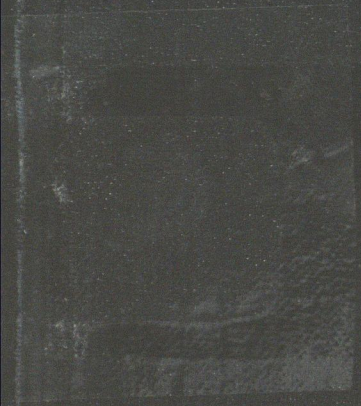
GABINO FRAGA

# DERECHO ADMINISTRATIVO



BIBLIOTECA
"ANTONIO CARRILLO FLORES"

# DERECHO ADMINISTRATIVO

CLASIF. 342.06/ F72/00

ADQUIS 27118 Ej.2

FECHA 2/05/2001

PROCED. Compra

PRECIO 180.00

BIBLIOTECA
"ANTONIO CARRILLO FLORES"

# Derecho Administrativo

POR

## GABINO FRAGA

PROFESOR EMÉRITO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE MÉXICO, EX MINISTRO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, MIEMBRO FUNDADOR DEL INSTITUTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE MÉXICO, MIEMBRO TITULAR DEL INSTITUT INTERNATIONAL DES SCIENCES ADMINISTRATIVES, MIEMBRO DE NÚMERO DE LA ACADEMIA MEXICANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN, EX MIEMBRO DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, MIEMBRO DE LA CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE

REVISADA Y ACTUALIZADA

POR

## MANUEL FRAGA

PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE MÉXICO

*40ª edición*

EDITORIAL PORRÚA
AV. REPÚBLICA ARGENTINA 15
MÉXICO, 2000

Primera edición, 1934

Derechos reservados

Copyright © 2000 by MANUEL FRAGA
Presidente Masaryk, 311
Polanco, México, D. F.

Esta edición es propiedad de la
EDITORIAL PORRÚA, S. A. de C. V. 2
Av. República Argentina, 15 altos, Col Centro, 06020, México, D. F.

Queda hecho el depósito que marca la ley

ISBN 970-07-0752-0

IMPRESO EN MÉXICO
PRINTED IN MEXICO

BIBLIOTECA
"ANTONIO CARRILLO FLORES"

# PRÓLOGO

*Escribo estas notas cuando ha transcurrido más de un año de la muerte del autor de esta obra, mi padre, el señor doctor Gabino Fraga.*

*He asumido la responsabilidad de esta edición, porque el "Derecho Administrativo" de Fraga ha sido por casi 50 años obra de texto en numerosas Facultades y Escuelas de Jurisprudencia en nuestro país y de amplia consulta en España y en Latinoamérica, y estudiantes y profesores la siguen solicitando después de que se agotó en muy breve plazo la vigesimosegunda edición, de febrero de 1982.*

*En los últimos meses se han introducido trascendentales reformas en diversas de las materias de que trata este volumen, en especial en lo que toca a las atribuciones del Estado y a la organización de la Administración Pública, así como a la responsabilidad de lo que ahora se llama "servidores públicos".*

*He ocupado por 25 años la misma cátedra que mi padre tuvo en la Facultad Nacional de Iurisprudencia de la Universidad Nacional de México. Es natural que haya conocido su pensamiento y su estilo. Por eso, después de meditarlo mucho, entendí que esta vigesimotercera edición debería conservar ambos -pensamiento y estilo-, sin más modificaciones que las impuestas por las reformas a los artículos 25, 26 y 28 constitucionales y otras leyes conexas. Es posible que dada la gran cantidad de reformas que se han llevado a cabo pueda yo haber incurrido en alguna omisión.*

*Recientemente se han celebrado bajo el patrocinio de muy respetables instituciones, como El Colegio Nacional y otras más, coloquios y mesas redondas acerca de esas reformas, que conservan la estructura del Estado Mexicano como una democracia social y un régimen de Derecho, Y han erigido en concepto cardinal, la rectoría del Estado y la planeación de la actividad administrativa Y sectorialización.*

