELAYO Moller, Carlos María “La reparación del daño y la efectiva protección de los derechos humanos”, *DFENSOR, Revista de derechos humanos*, México, Comisión de los Derechos Humanos del Distrito Federal, número 12, año VIII, diciembre de 2010, p. 3.

por lo menos se cubra económicamente al gobernado por los daños y perjuicios sufridos.

Por ello, en el subsecuente capítulo se analizará el desvío de poder dentro del marco legal mexicano, así como las citadas garantías primarias y secundarias, como medios de defensa y derechos que contempla la ley a fin de evidenciar la ineficacia de la ley y se logre combatir el desvío de poder, en el estado de derecho o garantismo ya analizado.

CAPÍTULO II. El desvío de poder en el marco jurídico nacional e internacional

En el capítulo que precede se han abordado los diversos conceptos que constituye la columna vertebral de la presente investigación, es decir, aquellos elementos sustanciales que le darán sentido al tema central que se aborda, por lo que en ese sentido, ahora se procede a estudiar el marco jurídico en el derecho mexicano que regula el desvío de poder.

Además, se traerá a colación la regulación de la desviación de poder en el derecho español por ser uno de los países de lengua hablantes de español y que sí refleja en las jurisprudencias de su Tribunal Supremo. Y en tanto que, en el caso, ante una posible inaplicación del desvío de poder, también se citan diversos instrumentos internacionales dado que podrían aplicarse en el sistema mexicano.

2.1. Regulación del desvío de poder en México

El estado de derecho contemporáneo impone a los jueces y cualquier autoridad la prohibición de lesión de garantías primarias y la satisfacción de las mismas mediante las garantías secundarias establecidas en las normas.

El artículo 1, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

(...)

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de

conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. (...)

Del primer párrafo del citado artículo 1° de la Constitución, se desprende la incorporación de los derechos fundamentales en el sistema normativo mexicano, al reconocer los derechos humanos en dicho ordenamiento legal.

Del párrafo segundo del citado precepto legal, se advierte la función estatal: “promover”, “respetar”, “proteger” y “garantizar” los derechos humanos,... los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, denotan la realización de dicha función, de tal suerte que mientras la connotación muestra el qué, de los nuevos deberes estatales, la denotación muestra del cómo de dichos deberes.

En ese sentido, menciona Miguel Carbonell que el deber de garantía como verbo, es el que “da fundamento a la idea según la cual toda organización del Estado debe estar al servicio de los derechos humanos, en la medida que éstos derechos suponen la base de la legitimidad del quehacer estatal”.⁹⁹

Por ello, el Estado debe atender a la idea de respeto de los derechos fundamentales, verbigracia seguridad jurídica, derecho a la tutela judicial efectiva, reparación del daño, por mencionar algunos, ello, por el simple hecho de estar positivados en la Ley Fundamental.

Sin olvidar que los derechos fundamentales son el producto que los legisladores mexicanos han incorporado a nuestra legislación vigente a partir de la reforma constitucional en nuestro país, en atención al nuevo Estado de derecho.

⁹⁹ CARBONELL, Miguel, *op cit*, nota 47, p. 47.

La expresión *Estado de Derecho*,... habría de ser considerada un pleonismo, puesto que todo Estado es Estado de derecho y la diferenciación que presuponga una dualidad entre Estado y derecho –donde el Estado sea una realidad distinta, o autónoma, al orden jurídico, pues suponemos que éste es producido por aquél y que solo entonces el Estado se somete al derecho convirtiéndose en Estado de derecho– no es una afirmación científica o una constatación de hecho, sino un posicionamiento preciso con un profundo sentido ideológico.¹⁰⁰

Para autores como Antonio Manuel Peña Freire, la administración está sometida al derecho, lo cual constituye una garantía de los derechos de los ciudadanos, que ha sido incorporado por el Estado constitucional de derecho como expresión particular de algunos de sus principios constitutivos como son la supremacía constitucional y el riguroso sometimiento de todos los poderes al estado de derecho.¹⁰¹

Así, atendiendo a la separación de poderes, la Administración Pública, a través de las autoridades, debe emitir actos atendiendo el Principio de Legalidad, esto es, de lo que establece la norma, y no así conforme a su libre albedrío ya que de actuar de forma contraria se rompería con el Estado de Derecho Constitucional.

Luego entonces, las autoridades al emitir día a día los actos administrativos, deben apegarse al principio de legalidad contenido en el artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,¹⁰² sin embargo y dado que en la práctica no se cumple con tal, en consecuencia vemos actos administrativos viciados por desvío de poder.

¹⁰⁰ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, España, 1997, p. 41.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 265.

¹⁰² Artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 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 del procedimiento.

De ahí, que en los ordenamientos jurídicos modernos se implementen garantías secundarias a fin de hacer efectivos los derechos subjetivos¹⁰³ o fundamentales, y con ello la protección de la Constitución, por lo que al existir una violación de las normas formales o sustantivas dentro de la fenomenología del estado de derecho en la emisión de los mismos, debe declararse su invalidez.

2.1.1. Antecedentes históricos del juicio contencioso administrativo y el desvío de poder

Se considera importante analizar los antecedentes legales que dieron lugar a la actual regulación al juicio de nulidad, a través del cual, podría tener lugar el estudio del desvío de poder.

Además, y en virtud de lo que se busca es la optimización y uso de la figura en comento para lograr se garantice el correcto ejercicio de la garantía secundaria determinada en la norma, es importante conocer el procedimiento que en su caso se siguió para la indemnización por causa de la desviación de poder, es decir, qué procedimiento, bases o reglas se ocupaban para garantizar dicho derecho al particular.

Hecho lo anterior, se procederá a realizar un estudio del derecho en el internacional del desvío de poder, concretamente, del ordenamiento jurídico español, con el objeto de entender cómo dicho país logra la aplicación de dicho vicio en sus sentencias y el trato que se da a los actos declarados nulos con tal desvío mediante a la indemnización perseguida.

¹⁰³ 'Derecho subjetivo' es una noción más extensa, de género, que incluye cualquier expectativa de no lesión o de prestación y por consiguiente también de los derechos patrimoniales, identificables, contrariamente los derechos fundamentales, con todos aquellos sujetos que corresponden a un sujeto con exclusión de los demás en Ferrajolli, Luigi, Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia, 2 ed., Madrid, Trotta, p. 57.

2.1.1.1. Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo de 25 de mayo de 1853

El sistema mexicano tuvo una gran influencia de la doctrina francesa para la creación del procedimiento contencioso administrativo y para la adopción de figuras como el desvío de poder, la Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo, decretada por Antonio López de Santa Anna el 25 de mayo de 1853, también conocida como Ley Lares de lo Contencioso, es una clara manifestación de ello.

El artículo 1° de la referida Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo, establecía expresamente que a la autoridad judicial no correspondía el conocimiento de las cuestiones administrativas.

En el artículo 2, de la misma Ley, se prevé la existencia de un Consejo de Estado que tenía las facultades de conocer cuestiones administrativas, tal y como se estableció en el Sistema francés.

Por su parte el numeral 76° del capítulo VIII, titulado Del efecto de los títulos ejecutivos, del Reglamento de la Ley Lares de lo Contencioso Administrativo, *establecía que si se presentaba un título ejecutivo contra el erario de la nación, o contra los fondos o bienes de las personas morales de la Federación, podían declarar que el juicio era ejecutivo.*

Situación que el juez debía comunicar al gobierno para que se autorizara el pago si, así lo permitían los fondos, y en caso de que no fuera así, se ordenaba se incluyera el asunto en el presupuesto que corresponda para proceder al pago.

Es importante mencionar que dicho precepto legal también establecía que el gobierno a fin de pagar a las partes podía autorizar la venta de bienes. La Ley y su Reglamento en estudio si bien no regulaban el desvío de poder como lo

conocemos hoy en día, al menos regulaban la manera en la que la Federación pagaba a los ciudadanos cuando ello era procedente.

Por tanto, cobra gran relevancia la declaración de -juicio ejecutable- que hacía el Consejo de Estado, en tanto que preveía la manera en que la Federación debía ordenar cumplimiento de las sentencias, esto es, pagar a la parte correspondiente.

En el supuesto sin conceder que dicha Ley estableciera la indemnización por desvío de poder como resarcimiento ante el ejercicio de dicho vicio, ello permitiría a la fecha tener la pauta para que el Tribunal Federal de Justicia Administrativa declare en un juicio el derecho a una indemnización a la parte afectada ante el abuso de derecho en estudio.

2.1.1.2. Ley de Justicia Fiscal de 31 de agosto de 1936

De acuerdo a la propia exposición de motivos de la Ley de Justicia Fiscal, misma que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1936, se desprende que los actos administrativos y fiscales eran impugnados mediante el juicio de Amparo, dado que la Constitución Mexicana no preveía la existencia de un Tribunal que conociera de dichos actos.

Sin embargo, ante la demanda constante de este tipo de actos administrativos, y ante la necesidad de control y regulación de las facultades administrativas -fiscales- que eran las que en aquel momento histórico ameritaban una imperiosa necesidad de regulación (con independencia de la presunción de legalidad de los actos en comento) se ordenó la creación del Tribunal de Justicia Fiscal.

En efecto, la Constitución vigente en 1936 no otorgaba la facultad al Congreso de la Unión para expedir leyes en las que se creara un Tribunal que conociera de los actos administrativos.

Sin embargo, el Legislativo consideró suficiente para la creación de un Tribunal de lo contencioso administrativo que en el artículo 14 de la Constitución, regulara la garantía de juicio, así como que la jurisprudencia había sostenido que ese juicio no necesariamente debía someterse ante autoridades judiciales.

Así, con la Ley de Justicia Fiscal, se consideró el primer paso para que en México se crearan Tribunales administrativos con autonomía del Poder judicial para dictar sus fallos, tomando en cuenta que la atribución de éste, es el estudio de los actos emitidos por el Poder Ejecutivo lo que se consideró indispensable para el desempeño y eficacia de las funciones de control de la Administración activa en defensa y garantía del interés público, y de los derechos e intereses legítimos de los particulares.¹⁰⁴

...El Tribunal Fiscal de la Federación estará colocado dentro del marco del Poder Ejecutivo (lo que no implica ataque al principio constitucional de la separación de poderes, supuesto que precisamente para salvaguardarlo surgieron en Francia los tribunales administrativos); pero no estará sujeta a la dependencia de ninguna autoridad de las que integran ese poder sino que fallara en representación del poder ejecutivo por delegación de facultades que la ley le hace. En otras palabras: será un tribunal administrativo de justicia delegada, no de justicia retenida. Ni el Presidente de la República ni ninguna otra autoridad administrativa tendrán intervención alguna en los procedimientos o resoluciones del Tribunal. Se consagrará así, con toda precisión, la autonomía orgánica del cuerpo que se crea; pues el Ejecutivo piensa que cuando esa autonomía no se otorga de manera franca y amplia, no puede hablarse propiamente de una justicia administrativa...¹⁰⁵

¹⁰⁴ Cfr., Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1936, p. 2,

¹⁰⁵ Exposición de motivos de la ley de Justicia Fiscal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1936, p. 2.

De la exposición de motivos de la Ley de Justicia Fiscal se desprende que dado que en el país no existían Tribunales que resolvieran propiamente las controversias entre las autoridades y los particulares, los legisladores tuvieron que allegarse de diversas disposiciones para crear Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

Sin embargo, ante la necesidad de regular los actos administrativos en materia fiscal, esto para controlar las facultades de cobro de los autoridades fiscales, así como regular su impugnación, se crearon dichos Tribunales. Así, no solo se limitaba su impugnación mediante el juicio de garantías.

Pues el juicio de amparo era la única vía en la que se podían ventilar los actos administrativos. No obstante lo anterior, y en virtud de que le dieron importancia desde este momento a la regulación de los actos administrativos-fiscales, dada la importancia del pago de los impuestos y que se contribuyera al gasto público; se dio la pauta para regular también los actos meramente administrativos.

Lo anterior sigue una lógica, pues el Estado al delegar facultades al Tribunal Federal de Justicia Administrativa, califica los actos que la administración activa emite, mismos que de acuerdo a la doctrina y a la exposición de motivos en análisis deben estar acordes al principio de legalidad, siendo el motivo por el cual ni el Presidente de la República puede intervenir, pues de hacerlo el Tribunal ya no fallaría en su representación, siendo está la naturaleza del Tribunal Fiscal.

En la multicitada exposición se estableció además, que este Tribunal se conformará por un Pleno y Salas, asimismo, se determinó de conformidad con la doctrina que es de lo contencioso de anulación de actos tanto administrativas como los fiscales, por lo que lo que sería sometido a jurisdicción es el acto y el órgano, no el Estado como persona jurídica.

Además, este Tribunal no tendrá otra función más que la de reconocer la legalidad o la declarar la nulidad de los actos o procedimientos, para lo cual se determinó lo siguiente:

...Derivadas del carácter del juicio son las causas que la ley fija para su anulación. En la generalidad de los casos dichas causas suponen violación de la ley, ya en cuanto a la competencia o en cuanto a la forma o en cuanto a la norma aplicada o que debió aplicarse en el fondo. Sólo para las sanciones se autoriza la anulación por desvío de poder,... Se ha circunscrito la anulación por desvío de poder a las sanciones porque es ahí donde la necesidad del acatamiento de reglas implícitas antes dichas aparece con claridad en el derecho tributario mexicano, pues que en materia de los impuestos las autoridades normalmente no obran ejercitando facultades discrecionales sino preceptos expresos de las leyes...¹⁰⁶

Lo anterior resulta de gran relevancia al tema en estudio, toda vez que en el caso de la Ley de Justicia Fiscal, se establecía con bastante claridad que el desvío de poder, entendido como el abandono de las normas de la autoridad derivadas de las facultades que previamente le son concedidas, podía ser el supuesto por el cual el Tribunal podía declarar nulo un acto de autoridad siempre que se tratara de sanciones de las derivadas en los actos tributarios.

Lo anterior, en atención a la cantidad de inconformidades que presentaban los particulares por estas sanciones, sin que a la fecha de emisión de la ley que se estudia se solucionara el problema planteado por los inconformes, de tal manera que lo que se ofrecía eran dos adiciones importantes, la primera, una *garantía eficiente*¹⁰⁷, no solo al particular deudor, sino a los funcionarios y empleados.

Y la segunda adición, consistió en la regla que somete a la jurisdicción del tribunal, creado con la Ley en estudio, es decir, el Tribunal Fiscal de la

¹⁰⁶ Exposición de motivos de la ley de Justicia Fiscal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1936, p. 3.

¹⁰⁷ *Ídem*

Federación, las negativas de la devolución de impuestos, derechos, aprovechamientos ilegalmente percibidos, con el propósito de que toda la materia fiscal y sólo los procedimientos de cobro queden sometidos en cuanto a su examen jurisdiccional¹⁰⁸.

Por otra parte, en lo que concierne al tema en estudio resulta conveniente citar el artículo 56, de la Ley de Justicia Fiscal, en virtud de que dicho precepto legal bajo el inciso d), contempla entre las diversas causas de nulidad de una resolución o procedimiento administrativo el desvío de poder, mismo que en la legislación vigente no se cita de manera expresa como en la Ley en análisis, tal como se muestra a continuación.

ARTÍCULO 56.- Serán causas de anulación de una resolución o procedimiento administrativo;

(...)

d).—*Desvío de poder*, tratándose de sanciones impuestas por infracción a las normas fiscales. (sic)

(Énfasis añadido)

En efecto, tal y como se apuntó con antelación, el artículo normativo antes citado, hace un reconocimiento de la existencia de la figura desvío de poder. Además, delimita la aplicación de dicha causa de anulación, al determinar en concreto que sólo sería aplicable en los actos cuya determinación consistía en una sanción por infracción a las leyes tributarias.

Asimismo, se desprende que la intención del legislador fue sólo regular la impugnación de actos administrativos fiscales, y no así, los meramente administrativos, las razones fueron sencillas, que la contribución al gasto federal fuera efectiva, así como que se atendieran las solicitudes de los contribuyentes

¹⁰⁸ *Ídem*.

relativas a las devoluciones, derechos, aprovechamientos ilegalmente percibidos, que generalmente eran negados por parte de la autoridad.

Pese a la sencillez con la que se regula el desvío de poder en la Ley que se analiza, es claro que la figura en comento seguía cobrando relevancia, y más porque tenía un enfoque respecto a los actos fiscales, lo cual, sin duda, a la fecha son los actos de tal índole los que siguen vulnerando en mayor medida la esfera jurídica de los gobernados.

2.1.1.3. Desvío de poder en la legislación actual (Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo)

Es la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA) el ordenamiento jurídico que regula el procedimiento contencioso administrativo o también llamado juicio de nulidad, a través del cual se demanda la nulidad de los actos administrativos que se considera han sido emitidos de manera ilegal.

Por otra parte, es importante señalar que el pasado 13 de junio de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el decreto de reforma a la referida Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo. Dicha reforma tuvo gran impacto para los operadores del derecho, en virtud de que los plazos concedidos en dicha Ley para el desarrollo del juicio fueron reducidos.

No es tema de la presente investigación el desarrollo esquemático del procedimiento contencioso, ni el indagar los fines por los cuales el legislador emitió la reforma en comento, sin embargo, cobra relevancia que ahora es el Tribunal Federal de Justicia Administrativa el órgano competente para conocer de los juicios de nulidad, y en su caso, declarar si existió desvío de poder en determinado caso.

En efecto, el Tribunal Federal de Justicia Administrativa conoce de los juicios en contra de las resoluciones definitivas o actos que dicten las autoridades administrativas federales, *verbigracia* en las que impongan multas, determinen créditos fiscales, nieguen la devolución de saldos a favor, recaídas a recursos administrativos, contra las que se configuren la negativa ficta, por mencionar algunas.

Agotadas las etapas procesales del juicio, la Sala de conocimiento emitirá sentencia que ponga fin al juicio, de conformidad con el artículo 50, del LFPCA para lo cual deberá enfocarse principalmente a resolver aquellos conceptos de impugnación que puedan producir la nulidad lisa y llana antes que aquellos que puedan producir la nulidad para efectos.

En ese sentido, recordemos que la Sala en términos del artículo 51, fracción V, de la LFPCA, podrá declarar que un acto es ilegal o nulo en los casos en que se acredite que fue emitido por desvío de poder, lo que traería como consecuencia la nulidad lisa y llana del acto combatido.

ARTÍCULO 51.- Se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales:

(...)

V. Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades.

El citado precepto establece que un acto podrá ser declarado nulo cuando se -demuestre- que la resolución impugnada ha sido emitida en ejercicio de facultades discrecionales, y para un fin no previsto por la ley.

Conviene mencionar que de la comparación que se haga al artículo 56 de la Ley de Justicia Fiscal con el artículo 51, fracción V, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo en estudio, ya no se menciona de

manera expresa que se trata de desvío de poder, pero sigue siendo causa de nulidad de un acto administrativo.

Ahora bien, el artículo 52, de la multicitada LFPCA menciona cuales son los sentidos de la sentencia definitiva en comento, a saber:

ARTÍCULO 52.- La sentencia definitiva podrá:

(...)

V. Declarar la nulidad de la resolución impugnada y además:

(...)

d) *Reconocer la existencia de un derecho subjetivo y condenar al ente público federal al pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos.*

(Resaltado añadido)

En efecto, la Sala de conocimiento puede declarar la nulidad de un acto administrativo, pero además, puede reconocer al demandante el derecho relativo a la garantía secundaria, dados los daños y perjuicios causados¹⁰⁹, luego entonces, es evidente que debe condenar a la autoridad el pago de una indemnización por el menoscabo sufrido y por aquello que dejó de percibir durante el tiempo que duraron los efectos del acto viciado.

Dicho en otras palabras, el precepto legal antes citado establece que el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, podrá declarar la nulidad de una resolución cuando este viciada por desvío de poder, aunque dicho artículo no mencione de manera expresa dicho vicio.

¹⁰⁹ De acuerdo al Código Civil Federal, de aplicación supletoria a la materia administrativa, en sus artículos 2108 y 2109, se entiende por daños y perjuicios lo siguiente: Artículo 2108.- Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación. Y Artículo 2109.- Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

Ahora bien, en cuanto a la garantía secundaria de que hablamos, conviene traer el contenido del artículo 6 de la LFPCA en cita, ya que dicho artículo establece la forma de indemnizar al particular afectado.

“ARTÍCULO 6o.- (...)

La autoridad demandada deberá indemnizar al particular afectado por el importe de los daños y perjuicios causados, cuando la unidad administrativa de dicho órgano cometa falta grave al dictar la resolución impugnada y no se allane al contestar la demanda en el concepto de impugnación de que se trata. Habrá falta grave cuando:

(...)

III. *Se anule con fundamento en el artículo 51, fracción V de esta Ley.*

La condenación en costas o la *indemnización* establecidas en los párrafos segundo y tercero de este artículo *se reclamará a través del incidente* respectivo, el que se tramitará conforme lo previsto por el cuarto párrafo del artículo 39 de esta Ley.”

(Énfasis añadido)

Es decir, si el acto administrativo es declarado nulo en términos del artículo 51, fracción V, es decir, por falta grave, como el –desvío de poder–, luego entonces, procede se indemnice al particular afectado.

Refiere la fracción III, del artículo 6 de la LFPCA, que cuando las autoridades fiscales cometan abusos –respecto de las facultades discrecionales– por cuanto a la ejecución de las mismas, es decir, por cuanto a su contenido, mas no por la decisión de llevarlas a cabo o no.

Es importante saber cuándo surge la obligación al pago de daños y perjuicios a partir de identificar el agravio y la verdadera ilegalidad que puede producir un acto de autoridad que incurra en esta tercera hipótesis.

De allí, la dificultad de identificar cuando un acto administrativo se encuadra en la hipótesis de la fracción V del citado artículo 51 de la LFPCA, y en

consecuencia se reconozca al demandante a ser indemnizado, en términos del citado artículo 6 de la misma Ley

La garantía secundaria entonces se activa con el reconocimiento expreso que haga el Magistrado Instructor o la Sala a percibirlo, -previo estudio y análisis que haga al acto combatido e identifique se actualizó el desvío de poder, es decir, determine que la Administración incurrió en falta grave- pero el trámite correspondiente será el incidente respectivo, en términos del artículo 39 de la LFPCA, el cual establece:

“ARTÍCULO 39 (...) Si no está previsto algún trámite especial, los incidentes se substanciarán corriendo traslado de la promoción a las partes por el término de tres días. Con el escrito por el que se promueva el incidente o se desahogue el traslado concedido, se ofrecerán las pruebas pertinentes y se presentarán los documentos, los cuestionarios e interrogatorios de testigos y peritos, siendo aplicables para las pruebas pericial y testimonial las reglas relativas del principal.”