*Dudé mucho, por eso, si debería modificar sustancialmente el apartado e) del numeral 6 del Capítulo I, que se tiuda "Atribuciones del Estado para sustituirse total o parcialmente a la actividad de los particulares, o para combinarse con ella en la satisfacción de una necesidad colectiva". Finalmente me resolví a no hacerlo, pues se trata de una cuestión de la. mayor trascendencia acerca de la que no me atrevería a exponer cuál habría sido el pensamiento de Fraga, desde el punto de vista jurídico y no de técnica administrativa, pues don Gabino Fraga concibió su obra como una exposición sistemática del Derecho Administrativo Mexicano y no de la Ciencia de la Administración Pública, disciplina que en*

nuestro país cultivan muchos estudiosos, de los (¡/le tal rez los más entusiastas trabajan r!l. el Instituto Nacional de la Administración Pública, y en los institutos que existen ya en diversos Estados de la República. 11e respetado celosamente este pensamiento del autor. por lo que, insisto, este libro sigue siendo exclusivamente una obra de Derecho, como el doctor Fraga lo quiso desde 1933.

No ha terminado e/ proceso de renovación de nuestro Derecho Administrativo y es posible que en los próximos años nuevas normas surjan en campos que mi padre reconocio ya que requerían modernización y sistematización. Yo solamente he modijicado lo que el Poder Legislativo, en leyes promulgadas por el Presidente de la República, tanto de jerarquía constitucional como ordinarias, han incorporado a nuestro orden jurídico.

Deseo, por último, expresar mi agradecimiento por los homenajes que a la memoria de Cabino Fraga se rindieron en México y en el extranjero con motivo de su muerte y, con autorización de su autor, he -incluido en la parte final de este libro, la Conferencia que en septiembre de 1982, apenas unas semanas después del fallecimiento de mi padre, leyó ante el Instituto citado, el doctor Antonio Ca. rrillo Flores, que profesó amistad muy estrecha con él y que conocía muy a fondo su pensamiento.

México, D. F., a 15 de febrero de 1984.

MANUEL FRAGA.

En esta nueva edición quiero hacer notar que, con base en las modificaciones constitucionales relativas a sus artículos, 25, 26 y 28, el Poder Legislativo ha expedido, en vías de desarrollo de las mismas, importantes disposiciones legales como han sido la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Bancos y Crédito (Díario Oficial de 14 de enero de 1985), y se ha-ampliado la Ley de la Deuda Pública actual (Diario Oficial de 28 de diciembre de 1983), así como la Ley de la Admi. nistración Pública, que en su artículo 39 denomina a la antigua Secretaría de Salubridad y Asïstencia como Secretaría de Salud, a la cual se le amplían sus facultades.

También señalo que sobre estas modificaciones en el caso especial del Art, 115, de la Carta Magna, relativo al concepto del Municipio Libre, se han dado muy diversas e importantes opiniones; así mismo, en la actualidad se ha programado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México un Seminario en donde se discutirán con el mayor rigor académico las bases constitucionales del Derecho Administrativo Mexicano en relación con. la Rectoría del Estado y Economía Mixta, participando en él muy respetables Maestras y Funcionarios de la Administración Pública, y concluyendo, como Encargado de la Conferencia Magistral, don Antonio Carrillo Flores; y para el futuro considero que se harán muchos y amplios estudios en la materia.

México, D. F., a 19 de abril de 1985.

MANUEL FRAGA.

*Continuando con lo expresado en las anteriores ediciones, manifiesto que el Poder Legislativo sigue, a través de importantes normas legales, desarrollando y complementando las modijicaciones hechas a los ya mencionados artículos constitucionales y los dirersos aspectos de la Rectoría del Estado y de la Economía Mixta; como. entre otras disposiciones, la aprobación hecha por el Congreso de la Unión el día de ayer a las reformas a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en sus artículos* 45, 46, 47, 48, 49 *y 50 y la derogación de sus artículos* 49 *bis,* 51, *52,* 53, *54,* 55 *y* 56 *de la misma, para el efecto de definir las relaciones del Poder Ejecutivo. con las entidades paraestatales. (Publicación* D. O. *pendiente.) Igualmente, se siguen elaborando muy amplios estudios y opiniones al respecto,*

*México, a 24 de abril de 1986.* MANUEL FRAGA.

*Es de hacerse notar que a estas fechas el Poder Legislativo ha emitido disposiciones legales muy importantes como la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, donde concretamente se regula la organización, [uncionamienu, y control de las mismas* (D. O. *de moyo* 14, 1986), *Y a la vez, la disposición que adiciona el Art.* 13 *di' la /,I'y Orgánica de la Administración Pública Federal, la cual ha tenido mucha trascendencia jurídica, pues se determina que tratándose de los decretos promuigatorios de las leyes o decretos expedidos por el Congreso de la Unión sólo requieren. el rcjrendo del Secretario de Gobernación.* (D. O. *de 26 de diciembre de 1985.)*

*México, D. F., abril* 19 *de* 1987. MANUEL FRAGA.

*Después de un análisis exhaustiro de la actiuidad del Poder Legislativo Federal en su último periodo de sesiones, he encontrado que dentro de las muy diversas disposiciones promulgadas, no hay ninguna que afecte, altere o modijique los principios legislativos consulerados en las últimas ediciones de esta obra.*

*México, D. F., 1º di' marzo de* 1988. MANUEL FRAGA.

*Actualmente es muy notorio que la Administración Pública ha venido disminuyendo su intervención económica y de control sobre gran: cantidad de organismos llamados Paraestatales que han sido vendidos a. particulares, los cuales están dedicados a diversas actividades que no son primarias y elementales para la [unción del Poder Ejecutivo, y todavía subsiste el interés de seguir vendiendo dichos organismos como es, entre otros, el caso específico de los Bancos, que jueron hechos monopolio del Estado, y que ahora, con base en el Artículo* 28 *Constitucional, párrajo quinto, derogado, que modijica a su vez y adiciona el inciso* a) *de la jracción XXXI del Apartado A del artículo* 123, *rejormado en su fracción XIII bis del Apartado B* (D. O. *de* 27 *de junio de 1990), regirán al través de Autorizaciones, como lo indica la Ley de Instuuciones de Crédito, cuyo articulo 2º abroga a la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 14 de enero de* 1985 (D. O. *de* 18 *de julio de 1990).*

*México, D. F., 1º de abril de 1991.*

MANUEL FRAGA

*Siguiendo lo señalado en el prólogo anterior, la Administración Pública con. tinúa a la fecha disminuyendo su intervención en materia económica y a la vez, ajustando SII. [uncionamiento en materia hacendaria por lo que se refiere a los ingresos, egresos y planeación, derogando, reordenando y reformando algunas disposiciones sobre la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal* (D.O. *de 21 de febrero de 1992).*

*México,* D. *F.,* 21 *de abril de 1992.*

MANUEL FRAGA

*Por otra parte y como última noticia sobemos que el Poder Ejecutivo ha propuesto al H. Congreso de la Unión ampliar la Le" de la Administración Pública creando una nueva Secretaría de Estado que en su caso se llamaría Secretaría de Desarrollo Social. Esto todavía* no *aparece en* Diario Oficial *para detallar su existencia legal y facultades.*

*A estas fechas, es a todas luces necesario el darse cuenta que, como se ha señalado en prólogos anteriores, existe una nutrida serie de modificaciones legales que cambian la estructura de la organización administrativa anterior a* 1988, *y que ahora se anuncia un cúmulo enorme de reformas constitucionales básicas y otras que están en proyecto, las cuales naturalmente requerirán para su aplicacion e interpretación el desarrollo de una legislación secundaria muy basta.*

*Por concepto de NOTA a este prólogo, se destacan simplemente todos los artículos constitucionales que han venido siendo reformados y adicionados hasta el momento y que la mayoría considero tienen relación con el Derecho Administrativo positivo que se menciona en esta obra.*

*De todas formas, se debe tomar en cuenta que todos y cada uno de los principios teóricos que regulan y que son base del Derecho Administrativo contenidos en este libro, se sostienen inmutables, a pesar de que como se menciona el Derecho positivo ha sido y es cambiante en lo que se refiere a la Administración PÚblica, en su relación tanto interna, como con los particulares.*

*Por todo lo anterior, es de considerarse que estamos en un período de cambio y de ajuste, cuyos resultados, pasado algún tiempo, a la luz de la existencia se podrán evaluar y detallar definidamente dentro de las anotaciones legales que se hacen a estas Ediciones por cuanto al funcionamiento del Poder Ejecutivo.*

*México, D. F.,* 6 *de agosto de 1993.*

MANUEL FRAGA.

*En esta edición ya se encuentran incluídas las modificaciones y reformas constitucionales, así como el ajuste de la legislación administrativa secundaria que hasta la fecha se ha emitido como consencuencia de esos cambios, por tal motivo, ya no se incluye la* "NOTA" *que contenía simplemente la relación de los artículos constitucionales a los que se refiere el prólogo a la edición anterior* -1993-.