El artículo antes citado regula los incidentes de previo y especial pronunciamiento que pueden ser invocados durante el juicio. Pero en cuanto a la indemnización que refiere el citado artículo 6 de la LFPCA no especifica el trámite a seguir, de allí que al no estar previsto en la norma lo procedente será ejercer la garantía secundaria mediante escrito, el cual se correrá traslado a la contraparte en el término de tres días, se ofrecerán y desahogaran pruebas.

Por otra parte, es de mencionar que la garantía en estudio, también se regula por la Ley del Servicio de Administración Tributaria, que es de las normas que regulan propiamente a un ente de la Administración Pública, y el que por cierto, es el que más actos de autoridad emite en perjuicio a los particulares.

Artículo 34. El Servicio de Administración Tributaria será responsable del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les correspondan.

(...)

El Servicio de Administración Tributaria deberá indemnizar al particular afectado por el importe de los gastos y perjuicios en que incurrió, cuando la unidad administrativa de dicho órgano cometa falta grave ... Para estos efectos, únicamente se considera falta grave cuando la resolución impugnada:

(...)

- III. Se anule por desvío de poder. En los casos de responsabilidad del Servicio de Administración Tributaria, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del derecho federal que rijan materias similares y los principios generales del derecho que mejor se avengan a la naturaleza y fines de la institución.

De acuerdo al citado artículo 34 de la Ley del Servicio de Administración Tributaria, el citado órgano será responsable deberá indemnizar al particular afectado de los daños y perjuicios causados por servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les correspondan.

Además, del citado artículo 34, de la Ley SAT, se aprecia que dicho organismo debe indemnizar por el importe de los gastos realizados y perjuicios sufridos por la parte actora, cuando la unidad administrativa del Servicio de Administración Tributaria al dictar la resolución controvertida, cometa falta grave y no se allane a la demanda.

Luego entonces, estamos ante dos tipos de indemnización a que está obligado a cubrir el Servicio de Administración Tributaria, una por incurrir en desvío de poder y la otra por daños y perjuicios, en ese entendido, podemos arribar a los cuestionamientos siguientes: ¿la inaplicabilidad del desvío de poder se debe a que la autoridad prefiere evitar el pago de las indemnizaciones antes detalladas? O ¿su inaplicabilidad deviene porque la ley sí es vaga en cuanto a su regulación?, preguntas que pretenden resolverse en el transcurso de la presente investigación.

Es tal, la ausencia de una regulación clara y precisa respecto al desvío de poder que ha sido el Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer

Circuito, quien en la tesis número 247747, describe que es el desvío de poder y los elementos que permiten se actualice el mismo, de allí que el artículo sea vago e impreciso.

Por tanto, si bien la ley actual contempla el desvío de poder en la citada fracción V, del artículo 51, no menos cierto es que no regula de manera concreta la misma, es decir, no establece conductas o determinados actos en los que se encuadre el referido vicio (como en la Ley de Justicia Fiscal, que establecía que sólo aplicaba a los actos administrativos fiscales) razón por la cual se considera que en la praxis la impugnación de los actos administrativos por desvío de poder se encuentra en desuso.

Como se verá, dicha inaplicación se considera deriva de que de entre todas las causales por las que se puede declarar nulo un acto administrativo se encuentran vicios formales que versan sobre la competencia material y territorial de la autoridad; que no se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, por mencionar algunos ejemplos, que son más sencillas de demostrar en la praxis que el desvío de poder.

2.2. Jurisprudencia y Tesis respecto al desvío de poder

El problema en México respecto a la figura del desvío de poder deviene en el sentido de que en la praxis dicha figura está en completo desuso, es decir, no hay sentencias emitidas por el TFJA en las que haya declarado la nulidad de un acto administrativo por razón de dicho vicio, y en consecuencia, que haya condenado a la Administración al pago de la indemnización por daños y perjuicios como lo establece la propia Ley.

No obstante lo anterior, los Tribunales Colegiados de Circuito en distintas ocasiones han determinado situaciones de hecho a través de las cuales determinan cuando se configura el desvío de poder.

Un ejemplo de ello es la tesis de rubro “ORDEN DE VISITA. NULIDAD DE LA. DEBE SER LISA Y LLANA”¹¹⁰, la cual, establece que tratándose del ejercicio de la práctica de una visita, cuya orden es para fines distintos de los que establece la ley (actividades que no tengan relación con la revisión de la contabilidad para verificar el pago de contribuciones a la Hacienda Federal) se debería activar la garantía secundaria a efecto de restituir en el goce de su derecho violado, pero el Colegiado únicamente determino que se debía declarar la nulidad del acto administrativo.

Por eso, se considera que la emisión de un nuevo acto administrativo, no es suficiente para restituir un derecho violado, pues el impacto ocasionado en la esfera del particular al haber sido vulnerada debe por lo menos indemnizarse, dado el perjuicio o el daño ocasionado, cuestión que perdió de vista el Colegiado en el caso a estudio.

Un ejemplo más, es la tesis nominada “DESVÍO DE PODER. SE ACTUALIZA CUANDO LA AUTORIDAD CALIFICA COMO GRAVE UNA INFRACCIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS, CON EL PROPÓSITO DE EVITAR LA CONFIGURACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE SUS FACULTADES SANCIONATORIAS Y NO IMPONE, COMO MÍNIMO, LA SANCIÓN DE DESTITUCIÓN”¹¹¹ emitida por su parte, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

¹¹⁰ ORDEN DE VISITA. NULIDAD DE LA. DEBE SER LISA Y LLANA.. Tesis número 214123, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo XII, Diciembre de 1993, p. 920.

¹¹¹ DESVÍO DE PODER. SE ACTUALIZA CUANDO LA AUTORIDAD CALIFICA COMO GRAVE UNA INFRACCIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS, CON EL PROPÓSITO DE EVITAR LA CONFIGURACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE SUS FACULTADES SANCIONATORIAS Y NO IMPONE, COMO MÍNIMO, LA SANCIÓN DE DESTITUCIÓN.- Tesis VII-CASR-6ME-3, *Revista del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa*, Séptima Época, Año V, núm. 42, enero 2015, p. 311.

Dicho Tribunal ha determinado que la autoridad incurre en desvío de poder cuando la autoridad califica de grave una infracción en materia de responsabilidades administrativas de los servidores públicos en uso de sus facultades discrecionales, y esta no tiene congruencia entre su graduación y la sanción impuesta, pues es claro que dicha calificación persigue el propósito de que no prescriba su facultad sancionadora en tres años sino en cinco.

Luego entonces, del ejemplo anterior se advierte claramente el desvío de poder en el fin, puesto que es cierto que las autoridades cuentan con facultades para imponer sanciones, sin embargo el fin de dicha atribución no es sancionar al arbitrio al servidor público conforme la sanción más alta, toda vez que la ley contiene los parámetros o elementos necesarios para calificar la conducta como inferior o grave y encuadrarla a su respectiva sanción.

En la tesis “DESVÍO DE PODER, CUÁNDO SE ACTUALIZA, EN LA EJECUCIÓN DE UNA ORDEN DE VISITA DOMICILIARIA PARA COMPROBAR LA EXPEDICIÓN DE COMPROBANTES FISCALES”¹¹², hay desvío de poder cuando la autoridad al realizar una visita domiciliaria revisa más documentos de los que especificó en la orden de verificación.

Los criterios antes citados evidencian que son escasos los casos en los cuales se puede determinar que un acto administrativo está viciado por desvío de poder dada la ausencia de elementos que permitan regularlo en la actual ley, de ahí que sean los estudiosos de los Tribunales Colegiados los que a la fecha han determinado estos pocos casos en los que ha prosperado dicho vicio de validez del acto administrativo.

¹¹² DESVÍO DE PODER, CUÁNDO SE ACTUALIZA, EN LA EJECUCIÓN DE UNA ORDEN DE VISITA DOMICILIARIA PARA COMPROBAR LA EXPEDICIÓN DE COMPROBANTES FISCALES.-. V-TASR-XXV-1396, *Revista del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa*, Quinta Época, Año IV, núm. 48. Diciembre 2004, p. 321.

2.3. La desviación de poder en el Derecho Español

El vicio en estudio, denominado por nuestro sistema mexicano como desvío de poder, es un vicio aplicado en otros sistemas jurídicos, tales como el francés, italiano y el español.

No obstante autores como Carmen Chinchilla y Jaime Isac Sánchez consideren que el desvío de poder no ha tenido una aplicación plena en la praxis en el sistema español, se considera que sí lo tiene, en atención a que se han emitido diversas sentencias en las que se ha tratado el tema a estudio, y de las cuales se obtienen los elementos que han permitido determinar cuándo se configura la citada falta grave.

Motivo por el cual, y dado que como se verá el desvío de poder es tema de estudio en los recursos previstos por la norma española, y con ello la accesibilidad a una indemnización por, -no solo la desviación en comento, sino además por cualquier acto declarado ilegal-, es que efectúa un derecho comprado con el fin de extraer elementos necesarios que permitan se garantice el derecho a la tutela judicial efectiva en México.

2.3.1. Regulación normativa

Podemos partir de la definición de derecho comparado, esto es, <<Comparación científica de sistemas jurídicos vigentes distintos o de un aspecto de los mismos y de las causas que los han producido y los efectos que han resultado en los medios sociales respectivos>>. ¹¹³

Ahora bien, conviene precisar que en la Legislación Española, la “desviación de poder”, es el concepto empleado para referirse al uso de las

¹¹³ Iniciación al Derecho comparado, Barcelona, 1954, p.98, citado por SANCHEZ JAIME Isac, *op cit*, nota 67, p.273.

facultades discrecionales para fines distintos a los establecidos en la norma, esto es, el desvío de poder como se conceptualiza en México.

La figura de la desviación de poder se regula en la Ley 39/2015, de 1 de octubre de 2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Conforme a la Ley 39/2015, de 1 de octubre de 2015, la Administración Pública conoce de los actos que ésta emite¹¹⁴, ya sea de oficio o a petición de parte mediante recurso que al efecto interponga el afectado ante la misma Autoridad que emitió el acto o ante el superior jerárquico. Sustanciado que es el recurso, los actos de la Administración Pública pueden ser declarados nulos de pleno derecho o anulables, conforme a lo siguiente:

Artículo 47. Nulidad de pleno derecho.

1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:
 - a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
 - b) Los dictados por el órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
 - c) Los que tengan un contenido imposible
 - d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta
 - e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados
 - f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquiriera en facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición

¹¹⁴ De la exposición de motivos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, se desprende que dicha Ley es aplicable a todas las Administraciones Públicas; el régimen jurídico específico de la Administración General del Estado, donde se incluye tanto la llamada Administración institucional, como la Administración periférica del Estado. Contiene también la regulación sistemática de las relaciones internas entre las Administraciones.

- g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley.
- 2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren a la constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Es decir, los actos se declararan nulos siempre que se traten de los actos que se encuadran en las infracciones descritas en el citado artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, tales como: los actos dictados por autoridad incompetente; los que tengan un contenido imposible; los que omitan seguir el procedimiento legalmente establecido, por mencionar algunos.

“Artículo 48. Anulabilidad.

1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, *incluso la desviación de poder...*”

(Énfasis añadido)

El artículo antes citado establece que dentro de los actos que pueden declararse anulables se incluyen los emitidos con desviación de poder. En dicho artículo se advierte la ausencia de la definición de lo que es el desvío de poder. Sin embargo, se aprecia que la desviación en comento, es diferente a la comisión o infracción del ordenamiento jurídico.

La diferencia entre la nulidad y la anulabilidad, radica precisamente en que los actos nulos de pleno derecho serán los que se contengan exclusivamente en el citado artículo 47 de la Ley 39/2015, luego entonces, los actos y/o infracciones no descritas dicho precepto serán anulables.

Por otra parte, en cuanto a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de su exposición de motivos se

desprende la transición al nuevo paradigma Constitucional, ya que el legislador resalta la función jurisdiccional contencioso administrativa en pro de la tutela judicial efectiva.

“... a raíz de la Constitución de 1978 se garantizan en nuestro país plenamente los postulados del Estado de Derecho y, entre ellos, el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos, el sometimiento de la Administración pública a la ley y al derecho y el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa por los Tribunales...

...la Ley señala -en términos positivos una serie de aspectos sobre los que en todo caso siempre será posible el control judicial, por amplia que sea la discrecionalidad de la resolución gubernamental: los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones procedentes.”

Lo anterior, es relevante en virtud de que el Legislador resalta la positivización de los derechos humanos en la Constitución, y en la ley administrativa que se analiza, así como reitera que el control de la función administrativa debe ser siempre controlada con base en el principio de legalidad.

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, aplicable a los órganos del orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo, respecto a las actuaciones de la Administración pública.

Conforme al artículo 2 de la Ley en cita, los órganos jurisdiccionales competentes tienen la facultad de determinar, las indemnizaciones que hayan sido procedentes. Por lo que si conforme al recurso sustanciado contra la autoridad se determina el derecho a ser indemnizado, los jueces y los Tribunales contenciosos-administrativos serán los competentes para determinar la indemnización en comento.

“Artículo 2.

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos(...)"

Del contenido íntegro de la Ley 29/1998 de 13 de julio, se desprende medularmente que el procedimiento del recurso contencioso-administrativo consiste en lo siguiente:

1. Presentación del recurso
2. Admisión del recurso
3. Alegaciones por escrito que consiste en el escrito de demanda
4. Contestación del demandado
5. Admisión de pruebas. Se ofrecen por dos circunstancias, cuando hay conformidad o discrepancia sobre los hechos, y que estos sean o no trascendencia para el fallo. Aun y cuando no exista conformidad con los hechos ello no impediría que las pruebas sean admitidas, pues deben valorarse en virtud de cada expediente para el conocimiento de la verdad y control de los poderes públicos.
6. Conclusiones por escrito
7. Dictado de sentencia. Con esta se concluye el procedimiento.

La fase de pruebas cobra gran relevancia para el control de la discrecionalidad, ya que los jueces tienen plena facultad de efectuar el control de la misma.¹¹⁵

La multicitada Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, también contempla la desviación de poder. Pero cabe mencionar que dicha Ley recoge medularmente el contenido de la Ley que le antecede, esto es, la Ley de 27 de diciembre de 1956, la cual merece ser

¹¹⁵ Cfr., SANCHEZ JAIME Isac, *op cit*, nota 67, p.300-309.

mencionada en virtud de que la misma, en mérito a las aportaciones de la jurisprudencia del Consejo francés implementó el vicio objeto de comparación.

“La desviación de poder aparece en España con la Ley de 27 de diciembre de 1956, definida positivamente en su artículo 83, número 3: <<Constituirá desviación de poder el ejercicio de las potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico>>”¹¹⁶

Mencionado que fue lo anterior, actualmente la desviación de poder se encuentra prevista en la citada Ley de 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, concretamente en el artículo 70, mismo que señala lo siguiente:

“Artículo 70.

1. La sentencia desestimaré el recurso cuando se ajusten a Derecho la disposición, acto o actos impugnados.

2. La sentencia desestimaré el recurso contencioso administrativo(sic) cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso a desviación de poder.

Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.”

(Resaltado propio)

Como es de apreciar, el artículo 70 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, determina los sentidos en los que será resuelto un recurso contencioso administrativo, es decir, será desestimado o a contrario sensu podrá estimarse el mismo.

Dentro de las razones por las cuales podrá estimarse el recurso de trato encontramos “cualquier infracción al ordenamiento jurídico”, “incluso la desviación de poder”.

Es decir, dentro de las pretensiones para declarar nulo un determinado acto administrativo se encuentra la implícita la obligación del demandante a

¹¹⁶ *Ibidem*, p.318.

señalar el precepto legal violado y el ordenamiento jurídico del que deriva dicho precepto.

Además, podrá estimarse un recurso cuando haya -desviación de poder-. Así, no basta que la legislación establezca que el acto recurrido podrá estimarse por el vicio en estudio, sino además define dicha figura, circunstancia que no es apreciable dentro del ordenamiento mexicano, siendo que se considera relevante pues el señalamiento de dicho vicio, aumentaría las posibilidades de utilizarlo en juicio como una pretensión.

Artículo 71.

1. Cuando la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo:

a) Declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada.

(...)

d) Si fuera estimada una pretensión de resarcir daños y perjuicios, se declarará en todo caso el derecho a la reparación, señalando asimismo quién viene obligado a indemnizar. La sentencia fijará también la cuantía de la indemnización cuando lo pida expresamente el demandante y consten probados en autos elementos suficientes para ello. En otro caso, se establecerán las bases para la determinación de la cuantía, cuya definitiva concreción quedará diferida al período de ejecución de sentencia.

El citado precepto legal contempla que el órgano jurisdiccional podrá declarar que un acto es nulo de pleno derecho, por no ser conforme a derecho, y en el caso de que se haya solicitado ser indemnizado por daños y perjuicios, el órgano competente establecerá las bases para determinar la cuantía, la cual será definitiva hasta el día de su total ejecución.

Lo relevante del análisis efectuado al ordenamiento jurídico en estudio, es que el orden jurídico español, como en el sistema mexicano, sí contempla como vicio de los actos administrativos la desviación de poder. El mismo es considerado un vicio distinto a las infracciones descritas en la propia norma.

Tan es considerado como un vicio diferente a todas las demás infracciones que las leyes analizadas contemplan que ha sido paulatino y trascendente su estudio en el ordenamiento español. El estudio de la desviación de poder ha sido resaltado por el Tribunal Supremo, a través de las jurisprudencias emitidas por el referido órgano jurisdiccional.

2.3.2. Jurisprudencia española

La jurisprudencia Española ha considerado a la desviación de poder como un sistema de control de los actos administrativos, y no así, como una causa por la cual un acto pudiera declararse nulo. Es decir, se considera "...un vicio que podría prosperar sólo cuando no existieran otras infracciones legales"¹¹⁷.

La normatividad española antes analizada, no determina como causa de nulidad un acto administrativo a la desviación de poder, sino como un vicio de *anulación* de actos administrativos, es decir, una infracción que encuadra en la demás infracciones previstas en la ley. Sin que obste ello, existen sentencias en las que a partir de las pretensiones del actor se ha venido estudiando dicho vicio de los actos administrativos.

Un ejemplo del largo camino recorrido por los juzgadores españoles es la sentencia de 1 de abril de 1981, en la que quedó demostrada la desviación de poder en que incurrió el Ayuntamiento de San Leonardo de Yagüe al conceder mediante el Pliego de Condiciones a don A.P., por 65 años prorrogables unos terrenos municipales para la instalación de una estación de servicios, con licencia para la construcción correspondiente, pues derivada de la lectura a dicho Pliego se advertía la relación del Sr. Alcalde con el Sr. A.P.

En el caso antes descrito, se precisa que en virtud de la incompatibilidad de pretensiones formuladas por la actora en su demanda no se declaró el acto impugnado nulo, sin embargo, se recoge que el Tribunal determinó la existencia

¹¹⁷ CHINCHILLA MARIN, Carmen, *op cit*, nota 60, p. 112.

de un desvío de poder que podía dar lugar a los particulares afectados con la construcción de la Instalación de servicios autorizados.

“Por ejemplo, en la Sentencia de 23 de febrero de 2012: «la afirmación presumida de que la inclusión de los terrenos de la finca [...] en un Sector de suelo urbanizable se acordó al margen de los intereses públicos y *obedeció a la única finalidad de favorecer los intereses económicos de su propietario*»; y la de 9 de julio de 2013 dice que «es obvio que *incrementar los aprovechamientos lucrativos de las parcelas para que sus propietarios* —tanto si son personas físicas como jurídicas, públicas o privadas— *puedan saldar sus deudas no es una finalidad de interés general* al que debe servir la potestad de planeamiento»; y la de 26 de marzo de 2014 razona que «incurrió en desviación de poder por haber utilizado tal potestad con la finalidad de eludir el cumplimiento de decisiones jurisdiccionales firmes *para favorecer el interés particular del propietario de unas edificaciones* cuyas licencias urbanísticas fueron anuladas por contravenir el ordenamiento vigente». ¹¹⁸

De las sentencias antes enunciadas se desprende que el requisito *sine qua non* para determinar la existencia de un desvío de poder es el análisis que se haga a *-la finalidad perseguida por la autoridad emisora del acto-*, en el entendido que la función de la administración pública es la satisfacción del *interés general*, y no la satisfacción de los intereses personales.

En ese sentido, queda claro que la actividad del Magistrado o de la Sala para determinar si se configuró el desvío de poder es el *análisis pormenorizado respecto a la motivación del acto y el fin perseguido por este*, de tal manera que se tendrá por configurado el desvío de trato, cuando no se cumpla la satisfacción de las necesidades de la población y por el contrario, se consiga un beneficio particular.

También, en el mundo jurídico español se planteó la posibilidad de que el desvío de poder se estudiara de oficio y en una ocasión el Tribunal Supremo

¹¹⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “Muerte y transfiguración de la desviación de poder: Sobre las sentencias anulatorias de planes urbanísticos”, *Revista de administración pública*, España, ISSN 0034-7639, Nº 195, 2014, p 207

aceptó implícitamente que el Tribunal de primera instancia podía apreciar tal vicio, aún y cuando el vicio en estudio no fuera alegado en juicio por el demandante.¹¹⁹

Por cuestiones de redacción normativa los jueces españoles en sus sentencias muchas veces determinaron que había incompatibilidad de infracciones, pues recordemos que lo que no cabe en los actos que pueden ser declarados nulos, entran los actos innominados que pueden ser declarados anulables, entre ellos, el desvío de poder.

Sin embargo, ello abrió la pauta para determinar que un acto viciado por desviación de poder puede coexistir con otros vicios formales, y "...así lo confirman las sentencias de 1 de diciembre de 1959 y 24 de octubre del mismo año".¹²⁰

En el derecho positivo mexicano, debería acatarse la misma postura, ya que las sentencias emitidas por los Magistrados del TFJA, se primigenia el estudio preferente a vicios formales como incompetencia del funcionario, defectos formales y cualquier otro acto de índole material de legalidad, que son vicios de estudio más sencillo que el desvío de poder.