*México, D. F., 10 de septiembre de 1994.*

MANUEL FRAGA.

*Es necesario destacar* la *existencia de* la *nueva Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la cual se describe en el Capítulo III del Título Segundo, y a la vez, que en el Capítulo IV del mismo Título Segundo referente al Departamento del Distrito Federal se está respetando el contenido de la edición anterior pues todavía, en estas fechas, no se definen muchos aspectos de forma de nombramiento de autoridades, de competencias y facultades que han tenido y tendrán como base las modificaciones hechas en los artículos constitucionales correspondientes al citado Departamento. Se hace mención también a las nuevas disposiciones publicadas en el* Diario Oficial *del 10 de enero de* 1994, *que se refieren al Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal.*

*México, D. F.,* 11 *de marzo de 1996.*

MANUEL FRAGA.

*Hasta el momento, se puede decir que continúan por definirse muchos aspectos relacionados con la administración, competencia, facultades, etc. del Departamento del Distrito Federal, que le dan ahora un carácter diferente, por lo que sólo se agrega a esta edición la NOTA a pie de página en el capítulo* ***VI*** *del Título Segundo (pág. 190).*

*México, D. F.,* 25 *de enero de 1997.*

MANUEL FRAGA.

*En la actualidad siguen en revisión y estudíandose los cambios a las diversas disposiciones legales que les den un carácter definido al hasta hoy llamado Departamente del Distrito Federal; a las formas de ingresos y egresos del Estado y a lo Contencioso Administrativo, que se citan en esta obra.*

*México, D. F., a* 2 *de marzo de 1998.*

MANUEL FRAGA.

# DERECHO ADMINISTRATIVO

# LIBRO PRIMERO

## *NOCIONES PRELIMINARES*

### LA ACTIVIDAD DEL ESTADO, LA FORMA Y EL RÉGIMEN DE LA MISMA

# *TITULO PRIMERO*

# LA ACTIVIDAD DEL ESTADO

## CAPÍTULO I

## LAS ATRIBUCIONES DEL ESTADu

1. Los elementos fundamentales del concepto de Derecho Administrativo.-2. La actividad del Estado y el concepto de las atribuciones del mismo.—3. La extensión de las atribuciones del Estado.—4. Las atribuciones actuales del Estado.-S. Las atribuciones del Estado en relación con los particulares.-6. La legislación mexicana.

1. Como el derecho administrativo, rama del derecho público, regula la actividad del Estado que se realiza en forma de función administrativa, es indispensable saber en primer término en qué consiste la actividad estatal; en segundo lugar, cuáles son las formas que el Estado utiliza para realizar esa actividad y caracterizar entre ellas a la que constituye la función administrativa, y en tercero y último lugar, cuál es el régimen a que se encuentra sujeta dicha actividad.

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

Para denominar lo qué hemos llamado "atribuciones del Estado" se ha hecho uso de otras expresiones tales como la de "derechos", "facultades", "prerrogativas", "cometidos" o "competencias" estatales. Sin embargo hemos preferido el término "atribuciones" ya admitida en la doctrina (Carré de Malberg. Théorie Générale de l'Etat. t. 1, pág. 160. Bonnardo Précis élémentaire de Dr. Adm. pág. 18) tanto porque su connotación gramatical es adecuada e inequívoca, como porque con ella no se prejuzga sobre otros problemas propios de la teoría del Estado y por tanto puede aplicarse cualquiera que sea la organización política y estructura de los diversos tipos de Estados contemporáneos.

3. Siendo las atribuciones medios para alcanzar determinados fínes, es natural que el número y extensión de aquéllas varíen al variar éstos. Los criterios para fijar unas y otras no constituyen cuestiones jurídicas, sino que corresponden al campo de las ciencias políticas.

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

No es dudoso, sin embargo, que en esta primera etapa, el Estado asumía atribuciones eompatihles con la libreactívidad privada, cuando ésta era insuficiente, o no remunerativa, pero sí exigida para la satisfacción. de necesidades colectivas. Este proceso ha ido avanzando al producirse como consecuencia del sistema liberal un desajuste en la vida social que se ha agudizado por una serie de factores, como son el aumento de población, los progresos de orden técnico, y la ostensible desigualdad de las clases sociales.

En este momento, comprobado que el individuo no ha sido capaz de satisfacer las necesidades de la colectividad, se va desarrollando una tendencia intervencionista o estatista en la que se considera que el Estado respetando en buena parte la actividad privada, va imponiendo a ésta restricciones o limitaciones para armonizarla con el interés general; va creando servicios públicos y va encaminando su actuación con el fin de estructurar la sociedad de acuerdo con un ideal de justicia que no ha logrado el capitalismo del sistema liberal. De esta manera el "Estado gendarme" se va transformando en un "Estado providencia" o "Estado social de Derecho".

4. Las atribuciones que en esa forma a través del tiempo se han venido asignando al Estado y que en los momentos actuales conserva, se pueden agrupar en las siguientes categorías:

*a)* atribuciones de mando, de policía o de coacción que comprenden todos los actos necesarios para el mantenimiento y protección del Estado y de la seguridad, la salubridad y el orden públicos.

*b)* atribuciones para regular las actividades económicas de los particulares.

*e)* atribuciones para crear servicios públicos.

*d)* atribuciones para intervenir mediante gestión directa en la vida económica, cultural y asistencial del país.

5. Como se puede apreciar el problema de cuáles son las atribuciones del Estado se encuentra íntimamente vinculado con el de las relaciones que en un momento dado guarden el Estado y los particulares, ya que las necesidades individuales y generales que existen en toda colectividad se satisfacen por la acción del Estado y por la de los particulares. De manera que la ampliación de la esfera de la actividad de uno tiene que traducirse forzosamente en merma de la esfera de acción de los otros.

La doctrina ha distribuido las atribuciones del Estado respecto de los particulares en los tres grupos siguientes: *a)* atribuciones del Estado para reglamentar la actividad privada; *b)* atribuciones que tienden al fomento, limitación y vigilancia de la misma actividad, y *e)* atribuciones para sustituirse total o parcialmente a la actividad de los particulares o para combinarse con ella en la satisfacción de una necesidad colectiva. (Bonnard, *Dr. Adm.*, págs. 16 y ss.]

6. El desarrollo de este tema permitirá al mismo tiempo fijar la extensión de las atribuciones del Estado mexicano a la luz de la legislación positiva, con lo cual se sentará la base que habrá de servir para la exposición posterior de las instituciones del derecho administrativo dentro de este mismo Estado.

*a)* Atribuciones del Estado para reglamentar la actividad privada. Si el Estado interviene regulando jurídicamente esa actividad es porque los intereses individuales necesitan ser coordinados a fin de mantener el orden jurídico.

Respecto a los medios adecuados para el ejercicio de las atribuciones que forman esta primera categoría, las doctrinas basadas en el individualismo sostienen que el Estado debe de usar, con absoluta preferencia, leyes supletorias, reduciendo al mínimo las de carácter imperativo; que las disposiciones tendientes a la protección del derecho deben ser represivas más que preventivas, ya que estas últimas imponen, por su naturaleza, serias restríeciones a la libertad individual.

Por el contrario, las doctrinas estatistasconsideran que la intervención del Estado en la reglamentación de la actividad privada debe hacerse

por medio de leyes imperativas, principalmente en todos aquellos casos en que la experiencia ha demostrado que el libre juego de las leyes económicas es insuficiente para mantener el equilibrio entre las clases sociales.

Las mismas doctrinas también abogan por el desarrollo de la legislación preventiva al lado de la represiva considerando que ésta es ineficaz para dar protección al Derecho ya que sólo actúa cuando se ha consumado su violación.

Por lo que hace a la intervención del Estado en los patrimonios privados, hay varios grados. Mientras que el intervencionismo de Estado la aconseja en forma moderada, el socialismo la preconiza sin ninguna limitación ya que es precisamente el medio más adecuado para llegar a la finalidad que persigue.

La actitud que adopta la legislación mexicana sobre esta primera categoría de atribuciones no puede reducirse a una sola tendencia.