Conforme la impugnación de actos administrativos con motivo de la desviación de poder, se emitieron sentencias en las que propiamente ya se anularon actos por tal vicio. Un ejemplo claro de ello fue la sentencia de 29 de noviembre de 1985, que anuló un acuerdo de la Diputación de Valladolid por el que sustituía a sus representantes en el Consejo de Administración de la Caja de Ahorros por ausencia de motivación y desviación de poder.¹²¹

Otro aspecto destacable de la jurisprudencia española es que la desviación de poder puede darse tanto en facultades regladas como en

¹¹⁹ CHINCHILLA MARIN, Carmen, *op cit*, nota 60, p. 119

¹²⁰ CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco, "La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", citado por CHINCHILLA MARIN, Carmen, *op cit*, nota 60, p. 120

¹²¹ STS de 29 de noviembre de 1985, Sala 4ª, R. 5574, ponente Excelentísimo señor don J. M. Reyes Montreal, citada por CHINCHILLA MARIN, Carmen, *op cit*, nota 60, p. 121.

discrecionales.¹²² No obstante siguen teniendo preferencia las potestades discrecionales pues las regladas siguen la suerte del principio de legalidad y la desviación como apunta, Henrri-Ardulararitzazko Euskal Aldizkaria, al manifestar que:

“...es un medio subsidiario que como señala la sentencia de 25 de febrero de 1982, <<sólo podrá ser de aplicación cuando no aparezca como motivo de enjuiciamiento preferente el quebranto de algún precepto jurídico...>>¹²³

Por otra parte, “la sentencia de 10 de mayo de 1983, establece que no se necesita un *fin particular del funcionario*, ni un opuesto al orden público, sino que basta un fin distinto del previsto en el ordenamiento común”¹²⁴.

(Resaltado añadido)

Así, con los criterios jurisprudenciales antes citados se considera se abre una puerta para que el TFJA emita sentencias de condena a través de las cuales se garantice el derecho a la tutela judicial efectiva con la activación de la garantía secundaria perseguida, y con esto, el control de la discrecionalidad administrativa. Ello atento a que el Código Federal de Procedimientos Civiles permite la aplicación del derecho extranjero a los Tribunales.

2.4. La garantía secundaria en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

En los anteriores subtemas se estudió de manera concreta el desvío de poder, los medios de defensa para su impugnación, y se abordó a *grosso modo*, la

¹²² EUSKAL ALDIZKARIA, Henrri-Ardulararitzazko, Revista Vasca, “Administración Pública”, vol. I, septiembre-diciembre, 1984, Iraila-Abendua, p.

¹²³ EUSKAL ALDIZKARIA, Henrri-Ardulararitzazko, *Idem*. Es importante mencionar que la Ley del orden contencioso administrativo exige se mencione el cual es el precepto legal violado, de allí que las demandas ante los órganos jurisdiccionales competentes tengan en trato de infracciones a la ley, y el desvío de poder no se considere como tal, no como en el sistema mexicano que tienen el trato de mera legalidad ya que lo que se resalta es el vicio que acompaña el acto impugnado.

¹²⁴ *Idem*

garantía a la luz de la Teoría de Luigi Ferrajoli para los casos en que se actualice la garantía secundaria para reparar la esfera jurídica de los gobernados.

Ahora bien, y con el ánimo de comprender la obligación del Estado mexicano para el efecto de reparar el daño de los actores que han resentido los efectos de la desviación de poder, es menester analizar que los instrumentos internacionales disponen al respecto.

En ese orden de ideas, el artículo 63 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, de la que México es parte, se establece lo siguiente:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la (Corte Interamericana de Derechos Humanos) dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.¹²⁵

De lo anterior se desprende que la Corte podrá declarar la violación de determinados derechos humanos sino, y ordenar en sus sentencias a México que adopte medidas para la reparación del daño mediante el pago, esto es, la indemnización.

Lo anterior, se encuentra plasmado de alguna manera en el artículo 1 de la Ley Fundamental al imponerse diversas obligaciones al Estado mexicano a efecto de garantizar los derechos humanos y fundamentales reconocidos en dicha disposición.

Resulta pertinente comentar que lo anterior deriva de la obligación impuesta el Estado Mexicano para reparar el daño de los gobernados a partir del caso Radilla Pacheco, pues ante los efectos de la desaparición forzosa de este y

¹²⁵ SAAVEDRA Álvarez, Yuria, *op cit*, nota 97, p 6.

ante las negligentes actuaciones del Estado se decidió que no solo los jueces constitucionales, sino todos los jueces de México estudiaran los asuntos vigilando si existe una violación a algún derecho humano.

En ese sentido, y sin que obste que se abordan los efectos de la desviación de poder en materia administrativa, los Magistrados del TFJA están compelidos a garantizar y proteger los derechos humanos, así, una de los medios regulados por la ley para lograr tal fin, lo que se traduce en el derecho fundamental de la reparación del daño.

Como en cualquier sistema jurídico, la noción de “responsabilidad” implica la sustitución de la obligación primaria por la obligación secundaria o subsidiaria, es decir, la de reparar las consecuencias de la infracción.⁴ En ese sentido, la “reparación” es un “término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido¹²⁶

En ese sentido, el artículo 6 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, que impone a las autoridades que indemnicen a los particulares afectados por los actos de molestia causados en su esfera jurídica debe ser acatado por los Magistrados del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

A efecto de ordenar el tipo de reparación o reparaciones que debe llevar a cabo el Estado, la Corte IDH analiza el nexo causal entre los hechos, las violaciones de derechos humanos declaradas y los daños acreditados. Éstos últimos han sido agrupados en dos rubros generales, es decir, en daño material y daño inmaterial. El primero se refiere estrictamente a “la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso”, mientras que el segundo comprende “tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas”, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia¹²⁷

¹²⁶ *Ibidem*, p. 19.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 21

En ese sentido, el Tribunal no debe limitarse a ordenar la indemnización de los actos relativos a la Responsabilidad Patrimonial del Estado, ya que se insiste, la competencia material del Tribunal es sumamente amplia de ahí que en cada caso específico, debe analizar si existe algún derecho violado y ver el tipo de daño causado.

Es decir, debe estudiar si existen consecuencias de carácter pecuniario, es decir, los ingresos que se dejen de percibir y aunque resulte difícil de determinar, los daños causados de índole moral sufrido por la parte actora en el juicio.

Motivo por el cual, en los posteriores capítulos se analizará la aplicación de los instrumentos internacionales en el derecho mexicano, a fin de lograr la protección amplia de los administrados en el juicio contencioso administrativo, en consecuencia, se logre la indemnización que nos ocupa por así encomendarlo el derecho internacional y el mexicano.

CAPÍTULO III. Inaplicabilidad del desvío de poder en la garantía secundaria

Como bien se ha analizado en los capítulos anteriores, el desvío de poder ha tenido un gran auge en otros sistemas jurídicos como el francés, italiano y el español, éste último que a la fecha sigue siendo estudiado por los Jueces administrativos.

Si algo se obtiene de lo que otros países han hecho al estudiar dicha figura, es regular la discrecionalidad de la Administración; no porque sea mala y el Estado sea un enemigo de los gobernados, sino *porque la finalidad de la Administración es el bien común*. Sin embargo, no escapa a luz de todos que la misma ejerce sin motivación que justifique el ejercicio de sus facultades, concretamente –las discrecionales– lo que perjudica a los gobernados.

En México se ha adoptado la figura del desvío de poder o *excès de pouvoir* del Consejo de Estado francés, precisamente porque los actos de autoridad, por lo menos en México, no escapaban a ser emitidos sin límite y con la debida legalidad que exige la Constitución y el Estado de Derecho Constitucional.¹²⁸

Con el paso de los años, la actuación estatal mejoró en una parte; sin embargo, la actuación de la Administración, se sigue acompañando de alguna ilegalidad, que en varios casos actualiza el desvío de poder, lo que a su vez, causa daños y perjuicios a los administrados, y aunque exista un juicio para combatirlos –no son reparados–, como se explicara a continuación.

¹²⁸ *Infra*, Capítulo primero.

3.1. La ineficaz de la garantía secundaria contra el desvío de poder

El problema general del presente trabajo consiste en la in-activación de la garantía secundaria derivada de la declaración de nulidad de un acto administrativo viciado con desvío de poder. Siendo que la declaración de la desviación de poder está casi en desuso, en consecuencia, la indemnización que persigue también lo está.

“... el desvío de poder es una figura que no ha sido explotada a plenitud, pues... aun cuando la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA) contempla esta figura, no ha sido utilizada por los operadores jurídicos, y aún más, mientras se sostenga una visión reducida respecto del fin teleológico del acto administrativo, no podrá tener el impacto necesario en el juzgador para su correcta apreciación...”¹²⁹

Lo anterior es así, ya que en la práctica se desconoce que se declaren nulos los actos administrativos con fundamento en los artículos 51, fracción V, en relación con el 52, fracción V, inciso d), último párrafo de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, es decir -por desvío de poder- así como se reconozca el derecho de indemnizar al ciudadano afectado.

En efecto, el TFJA evita emitir sentencias de condena, lo que evidencia la ineficacia de la norma reguladora del juicio contencioso administrativo, ya que si bien se regula la indemnización para reparar los daños y perjuicios causados a los justiciables, ello sólo queda como un derecho que difícilmente puede materializarse.

En tanto que la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo prevé que se indemnice al particular cuando “ prospere ” el desvío de poder, al no ocurrir tal, se evidencia que la norma es inefectiva, pues el fin de implementar dicha medida es reparar el daño, lo cual no se consigue al no activarse la garantía secundaria antes mencionada.

¹²⁹ BEJAR RIVERA, José Luis, “Finalidad y desviación de poder en los actos y contratos Administrativos: ¿Ilegalidad o Inmoralidad Administrativa?”, *Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho*, 1-2016. ISSN: E 1887-0929, México, 2006, p. 56

Motivo por el cual, se insiste que la norma no es efectiva, pues en México se regula la desviación de poder y se creó un juicio contencioso administrativo para impugnarlo pero en la praxis, no es usual que esa figura se estudie, tanto por los litigantes como por los Magistrados o las Salas del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

En ese sentido, se reitera el problema central de la presente investigación es la inactivación de la garantía secundaria o dicho de otro modo, la ineficacia de la norma para reparar el daño por actos distintos a los derivados de la Responsabilidad Patrimonial del Estado y de los Servidores Públicos, es decir, cuando prospera el desvío de poder.

En efecto, dentro de la larga lista de actos materiales competencia del Tribunal no por todos se indemniza y menos, por actualizarse el desvío de poder, aún y con la importancia que tiene el desvío citado, no es común que los litigantes lo impugnen y que los Magistrados lo estudien.

El análisis realizado en el derecho internacional en relación con la praxis del TFJA, ha permitido evidenciar que en las sentencias dictadas por el citado Tribunal se omite reconocer el derecho subjetivo de la demandante a ser indemnizada –por actos distintos a los emitidos conforme a la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado y conforme a la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos–, así activar la garantía secundaria que nos ocupa.

Es decir, de los actos competencia material del TFJA distintos a la Responsabilidad Patrimonial del Estado y de los Servidores Públicos, se omite dictar sentencias en las que se fijan las bases para otorgar una indemnización a la actora y en su caso, se declare nulo el acto viciado por desvío de poder.

A mayor abundamiento, el artículo 3 de la Ley Orgánica del TFJA, en sus XIX fracciones, determina qué actos administrativos, procedimientos y resoluciones son de su competencia; actos de los cuales únicamente por dos de ellos se emiten sentencias en las que se condena a la autoridad a “indemnizar al particular”.

Siendo que la Administración emite actos diversos, la omisión de estudiar el desvío de poder en los demás casos constituye un problema de la práctica jurídica dado que la competencia del Tribunal es amplia.

Ocioso sería explicar cada uno de los actos administrativos citados, sin embargo, basta con mencionar que evidentemente, solo procederá el estudio de la desviación de poder en aquellos actos, en los que la Administración haga uso de sus facultades discrecionales, dado que son éstas, las que dan lugar al vicio en estudio.

Se insiste que con los actos administrativos que menciona el citado artículo 3 de la LOTFJA, se puede actualizar la figura de la desviación de poder pero, en la praxis, no es común ver que se estudie el vicio en comento. Se excepcionan los juicios a través de los cuales tanto el TFJA como los Tribunales de Alzada han determinado algunos ejemplos con los cuales se actualiza el vicio en análisis.

No obstante existen escasos casos en los que los Tribunales han estudiado el desvío de poder, hay innumerables ejemplos en los cuales se usan facultades discrecionales y en los cuales se podría actualizar el vicio en estudio, verbigracia, los actos de carácter fiscal y aduanero que emite el Servicio de Administración Tributaria, concretamente las visitas domiciliarias, revisiones de gabinete, procedimiento administrativo en materia aduanera, por mencionar algunos.

Los ejemplos antes citados, al derivar de la discrecionalidad de la autoridad, es decir, que implican un margen de evaluación o calificación al imponer o determinar normalmente una sanción o situación de hecho al particular, podrían configurar un desvío de poder que se insiste, en la praxis básicamente está en desuso, de allí que la pregunta a dilucidar es determinar el por qué, y cómo lograr que se aplique la misma.

En el capítulo que antecede se analizó la regulación del desvío de poder en el sistema jurídico mexicano. Así, quedaron evidenciados los casos en los cuales el TFJA y en su caso los Tribunales Colegiados de Circuito han estudiado desvío de poder, a saber:

En la Tesis número 214123, rubro “ORDEN DE VISITA. NULIDAD DE LA DEBE SER LISA Y LLANA, emitida por el Tribunal Colegiado de Circuito, consultable en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo XII, Diciembre de 1993, p. 920, se estableció que las ordenes de visita al emitidas con facultades discrecionales, puede configurarse el desvío de poder si la autoridad revisa situaciones o documentos diversos a las establecidas en la citada orden.

En la tesis VII-CASR-6ME-3, derivada del Juicio Contencioso Administrativo número 26637/12-17-06-9, resuelto por la Sexta Sala Regional Metropolitana del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, el 12 de febrero de 2013 bajo el rubro:

“DESVÍO DE PODER. SE ACTUALIZA CUANDO LA AUTORIDAD CALIFICA COMO GRAVE UNA INFRACCIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS, CON EL PROPÓSITO DE EVITAR LA CONFIGURACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE SUS FACULTADES SANCIONATORIAS Y NO IMPONE, COMO MÍNIMO, LA SANCIÓN DE DESTITUCIÓN”

Se determinó que al no existir congruencia entre la sanción establecida con la infracción cometida por un servidor público se actualiza el desvío de poder, ya que el objetivo de dicha discrecionalidad es evitar la prescripción de la dicha facultad sancionatoria.

Un ejemplo más lo constituye la tesis cuyo rubro reza “DESVÍO DE PODER, CUÁNDO SE ACTUALIZA, EN LA EJECUCIÓN DE UNA ORDEN DE VISITA DOMICILIARIA PARA COMPROBAR LA EXPEDICIÓN DE COMPROBANTES FISCALES”, misma que derivó del juicio número. 64/04-01-01-4, resuelto por la Sala Regional del Noroeste I del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, el 10 de agosto de 2004.

De dicha tesis, se desprende que el Tribunal determinó que cuando la autoridad fiscal procede a la revisión de comprobantes fiscales simplificados y facturas sin precisarlo en el acta levantada incurre en un desvío de poder, ya que estaría la Administración realizando un acto de autoridad, cuya voluntad no fue concedida para esos fines.

Así, los anteriores ejemplos se evidencian que sí se ha estudiado el desvío de poder, pero dicho estudio se limita a materias como la responsabilidad patrimonial del Estado y actos relativos a la responsabilidad de los servidores públicos, de los cuales se insiste, quedan fuera la mayor parte de los actos competencia material de TFJA.

En tal virtud, a la luz de la Teoría Garantista, se pretende lograr que en la praxis del juicio de nulidad se dé la importancia al vicio en estudio, y en especial se logre garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, mediante la activación de la garantía secundaria.

3.1.1. Causas de la problemática

Del análisis realizado a la norma que regula el desvío de poder se ha observado que el mismo, es una especie de vicio de los actos administrativos innominado, toda vez que la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo únicamente recoge la definición del señalado vicio tal y como la doctrina del Consejo Francés lo hizo en su momento, y no así su nombre.

Sobre este particular encontramos que no se da la importancia al desvío de poder tanto en la legislación mexicana como en la doctrina, de allí que se arribe a la conclusión de que el vicio en estudio se encuentra en desuso, lo anterior es así, ya que se omite regular el control de la discrecionalidad administrativa y lograr se garantice el derecho a la tutela judicial efectiva.

Luego entonces, al no estar nombrado como tal en la ley pasa desapercibido por la mayoría de los operadores de derecho para impugnarlo en el juicio.

En efecto, la omisión legislativa de nombrar a este vicio como tal, le resta la fuerza e importancia debido a este vicio que es muy fácil de advertir, pero muy complicado de acreditar, pues, ante la falta de publicidad de dicho vicio se recurre a impugnar otros vicios que en nada resuelven la reparación de un daño sufrido.

“... en la causa de pedir, como supuesto esencial de la demanda en el juicio contencioso administrativo no es frecuente encontrar la invocación del desvío de poder, pues se considera que los vicios formales son más prácticos y de más fácil apreciación para los operadores jurídicos; sin embargo, consideramos que en múltiples ocasiones, el incumplimiento al fin teleológico, es decir, la aparición de la desviación de poder es perfectamente detectable por el juzgador administrativo...”¹³⁰

¹³⁰ BEJAR RIVERA, José Luis, *op cit*, nota 129, p. 56.

Es decir, los litigantes no señalan como causa de pedir que se anule el acto administrativo por causa grave, y en consecuencia de ello, se declare en la sentencia que se actualizó el desvío de poder y a su vez se ordene indemnizar al particular para reparar los daños sufridos.

Por otra parte, se considera que en los casos en que sí se impugna el desvío de poder, los Magistrados no entran al estudio de dicho vicio, por diversas causas:

- a) Porque la definición del desvío de poder trae consigo un problema para saber en qué consiste dicho vicio, pues únicamente la doctrina abre el camino para determinar y discernir en que consiste el mismo;
- b) Hay una dificultad para probar la desviación de poder;
- c) Recae en el Juzgador realizar un examen exhaustivo a las pruebas, razonamientos lógico-jurídicos y sobre todo a los hechos, a fin de evidenciar la intención o la falta de ella por parte de la Administración Pública al emitir un acto.

A lo largo de la investigación se encontró que la definición contenida en la ley respecto a la desviación de poder, no permite determinar en qué casos se ha configurado el referido vicio, pues únicamente recoge la definición de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, siendo que el Tribunal Supremo español ya ha aportado más parámetros que permiten identificar este vicio.

Asimismo, la jurisprudencia española ha definido parámetros a seguir para efecto de conocer cuando en un caso concreto se ha actualizado el vicio de la desviación de poder, motivo por el cual, se considera es necesario tomar en cuenta lo que ya se ha hablado en cuanto a dicho tema y se puedan resolver los casos en los que se alegue la causal de nulidad en estudio.

No obstante se hagan estas aportaciones a la ciencia del derecho, se tiene la temeridad de que no sean suficientes, al depender de los argumentos valiosos y esperados de los Magistrados en cuanto a la utilización de la presunción como prueba, ya que se espera el Juzgador infiera conclusiones, esto es, haga uso de una actividad subjetiva razonada respecto a la valoración de las pruebas como indicios y de los hechos y razonamientos aportados en juicio.

Finalmente, una causa más apreciada respecto a la existencia del problema central de la presente, es la ineficacia de la norma, lo anterior es así, pues aunque la Ley prevé la nulidad de los actos por desvío de poder, es evidente que dicha disposición no logra su objetivo, pues, en la mayoría de los casos se deja en estado de indefensión a los gobernados al no repararse el daño resentido por el acto combatido.

Como es de explorado derecho las normas deben lograr una eficacia, esto es, que se logre el objetivo para el cual fue creada dicha disposición, es decir, “la eficacia quiere decir que la ley es, en verdad, obedecida y aplicada”¹³¹

Por tanto, aun y cuando existe una norma que regula la reparación de un daño causado por la ejecución de un acto administrativo emitido con desvío de poder, pero no tiene aplicación, es evidente que dicha norma no es eficaz, de allí que la problemática derive del mismo orden jurídico vigente y se deban considerar soluciones al problema en que se trabaja.

3.1.2. Consecuencias de la problemática

En el subtema anterior se mencionó que una las causas origen de evitarse la declaración de configuración por desvío de poder es que la norma no es clara, al omitirse nominar el vicio en estudio, luego entonces, ello trae como consecuencia que los Magistrados sean omisos en acatar lo contenido en el

¹³¹ KELSEN, Hans, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1956/10.pdf>, 01 de octubre de 2017.

artículo 50 y 57, fracción II, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

El artículo 50, primer y segundo párrafo de la LFPCA, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 50.- Las sentencias del Tribunal se fundarán en derecho y resolverán sobre la pretensión del actor que se deduzca de su demanda, en relación con una resolución impugnada, teniendo la facultad de invocar hechos notorios.

Cuando se hagan valer diversas causales de ilegalidad, la sentencia de *la Sala deberá examinar primero aquéllos que puedan llevar a declarar la nulidad lisa y llana*. En el caso de que la sentencia declare la nulidad de una resolución por la omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, o por vicios de procedimiento, la misma deberá señalar en que forma afectaron las defensas del particular y trascendieron al sentido de la resolución.”

En el supuesto sin conceder que la actora haya alegado desde el escrito inicial de la demanda el desvío de poder, o en su caso, en la ampliación a la demanda, es claro que el Juzgador debe proceder al estudio del vicio en comento.

Sin embargo, la desviación de poder abre la posibilidad que al coexistir éste con otros vicios, debe ser estudiado con preferencia por el Juzgador, es decir, no debería haber la idea de estudiar otros vicios formales como sucede en la praxis, que si bien su estudio dan lugar a la declaración de nulidad lisa y llana del acto administrativo, lo cierto también es, que causa mayor beneficio a la parte actora que se estudie de fondo la resolución.

Aunado a lo anterior, la omisión de los juzgadores para estudiar la desviación de poder impide que la actora sea indemnizada ante un derecho subjetivo violado por el daño ocasionado y/o el perjuicio tolerado.

En ese sentido, se insiste que el problema más importante y medular en el caso, es la falta de pericia por parte de los jueces para dictar un fallo en el que se

condene a la autoridad para que en los tiempos, modos y formas precisos se indemnice al particular por motivo del abuso de derecho en que incurrió, siendo que el artículo 57, fracción II, de la LFPCA, impone esa obligación al Tribunal, a saber:

ARTÍCULO 57.- Las autoridades demandadas y cualesquiera otra autoridad relacionada, están obligadas a cumplir las sentencias del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, conforme a lo siguiente:

(...)

II. En los casos de condena, *la sentencia deberá precisar la forma y los plazos en los que la autoridad cumplirá con la obligación respectiva*, conforme a las reglas establecidas en el artículo 52 de esta Ley.

(...)

De lo anterior se advierte que los Magistrados deberán expresar los términos y condiciones en que la autoridad deberá de cumplir con la sentencia, por tanto, ante la evidente omisión de la declaración de nulidad del acto por el desvío de poder, ocasiona que no se repare el daño causado al demandante, siendo que tiene derecho a ello, al haberse lesionado su esfera jurídica con los efectos del acto viciado de desviación de poder.

En efecto, el TFJA evita emitir sentencias de condena por motivo de desvío de poder por actos distintos a los casos de responsabilidad patrimonial del estado, así como en los asuntos en los que se demanda la remoción del cargo a un servidor público sancionado, en los cuales sí hay condena, lo que deja en estado de indefensión a los particulares afectados con motivo de los perjuicios sufridos, pues se limitan los casos en los Administración es condenada ante la falta de pericia al emitir el acto que se trate.

Asimismo, la inaplicación de la norma, en tanto que no se repara el daño del justiciable, trae consigo una violación el derecho a la tutela judicial efectiva al no emitirse una sentencia que se acorde a la realidad, esto es, que se declare la

invalidez de un acto viciado, se conde a una autoridad al usar sus atribuciones para actuar de manera ilegal.

Por ello, es claro que una consecuencia más producida por la ineficacia de la ley, es que se dejen impunes a autoridades que no cumplen con las funciones propias de la administración pública y que por el contrario, con sus actos vulneran la esfera jurídica de los gobernados, ya que se insisten –se trata de causa grave–.

Ahora bien, a efecto de dar mayor claridad al problema planteado en la presente se considera pertinente analizar el tema a estudio dentro del juicio contencioso administrativo a fin de evidenciar el problema en el plano normativo-práctico.

3.2. Juicio Contencioso Administrativo como medio para la activación de la garantía secundaria

En primer término cabe precisar la importancia y utilidad que tiene el juicio de nulidad con base en la Teoría Garantista de Luigi Ferrajoli, esto, con el fin de comprender la estructura de las garantías propuestas por este Italiano y que se consideran son la clave para lograr la garantía de los derechos humanos.

Bajo ese orden de ideas, Luigi Ferrajoli en su obra *Principia iuris* desarrolla la teoría axiomatizada del derecho, señala que el Derecho a partir de un estado de derecho y una Constitución como norma suprema de los individuos está dotado de garantías, o por lo menos el autor en comento, propone que así sea el derecho, con el fin de proteger y garantizar los derechos humanos.

Así, Ferrajoli propone la tutela tanto de los derechos sociales como de los derechos libertad frente a los poderes privados y frente a los poderes públicos; en el plano estatal y hasta el internacional, pues se parte precisamente de la idea de

que es menester frenar el poder ante los abusos, los cuales, no sorprenden al autor del garantismo.

Para lo cual, Ferrajoli afirma que por garantía puede entenderse como toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por derecho subjetivo toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones).¹³²

Dicho de otro modo, una garantía es ese derecho subjetivo de los gobernados frente al Estado, en el que se espera que uno o más sujetos se abstengan de realizar ciertas conductas –garantía negativa–; en cambio, si el derecho subjetivo se traduce en una obligación de hacer, se está frente a una garantía positiva, que obliga a tomar acciones o desarrollar comportamientos activos a los sujetos obligados.¹³³

Con el fin de explicar la estructura y composición del derecho, y con ello el actuar del Estado, Ferrajoli se basa en los cuadros deónticos, de los cuales se obtiene que a todo permiso a *hacer* existe su contrario que es el permiso a *no hacer*, a la *obligación* viene su contrario que es la *prohibición*. De allí, derivan precisamente las expectativas de hacer o no hacer con relación al actuar del Estado.

<<expectativa jurídica>> es la expectativa que una norma jurídica dispone (como en el caso, por ejemplo los derechos fundamentales) o predispone como efecto de un acto por ella hipotéticamente previsto (como, por ejemplo, en el caso de los derechos patrimoniales). He definido, además como <<garantías primarias>> las obligaciones y las prohibiciones que corresponden, respectivamente, a las expectativas positivas y negativas, y como <<garantías secundarias>> las obligaciones atribuidas a juez de anular

¹³² FERRAJOLI, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales y sus garantías”, traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México, CNDH, 2006, p. 29.

¹³³ Cfr, CARBONELL, Miguel, “¿Qué es el garantismo? Una nota muy breve”, IJ-UNAM, 2009, p. 1.

o sancionar actos lesivos, por acción o por omisión, de las garantías primarias.¹³⁴

Es decir, de la anterior cita se desprende que la expectativa es lo que la norma regula o bien, lo que se espera como consecuencia de un acto que se podría realizar al estar regulado ya en la norma. Por tanto, los correlativos de la obligación y la prohibición lo serán, la expectativa positiva o negativa, respectivamente, las cuales, a su vez, serán las garantías primarias. En tanto que la garantía secundaria será la obligación del juez de anular o sancionar por el quebranto de una garantía primaria.

Así, Ferrajoli propone que una manera de sancionar el actuar de las autoridades irresponsables por el abuso de sus facultades, es la indemnización al particular afectado, para lo cual, señala que deben estar previstos en la máxima ley los medios de defensa a fin de proteger la Constitución misma, así como los derechos humanos en ella reconocidos.

Trasladando las ideas del autor en estudio en el caso de México, el medio de defensa para proteger los derechos humanos sería el –juicio de amparo–¹³⁵ sin embargo, se considera que las ideas de Ferrajoli también pueden ser aplicadas al juicio contencioso administrativo, es decir; no solo el juicio de amparo debe verse como el medio que por excelencia garantiza el respeto de los derechos humanos y las garantías.

Pues, en el caso del juicio contencioso no sólo se encuentra una regulación similar a la del juicio de amparo, sino que además, los efectos de ambos medios de defensa están orientados a declarar nulos los actos y a condenar o sancionar a las autoridades emisoras.

¹³⁴ FERRAJOLI Luigi, “El garantismo y la teoría del derecho como teoría formal”, traducción de Greppi Andrea, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 52.

¹³⁵ Idea tomada del Doctor Carlos Alberto Burgoa Toledo, en clase materia “Teorías Jurídicas Contemporáneas I”, mediante la cual, el Doctor expone que el juicio de amparo constituye la garantía secundaria a través de la cual podemos hacer valer las garantías primarias violadas.

Por ello, es que se estima que el juicio contencioso debe ser una garantía secundaria a efecto de defender las garantías primarias violadas. Lo anterior es así, pues muchas veces los actos de la autoridad resultan lesivos en la esfera jurídica de los gobernados, por no afirmar que más en materia fiscal, al emplearse en mayor medida facultades discrecionales.

Por tanto, se reitera, el juicio de nulidad debe ser una garantía secundaria en la que el Juez o Magistrado debe cumplir su función declarativa de nulidad con condena por desvío de poder.

3.2.1. Juez y Parte en el procedimiento contencioso administrativo

Una vez que se ha establecido que el juicio de nulidad es la garantía a través de la cual se busca el respeto de la Constitución mediante el estudio de los actos emitidos por la Administración, y que dicha garantía secundaria impone a los Magistrados a emitir sentencias de condena –indemnizar al administrado– ante los daños causados por un acto emitido con desvío de poder, se procede a detallar el problema medular de la presente investigación.

Dicho lo anterior, en la búsqueda de lograr que los Magistrados o las Salas del Tribunal Federal de Justicia Administrativa emitan –en mayor medida– sentencias de condena en las que obliguen a la Administración a indemnizar a un particular afectado que resintió los efectos de un acto emitido con desvío de poder, se ha encontrado que en la práctica jurídica del sistema mexicano no hay sentencias *con frecuencia y por todos los actos competencia del Tribunal*, en las que se haga un estudio profundo de dicho vicio de los actos administrativos.

Lo anterior es así, ya que del análisis efectuado al sistema de consulta de las tesis y jurisprudencias que emite el Tribunal en cita, así como de la

experiencia en la práctica jurídica del litigio, se ha encontrado que son escasos los juicios en los que dicho Tribunal ha estudiado el desvío de poder.

En efecto, los asuntos en los que los Magistrados han hecho un estudio de dicho vicio no son frecuentes, y si bien, ha hecho -en contados casos- el estudio en comento, ello no precisamente trae como consecuencia se declare la nulidad de los actos por tal causa, esto es, en términos de los artículos 51, fracción V, en relación con el 52, fracción V, inciso d), último párrafo y 57, fracción II, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

Así es, de la lectura armónica que se haga al artículo 51, fracción V, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, se aprecia que "...Se declarará que una resolución administrativa es ilegal ... V. Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades...", esto es, desviación de poder.

Aunado a lo anterior, el artículo 52, fracción V, inciso d), de la citada Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, establece que en la sentencia definitiva además de declararse la nulidad de la resolución impugnada se podrá... Reconocer la existencia de un derecho subjetivo y condenar al ente público federal al pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos...".

De los anteriores preceptos legales, se desprende el derecho de los particulares a ser indemnizados ante los daños sufridos por un acto emitido con desviación de poder, pero no obstante se hagan valer en la praxis los artículos descritos, éstos, pasan desapercibidos por los operadores del derecho, de allí que no hayan sentencias en las que se active la garantía secundaria de que se habla, es decir, la indemnización por desviación de poder.

¿Por qué? Y ¿cómo se logra acreditar la configuración del desvío de poder? Es precisamente lo que se busca lograr con la ciencia del derecho, con el

fin de que las autoridades sean limitadas en el ejercicio despótico e interesado de sus funciones, y en su caso, sirvan o contribuyan al beneficio de la colectividad, y, hablando procesalmente –que se garantice el derecho a la tutela judicial efectiva–

Ahora bien, en el juicio contencioso administrativo como cualquier otro procedimiento jurisdiccional se compone de partes, en el caso, señala el artículo 3 de la LFPCA, lo siguiente:

“ARTÍCULO 3o.- Son partes en el juicio contencioso administrativo:

I. El demandante.

II. Los demandados. Tendrán ese carácter:

a) La autoridad que dictó la resolución impugnada.

b) El particular a quien favorezca la resolución cuya modificación o nulidad pida la autoridad administrativa.

c) El Jefe del Servicio de Administración Tributaria o el titular de la dependencia u organismo desconcentrado o descentralizado que sea parte en los juicios en que se controvertan resoluciones de autoridades federativas coordinadas, (...)

III. El tercero que tenga un derecho incompatible con la pretensión del demandante.

En el caso, cobra mayor relevancia en el campo de acción del juicio contencioso “el demandante”, no porque sea menos importante la función del demandado, sino porque es la pretensión del actor la que permite el desarrollo del juicio. Por su parte, cobra relevancia el Magistrado ya que es él, quien realiza el estudio del caso en concreto y decide sobre las pretensiones del particular en el dictado de la sentencia definitiva que resuelve el juicio.

En efecto, la actividad de análisis que realiza el Magistrado respecto a las pretensiones y los hechos valer por la demandante, así como de las excepciones vertidas por la enjuiciada al final cobra gran relevancia dado que precisamente ese estudio será parte integral de la sentencia definitiva que pone fin al juicio de nulidad.

En ese sentido, es menester que el Juzgador no sea omiso en dejar cuestiones pendientes que resolver como el desvío de poder, mismo que en la praxis es difícil determinar si ha configurado el mismo al emitirse determinado acto administrativo.

Motivo por el cual, se estudiarán las facultades de los Magistrados para comprender el alcance de las mismas en el juicio contencioso administrativo, y en el caso de la enjuiciante conocer sus derechos dentro del mismo procedimiento.

3.2.1.1. Facultades y obligaciones del Magistrado Instructor y/o de la Sala

Una vez que se propone el juicio contencioso administrativo sea considerado como uno de los medios de defensa a través del cual se logre garantizar los derechos fundamentales como el de acceso y administración de la justicia, es menester recordar que la demanda del procedimiento contencioso administrativo debe contener el acto impugnado, los hechos, agravios pruebas que motiven la demanda de nulidad como aspectos de los más importantes.

Conforme a la teoría desviación de poder y la teoría del garantismo, en tratándose de los actos que se consideran han sido emitidos con exceso de poder, el Magistrado tiene una tarea valiosa al emitir sentencia, pues debe verificar primero si el acto administrativo es producto de una facultad discrecional o de una facultad reglada, las consecuencias del mismo y estudiar la legalidad de la resolución.

Lo anterior es así, pues no obstante los actos de las autoridades se presumen válidos de conformidad con el artículo 42 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, que señala:

...Las resoluciones y actos administrativos se presumirán legales. Sin embargo, las autoridades deberán probar los hechos que los motiven cuando el afectado los niegue lisa y llanamente, a menos que la negativa implique la afirmación de otro hecho.

A través de la teoría de la nulidad del acto administrativo se podrá determinar cuándo un acto es legal o no. Así, la teoría de nulidades del derecho administrativo hace referencia a diferentes infracciones del ordenamiento jurídico –llamados vicios, causas de nulidad o motivos de impugnación– que puede contener un acto administrativo y justificar la cesación de sus efectos.¹³⁶

Al respecto, conviene hacer la aclaración de que la Teoría de la Nulidad del Acto Jurídico recibe un tratamiento diferente en el campo del derecho público al que se le da en el campo del derecho privado, atendiendo a que en el derecho privado se persigue la satisfacción de intereses de particulares; en el derecho público, en cambio, los actos administrativos siempre deben someterse a la ley y al derecho y persiguen la satisfacción de intereses públicos.¹³⁷

Así, en palabras de Eduardo García de Enterría, la teoría de las nulidades formada por sus orígenes sobre los planteamientos del derecho privado no puede trasladarse, sin más, al derecho administrativo, cuya propia singularidad impone especialidades o matices de alguna importancia, como es afirmación generalizada.¹³⁸

Dicho de otro modo, si bien el derecho administrativo tuvo sus fundamentos en el acto jurídico del derecho privado, lo cierto también es que la dimensión de la materia administrativa no puede verse como tal, ya que los actos administrativos tienen como fin la satisfacción de servicios públicos.

¹³⁶ ARAUJO JUÁREZ, José, “Teoría de las nulidades del acto administrativo”, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, España, 2009, pp.2-3, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/aida/cont/6/art/art1.pdf>, 04 de mayo de 2016.

¹³⁷ CABEZUT URIBE, Adriana, “Teoría de la Nulidad del Acto Administrativo”, México, p. 3, www.tfjfa.gob.mx/.../pdf/teoriadelanulidaddelactoadministrativo.pdf, 01 de mayo de 2016.

¹³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *op cit*, nota 69, p. 619.

También conviene precisar, siguiendo a Pérez Dayan¹³⁹, conforme a la clasificación de la Teoría Clásica de la Nulidad del Acto Jurídico, que existen tres tipos de invalidez de los actos administrativos:

- a) Actos inexistentes, cuya contravención al orden jurídico es notoria y evidente, por lo que representa la nada jurídica, sin embargo, en la práctica resulta imposible ignorar las consecuencias materiales que dicho acto ha causado.
- b) Actos absolutamente nulos, que son los que adolecen de vicios ostensibles y particularmente graves, este tipo de actuación administrativa, defectuosa en su totalidad, no puede ser convalidada bajo ninguna forma o mecanismo. Un acto administrativo de pleno derecho es aquél que atenta contra el orden público y el interés general, atacando frontalmente el principio que rige a la administración pública relativo a que siempre debe de coincidir sustancialmente, en un servicio a la colectividad.
- c) Actos anulables, son los actos administrativos defectuosos, cuya formulación viciada no atenta contra el orden público, por lo que es anulable o viciado de nulidad relativa, misma que es convalidable por el consentimiento del afectado.

Ahora bien, la ilegalidad del acto administrativo es entonces, un hecho objetivo, resultado de la constatación que hace el juzgador de cada uno de los elementos del acto y los presupuestos establecidos por la norma jurídica y si el acto se estima viciado, tal vicio será una causa potencial de su invalidez.¹⁴⁰

En ese sentido, resulta difícil para los Magistrados estudiar la legalidad de los actos administrativos, misma que en la desviación de poder se inmiscuye la

¹³⁹ PÉREZ DAYAN, Alberto, "Teoría General del Acto Administrativo", Porrúa, México, 2006, p. 137.

¹⁴⁰ CABEZUT URIBE, Adriana, *op cit.*, nota 137, p. 6

parte cognitiva con la que el agente o autoridad emitió el acto en pugna, pues más allá de la motivación con la que emite el acto, el Juez debe analizar esa parte interna y a veces egoísta que llevó a la autoridad a la determinación controvertida (acto administrativo combatido) al ejercer una facultad discrecional.

...la idea de la desviación de poder conecta con el tema de la violación de normas jurídicas, por cuanto los actos que la producen en realidad quebrantan el espíritu de aquéllas; del que deriva la causa de éstos —motivación objetiva de los actos— y que choca con las pretensiones del agente —en las que radica la motivación subjetiva del acto— que no expresa pulcramente la que debe ser voluntad de la Administración. También, por cuanto antecede se comprende que la doctrina de la desviación de poder se liga a problemas que pudiéramos llamar de moralización administrativa, ya que esta posibilidad de indagación de las ilegales motivaciones del agente productor del acto administrativo, será evidente coacción psicológica que detenga muchas veces egoístas y personalísimas determinaciones de los órganos de la Administración.¹⁴¹

En ese sentido, la actividad jurisdiccional implica el análisis de los hechos y pruebas aportados por la parte actora, así como de los motivos que orillaron a la autoridad a emitir un acto viciado con exceso de poder, es decir, conocer los intereses materiales o económicos; beneficios; enemistad con el agraviado, etc., que lo incitaron a abusar de sus atribuciones.

Por ello, y dado que al tratarse de cuestiones subjetivas del agente, lo lógico y jurídicamente acertado sería que el mismo actor al promover una demanda de nulidad deba evidenciar tales situaciones o hechos. La pregunta es: ¿los litigantes hacen valer en juicio esos motivos internos por los cuales un agente emitió el acto que afecta su esfera jurídica?

Recordemos que las fracciones IV y VI, del artículo 14 de la LFPCA, señalan que el promovente al interponer su demanda de nulidad deberá expresar:

¹⁴¹ MARTÍNEZ USEROS, Enrique, “Desviación de poder”, Universidad de Murcia, España, p. D 45.

a) los hechos que den motivo a la demanda y b) exponer los conceptos de impugnación contra el acto combatido, entre otros.

Sin embargo, una de las posibles razones por las cuales no se llega a la declaratoria de nulidad de un acto, así como se reconozca el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios causados, es precisamente que los litigantes son omisos en expresar aquellos elementos que permitirían identificar si la autoridad actuó por interés personal.

Por tanto, el Juez tiene que allegarse de más elementos para poder calificar y determinar si se incurrió con exceso de poder, y en su caso se declare la nulidad por dicha causa, es por ello que el particular debe exponer los hechos tal cual sucedieron y hacer valer la causa por desvío de poder, y el Juez debe ser imparcial y objetivo, congruente y completo al emitir una sentencia.

Por tanto, el juez al examinar si el acto persigue ese fin no hace sino controlar la legalidad de aquél. No es juez de la oportunidad de las decisiones porque no hay jamás de parte del agente administrativo libre apreciación sobre el punto de saber si el acto es conforme al fin previsto.¹⁴²

En este punto, se hace un énfasis en cuanto al –fin que persigue el acto o de la norma y el fin que busca la Administración–. Si se pregunta ¿ambos fines pueden configurar la desviación de poder? La respuesta sería que sí.

En efecto, la casi total inaplicación del desvío de poder, es la vaga definición del desvío de poder, precisamente porque el fin se ve únicamente desde la perspectiva legalista, siendo que el fin de la Administración y el fin normativo son distintos. En tanto que un acto no por estar fundado y motivado implica que no se configure el vicio en estudio.

¹⁴² *Ibidem*, p. D-45

Sobre el particular, cobra aplicación la tesis número VII-P-1aS-1187, publicada en la Revista del Tribunal, cuyo rubro y contenido señalan lo siguiente:

“DESVÍO DE PODER.- CASO EN EL QUE NO SE ACTUALIZA.- Acorde a lo previsto en el artículo 51 fracción V, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, se entiende que existe desvío de poder, cuando la resolución administrativa dictada por una autoridad administrativa en ejercicio de sus facultades discrecionales, no corresponda a los fines por los cuales la ley confiera dichas facultades. De esta manera, si el actor plantea el desvío de poder en el sentido de que la autoridad al emitir el acto administrativo, no se encontraba dentro de su marco legal y *la autoridad citó los fundamentos que le otorgan las facultades para la realización del acto controvertido, es inconcuso que no estamos ante un desvío de poder.*”¹⁴³

(Resaltado añadido)

Como bien se observa de la anterior transcripción, el Tribunal consideró que por el hecho de que la autoridad o el agente citó los fundamentos legales que le otorgan competencia para dictar su resolución, consideró que en el caso no se actualizaba el desvío en estudio. Sin embargo, se estima que el juzgador solo consideró el fin normativo en relación con el principio de legalidad, pero, ¿Qué pasa con el fin de la Administración?

Es decir, el fin normativo es lo que la ley busca satisfacer con la emisión de determinado acto administrativo esto es el -objeto- y con ello el bien común. Así, los fines de la Administración, son las intenciones particulares que tuvo la autoridad al actuar de determinada forma, estos pueden ser de índole personal. Por ejemplo, recibir dadivas por la realización o prestación de determinado servicio.

¹⁴³ Tesis derivada del juicio número 1905/13-10-01-5-OT/439/15-S1-04-04. Resuelto por la Primera Sección de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en sesión de 19 de mayo de 2015, consultable en la Revista del Tribunal antes mencionado, Séptima Época, Año V, número 48, Julio 2015, p. 463.

Es de explorado derecho que demostrar las subjetividades es sumamente complicado, dado que si bien se materializan, de las mismas no queda constancia escrita, porque los jueces tendrían que ser los psicólogos que permitan descubrir los motivos por los cuales actuó de determinada forma una persona, en el caso en concreto, la autoridad como parte de la Administración.

Sin embargo, el hecho de solo dar importancia a los requisitos de legalidad que ordena el artículo 16 de la Constitución, evidencia que es necesario hacerlo, toda vez que no escapa que las autoridades actúan no solo conforme lo establece la norma sino además, con intereses personales, mismos que podrían dar lugar a la comisión de ilícitos como el cohecho, la prevaricación¹⁴⁴, siendo que lo busca el Tribunal es la eliminación de la corrupción que ya molesta bastante en el país.

Además, los Jueces o Magistrados deben actuar con total imparcialidad, tal y como lo ordena nuestra Constitución mexicana en su artículo 17, es decir, deben evaluar los actos en concreto de manera objetiva (decidir sobre el caso en estudio de acuerdo a los lineamientos legales, evaluando los argumentos vertidos por las partes y valorando todas las pruebas relativas a la litis) y sin preferencia de alguna de las partes.