En efecto, la legislación civil se ha inspirado fundamentalmente en la doctrina individualista que sustenta el artículo 59 constitucional al reconocer, dentro del capítulo de las Garantías Individuales, la libertad de contratación de los particulares. Así es que en dicha legislación han predominado las disposiciones de carácter supletorio sobre las de carácter imperativo y las represivas sobre las preventivas, por más que ya se vaya marcando la tendencia a aumentar las disposiciones imperativas y preventivas, como lo demuestran las leyes para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera (D. O. de 9 de marzo de 1973), la de Registro de la transferencia de tecnología (D. O. de 11 de enero de 1982), la de Invenciones y Marcas (D. O. de 1º de fchrero de 1976) y la Federal de Protección al Consumidor (D.O. de 24 de diciembre de 1992 y de 21 de julio de 1993).

En sentido contrario se ha orientado la reglamentación de las relaciones entre patrones y obreros, pues conformándose a las doctrinas estatistas, la legislación mexicana ha optado decididamente por regular dichas relaciones usando de normas imperativas, irrenunciables en cuanto constituyen protección para los trabajadores. (Cons. Fed., arto 123.)

Por lo que hace a la intervención del Estado en los patrimonios privados, las leyes acusan también un franco estatismo. El artículo 27 de la Constitución da a la propiedad privada el carácter de una función social, sustituyendo este concepto al del derecho subjetivo destinado únicamente a producir beneficios a su titular, que sustenta la doctrina liberal.

En una forma que no deja lugar a duda, el párrafo tercero del citado artículo 27 consagra actualmente en todo ese concepto de la propiedad al disponer "la nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como

el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana.

*b)* Atribuciones del Estado de fomentar, limitar y vigilar Iaactividad privada.-La intervención del Estado realizando esta categoría de atribuciones tiene el propósito también de mantener el orden jurídico; pero a diferencia de las que forman la primera categoría cuyo propósito es el de coordinación de intereses individuales entre sí, las de ésta tienden a coordinar esos intereses individuales con el interés público.

La doctrina individualista sostiene respecto de esta categoría de atribuciones que en principio deben excluirse las que fomentan la actividad privada en forma que coloquen al individuo en situación superior en la lucha económica y que alteren de cualquier manera la libre concurrencia entre los factores de la producción.

Por lo que hace a la limitación y vigilancia de la actividad privada, también considera que el ejercicio de tales atribuciones crea un estado artificial que obstruye la coordinación de las actividades individuales, sosteniendo, por tanto, que la intervención del Estado debe reducirse al mínimo y excluirse el sistema de previa autorización por constituir una seria traba a la libertad natural.

Las doctrinas estatistas, por el contrario, sostienen que el fomento y ayuda de la actividad privada constituyen medios necesarios para corregir las desigualdades que crea la lucha económica; que la subvención, la tarifa proteccionista y el impuesto que se establece con el propósito de proteger determinadas actividades son medios a los cuales el Estado debe recurrir si no quiere ver trastornada su economía por las injustas y pero judiciales consecuencias de la libre concurrencia.

En cuanto a la limitación y vigilancia de las actividades privadas, mientras que la doctrina liberal sólo tolera restricciones a la libertad, en tanto que son necesarias para preservar el interés del orden, el de la tranquilidad y el de la salubridad públicas, las doctrinas estatistas estiman que, además de esos intereses hay otros como son los de orden económico, para cuyo respeto es también indispensable establecer limitaciones, sistemas de control, de previo aviso o previa autorización para el ejercicio de la actividad de los particulares (v. infra núm. 348).

Por lo que hace a este segundo grupo de atribuciones el Estado mexicano presenta las más variadas tendencias.

Antes de la Constitución de 1917, se pueden encontrar leyes de protección a la minería, al establecimiento de nuevas industrias, al desarrollo

de actividades agrícolas, demostrando todas ellas intención de que el Estado interviniera en favor de esas actividades.

En el artículo 28 de la Constitución citada, y precisamente como una reacción contra los abusos que llegaron a cometerse en la aplicación de las medidas de intervención indicadas, se prohíbe terminantemente la exención de impuestos y las prohibiciones a título de protección a la industria.

Además, el propio artículo 28 dispone que "la ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia... todo acto o procedímiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público... ; y en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social".

Parece ser, pues, que en este particular, la legislación constitucional mexicana se conserva dentro de la doctrina liberal por más que existe una interpretación diferente en leyes secundarias como son la Orgánica del citado artículo 28 (D. O. de 31 de agosto de 1934) y en la de Atribuciones al Ejecutivo en Materia Económica (D. O. de 30 de dic. de 1950).