Robustece lo anterior, la siguiente jurisprudencia número 1/2012 (9ª), emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro

¹⁴⁴ Esta idea es observación y aportación del Profesor y Doctor Juan Antonio García Amado en la Universidad de León, España, durante la estancia de investigación que ha permitido el desarrollo de la presente investigación. El tema de que se pueden configurar delitos con el desvío de poder, como bien se ha mencionado, es un tema que implica ser estudiado en investigación aparte, ya que el tema fundamental de la presente es determinar cómo acreditar la desviación para con ello lograr se active una indemnización a favor del particular con motivo de las facultades discrecionales de la Administración.

V, Febrero de 2012, Tomo 1, página 460, de rubro: “IMPARCIALIDAD. CONTENIDO DEL PRINCIPIO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL.”

De la citada tesis se advierte que el principio de imparcialidad que los jueces deben cumplir, implica que ellos no tengan intereses personales para conocer de un caso (dimensión subjetiva), así como que, el estudio que realicen de las controversias sea con base en la ley y nada más (dimensión objetiva).

Ahora bien, concatenando el artículo 1° con el diverso artículo 17, ambos de la CPEUM, también se desprende la obligación de los Jueces de garantizar – asegurar y proteger– los derechos humanos de los ciudadanos, en tal virtud, “la administración de la justicia” que en el caso en concreto, se traduce en: “la oportunidad de los actores en juicio de ser indemnizados por los daños y perjuicios sufridos a causa del actuar de la autoridad”, es un derecho fundamental que debe ser respetado por los juzgadores.

...el modelo positivista transforma los derechos humanos en derechos fundamentales. Los incorpora como un elemento esencial del sistema jurídico, que los reconoce y garantiza con la fuerza irresistible del único derecho válido, el derecho positivo, es decir, los respalda con el uso lícito de la fuerza física que ostenta en monopolio el Estado.¹⁴⁵

Por tal razón, y atento a la teoría garantista de Luigi Ferrajoli, y siendo que México se rige por un Estado Derecho Constitucional, resulta evidente que -en México también deben otorgarse garantías a los ciudadanos- con el objeto de proteger los derechos humanos que ya nos han sido reconocidos en la CPEUM y en los Tratados Internacionales en los que el Estado es parte.

Bajo ese orden de ideas, la LFPCA prevé que los Magistrados declaren la nulidad de un acto administrativo cuando resulte este ilegal, además, dicha Ley los faculta para que se reconozca al actor el derecho subjetivo a ser indemnizado

¹⁴⁵ BASTIDA FREIJEDO, Francisco J., “El fundamento de los derechos fundamentales”, *Reduc 3*, España, 2005, p. 43.

cuando se actualice el desvío de poder; es decir, el Tribunal tiene tanto la facultad de declarativa como de condena, y no solo declarativa, como erróneamente se cree.

En efecto, el Juzgador de lo contencioso administrativo puede declarar la nulidad de un acto y a la vez tiene la potestad o facultad de imponer como sanción a la autoridad que ha incurrió en falta grave -desvío de poder- que indemnice al particular; sin embargo, un elemento importante a evaluar es el tipo de facultades con las cuales el acto que se combate fue emitido.

Es decir, no por el hecho de que se ventilen actos administrativos en el Tribunal Federal de Justicia Administrativa significa que en todos los casos en que se considera se incurrió en desvío de poder debe condenarse a la autoridad para el efecto de que indemnice al quejoso, pues en atención al tipo de atribución con que cuenta la autoridad es que se determinarán los efectos de la sentencia.

En efecto se insiste, las autoridades administrativas cuentan con facultades discrecionales y con facultades regladas, las primeras de ellas consisten en las atribuciones que le permiten a la autoridad emitir una decisión o un acto a su libre albedrío; en cuanto a las segundas, hace referencia a las facultades que están expresamente determinadas en la ley, por lo que en este caso sólo pueden actuar conforme a la ley les permite.

Por su parte, Horacio Castellanos señala que el régimen de derecho impone al titular de la administración pública la obligación de actuar conforme lo dicta la norma, y no así, conforme a su libre albedrío, pues el acatar lo establecido en la norma constituye el respeto al Principio de Legalidad en este Estado de Derecho. Pero además, también señala lo siguiente:

...Sin embargo, la tesis definitivamente adoptada de que el interés público debe prevalecer sobre el privado, sobre la base de que la justicia social es

superior a la individual, constitucionalmente faculta al jefe de la administración pública a adoptar medidas que aparentemente son violatorias de los derechos individuales. Dichas facultades se mantienen en las denominadas discrecionales, con base en las cuales el Ejecutivo adopta decisiones que se traducen en medidas que tienden a beneficiar a la colectividad...¹⁴⁶

Por su parte, Gordillo define a las facultades regladas y a las discrecionales de la forma siguiente:

Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el particular debe seguir, o sea cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto. Las facultades del órgano serán en cambio discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera¹⁴⁷

Es decir, cuando las autoridades actúan conforme a lo establecido en la norma estamos en presencia de una facultad reglada, así, cuando actúan conforme a su libre albedrío, porque de no actuarse de esa manera, se afectaría el interés público estamos ante una facultad discrecional.

Sin embargo, se considera que las facultades de la autoridad no pueden verse de manera separada, puesto que no actuar conforme la ley sería del todo violatorio de los derechos fundamentales, pero tampoco pueden verse por sí solas las facultades discrecionales dado que de no actuar conforme lo requiera una situación (libre albedrío) se ocasionaría una seria violación de derechos de la sociedad.

Luego entonces, volviendo a la actividad del Juzgador, se considera que el evaluar si en el caso determinado acto se trata de una facultad discrecional o

¹⁴⁶ CASTELLANOS C., Horacio, "Facultades regladas del titular del poder ejecutivo de sus decisiones en materia de administración pública", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, p. 81.

¹⁴⁷ GORDILLO AGUSTÍN, http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloX.pdf, 12 de febrero de 2016.

reglada, así como el identificar si la autoridad se apartó solo del fin normativo y ver la trascendencia de los fines de la Administración, implica una gran labor, dado que eso significa entrar al estudio subjetivo –motivos internos– que orillaron a la autoridad emitir determinado acto.

Sobre este punto, conviene precisar que existe la posibilidad de que la inaplicabilidad de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos por desvío de poder, es el tema de las pruebas que los actores están obligados a exhibir en juicio.

Lo anterior es así, en virtud de que al ser el desvío de poder el resultado de la toma de decisión de una autoridad, que a veces puede apreciarse en la motivación que hace la Administración en el acto combatido, esto es, una actividad subjetiva; luego entonces, probar en juicio tal vicio resulta difícil, por lo cual, se considera que por esa razón no se hace valer en el juicio contencioso administrativo.

3.2.1.2. Derechos de la parte actora

Los derechos principales de los gobernados en su carácter de actores o partes en un juicio se encuentran desde la Constitución, verbigracia: a) ser oído y vencido e juicio ante Tribunales competentes, previamente establecidos al hecho combatido; derecho a un juicio pronto y expedito y en el que se sigan las formalidades esenciales del procedimiento y se estudien todas las pretensiones que haga valer; c) derecho a la reparación del daño, por mencionar algunos, lo que implica se garantice el derecho a la tutela judicial efectiva.

En efecto, el artículo 14 Constitucional establece el derecho a ser oído y vencido en juicio ante Tribunales previamente establecidos. Por su parte, el artículo 17 Constitucional establece el derecho a obtener una sentencia en la que se resuelvan todas y cada una de las cuestiones efectivamente planteadas, lo que

implica para el Juzgador la obligación de no dejar nada pendiente por resolver y que se traduce en el Principio de exactitud y completitud.

Ahora bien, dentro de las pretensiones que en su caso debe hacer valer la parte actora respecto de un acto viciado, es solicitar se declare la nulidad del acto administrativo por desvío de poder, y con ello, solicitar se active la garantía secundaria que le sigue a la declaratoria en comento.

Así es, la garantía secundaria de referencia es el derecho a una indemnización por los daños y perjuicios resentidos por el tiempo en que surte efectos el acto administrativo combatido.

Señala el artículo 52 de la LFPCA, que la sentencia definitiva podrá además de declarar la nulidad de la resolución impugnada -reconocer al actor la existencia de un derecho subjetivo y condenar al cumplimiento de la obligación correlativa-. Es decir, el demandante tiene el derecho a que se le indemnice por los daños y perjuicios sufridos.

Pero, ¿qué parámetros debe considerar el Juez para llegar a declarar en la sentencia que se ha incurrido en desvío de poder? Y ¿qué elementos debe tomar en cuenta el Juez para que se reconozca el derecho a la impetrante a ser indemnizado a causa del acto controvertido?

Las anteriores interrogantes son precisamente lo que se pretende resolver en la presente investigación con base en el derecho comparado, estudiado en el capítulo que antecede.

3.3. De la sentencia definitiva que concluye el juicio

México ha tenido un considerable avance en materia de derechos humanos desde la reforma Constitucional de 2011 al haberse implementado en el

artículo 1 del citado ordenamiento federal como obligaciones del Estado el promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Sin embargo, tanto los Jueces de lo Contencioso Administrativo como los servidores públicos aún tienen que trabajar arduamente a efecto de materializar en algún momento la reforma en comento, dado que siguen siendo omisas en acatar las obligaciones antes descritas.

Lo anterior es así, toda vez que las autoridades emiten actos en ejercicio de sus atribuciones viciados en cuanto a forma y fondo, verbigracia –desvío de poder– mismo que si bien puede ser controvertido en juicio de nulidad conforme a la (LFPCA) lo cierto es que los Jueces son omisos en su mayoría, en dictar sentencias con declaratoria de nulidad de un acto administrativo por tal vicio, así como son omisos en reconocer el derecho subjetivo al administrado de ser indemnizado por los perjuicios sufridos.

Como bien se mencionó en el capítulo precedente, el artículo 57, fracción V, inciso d), de la LFPCA, el Magistrado o la Sala correspondiente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa emitirá sentencia definitiva que ponga fin a un juicio en la que podrá declarar la nulidad de determinado acto y *además* condenar al ente público federal al pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos.

No obstante lo anterior, en la praxis si bien los actos de autoridad son impugnados en el juicio de nulidad, lo cierto también es que existe una inaplicabilidad en las sentencias de declararse configurado el desvío de poder, así como se ordene activar la garantía secundaria respecto a la mayor parte de los actos competencia material del TFJA y por motivo del vicio en cita.

Es importante no generalizar en el sentido de que nunca o casi nunca se activa la garantía secundaria, pues la excepción se encuentra en los casos de responsabilidad patrimonial del Estado y en los juicios relativos a la responsabilidad de los servidores públicos sancionados, en los que normalmente sí hay una activación de dicha garantía.

Sin embargo se insiste, en la generalidad por los demás actos y respecto a la desviación de poder hay un mayor desuso de dicha garantía, así como un estudio del vicio en comento.

En ese sentido, la pregunta que se formula en esta investigación es la siguiente: ¿por qué no hay declaratorias textuales de haberse configurado el desvío de poder y que a causa de ello no se condene a la autoridad a pagar por los daños y perjuicios?

En los capítulos precedentes a través de los criterios emitidos por los Tribunales de Alzada se evidenciaron diversos ejemplos en los cuales se ha materializado el desvío de poder –facultades de comprobación distintas a las permitidas en la orden de visita domiciliaria– entre otros.

En efecto, con tales criterios o tesis se acredita que la figura como tal de desvío de poder sí se configura, pero ello en excepcionales casos, y ello en consecuencia, implica que se omita condenar a las autoridades que hacen un mal uso de las facultades discrecionales concedidas por la ley para fines eminentemente públicos, y no así, personales, de allí que se considere violación al derecho fundamental de administración de la justicia.

En ese tenor es que se analiza la problemática antes planteada con base en la teoría garantista de Luigi Ferrajoli, la cual tiene como objetivo evidenciar el abuso de poder de las autoridades, así como garantizar la administración de la

justicia mediante la reparación del daño al gobernado que resintió en su esfera jurídica los perjuicios causados dada la actividad del Estado.

En ese sentido, la teoría en comento propone indemnizar al gobernado que ha resentido subjetiva y materialmente la violación a un derecho humano o fundamental. *Desde siempre el ser humano ha buscado la manera de resistirse al poder de dominación y a lo largo de la historia ha ido creando fórmulas filosófico-jurídicas para frenar ese poder.*¹⁴⁸

Es de recordar que a partir de que el hombre se dio cuenta de que el poder solo se encontraba en unos cuantos y que mediante el uso del mismo se agravía a los gobernados, fue necesario crear mecanismos a fin de controlar el poder que investía a las autoridades del Estado –estado de derecho, principio de legalidad, juicio contencioso administrativo– es decir, se crearon formas filosóficas, jurídicas y teóricas a fin de controlar el uso de las facultades de autoridad.

En tal sentido, es menester recordar que la teoría de la desviación de poder surge en virtud de que en un principio era el Príncipe y las autoridades que actuaban en su nombre, se encargaban de regular la vida pública, ya que contaban con potestad ilimitada y guiada sólo por los criterios de la conveniencia y de la oportunidad.

Por esto no existía fuente de derechos para el individuo que no los tenía ni podía tener frente al Estado. Sus relaciones escapaban a toda jurisdicción ya que faltaba el deber del agente de acomodar su conducta según una norma externamente vinculante.¹⁴⁹

Así, la Administración tenía el poder de juzgarse a sí misma, se encontraba desorganizada en el sentido de que no existía un Tribunal dedicado a

¹⁴⁸ BASTIDA FREIJEDO, Francisco J., *op cit*, nota 145, p. 41.

¹⁴⁹ MARTÍNEZ USEROS, Enrique, *op cit*, nota 141, p. D-6.

estudiar el actuar de las autoridades de modo tal que, cuando existía un conflicto entre el particular y el Estado, era éste el que se encargaba auto estudiarse. No obstante ello, la filosofía francesa en un principio se ocupó de la soberanía política –el derrocamiento del poderío de la autoridad judicial y el predominio del Ejecutivo-, para lo cual implementó la división de los poderes.

Luego de la división de poderes si bien no se implementa una justicia administrativa, lo cierto es que se exaltó en el ámbito social a la persona, por lo que es con el Estado de Derecho con el que se inició la real estructuración de la Justicia Administrativa como la conocemos hoy en día.

...La realidad social concretará de este modo que vivir en un orden jurídico significa limitación y responsabilidad y, por consiguiente, que el Estado someta sus actuaciones al sistema de normas que las condicionan y han de inspirarlas; que las acate y contraiga el compromiso de cumplir los deberes que dicho acatamiento le impone y que, en caso de incumplimiento, responda con el género de responsabilidad que proceda. Así el Estado de Derecho es, en efecto, preconditionado e inspirado por normas jurídicas y en ello existe de verdad garantía de los presupuestos institucionales del mismo, de los derechos individuales y también de la efectividad de las responsabilidades de los actos del poder público...¹⁵⁰

Es decir, al “arrebatarle” al mismo Estado la potestad de autoevaluarse es cuando surge el Derecho Administrativo, se crea un Tribunal encargado de estudiar la legalidad administrativa y se le dota de la facultad de declarar la nulidad de los actos que incumplen esa legalidad.

En tal sentido, el punto de culminación alcanzado hasta la fecha es la teoría de la desviación de poder, en la que, con más intensa plenitud que en cualquier otro supuesto, se resalta la función de límite interno, de orientación

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. D-9.

subjetiva de su obrar, que cumplen los dictados y directrices de las normas respecto de los actos de la Administración pública.¹⁵¹

Así, los exponentes de la doctrina de desviación de poder plantean que la función jurisdiccional administrativa al declarar la nulidad de un acto administrativo se queda limitada, pues no ofrece respecto del actor una diferencia sustancial con las otras clases de fallos judiciales, por lo que el fundamento de la actividad jurisdiccional administrativa debe ser la protección de los derechos fundamentales ya sea individuales o colectivos.

Por ello, se propone reconocer una situación jurídica de hecho, así como el reconocimiento de un derecho subjetivo. Pues se reitera que la vía jurisdiccional contencioso administrativa surge del uso de poder de las autoridades, en donde ese poder (obligar-ligar) sobrepasa la facultad otorgada a las autoridades administrativas –exceso de poder–.

Así el exceso de poder de la justicia administrativa se ha desarrollado no ya sólo como instrumento abstracto contra la ilegalidad de los actos administrativos, sino concretamente para producir su anulación y suprimir su fuerza de obligar.

3.3.1.1. La frecuente inaccesibilidad de la indemnización por desvío de poder en el juicio contencioso administrativo

Tal y como se ha analizado en el presente trabajo, hemos dilucidado que el juicio contencioso administrativo, de acuerdo a la teoría garantista de Luigi Ferrajoli como una garantía secundaria, y no sólo así, el juicio de amparo al ser este el medio de defensa por el cual se controvierten las garantías primarias reconocidas en nuestra constitución, ya que, dada la similitud del juicio de nulidad

¹⁵¹ *Ibidem*, p. D-11.

al de amparo, es que en dicho juicio también se podrían defender garantías primarias violadas.

Lo anterior es así, ya que en la materia fiscal y administrativa se protegen derechos patrimoniales y hasta de libertad que sin duda alguna merecen una protección amplísima desde esta instancia.

Sin embargo, también se ha analizado en líneas anteriores que la inaplicabilidad de la declaratoria del desvío de poder en la mayoría de los actos impugnados ante el Tribunal, podría emanar de la responsabilidad de los abogados litigantes al omitir solicitar como pretensión que se declare la nulidad del acto por configurarse el desvío de poder en estudio.

Caso contrario, cuando el particular solicita se declare la nulidad de un acto administrativo por actualizarse el desvío de poder, sucede que los operadores del derecho al estudiar la figura en comento, omiten separar los fines normativos de los fines de la Administración, los cuales se insiste, son distintos.

La anterior, pues y como se evidenció en los anteriores subtemas, existen muy pocos casos en los que el Tribunal ha declarado la nulidad del acto administrativo por causa del vicio en estudio, y no obstante existen criterios, la garantía secundaria es un tema que sigue siendo de gran importancia dado que la nulidad no necesariamente implica que se haya condenado a la autoridad al particular.

Toda vez que México se encuentra en plena transición del Estado de Derecho al Estado Constitucional, en el que los jueces deben garantizar los derechos humanos y fundamentales, tal y como lo establece el artículo 1° de la CPEUM, y en el que se limita o controla el uso de facultades discrecionales de la autoridad; resulta paradójico que no se condene a las autoridades para garantizar los derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental.

En efecto, atento al Principio Pro persona y a lo ordenado por el artículo 1° constitucional, los jueces están obligados a optar por proteger en los términos más amplios a los gobernados, en el caso en concreto, a reparar el daño causado a un gobernado afectado por los abusos de la Administración.

En ese sentido, no obstante la LFPCA establece que los Magistrados podrán declarar la nulidad de un acto y además condenar a la autoridad que cometió falta grave como lo es, el desvío de poder. Es a través de dicha condena que se considera se garantizaría el derecho a la tutela judicial efectiva, sin embargo, se insiste, en la praxis ello no sucede.

Lo anterior es así, pues los juzgadores son omisos en declarar la nulidad de los actos administrativos y condenar de oficio a las autoridades abusivas de poder para el efecto de indemnizar a los particulares afectados con sus actos, en virtud de que pueden imponer tal sanción, aun y cuando un particular no lo solicite expresamente por escrito, atento a que debe resguardar el derecho de acceso a la justicia.

Al respecto, cabe señalar que resultaría un utópico aspirar a que los Magistrados decidan pronunciarse de oficio sobre una causa grave –desviación de poder–, ya que como bien se analizó con anterioridad, resulta tedioso lograr demostrar que se ha acreditado el desvío de poder, ya que la definición del mismo es vaga, así como porque en algunos casos se debe demostrar la intención de la Administración con su actuar.

Además, los jueces son temerosos y evitan declarar mediante sentencia si alguna autoridad ha cometido falta grave, en el caso, desvío de poder, ya que, se estima que la realidad del Tribunal es más productivo entrar al análisis de vicios de legalidad, como competencia, violaciones esenciales a los procedimientos,

ausencia de requisitos formales de ley, entre otros, y no así, faltas como el vicio en estudio.

Philippe Texier citado por Magdalena Gómez señala: "...Tradicionalmente los jueces son mudos, se expresan a través de sentencias. Pero partiendo de lo que se ha dicho, se habló de descomposición, de deterioro de la justicia y de un alto grado de impunidad; por ello hay necesidad de visibilizar la situación en México".¹⁵²

Luego entonces, los Magistrados se pronuncian en las sentencias que dictan sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos; es decir, analizan si un acto fue emitido por autoridad competente; si revestía o no con la debida fundamentación y motivación de acuerdo al Principio de Legalidad; analizan la notificación, como formalidad del procedimiento, por mencionar algunos ejemplos.

De allí que se considere que el trabajo de los juzgadores queda limitado, de tal manera que no se estudia el fondo al asunto, y en consecuencia, se omite garantizar los derechos fundamentales de los administrados.

Así, de garantizarse los derechos humanos de los administrados no se dejaría en total impunidad las actuaciones de la autoridad, toda vez que serían condenadas por la omisión, comisión, exceso, o defecto de sus actos, y en su caso, la esfera jurídica de la parte afectada, si bien no se repararía en su totalidad, al menos mediante la indemnización se subsanaría una parte de los daños y perjuicios sufridos.

En ese sentido, si bien en las sentencias del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, no ha sido declarado un acto administrativo por desvío de poder

¹⁵² GÓMEZ Magdalena, "¿Existe en México la desviación de poder?", *La Jornada*, 25 de octubre de 2011

por la mayoría de los actos competencia de dicho Tribunal, en otras ramas del derecho como en el Derecho Penal (aunque en cumplimiento a lo ordenado por organismos Internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) la desviación del poder ya ha tenido un importante aparición en una sentencia.

En efecto, el Tribunal Permanente de los Pueblos, ha declarado la existencia de tal desvío en una de sus sentencias a partir de una causa penal, lo que dicho acontecimiento dará la pauta para que las causas penales figuren como elementos probatorios en el juicio contencioso administrativo, lo que permitirá juzgar debidamente a las autoridades que hacen un mal uso de las facultades discrecionales, tanto en la vía administrativa como en la penal, sin que ello implique que se le juzgue por los mismos hechos.

En virtud de que lo que se propone, implica hacer un nuevo estudio de las causas penales, delitos, entre otros temas, lo que formaría parte de otra tesis de investigación, se trae únicamente a colación el contenido de la sentencia de referencia, a saber:

...Este caso sin duda se enmarca en la sentencia que dictó el Tribunal Permanente de los Pueblos (TPP) sección México el 15 de noviembre de 2014, al señalar que el Estado mexicano tiene responsabilidad por desvío de poder (tal como fue definido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gallardo, Informe 43/96). Así fue señalado por la CIDH: La comisión considera que ha existido una actitud anómala por parte del Estado mexicano que configura una desviación de poder. En efecto, ante el TPP se mostraron evidencias sobre el patrón de continuidad de la utilización de las instituciones fundamentales del Estado para fines distintos de aquellos para los que fueron creadas...¹⁵³

¹⁵³ GÓMEZ Magdalena, "Nestora: un caso más del desviación de poder", *La Jornada*, 22 de marzo de 2016.

La citada resolución, se considera un gran avance por los juzgadores del Estado Mexicano al tomar en cuenta el informe 43/96¹⁵⁴, para declarar la configuración de desvío de poder, ya que dicha situación da la pauta para que en otras ramas del derecho como la administrativa y la fiscal, tengan verificativo las declaraciones de nulidad de actos administrativos bajo la figura de desvío por todos los actos competencia del Tribunal.

En tal virtud, se reitera que no obsta el hecho de que la sentencia pronunciada por el TPP haya sido dictada en atención a un informe emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la que haya determinado que en México suceden arbitrariedades, dada la actividad irregular del Estado, pues, es el parámetro que permitirá el día de mañana que en las sentencias sean condenadas las autoridades por su actividad dolosa.

En la presente investigación se puede apreciar que las autoridades han tenido avance para la protección de los derechos humanos desde la reforma constitucional e 2011, no obstante ello, en materia administrativa falta que los jueces se atrevan a hacer uso de sus facultades a fin de proteger ampliamente los derechos humanos, es decir, que actúe de oficio ante la evidente muestra de desvío de poder.

Asimismo, en la presente investigación al desarrollar la problemática origen de la presente investigación, se pudo advertir que la inaplicabilidad de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos puede ser tanto por la omisión de los litigantes de hacer valer como causa de nulidad el desvío de poder, o bien,

¹⁵⁴ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos dictó el informe 43/96, de 15 de octubre de 1996, en el caso 11.430, declarando que México incurrió en una desviación de poder, derivado de la denuncia interpuesta por el General Brigadier del Ejército mexicano José Francisco Gallardo Rodríguez, al haber sido éste víctima desde 1988, de amenazas, hostigamientos e intimidaciones por parte de altos mandos de la Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA). Así como por haber sido sometido a procesos judiciales y encarcelamientos injustos, mediante la fabricación de delitos y responsabilidades, nunca probados, así como diversas sucesiones ilógicas violatorias de sus derechos humanos.

porque los jueces aún están en la fase del ejercicio de protección de los derechos humanos.

En ese sentido, una causa por la cual los Magistrados no declaran la nulidad de los actos administrativos por desvío de poder, es porque entrar al estudio de dicho vicio implica una tarea tediosa, ya que amerita conocer los verdaderos motivos por los cuales la autoridad tuvo a bien a emitir un acto ilegal.

Por otra parte, es inaplicable la declaratoria de nulidad de los actos administrativos por desvío de poder, ya que ante una afirmación debe ser necesaria una prueba, y si el desvío en comento constituye una actividad subjetiva de los emisores del acto, luego entonces, probar en juicio tal vicio resulta difícil, y por esa razón no se hace valer en un juicio contencioso administrativo.

En la presente investigación, se encontró que en el Tribunal Federal de Justicia Administrativa ha emitido sentencias en las que se declare la nulidad de un acto administrativo por desvío de poder en muy pocos casos.

Sin embargo, encontramos que el Tribunal Permanente de los Pueblos ya emitió una sentencia en la que declara que el Estado Mexicano ha incurrido en desvío de poder al emitir actos de molestia en contra del C. José Francisco Gallardo Rodríguez, lo cual, constituye un antecedente importante para que opere la nulidad por desvío de poder en los juicios contenciosos administrativos.

Sin que pase desapercibido que la sentencia emitida por el Tribunal Permanente de los Pueblos deriva del derecho penal, pues lo cierto es, que el desvío de poder reconocido a nivel internacional es de índole administrativo dada la función en ese ámbito por el Estado Mexicano de allí que su emisión sea de gran trascendencia para el derecho administrativo y en su caso en el fiscal.

Por su parte, si bien en los juicios del orden civil ya se ha dotado a los jueces de la facultad para condenar a la parte responsable al pago de un interés menor cuando existe un cobro excesivo de estos, también es un parámetro importante para que en el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, los Magistrados declaren nulos los actos por ser abusivos, así como fijen cantidades liquidadas para indemnizar al gobernado afectado con tal acto.

Finalmente, se puede concluir que aun y cuando no existe materialmente una sentencia a través de la cual se haya declarado la nulidad de un acto administrativo por estar viciado de desvío de poder, se considera que no falta mucho para que la práctica se pueda alcanzar garantizar los derechos fundamentales como el de administración de justicia.

CAPÍTULO IV. La garantía secundaria contra el desvío de poder en el juicio contencioso administrativo, como garantía al derecho de tutela judicial efectiva.

El derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho fundamental cuya garantía y protección puede verse reflejado en la sentencia definitiva que pone fin al juicio contencioso administrativo, ya que ésta, es conglomeración de las fases del procedimiento, así como se estudian las pretensiones de la actora y las defensas del demandado.

Así, y toda vez que la sentencia desde el punto de vista procesal, cobra una interesante relevancia, el Magistrado Instructor o la Sala, no pueden perder de vista todas y cada una de las cuestiones planteadas por las partes, toda vez que la Ley Fundamental así lo exige en los artículos 14, 16 y 17, –preceptos legales que contienen a su vez los Principios de Legalidad, Exhaustividad y Completitud–.

Por ello, el presente capítulo del trabajo de investigación tiene como objetivo determinar el método o los medios que permitan el acceso a la garantía secundaria ante la actualización de un desvío de poder demostrado en el juicio contencioso administrativo.

Lo anterior, a partir de la comparación del derecho español con el derecho mexicano, pues en el sistema normativo español sí se ha venido estudiando la figura de la desviación de poder y aunque pocas jurisprudencias se ha ordenado indemnizar por actualizarse dicha figura, lo cierto es que aquellos juzgadores prometen ser exhaustivos en sus sentencias y no temerosos al momento de emitir sus resoluciones.

En efecto, la jurisprudencia española ha permitido vislumbrar que los Juzgadores españoles prometen el respeto a los derechos fundamentales como la

tutela judicial efectiva, al entrar al estudio de una figura tan delicada como lo es la desviación de poder.

Motivo por el cual, en el presente apartado se hará un breve análisis entre las resoluciones del sistema español y la regulación del desvío de poder en el sistema jurídico mexicano, ello con el objeto de lograr la aplicación de la garantía secundaria en el juicio contencioso administrativo regulado en la LFPCA.

4.1. El desvío de poder en la Teoría y el Derecho español

4.1.1. La jurisprudencia española

Es menester recordar que el artículo 51, fracción V, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, del orden jurídico mexicano, si bien no señala expresamente que un acto administrativo podrá ser declarado nulo por desvío de poder, no menos cierto es, que sí prevé como causa de nulidad de una resolución emitida con facultades discrecionales y fines distintos a los establecidos en la norma.

Por su parte, el artículo 52, fracción V, inciso d), de la LFPCA, establece que además de declararse la nulidad de un acto administrativo, se deberá *“Reconocer la existencia de un derecho subjetivo y condenar al ente público federal al pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos”*.

Ahora bien, de la confrontación realizada a las normas y jurisprudencia española se concluye que es acertada la hipótesis de la presente investigación consistente en que la emisión de las sentencias en las que se declare nulo un acto o resolución por desvío de poder en México son realmente escasas o casi inexistentes, en virtud de que el vicio en comento está en desuso.

Lo anterior es así, ya que de la labor del Tribunal Supremo español se recogen diversas jurisprudencias en las que sí se hizo el análisis del vicio en

estudio. Tan cobro una gran relevancia en el ordenamiento jurídico español que con el transcurso del tiempo y los diversos criterios sostenidos por el órgano jurisdiccional que se definieron las características que deben contener las demandas, y aquellos aspectos que el juez debe tomar en consideración para entender el fondo del asunto.

Por ello, con fundamento en el artículo 86 Bis del CFPC, de aplicación supletoria a la materia, se pretendía proponer que el TFJA aplicara los diversos criterios establecidos por el Tribunal Supremo Español, ya que dicha disposición permite el uso del derecho extranjero, a saber:

ARTICULO 86 Bis.- El tribunal aplicará el derecho extranjero tal como lo harían los jueces o tribunales del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar la existencia y contenido del derecho extranjero. Para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance del derecho extranjero, el tribunal podrá valerse de informes oficiales al respecto, los que podrá solicitar al Servicio Exterior Mexicano, así como disponer y admitir las diligencias probatorias que considere necesarias o que ofrezcan las partes.

El citado artículo 86 Bis del CFPC, establece que los Tribunales podrán usar el derecho extranjero si resulta aplicable, para lo cual podrá obtener información respecto a la disposición legal que se pretende ocupar.

Así, el TFJA de la aplicación del derecho extranjero, podría exigir como en la jurisprudencia emitida por el Tribunal Supremo español se determinó, que la pretensión aducida por el actor tenía que ser clara, es decir, especificar si del acto que se reclama su nulidad es por mera legalidad o por desviación de poder, o, incluso ambos.

También de la jurisprudencia del TS podría ser aplicable el criterio consistente en que la parte actora desde la demanda debe precisar si solicita la indemnización por daños y perjuicios con motivo de la configuración del desvío de poder, lo anterior, a efecto de dar la relevancia que merece la figura en estudio y no siga pasando desapercibida como hasta ahora.

Lo anterior, tiene plena lógica ya que el Magistrado o la Sala deben resolver sobre las cuestiones efectivamente planteadas, no obstante ello, también el TS consideró en una ocasión estudiar de oficio el desvío de poder si este es evidente aunque la parte actora no lo alegue en juicio.

Lo anterior, resulta relevante pues los Magistrados deberían estudiar el desvío de poder con independencia si la demandante lo impugna o no en el juicio, pues ante la posibilidad de configurarse un desvío de poder el entrar al estudio del mismo, permitiría el control de la discrecionalidad de la Administración Pública, y con ello, se garantice el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por otra parte, la jurisprudencia española determinó que la desviación de poder presentaba la dificultad del operador de derecho para probar su configuración, ya que este surge de la actividad subjetiva de la autoridad.

“... las decisiones administrativas viciadas de desviación de poder no suelen revelar cuáles son los fines que realmente persiguen... los órganos de la Administración que así actúan intentan disimular lo más hábilmente posible esa voluntad torcida o desviada en que consiste dicha infracción.

Por eso, probar la desviación de poder es, generalmente, una tarea difícil, pues se trata de descubrir la intención real...de la Administración...”¹⁵⁵

Una finalidad de la norma es establecer o definir las conductas que pueden realizar o abstenerse de hacer los servidores públicos como autoridad administrativa, sin que el fin que persigue dicha potestad, facultad, poder o atribución este explícito en la norma.

Por tal motivo, se considera que tanto para el sistema Español como para el mexicano, la configuración de la desviación de poder dependerá del valor que los Magistrados y jueces concedan a la prueba, siendo que para los jueces no les corren términos o limitaciones para allegarse de los elementos necesarios a

¹⁵⁵ CHINCHILLA MARIN, Carmen, *op cit*, nota 60, p. 122

efecto de dictar el fallo en el que determine la configuración de la desviación de poder¹⁵⁶.

En ese sentido, el Tribunal Supremo español ante lo complicado que es probar el desvío de poder, a través de su jurisprudencia estableció las características que deberá tener la prueba de la desviación de poder.

La primer característica es, "...que lo que hay que demostrar en estos casos es que la Administración *no actuó* para servir al fin legalmente establecido que constituye la causa del acto administrativo en cada caso en concreto..."¹⁵⁷. En efecto, en cada asunto, deberá probarse que la autoridad ha sido omisa en acatar el fin establecido en la norma.

Aun y cuando la mayoría de las normas, por no calificar y decir que todas, sean imprecisas en definir el fin que persigue la misma, la actividad de los operadores del derecho versara en escudriñar esa finalidad que el legislador designó a cada ordenamiento que se considera la autoridad fue omisa en acatar.

Un punto clave para determinar que la autoridad se apartó del fin perseguido por la norma será demostrar que el fin perseguido con la emisión del acto en concreto beneficio a un particular, y no así al interés general, en el entendido que los actos administrativos cumplen una función del Estado hacia la colectividad.

"...la finalidad normativa impuesta de la potestad de planteamiento es la satisfacción de los intereses generales, y el término de contraste, para apreciar la desviación de poder, es la constatación de que el acto administrativo impugnado tiende a satisfacer el intereses privados."¹⁵⁸

¹⁵⁶ Normalmente en las normas del sistema jurídico mexicano no determinan la finalidad no solo de la ley, sino de la atribución, facultad o poder de la Autoridad, sin embargo, el fin puede encontrarse implícito en la norma, o en todo caso, el juzgador está facultado para allegarse de la exposición de motivos de la ley correspondiente con el objeto de determinar cuál es el fin perseguido por las normas, aunque ello implique una labor de interpretación por parte del operador de derecho para desentrañar lo que el legislador quiso decir respecto a cada facultad de la Administración.

¹⁵⁷ CHINCHILLA MARIN, Carmen, *op cit*, nota 60, p. 123

¹⁵⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *op cit*, nota 118, p 207

Siguiendo las características de la prueba del desvío de poder, de acuerdo a Lemasurier es menester "...demostrar los móviles y las intenciones del autor del acto..."¹⁵⁹, pues se insiste la desviación de poder implica actuación personal del servidor público de la Administración.

Así, entre más hechos o elementos tenga el juzgador para llegar a la conclusión de que la autoridad actuó por convicción propia, y no conforme a lo estipulado en la norma dará la pauta para que el Magistrado realice un análisis profundo e íntimo respecto al acto emitido por la administración.

Sin embargo, aún y cuando en México se regulen las características y formalidades que deben revestir las pruebas ofrecidas en el juicio contencioso administrativo, entre ellas, -la presunción- prevista en los artículos 90, 190 a 192 del Código Federal de Procedimientos Civiles de aplicación supletoria a la materia, lo cierto también es que en el referido juicio no cobran la relevancia suficiente para ser ocupadas como las demás pruebas objetivas.

Lo anterior es así, ya que se insiste los Magistrados entran al estudio de cuestiones formales que normalmente no necesitan una prueba objetiva para vislumbrar el vicio que permitirá se declare nulo el acto administrativo por el vicio formal que se trate.

En el caso de la jurisdicción del derecho español el valor a las pruebas cobra un importante papel, ya que no solo se valoran las pruebas que comúnmente se ofrecen como las documentales, sino los indicios que además de ser legales son de carácter humano.

Pues del análisis realizado al derecho español se encontró que para acreditar la desviación de poder la prueba consistirá en indicios que permitan esclarecer hechos y presunciones de que la autoridad incurrió en un desvío de

¹⁵⁹ CHINCHILLA MARIN, Carmen, *op cit*, nota 60, p. 123

poder, siendo “El indicio... una presunción que consiste en estimar la existencia de un hecho en virtud de la demostración de otro”¹⁶⁰.

No obstante lo anterior, si bien el orden jurídico mexicano regula cuestiones procesales como las formalidades y el desahogo de la prueba, concretamente la presunción y los indicios, lo cierto es que ello no cobra relevancia, pues la figura en si misma del desvío de poder no es usada por los operadores del derecho, tal y como se ha venido explicando en los capítulos que preceden.

En efecto, Juan Alfonso Santamaría Pastor, considera que para el derecho español la finalidad de la prueba es “... *concluir de forma objetiva y contrastable sobre la efectiva existencia de una desviación de poder es, salvo casos extremos, literalmente imposible*”¹⁶¹, ello en virtud de que el fin de las facultades atribuidas a las autoridades, no están establecidas en la ley.

Es decir, un Juez debe escudriñar el fin que el legislador atribuyó a cada facultad de autoridad, ya que a veces el fin no está explícito en la norma.

“...Son inusuales los supuestos en los que una norma pone de manifiesto la finalidad para la que crea una potestad. No lo hace prácticamente nunca en su articulado... la finalidad de una potestad es algo implícito en cualquier norma: algo que no se puede constatar, sino que, cuando menos, hay que deducir... Aun en el supuesto de que esta deducción pueda hacerse, igualmente notorio que un mismo precepto pueda perseguir una pluralidad de fines...”¹⁶²

¹⁶⁰ PELÁEZ VARGAS, Gustavo, “Indicios y pruebas” *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. España, 1974, ISSN 0120-3886, N°. 48, p. 51. También señala que “Las presunciones, que constituyen una conclusión o juicio anticipado, se dividen en legales y judiciales o de hombre; éstas últimas son propiamente indicios.” Es decir, el género son las presunciones y la especie son los indicios. Luego entonces, la prueba indiciaria consiste en la actividad subjetiva del juez, pues debe realizar un examen acucioso a los hechos controvertidos, así como para deducir otros que desconoce, o que conociéndolos, no tenga la certeza de que los mismos sí fueron realizados.

¹⁶¹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *op cit*, nota 118, p 201.

¹⁶² *Idem*

Es decir, de la jurisprudencia española se obtiene que no se debe confundir entre el fin de la norma y el fin de la Administración o autoridad, dado que el fin de la norma es de interés público, es decir, el bien común, mediante la satisfacción o prestación de servicios, así como engloba fines de prevención, control, seguridad, fiscalización, por mencionar algunos.

Por su parte, los fines de la Administración, serán los motivos por los cuales el ente actúa de determinada forma. Ese actuar, tan no va acorde al contenido normativo, que podría la autoridad utilizar una facultad para fines distintos a los previstos en la norma, en tanto que, con la consecuencia de dicha facultad, los fines pueden ser meramente personales, de tal manera que en ejercicio de una facultad discrecional se podría lograr un fin de la ley, pero no, el de la Administración.

Dicho de otro modo, una autoridad puede ejercer una facultad discrecional y lograr un fin perseguido por la ley, pero distinto al fin que persigue la Administración con dicha facultad.

Por otra parte, Manuel Francisco Clavero Arévalo, señala que puede «...existir (la desviación de poder) tanto en el ejercicio de potestades discrecionales como regladas»¹⁶³, luego entonces, y dada la concurrencia de vicios formales tanto en atribuciones regladas y discrecionales una solución a efecto de calificar si existe desvío de poder es no hacer distinción en las facultades conferidas a la autoridad.

Lo anterior es así, ya que el desvío de poder al consistir en una consecuencia del ejercicio de la facultad ya sea discrecional o reglada, es decir, en el medio ilegal ocupado para llegar a un fin lícito o bien al fin ilícito obtenido de los medios legales, es lógico que la desviación de poder se actualice con

¹⁶³ CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco, *op cit*, nota 120, p. 114.

cualquiera de los dos tipos de facultades, de allí que se considere no deba existir una distinción de facultades para calificar si se ha actualizado el desvío de poder.

Sin que obste que para algunos autores el desvío de poder solo se origina por motivo de las facultades discrecionales, pues se insiste que al ser estas la línea delgada que existe entre las facultades reguladas, el desvío de poder se puede actualizar con los dos tipos de atribuciones, pues acorde a lo que señala Artecona Guila, -el límite de las facultades discrecionales es el propio Estado de Derecho-.

La consagración de potestades discrecionales no implica pues una limitación ni un quebrantamiento del Estado de Derecho, en tanto la discrecionalidad es un fenómeno jurídico: emana de las normas constitucionales y legales (como una necesidad inherente al debido ejercicio de la función administrativa) y tiene los límites que las propias normas (y los principios de derecho, siempre presentes) le fijan.¹⁶⁴

Sin embargo, el hecho de que la desviación de poder se actualice según algunos autores respecto a las facultades discrecionales, ello no implica que dichas facultades deban ser castigadas en todo momento, dado el libre ejercicio de una acción por una autoridad, pues las facultades en comento son necesarias para el buen funcionamiento de la Administración Pública.

Una Administración cuya actividad estuviese totalmente reglada por las normas superiores, esto es, que no tuviera ningún margen de apreciación sobre las medidas a ser adoptadas ante la verificación de determinadas circunstancias de hecho, no solamente sería incapaz de poder concretar los principios de eficacia y de eficiencia, sino que implicaría una cierta desvirtuación del régimen democrático.¹⁶⁵

¹⁶⁴ ARTECONA GULLA, Daniel, "Discrecionalidad y desviación de poder. Necesidad y conveniencia de la consagración legal de potestades discrecionales a favor de la administración", *Revista Facultad de Derecho*, ISSN 0797-8316, No. 30, 2011 p. 46, <http://www.revistafacultadderecho.edu.uy/ojs-2.4.2/index.php/rfd/article/viewFile/85/89>, 10 de octubre de 2016, 1:06 pm.

¹⁶⁵ *Idem*.

En ese sentido, se estima, los Magistrados tienen una labor importante al análisis o calificación de los actos, para determinar si ha prosperado el desvío de poder, pues el ejercicio de una facultad discrecional implica decisiones subjetivas de la autoridad que no siempre constituyen un abuso de derecho de allí la dificultad al dictado de sentencias de condena por desvío de poder.

Lo anterior es así, ya que, del estudio efectuado a la ley del contencioso administrativo en el derecho mexicano, y su comparación con el sistema jurídico español, se ha llegado a la conclusión de que una de las razones por las cuales en la práctica jurídica del juicio de nulidad no se emiten sentencias de condena por motivo de la desviación de poder, es a causa de que hay una dificultad material para acreditar la desviación de poder en los casos en concreto.

Por ello, y dado que en la práctica existe una inefectividad de la norma es evidente que la solución al problema planteado será la inaplicación de la Ley que regula el desvío de poder, en consecuencia, se logre subsanar la esfera jurídica de un gobernado afectado por el desvío de poder.

Sin embargo, a diferencia del derecho español en donde sí es usada dicha figura para controlar la actividad administrativa de las autoridades, en el caso del derecho positivo mexicano debe declararse su inaplicación por los Magistrados del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

Se insiste en lo anterior, ya que en los juicios contenciosos administrativos el problema medular encontrado es el desuso de la figura del desvío de poder, motivo por el cual, la solución a dicho planteamiento es declarar su inaplicación conforme al control difuso.

En efecto, toda vez que con el control difuso se impuso la obligación a todos los jueces a desaplicar una norma cuando consideren que una ley vulnera la esfera jurídica de los gobernados, en el caso, se considera que la solución al problema estudiado es precisamente la aplicación de dicho control constitucional.