Pero, por otra parte, entre las disposiciones que se consignan en el aro tículo 123 constitucional, puede notarse que la tendencia de ellas es la de que el Estado debe procurar el establecimiento de seguros sociales de invalidez, de vida, de cesación involuntaria de trabajo, de accidentes, y en general todas las instituciones de prevención social.

De la misma manera, en materia agraria, el Estado interviene con un espíritu de ayuda y de impulsión en favor de los campesinos a quienes benefician las dotaciones y restituciones de tierra. Existen entre las leyes relativas al crédito agrícola y ejidal una serie de actividades que el Estado desarrolla con el propósito de facilitar a los agricultores y ejidatarios el beneficio del crédito bancario para mejorar la situación en que se encuentran.

*e)* Atribuciones del Estado para sustituirse total o parcialmente a la actividad de los particulares o para combinarse con ella en la satisfacción de una necesidad colectiva.

Respecto de esta categoría de atribuciones, la doctrina liberal sostiene que el Estado no se encuentra en condiciones de realizar actividades del orden económico, porque su organización misma se lo impide, ya que implica un sistema complicado de relaciones entre funcionarios y empleados que no se acomoda á la rapidez y elasticidad que exige el negocio lucrativo. Además, no, existe el interés personal, que es la base del des-

arrollo de la empresa comercial, ni la aptitud técnica que se requiere, y por el 'contrario domina el criterio político, que no es el indicado para el éxito de dicha empresa y que necesariamente falsea el juego de la libre concurrencia.

Por estas razones la doctrina liberal tolera, excepcionalmente, la sustitución del Estado en el caso en que la actividad sea tan general, de tal magnitud o tan desprovista de una compensación económica adecuada, que no hay empresa privada que pueda interesarse en realizarla.

Las tesis estatistas objetan los argumentos de la doctrina liberal diciendo que ellos parten de la organización actual del Estado; pero que en realidad, no se afronta la cuestión en el plano en que debe colocarse, o sea, en el de considerar que no hay ninguna razón de esencia que impida que el Estado se organice en las empresas que sustituyan a las particulares, en forma semejante a éstas, estableciendo una organización técnica en la que se supriman las trabas y lentitudes de la organización burocrática y la desviación a que puede conducir la selección del personal con un criterio político. Ningún inconveniente de principio existe para conceder a los encargados de la empresa un interés personal que estimule su iniciativa, ni para que, en general, el manejo de la empresa pueda ser eficaz.

Sin embargo, no todas las ramas del estatismo sostienen que el Estado deba suplir en la misma extensión a las empresas privadas.

La base que en principio acepta nuestra legislación, es la del sistema liberal. Obligado el Estado por el artículo 28 constitucional a intervenir para perseguir y castigar todo acto que tienda a contrariar la libre concurrencia, se encuentra impedido por la misma razón pata realizar cualquier actividad económica que pueda enfrentarse con la de los particulares y para desvirtuar la libre concurrencia que el propio precepto considera corno bastante para armonizar los factores que intervienen en la lucha económica.

Pero este principio sufre algunas excepciones. Así, en pnmer térrmno, el artículo 27 constitucional establece como facultades exclusivas de la Nación, la explotación del petróleo, de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, y la generación, conducción, transformación, distribución y abastecimiento de la energía eléctrica que tenga por objeto de prestación de servicio público, el aprovechamiento de los combustibles nucleares para la generación de energía nuclear y el mismo artículo 28 COnstitucional establece con el carácter de monopolios oficiales, correos, telégrafos, radio-telegrafía y la comunicación vía satélite, petróleo y los demás hidrocarburos, petroquímica básica, minerales radioactivos y generación de energía nuclear, electricidad, ferrocarriles y la acuñación de moneda. y emisión de billetes, actividades, estas dos últimas que se realizarán a traves del Banco Central, de nueva creación (D.O. de 23 de, Diciembre de 1993). En estos casos existe una gestión directa del Estado en ejercicio de sus facultades exclusivas.

En segundo lugar, la legislación de nuestro país establece algunos casos de paralelismo de la actividad oficial con la privada, siendo de citarse por su importancia los servicios de asistencia, de enseñanza, de la explotación de algunas riquezas naturales y de vías de comunicación.