Así, siendo que la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo no logra tener una efectividad dado que la misma no es aplicada por los operadores del derecho, es evidente que la reparación del daño que se pretende conseguir con la presente investigación es conforme a la desaplicación de la norma.

Precisado lo anterior, los Magistrados del TFJA podrían dar preferencia a los argumentos en los que se haga valer como causa de nulidad de un acto administrativo el desvío de poder, y con dicho estudio, se analicen más vicios que se relacionen con éste, en consecuencia, determinar si hay una norma que beneficie en mayor medida al actor y en su caso ordenar se aplique está a fin de seguir vulnerando su esfera jurídica.

Así, la impetrante logre la reparación del daño ante los efectos sufridos, lo anterior con el reconocimiento al demandante del derecho subjetivo a la reparación del daño, sin que para ello, se impongan más requisitos tanto a los litigantes como a los juzgadores para determinar cuándo y cómo se configura el desvío de poder.

Para ello, será necesario que las decisiones de los Magistrados sean emitidas atendiendo a la razonabilidad, entendida ésta como “la consistencia, coherencia y el *uso de argumentos consecuencialistas...*” en la argumentación realizada como justificación de la decisión adoptada.”¹⁶⁶

Asimismo, lo lógico y procedente será que los Magistrados apliquen el Principio Pro Persona, en atención al caso específico y su relación con los derechos vulnerados y demás principios generales del derecho.

¹⁶⁶ GONZÁLEZ MALDONADO, Marco Aurelio, “La discrecionalidad”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, volumen 2, número 3, 2006, p 242.

Esto es, se habla de una reconstrucción del derecho por parte de los juzgadores si éstos advierten que un derecho humano está siendo violado con la ejecución del acto controvertido, sin embargo, ello no obsta para que deba preferirse la norma que cause un mayor beneficio a la impetrante.

Ya que “...existen diversos principios jurídicos que constituyen el fundamento último de las autoridades jurisdiccionales para poner límites a los actos administrativos con los que condenan los resultados obtenidos dictados por la Autoridad, como el principio de racionalidad, el de buena fe, el de la proporcionalidad de los medios a los fines, el de la naturaleza de las cosas, el de oportunidad, el de la igualdad, los proveídos por los derechos humanos, etc.”¹⁶⁷

Por tanto, los jueces deben velar por la aplicación de *los distintos principios y normas* que benefician a los gobernados para que con ello, se evite un desgaste en el estudio que realiza el operador de derecho y en consecuencia, se garantice la reparación del daño en el juicio contencioso administrativo.

Motivo por el cual, será necesario realizar un análisis en el juicio contencioso administrativo a través del cual conforme a las bases procedimentales obtenidas del derecho español y la visión de reconstruir el derecho mexicano se logre garantizar los derechos fundamentales de los administrados.

4.2. La garantía secundaria por desvío de poder en el juicio de nulidad mexicano

En los capítulos que preceden se abordó el juicio contencioso como el medio a través del cual se pretende la activación de la garantía secundaria –la reparación del daño- al actor.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p 249

Asimismo, se abordó que los Magistrados se limitan a emitir sentencias de condena, esto es, que se imponga a la autoridad el deber la prohibición de no lesión y su correlativo que consistirá en la expectativa de hacer y dar, en tanto que resarcirá e indemnizará al particular que resulte afectado al actualizarse la falta grave con su acto.

En ese orden de ideas, y toda vez que mucho depende de la actividad jurisdiccional que realizan los jueces para que en México opere la falta grave consistente en desvío de poder, es menester entrar al estudio del procedimiento contencioso administrativo a través de los derechos fundamentales y, concretamente, el control difuso, mediante el cual se pretende lograr la garantía del derecho fundamental de tutela judicial efectiva.

Así, ante la inaplicación del desvío de poder previsto en la LFPCA dada su ineficacia, esto es, que no se materializa en la praxis, en consecuencia, –no se repara el daño a los gobernados–, de conformidad con el control difuso de constitucionalidad se debe determinar lo qué sería entonces lo aplicable al caso en concreto.

Por ello, nos remitiremos al derecho internacional a efecto de dilucidar cuál sería la norma susceptible de ser implementada en el derecho interno o nacional, en consecuencia, se logre el acceso a la justicia pronta y expedita, ya que se lograría la activación de la reparación judicial por la violación de alguna garantía primaria violada.

No obstante lo anterior, “... hay que afirmar que la Administración no solo está sometida a la ley, sino también a los principios generales del derecho, por lo que en el ejercicio de una potestad discrecional deberá atenerse a las exigencias que devienen de la aplicación de los principios aludidos...”¹⁶⁸

¹⁶⁸ *Ibidem*, p 248

Por tanto, aun y cuando la posible solución al problema planteado en el presente trabajo sea el derecho internacional, no debe perderse de vista que deben acatarse los principios generales del derecho y que el derecho nacional debería ser congruente con el aplicable en el caso en concreto.

4.2.1. Del abuso de poder por la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas

La Ley Orgánica del Tribunal regula en el artículo 3, en sus XIX fracciones, diversos actos o resoluciones administrativas por las cuales procede el juicio contencioso administrativo, y por los cuales, podría actualizarse el desvío de poder, con ello, activarse la garantía secundaria para reparar el daño de los gobernados afectados.

Ahora bien, el Constitucionalismo garantista busca el total respeto a la Constitución de un país y con ello la garantía de los derechos fundamentales, tan es así, que permite la regulación de figuras jurídicas a través de las cuales se garanticen dichos derechos.

Por ello, el Estado Constitucional obliga a los jueces estar más capacitados para buscar una relación armoniosa entre el derecho fundamental violado y los principios, valores y demás elementos normativos que derivan de la Ley Fundamental, con el fin de garantizar el derecho humano o fundamental trasgredido.

“...La ciencia del derecho ha sido remozada y se desenvuelve en un nuevo raciocinio jurídico. En éste, el intérprete de la constitución se halla más libre para desplegar la búsqueda de armonía entre los derechos fundamentales en conflicto, conjugándolos con sujeción a la finalidad presente en todo valor, principio o precepto jurídico de índole fundamental. De la teorización lógico-

formal se avanza a la argumentación razonable y práctica, infundiendo vida al ordenamiento normativo...”¹⁶⁹

En ese sentido, los operadores del derecho podrán razonar o justificar en el Nuevo paradigma Constitucional, la inclusión de instrumentos, figuras jurídicas o cualquier elemento normativo que permita el respeto del derecho que se encuentre en Litis.

Así, “...en este paradigma es menester ayudar a la magistratura persuadiéndola de la importancia de su función en el Estado Constitucional de Derecho, capacitándola en argumentación, ponderada y razonada, amén, de adentrarse en la consecución del ideal de un sistema normativo coherente, en el que los principios y valores constitucionales irradian a todo el régimen preceptivo”¹⁷⁰

Así, en relación a lo anterior, los jueces tendrán la capacidad ante la inaplicación determinado ordenamiento o precepto normativo de determinar qué valor, principio, norma o instrumento deberá implementarse en el derecho interno con el objetivo de lograr que se garanticen los derechos fundamentales transgredidos.

Motivo por el cual, en los subsecuentes apartados se hará un análisis de los instrumentos internacionales que bien podrían implementar los Magistrados del TFJA en las sentencias que emitan a fin de que el desvío de poder ante su materialización pueda ser sancionado legalmente en atención al control difuso de constitucionalidad.

¹⁶⁹ RAMÍREZ Arce, Bertha Alicia y CUEVAS Gayosso, José Luis, “Los límites ópticos en la labor del juzgador. Un reto frente a la modernización de la impartición de justicia”, Letras jurídicas, 27, enero-junio 2013, México, p. 10.

¹⁷⁰ *Idem*

4.2.1.1. 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005

Del análisis realizado a los instrumentos internacionales se ha encontrado la posibilidad de implementar en el derecho mexicano, lo contenido en la Resolución que determina los “*Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005*”.

Se propone lo anterior, toda vez que la Resolución antes citada, en sus primeros tres artículos impone a los Estados miembros la posibilidad de aplicar las normas de derecho internacional para la protección amplia del derecho humano trasgredido, tal y como se muestra a continuación:

(...)

1. La obligación de respetar, asegurar que se respeten y *aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario* según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos dimana de:

- a) Los tratados en los que un Estado sea parte;
- b) El derecho internacional consuetudinario;
- c) El derecho interno de cada Estado.

(...)¹⁷¹

(Resaltado es propio)

Es decir, el fundamento legal que obliga a los Magistrados del TFJA implementar el derecho internacional al nacional es el artículo 1 antes transcrito,

¹⁷¹ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>, 19 de junio de 2017, 12:11 pm.

de la 60/147 Resolución, el cual señala que los Estados deberán, entre otras obligaciones, aplicar las normas de derecho internacional en materia de derechos humanos, el cual nace de Tratados, costumbre internacional y el derecho interno de cada país.

Además de imponer a los Estados la posibilidad de implementar el derecho internacional al derecho interno, la Resolución es muy clara al determinar las bases a seguir para lograr tal cometido, a saber:

(...)

2. Si no lo han hecho ya, los Estados se asegurarán, según requiere el derecho internacional, de que su derecho interno sea compatible con sus obligaciones jurídicas internacionales del modo siguiente:

- a) *Incorporando las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario a su derecho interno* o aplicándolas de otro modo en su ordenamiento jurídico interno;
- b) Adoptando procedimientos legislativos y administrativos apropiados y eficaces y otras medidas apropiadas que den un acceso equitativo, efectivo y rápido a la justicia;
- c) Disponiendo para las víctimas los recursos suficientes, eficaces, rápidos y apropiados que se definen más abajo, incluida la reparación;
- d) Asegurando que su derecho interno proporcione como mínimo el mismo grado de protección a las víctimas que el que imponen sus obligaciones internacionales.

(Énfasis añadido)

El citado artículo 2 de la Resolución de mérito, dispone que los Estados verificarán que el derecho internacional incorporado sea compatible con el derecho interno; que se adoptarán los procedimientos necesarios para garantizar el derecho a la justicia pronta y expedita; en el caso de las víctimas se dispondrán de los recursos necesarios para la reparación.

Por otra parte, en relación a la reparación del daño judicial como define Ferrajoli a la garantía secundaria, en el instrumento internacional en análisis se aprecia en los numerales VII y IX, de la multireferida resolución 60/147, que se

regula el derecho de las víctimas de disponer de recursos para la reparación del daño y la forma en que se llevará a cabo dicha reparación, respectivamente.

VII. Derecho de las víctimas a disponer de recursos

11. Entre... las violaciones graves del derecho internacional humanitario figuran los siguientes derechos de la víctima,...

- a) Acceso igual y efectivo a la justicia;
 - b) Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido;
- (...)¹⁷²

En efecto, el transcrito numeral VII de la resolución 60/147, prevé entre los derechos de las víctimas, el derecho del acceso a la justicia y la reparación – adecuada– del daño sufrido, los cuales cabe recalcar que no son contrarios a la Constitución Federal, pues como es de explorado derecho las garantías primarias en comento se encuentran previstas en el artículo 17 de la referida Ley Fundamental.

Así, en cuanto a la reparación del daño, la Resolución en estudio también comprende en el numeral IX, lo siguiente:

IX. Reparación de los daños sufridos

15. Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia,... ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido...

17. Los Estados ejecutarán, con respecto a las reclamaciones de las víctimas, las sentencias de sus tribunales que impongan reparaciones a las personas o entidades responsables de los daños sufridos, y procurarán ejecutar las sentencias extranjeras válidas que impongan reparaciones con arreglo al derecho interno y a las obligaciones jurídicas internacionales.

¹⁷² Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>, 19 de junio de 2017, 12:11 pm

Es decir, la reparación del daño debe ser proporcional a la violación y al daño sufrido. En tanto que los Estados deberán ejecutar las sentencias en las que se impongan las reparaciones a quienes corresponda.

Lo anterior, guarda una relevancia tal, en el sentido de que los Tribunales deberán velar por se ejecuten sus propias sentencias, esto es, en las que se ordene la reparación del daño, ello es así, ya que en los Tribunales, al menos, en el TFJA –el cumplimiento de la sentencia es “round” que debe pelearse con la autoridad– ya que si bien concluye un juicio de forma favorable, no siempre la autoridad acata lo que en la misma se ordena.

Es decir, el Tribunal sino es a petición de parte no motiva a las autoridades a cumplir lo ordenado en la sentencia, se limita a dictar una sentencia a la que no se le da seguimiento adecuado, por lo que se considera un procedimiento adicional a efecto de materializar la garantía secundaria, y no solamente limitarse tener una declaración de que se tiene derecho al acceso a una garantía secundaria.

De allí que se considere que lo regulado en la declaración 60/147 válidamente puede ser introducido en las sentencias por los Magistrados del TFJA, y ante la ineficacia de la LFPCA se considera que sea este instrumento el que en todo caso deba aplicarse.

4.2.1.2. Resolución 40/34, aprobada el 29 de noviembre de 1985

En el Derecho Internacional también se encuentra la “*Declaración Sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder*”, Resolución 40/34, 29 de noviembre de 1985, emitida por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, cuyos ejes centrales o

contenido sustancial consiste en la protección de las personas que hayan sufrido daños, ya sea por violación a una norma penal o bien, por abuso de poder.

El ordenamiento en cita, define en primer lugar a la víctima, a saber: “... 1. *Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder...*”¹⁷³

Asimismo, la Resolución 40/34 señala que serán los funcionarios públicos serán los responsables de indemnizar a las víctimas, así como que el Estado o Gobierno deberá promover la reparación del daño de las víctimas aunque se trate de otra administración, como a continuación se muestra:

“...11. Cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasioficial hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados. En los casos en que ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer al resarcimiento de las víctimas...”¹⁷⁴

En relación a lo anterior, la Resolución 40/34 además, ha determinado –la indemnización– como una de las formas o medios por los cuales se puede reparar el daño a la víctima, figura que también es regulada en la LFPCA y que operaría en el supuesto de actualizarse el desvío de poder en el juicio contencioso administrativo.

“...Indemnización.

¹⁷³ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”, Resolución 40/34, 29 de noviembre de 1985, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2028.pdf>, 18, de junio de 2017, 12:00 pm.

¹⁷⁴ *Idem*

12. Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente:
- a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves;
 - b) A la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización...”¹⁷⁵

El punto número 12 de la resolución 40/34, resulta de gran importancia para lograr que en el Estado Mexicano se garantice el derecho a la tutela judicial efectiva, esto es, mediante la activación de la garantía secundaria, ya que de lograr que se active la garantía en cita se lograrían varios aspectos fundamentales:

- a) Que se repare el daño al actor o promotor en el juicio contencioso administrativo; y,
- b) Se limitaría el uso de facultades despóticas de poder, ya que se impondría a la autoridad la facultad de dar a los ciudadanos afectados el pago de la indemnización a que se hace referencia.

En efecto, las consecuencias naturales de que se haga uso de la garantía secundaria antes citada serían el goce del derecho violado y una indemnización por aquellos daños financieros, pérdidas o daños o perjuicios que normalmente es lo que resiente el gobernado en su esfera jurídica.

Se obligaría al Estado mexicano a actuar de dos posibles formas, la primera de ellas es que especialice a las autoridades administrativas para que acaten el Principio de Legalidad, o bien, que cree un fondo de recursos monetarios para el caso en que éste deba ser ocupado con el fin de reparar el daño a la víctima en los casos de extrema urgencia.

¹⁷⁵ *Idem*

“...13. Se fomentará el establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en los que el Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido...”¹⁷⁶

La implementación de la resolución en análisis dentro del ordenamiento mexicano aportaría en su caso que se ponga especial atención a las faltas graves como el desvío de poder y con ello, se pondría atención a los gobernados o “víctimas” que resintieron las consecuencias de la ilegal conducta de la autoridad administrativa. Tan es así, que en la Declaración de Naciones Unidas en estudio se observa un capítulo especial para estas personas.

“...B. Las víctimas del abuso de poder

19. Los Estados considerarán la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular, esos remedios incluirán el resarcimiento y la indemnización, así como la asistencia y el apoyo materiales, médicos, psicológicos y sociales necesarios...”¹⁷⁷

La resolución 40/34 en estudio establece la obligación a los Estados de incorporar en su legislación las normas que regulen el abuso de poder (el cual se podría traducir en desvío de poder) así como se brinden los mecanismos necesarios para ayudar a las víctimas. Lo que siempre deberá incluir el resarcimiento y la indemnización, entre otros.

En el caso del Estado Mexicano, ante la propuesta de que se inaplique el desvío de poder, en su caso la garantía secundaria en los términos en cómo es regulada en la LFPCA, se aprecia de la descrita resolución 40/34, regula como formas para reparar el daño el resarcimiento¹⁷⁸ y la indemnización.

¹⁷⁶ *Idem*

¹⁷⁷ *Idem*

¹⁷⁸ Ese resarcimiento de acuerdo a la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder” Resolución 40/34, 29 de noviembre de 1985 “...comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el

En materia administrativa, la garantía secundaria se compondría tanto del resarcimiento como de la indemnización. Es decir, que se reponga el derecho violado se subsane al momento en que este fue trasgredido, en tanto que el pago de daños y perjuicios, así como el menoscabo de lo que se dejó de percibir por el acto privativo de molestia formarían parte de la garantía secundaria de trato en la presente investigación.

En materia aduanera por ejemplo, sería de apropiada aplicación la disposición antes transcrita, ya que el derecho de los importadores a realizar el libre tránsito de mercancías a veces se ve vulnerado ante la suspensión en el registro para importadores, ya que la suspensión es con base en una regla o criterio que emite el Servicio de Administración Tributaria, y no así conforme a una Ley.

En ese supuesto de hecho, se considera visiblemente que el derecho a subsanar sería entonces la reincorporación al padrón de importadores, además, se volvería a gozar del derecho a realizar la libre importación de mercancías y ante la privación de los derechos antes descritos, correspondería el resarcimiento y la indemnización a que se hace alusión en líneas con antelación.

Motivo por el cual, se considera que la implementación de los instrumentos internacionales permitiría que los gobernados logren gozar del derecho de la tutela judicial efectiva, y con ello el respeto del Constitucionalismo garantista.

reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos...”

4.3. Aportación a la ciencia del derecho

4.3.1. Reconstrucción del derecho con la aplicación del derecho internacional

A lo largo de la presente investigación se evidenció que en la práctica son escasos los juicios contenciosos en los que se declara nulo un acto administrativo por desvío de poder, previsto en los artículos 51, fracción V, en relación con el 52, fracción V, inciso d), último párrafo y 57, fracción II, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo; así como se reconozca el derecho subjetivo consistente en la indemnización por daños y perjuicios causados, en términos del artículo 6 de la citada Ley.

Dentro de la principal causa por la cual se encontró que hay una inaplicación de la figura en estudio, es porque la norma no es efectiva, en tanto que, las autoridades administrativas siguen haciendo uso –sin límites– de las facultades tanto discrecionales como regladas.

En las sentencias definitivas emitidas por el TJFA se aprecia que los actos administrativos normalmente son declarados nulos por causas distintas al desvío de poder, en consecuencia; en la referida vía judicial, no se ordena a la autoridad demandada a que repare al actor ante la vulneración de sus derechos.

Luego entonces, si la garantía primaria no es subsanada por mandamiento judicial, es decir, en la sentencia definitiva que concluye el juicio, es evidente que el fin de la norma no logra materializarse en razón de que el derecho del actor no logra ser resarcido, y ante la privación de gozar el mismo tampoco es indemnizado por aquellos daños producidos, y financieramente, por lo que se dejó de percibir dada la privación del derecho de que se trate.

Por ello, se propone la inaplicación de la figura del desvío de poder dada la ineficacia de la norma, esto es, que no es usada por los operadores de derecho, dado que se insiste, no se materializan los fines contenidos en la norma.

A diferencia de las antinomias y de las lagunas entre normas del mismo nivel, tales aporías pueden concebirse como violaciones, que, de no ser removidas mediante intervenciones autoritativas, comportan inaplicabilidad de la norma violada, en el primer caso, por la existencia y la aplicabilidad de una norma subordinada en contradicción con ella, y, en el segundo, por la inexistencia de sus normas de actuación.¹⁷⁹

En el nuevo paradigma constitucional se busca “...dar cuenta de la dimensión sustancial de las actuales democracias constitucionales, sino poner también a cubierto de sí misma, o sea, de los excesos de poderes ilimitados y virtualmente salvajes, a la propia democracia política o formal”¹⁸⁰

De acuerdo al Estado Constitucional actual los Tribunales podrán declarar que una norma debe ser inaplicada cuando esta es ineficaz, es decir, cuando no existan resultados de acciones que se adecuen al contenido de una norma, en el caso –sentencias que mediante una garantía secundaria ordenen se repare el daño ocasionado a una garantía primaria–

Así, conforme al control difuso de constitucionalidad y en atención a la tesis de rubro “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO (CONTROL DIFUSO). EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA PUEDE EJERCERLO, NO SÓLO RESPECTO DE LAS NORMAS QUE REGULEN SU ACTUACIÓN, SINO DE TODAS LAS NORMAS GENERALES QUE LE CORRESPONDA APLICAR PARA RESOLVER LOS ASUNTOS DE SU COMPETENCIA.” Lo procedente es la inaplicación de la garantía secundaria derivada de la desviación de poder.

Con el presente trabajo de investigación se encontró que el TFJA es el órgano jurisdiccional competente para estudiar de oficio si una norma debe ser inaplicada en razón de que la misma es ineficaz, y ante tal circunstancia, lo

¹⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi, *op cit*, nota 38, p.64.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p.74.

procedente es introducción de derecho internacional al nacional para garantizar los derechos afectados de los particulares.

De conformidad con el control difuso de constitucionalidad, en relación con el artículo 63 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, de la cual México forma parte, y por mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el Estado Mexicano dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de la garantía primaria violada.

Acorde con lo anterior, se propone introducir y aplicar en el sistema mexicano la Resolución que determina los "*Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005.

La anterior resolución debe aplicarse en virtud de que en ella se establece la facultad a los Estados de aplicar la costumbre, Tratados o demás disposiciones del derecho internacional con el objetivo de garantizar las garantías primarias que conforme al derecho nacional ello ha sido materialmente imposible, en tanto que la norma, como en el caso, es ineficaz no obstante es válida y es aceptada por los operadores del derecho.

Asimismo, se considera que conforme al control difuso de constitucionalidad deberá aplicarse la "*Declaración Sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder*", Resolución 40/34, 29 de noviembre de 1985, emitida por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en tanto que regula quién tiene el derecho a ser reparado de un daño y las formas en que puede darse dicha reparación.

Pues tal y como se demostró en el capítulo III de la presente investigación, son diversos los motivos por los cuales en México escasean los asuntos en los cuales se ha pronunciado un Magistrado respecto a desvío de poder, siendo que es evidente el abuso de poder en los actos administrativos.

4.3.2. Reconstrucción del derecho respetando los principios generales del derecho

Del análisis efectuado a la LFPCA se ha apreciado que la norma no cumple con el requisito de eficacia en tanto que no se materializa el contenido sustancial de la norma, pues no es utilizada la figura de la desviación de poder en las sentencias del TFJA para declarar la nulidad de un acto administrativo y con ello la reparación judicial correspondiente.

Motivo por el cual, debe ser reconstruido el derecho con enunciados normativos sin perder de vista el derecho nacional, esto es, sin contradecirlo y otorgándole el valor correspondiente a los principios generales del derecho, valores, reglas y demás elementos que sí son válidos y en verdad aceptados y aplicados dentro del sistema normativo.

Lo anterior, es apoyado por Alchourron y Bulygin cuando proponen formas para reconstruir "...el derecho positivo, de manera a satisfacer ideales de justicia y racionalidad. Que esta actividad se haga o no acreedora al "honroso" nombre de 'ciencia' en nada impide que se reconozca como una tarea de enorme importancia social que exige gran complejidad intelectual."¹⁸¹

¹⁸¹ Nino Carlos, "Algunos modelos metodológicos de la ciencia jurídica", Venezuela, Universidad de Carabobo, Oficina Latinoamericana de Investigaciones jurídicas y sociales, 1979, p.259, citado por TAMAYO y Salmorán, Rolando, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/1850/2107>, 12 de junio de 2017, 3:00 pm

Al respecto, distinguen dos actividades diferentes la inferencia de las consecuencias lógicas de la base del sistema y la reformulación del sistema. Esta última consiste en el reemplazo de la base original por un conjunto más económico de principios generales que sean lógicamente equivalentes a los enunciados primitivos de la base original (equivale a la determinación de los dogmas de un sistema jurídico mediante el principio “de economía” de Jhering)”¹⁸²

En ese sentido, es lógico que se busque frenar el uso de las facultades de la autoridad mediante ordenamientos internacionales, ya que en el caso, la norma nacional dista de ser eficaz, pues se insiste, no basta que sea aceptada por los operadores del derecho, sino que debe ser utilizada y lograr el fin que en ella depositó el cuerpo legislativo –reparar el daño por abuso de poder–.

Se considera en el caso, que si la reparación corre a cargo de la autoridad administrativa, ello obligaría a las autoridades a actuar con total apego al principio de legalidad, debido proceso legal, principio pro persona, principio de mayor beneficio, derecho a la reparación del daño, por mencionar algunos, que son máximas jurídicas que de seguir siendo aplicadas permitirán el respeto de los derechos humanos.

Con lo anterior, se obligaría al Estado mexicano a aportar recursos o los medios necesarios con los cuales las autoridades administrativas se especialicen en la rama en que se desempeñan, y así, acaten de manera responsable el contenido normativo, en consecuencia, se eviten violaciones a las garantías primarias de los ciudadanos.

Por otra parte, se conseguiría que los Magistrados del TFJA acaten las disposiciones normativas internacionales –control difuso de constitucionalidad– esto es, que conforme a la ciencia del derecho se construya un derecho válido y

¹⁸² *Ibidem*, p.258.

lógicamente aceptado por los operadores del derecho, resguardando los principios generales del derecho como base normativa de las leyes nacionales.

“...Vinculada con esta función se encuentra la de asignar significado a las normas vigentes, para lo cual deberían tomarse en consideración las reglas interpretativas utilizadas por los órganos de aplicación y los usos lingüísticos vigentes. Esta actividad debería irse desprendiendo de los mitos derivados del "realismo verbal" y tomar en cuenta las modernas técnicas de análisis semántico y sintáctico...

Se tendría que hacer intentos más serios de reformular el sistema jurídico en forma más económica, reemplazando amplios conjuntos de enunciados, muchos de ellos redundantes, por principios independientes con consecuencias equivalentes. Así se detectarían con mayor facilidad las lagunas y contradicciones del sistema, como lo han mostrado lúcidamente Alchourrón y Bulygin...”¹⁸³

Es decir, los Jueces se tendrían la tarea de reemplazar los enunciados normativos vigentes por aquellos que impidan se continúe con las incongruencias normativas, es decir, que permitan tener en el ordenamiento nacional un derecho eficaz que permita su entero cumplimiento.

Así, y siendo que el derecho internacional no se opone al derecho positivo mexicano en tanto que en ambos se prevé la reparación del daño por abuso de poder, es lógicamente válido considerar al administrado como víctima legítimamente facultado por la norma para ser indemnizado ante cualquier abuso de derecho, lo que amplía el derecho a ser reparado judicialmente por cualquier acto de molestia o privación de la autoridad.

Con lo anterior, se abre la posibilidad para que no forzosamente se tenga estudiar un acto administrativo con el fin de corroborar si se ha actualizado el desvío de poder, ya que como es de explorado derecho el abuso de la autoridad

¹⁸³ SANTIAGO NINO, Carlos, “Introducción al análisis del derecho”, *Colección mayor Filosofía y derecho*, 2 ed., Astrea, Argentina, 2003, p.343.

se considera manifestado por el simple hecho de vulnerar una garantía primaria a un gobernado, siempre que sea manifiesta la vulneración al Principio de legalidad.

Así, se busca que tanto el administrado como la autoridad tengan límites y no se incurra en abuso de la garantía secundaria, pues se busca que en el juicio administrativo sea la actora quien acredite la afectación a la garantía primaria mediante las pruebas que considere pertinentes desde avalúos, dictámenes periciales, actas de hechos, documentales ministeriales, instrumentos notariales, testimoniales, fotografías, audios, y cualquier otro elemento que permita la acreditación de un daño real.

En el caso de los daños, que objetivamente sea difícil acreditar en juicio, verbigracia, lo que se dejó de percibir como ingreso mensual y anual derivado de un acto de fiscalización, se propone la cuantificación aproximada del perjuicio causado mediante la comparación porcentual de las declaraciones anuales presentadas ante el Fisco en ejercicios anteriores.

Así, no obstante se aplique el derecho internacional, se seguirán as reglas procesales contenidas en la LFPCA en materia de pruebas y cuantificación de los daños, para acceder a una reparación judicial conforme al control difuso de constitucional, esto es, aplicando la Resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005 y la Resolución 40/34, 29 de noviembre de 1985.

Ante la ineficaz activación de la garantía secundaria por desvío de poder en los juicios contenciosos administrativos, se propone la reconstrucción del derecho respetado los principios generales del derecho como el principio de legalidad, el debido proceso legal y aplicando el derecho internacionalmente valido y lógicamente aceptable y congruente con el derecho mexicano.

En efecto, las reglas procedimentales tendría que seguir siendo las que en el caso de los actos impugnables ante el TFJA se deban aplicar para el

desarrollo del juicio, sin embargo, ello no obsta para que se apliquen las reglas en materia internacional y se apliquen los principios que le dan sentido al ordenamiento mexicano.

Ambiciosa queda la presente investigación intentar que la reparación del daño corra cargo del servidor público que emite actos administrativos en contravención al principio de legalidad, y que para ello se determine un procedimiento adicional al que ya existe cuando éstos, cometen faltas administrativas.

Lo anterior es así, pues se considera que de lograr se respete el Estado de Derecho Constitucional, sería un paso importante para que los Magistrados en verdad garanticen los derechos fundamentales, basados en las disposiciones normativas aplicables a nivel internacional, lo que a su vez consistiría en la aplicación correcta del control difuso de constitucionalidad, utilización de garantías secundarias, entre otras obligaciones que al Estado mexicano le falta por implementar en el sistema actual.

Conclusiones

Primera. El Estado de Derecho Constitucional actual no solo sigue siendo el límite del ejercicio abusivo de las facultades de las autoridades, sino también, busca garantizar el respeto de los derechos humanos y fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto es, positivados en la Ley Fundamental.

Segunda. No obstante ha evolucionado el Estado de Derecho, la autoridad administrativa incurre en faltas graves como el desvío de poder reguladas de antaño, que con independencia de las múltiples definiciones que se han aportado sobre la referida figura no deja de traducirse en la violación al Principio de Legalidad, ya que la autoridad abusa de las facultades que le atribuye la Ley, vulnerando los derechos de los particulares administrados.

Tercera. Que a diferencia de la Ley de Justicia Fiscal en cuanto a la regulación del desvío de poder, actualmente ya no se contempla dentro de la partida presupuestal un monto determinado para efectos de indemnizar a los particulares con motivo de la desviación de poder, lo que se considera de gran relevancia pues el Estado Mexicano debería crear un fondo especial para cumplir con la garantía secundaria de que se trate.

Cuarta. Mediante el ejercicio de derecho comparado entre México y España se encontró, que en un inicio en el país, se concedió relevancia en el ordenamiento jurídico a la figura de desviación de poder, sin embargo, no se mantuvo tal como en el caso Español, que actualmente cuenta con una serie más amplia de sentencias emitidas por la referida falta grave.

Quinta. Del derecho español se rescata la pericia que han mantenido los jueces para pronunciarse respecto a los casos en los que se ha impugnado la desviación de poder, ya que en el caso del Estado mexicano aún no se ha

completado la transición de estado de derecho al estado de derecho constitucional, y con ello, garantizar los derechos humanos mediante el uso del control difuso de constitucionalidad.

Sexta. Se evidenció que el Tribunal Federal de Justicia Administrativa escasamente emite sentencias en las que active la garantía secundaria ante la violación de garantías primarias por causa de un desvío de poder, pues si bien en los casos en los que se reconoce la existencia de daño patrimonial del Estado se ordena indemnizar, lo cierto es que ello no es así en cuanto a la falta grave en estudio.

Séptima. Se evidenció que son diversas las causas por las cuales son escasos los casos en los cuales se ha tratado en México el desvío de poder, entre ellas:

1. Al no estar definida la falta grave de desvío de poder en la Ley, es poco conocida y por ende poco o no impugnada por los operadores del derecho;
2. Aunque sea alegada en juicio la existencia de la desviación de poder, los Magistrados suelen emitir sentencias que si bien nulifican los actos administrativos, ello es así por cuestiones formales, y no, por cuestiones de fondo como la actualización del desvío de poder;
3. Para los operadores del derecho es difícil determinar cuándo se actualiza el desvío de poder, en tanto que se confunde el fin normativo con el fin de la autoridad al emplear sus facultades tanto discrecionales como regladas;
4. Los diversos autores consultados consideran que aunque es evidente el desvío de poder, la prueba constituye una parte fundamental para determinar acreditar la falta grave, dado que hay quienes estiman que se trata de un vicio de índole subjetivo y por tal razón los operadores evitan entrar a su estudio.

Octava. Que las causas antes descritas por las cuales no es estudiado el desvío de poder, evidencian la inaplicación de la citada figura jurídica, de allí se considere que no se cumple la eficacia de la norma, en tanto, el Principio de Legalidad y las garantías primarias son vulnerados por las autoridades al ocupar la norma para fines distintos a los establecidos en la norma, por lo que lo procedente sea decretar su inaplicación conforme al control difuso de constitucionalidad.

Novena. Si bien la LFPCA no cumple con el requisito de eficacia, tomando en cuenta que se evidenció que no se emiten sentencias a través de las cuales se reconozca que la autoridad incurrió en desvío de poder, y que por ello deba “reparar el daño” a los administrados afectados, debe aplicarse el derecho internacional.

Décima. No obstante se busca la inaplicación de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo por desvío de poder, ello no obsta para que la reparación del daño tenga lugar en cualquiera de los actos administrativos en los cuales sea evidente el abuso de poder por parte de la autoridad administrativa, ya que el Estado de Derecho Constitucional vela por garantizar los derechos fundamentales vulnerados.

Décimo primera. Toda vez que el objeto de la inaplicación del desvío de poder es lograr la reparación de la garantía primaria violada deberán seguirse las formalidades esenciales del procedimiento, concretamente, que se conceda valor a los ordenamientos internacionales, en relación con las pruebas aportadas en juicio.

Bibliografía

- AGUILAR CUEVAS, Magdalena, “Las tres generaciones de los derechos humanos”, www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/.../pr20.pdf.
- AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique y LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio, “Los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli”, Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx.
- ARAUJO JUÁREZ, José, “Teoría de las nulidades del acto administrativo”, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, España, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/aida/cont/6/art/art1.pdf>,
- ARTECONA GULLA, Daniel, “Discrecionalidad y desviación de poder. Necesidad y conveniencia de la consagración legal de potestades discrecionales a favor de la administración”, *Revista Facultad de Derecho*, ISSN 0797-8316, No. 30, 2011 p. 46, <http://www.revistafacultadderecho.edu.uy/ojs-2.4.2/index.php/rfd/article/viewFile/85/89>, 10 de octubre de 2016, 1:06 pm.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco J., “El fundamento de los derechos fundamentales”, *Reduc 3*, España, 2005
- BEJAR RIVERA, José Luis, “Finalidad y desviación de poder en los actos y contratos Administrativos: ¿Ilegalidad o Inmoralidad Administrativa?”, *Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho*, 1-2016. ISSN: E 1887-0929, México, 2006
- BEJAR Rivera, Luis José, “Principios, Norma y supletoriedad en el Derecho Administrativo”, <http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/historico/pdf/principiosynormas.pdf>.
- BUENO SÁNCHEZ, José Miguel, GAVELA LLOPIS, Andrea y otros coords., “Lecciones fundamentales de derecho administrativo (parte general y parte especial)”, España, Arazandi, 2015, ISBN: 978-84-9059-163-5, p. 163
- CABEZUT URIBE, Adriana, “Teoría de la Nulidad del Acto Administrativo”, México, www.tfjfa.gob.mx/.../pdf/teoriadelanulidaddelactoadministrativo.pdf
- CARBONELL, Miguel, “El ABC de los derechos humanos y el control de convencionalidad”, 2 ed., México, Porrúa, 2015.

-----, Miguel, “¿Qué es el garantismo? Una nota muy breve”, IJ-UNAM, 2009.

CASTELLANOS C., Horacio, “Facultades regladas del titular del poder ejecutivo de sus decisiones en materia de administración pública”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

CEA EGAÑA, José Luis, “Estado constitucional de derecho, nuevo paradigma jurídico”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 47., <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2005.1/pr/pr4.pdf>, 11 de septiembre de 2016.

CHINCHILLA MARIN, Carmen, “La desviación de poder”, España, Civitas, 1989, p.p. 155

CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco, “La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de administración pública*, ISSN 0034-7639, No. 30, 1959, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112425>, 10 de octubre de 2016, 4:15 am

Estándares sobre principios generales, derechos humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana I, Coord. FERRER Mac- Gregor Poisot Eduardo, y Otros, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y sistematización de tesis, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Konrad Adenauer Stiftung, Programa de Derecho para Latinoamérica, 2013, p. 1.

EUSKAL ALDIZKARIA, Henrri-Arduralaritzazko, Revista Vasca, “Administración Pública”, vol. I, septiembre-diciembre, 1984, Iraila-Abendua,

FERNÁNDEZ RUÍZ, Jorge, “Poder y sus tipos”, *Boletín de Derecho Comparado*, número 81, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón, Teoría del garantismo penal”, 7 ed., Madrid, Trotta, 2005.

-----, Luigui, “La democracia a través de los derechos fundamentales”, Madrid, ed. Trotta, 2014

-----, Luigui, “Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia”, 2 ed., Madrid, Trotta,

-----, Luigui, “Principia Iuris, Teoría del derecho y la democracia”, Madrid, Trotta, 2011.

- , Luigi, "Sobre los derechos fundamentales y sus garantías", traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México, CNDH, 2006.
- , Luigi, "El garantismo y la teoría del derecho como teoría formal", traducción de Greppi Andrea, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2009.
- FRAGA, Gabino, "Derecho administrativo", 39ª ed, rev., y act. Manuel Fraga, México, Porrúa, 1999.
- FRIEDRICH, A. Hayek, "Derecho legislación y libertad", Unión Editorial, Madrid, 1985.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Ensayos de filosofía jurídica", Temis, Colombia, 2003, p. 405
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Curso de derecho Administrativo", 13 ed., vol I, Thomsom-Civitas, Madrid, 2006
- GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón, "Curso de derecho administrativo", vol I, 15 ed., Civitas, Navarra, 2011, p.483
- GIL RENDÓN, Raymundo, "El estado constitucional de derecho y los derechos humanos", Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, <http://cesmdfa.tfjfa.gob.mx/INVESTIGACION.html>.
- GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro y ROA ORTIZ, Manuel, "Acceso a la justicia y derechos humanos", coord. Pahuamba Rosas y Zavala Gallardo, Erick, México, *Aplicación de los derechos humanos*, Novum, 2014.
- GUASTINI, Ricardo, "Teoría e ideología de la interpretación constitucional", 2 ed., México, UNAM, 2010.
- LÓPEZ MENDOZA, José A., "La desviación de poder", Facultad de derecho, Universidad de Buenos Aires, p. 302, <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/003-edp-2-lopez-mendoza.pdf>, 13 de octubre de 2016.
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro y PAHUAMBA ROSAS, Baltazar, "Nuevos Paradigmas Constitucionales, Dignidad Humana, principios fundamentales, derechos humanos, estado de derecho, democracia y convencionalidad", México, Espreess, 2014.
- MAFRA, Francisco, "O direito comparado e o desvio de poder", *Revista Âmbito Jurídico*, ISSN-1518-0360, núm. 133, año XVIII, febrero 2015.

- MARTÍNEZ USEROS, Enrique, "Desviación de poder", Universidad de Murcia, España.
- MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel, "Los procedimientos administrativos materialmente jurisdiccionales como medios de control de la Administración Pública", México, UNAM, 2003.
- PELÁEZ VARGAS, Gustavo, "Indicios y pruebas" *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. España, 1974, ISSN 0120-3886, N°. 48, pp. 49-72.
- PÉREZ DAYAN, Alberto, "Teoría General del Acto Administrativo", Porrúa, México, 2006.
- PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, "La garantía en el Estado constitucional de derecho", Trotta, España, 1997.
- PISARELLO, Gerardo, "Debate, Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿Qué garantías?", <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174864.pdf>, 24 de octubre de 2016
- RAMÍREZ Arce, Bertha Alicia y CUEVAS Gayosso, José Luis, "Los límites ónticos en la labor del juzgador. Un reto frente a la modernización de la impartición de justicia", *Letras jurídicas*, 27, enero-junio 2013, México
- RODRÍGUEZ LOBATO, Raúl, "Definitividad del procedimiento administrativo fiscal", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011, (Número 100), <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/100/art/art7.htm#P7>.
- RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús e IBARRA Feria, Nora, "Estado de derecho y democracia", 2 ed., México, Instituto Federal Electoral, 2001, *Cuadernos de divulgación de la cultura democrática*, (Núm. 12), <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/507/pl507.htm>.
- SANCHEZ ISAC, Jaime, "La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español", Instituto de Estudios de Administración Local, España, 1973, p.p. 693
- SALAZAR URGARTE, Pedro, "El Constitucionalismo de Norberto Bobbio: Un puente entre el poder y el derecho", México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006, *Cuestiones Constitucionales*, (Número 14).
- SANTOFIMIO, Javier Orlando y CASTILLO SALINAS, Sara, "Acto Administrativo. Procedimiento, Eficacia y Validez", 2 ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas 1994, Serie G. Estudios Doctrinales, (Núm. 110), <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/979/pl979.htm>.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “Muerte y transfiguración de la desviación de poder: Sobre las sentencias anulatorias de planes urbanísticos”, *Revista de administración pública*, España, ISSN 0034-7639, N° 195, 2014, págs. 197-215

SANTIAGO NINO, Carlos, “Introducción al análisis del derecho”, *Colección mayor Filosofía y derecho*, 2 ed., Astrea, Argentina, 2003

TRON PETIT, Jean Claude y ORTIZ, REYES Gabriel, “La nulidad de los actos administrativos”, México, Porrúa, 2005.

VALADÉS Diego, “El control del poder”, 2 ed., México, Porrúa, 2000.

VILLOSLADA GUTIÉRREZ, María, “El control de la discrecionalidad”, España, Universidad de la Rioja, Servicio de Publicaciones, 2013, p.4

ZABLUDOVSKY, Gina, “Autoridad, liderazgo y democracia” *una revisión teórica*, ESTUDIOS. filosofía-historia-letras 1993, http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras34/textos2/sec_2.html

Otras fuentes

CARPIZO Jorge, Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 25, 2448-4881, julio-diciembre 2011, México, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 13, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5965/7906>

Derecho Administrativo, p. 167, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1920/12.pdf>, 26 de febrero de 2017.

GORDILLO AGUSTÍN, http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloX.pdf, 12 de febrero de 2016.

KELSEN, Hans, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1956/10.pdf>, 01 de octubre de 2017.

Universidad Nacional Autónoma de México, “La tutela judicial efectiva implica que la revisión de decisiones que deniegan el acceso a la jurisdicción sea especialmente rigurosa”, *Diálogo jurisprudencial*, México, número 14-15, enero-diciembre de 2013, pp. 135-159, <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dialjur/cont/9/cnt/cnt10.pdf>, 17 de septiembre de 2016.

Universidad Nacional Autónoma de México,
<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/4/1662/5.pdf>, consulta 31 de julio de 2017

TAMAYO y Salmorán, Rolando,
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/articulo/view/1850/2107>, 12 de junio de 2017, 3:00 pm

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Revista del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa

Gómez Magdalena, “¿Existe en México la desviación de poder?”, *La Jornada*, 25 de octubre de 2011

-----, Magdalena, “Nestora: un caso más del desviación de poder”, *La Jornada*, 22 de marzo de 2016.

Legislación

Convención Americana Sobre los Derechos Humanos

Declaración Sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, Resolución 40/34, 29 de noviembre de 1985

Resolución que determina los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Fiscal de la Federación

Ley de Justicia Fiscal

Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo

Ley Federal de Procedimiento Administrativo

Ley 39/2015, de 1 de octubre de 2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

Glosario

CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
DOF	Diario Oficial de la Federación
INFONAVIT	Instituto del Fondo Nacional para la Vivienda de los Trabajadores
IMSS	Instituto Mexicano del Seguro Social
LFPCA	Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo
PROFECO	Procuraduría Federal del Consumidor
SAT	Servicio de Administración Tributaria
SCT	Secretaría de Comunicaciones y Transportes
SEDENA	Secretaría de la Defensa Nacional
SHCP	Secretaría de Hacienda y Crédito Público
STPS	Secretaría de Trabajo y Previsión Social
TFJA	Tribunal Federal de Justicia Administrativa