Dentro de esta misma categoría de atribuciones se encuentran por una parte los servicios públicos administrativos, y por la otra las empresas de Estado. Los servicios públicos admitidos aún dentro de un sistema liberal, son los de defensa nacional, de policía, de comunicaciones, de prestaciones exigidas por la vida urbana, de puertos marítimos y aéreos, de irrigación, etc., etc. Estos servicios se realizan en unos casos por gestión directa del Estado, en otros mediante concesiones y en un buen número por organismos descentralizados (v. infra, núms. 168 y sigs., y 197 Y sig.},

Además de esos servicios públicos administrativos existe otra categoría de empresas económicas, comerciales o industriales que el Estado maneja dentro de su programa de evitar que actividades básicas para el desarrollo económico del país puedan ser manejadas por particulares en perjuicio del interés social. En este grupo se encuentran, además de otros organismos descentralizados, las sociedades de economía mixta que nuestra legislación denomina empresas de participación estatal (v. infra. núm. 321).

## CAPÍTULO II

## PODER SOBERANO, SERVICIO PUBLICO Y ATRIBUCION

7. El papel que desempeña el concepto de Poder en el desarrollo de la teoría del Derecho Administrativo.-8. La doctrina francesa sobre el servicio público.-9. Definiciones del servicio público dentro de esa doctrina. Objeciones.-10.' Las actividades fundamentales del Estado.-ll. Los servicios públicos en la reciente doctrina francesa.-12. La crisis de la doctrina del servicio público.-13. Ventajas de sustituir el concepto de atribución al de servicio público.

7. La doctrina ha utilizado diversos criterios para dar un fundamento y para señalar el campo de aplicación del derecho administrativo.

Durante el siglo XIX el criterio predominante fue el de la existencia de la soberanía o poder público, sosteniendo que es necesario un derecho especial para regular las relaciones entre el Estado y los particulares, porque tratándose de relaciones entre personas desiguales, una de ellas con voluntad superior a la de los individuos, que es en lo que consiste la soberanía o el poder público, resulta inadecuada la aplicación del derecho.privado que sólo regula relaciones entre personas con voluntades iguales.

. Este primer criterio se completó haciendo una distinción entre los diversos actos que el Estado realiza, separándolos en dos categorías: actos

de autoridad y actos de gestión, admitiendo así que en unos casos el Estado obra dictando órdenes,prohibiciones, reglamentaciones, en una palabra, imponiendo unilateralmente su voluntad, en tanto que en otros actúa como un particular podría hacerlo en la administración de su patrimonio.

De esta distinción se concluía que el derecho administrativo sólo era necesario y tenía su campo de aplicación cuando se trataba de la realización de actos de autoridad, dejando al derecho privado la regulación de los actos de gestión (Berthélemy, *Dr. Adm.,* págs. 42 y s.}.

Esta teoría ha sido casi totalmente abandonada en vista de las graves objeciones que en su contra se han esgrimido.

Fuera de la impugnación que ha hecho la escuela realista a la noción de la soberanía como una voluntad de carácter superior, se ha considerado que, aun admitiendo la existencia del poder soberano, resulta difícil admitir que el Estado tenga dos voluntades, una que en determinados casos sea superior a la de los particulares y que, en consecuencia, se imponga unilateralmente, y otra que sea igual a la de aquéllos.

También se ha criticado la distinción por no existir un criterio preciso para efectuarla, ya que, por una parte, como sostiene Duguit, no existe ninguna actividad ejercida hoy por los agentes del Estado, de la que ,pueda decirse que sea inconcebible verla ejercitada por los particulares; que así, la policía y la justicia que se nos presentan como siendo esencialmente funciones de autoridad, podrían muy bien ser realizadas, como lo han sido en algún tiempo, por simples particulares (Dr. Const., t. 11, pág. 268)"

Por otra parte también se ha considerado que el Estado, aun en los actos que realiza en gestión de su patrimonio, nunca llega a colocarse ni a actuar en las mismas condiciones que los particulares, puesto que siempre estará cumpliendo o ejecutando leyes y reglamentos administrativos y gozando de privilegios de que no disfrutan los particulares.

8. Tratando de sustituir el criterio de soberanía y poder público, un sector importante pero limitado de la doctrina francesa vino a colocar la noción de "servicio público" como fundamento, justificación y 'límite de la existencia del derecho administrativo.

9. Los sostenedores de la llamada "escuela del servicio público" fueron sin duda alguna los eminentes juristas Duguit, Jèze y Bonnard.

Duguit al adoptar el criterio del servicio público lo hace porque como él mismo lo indica, con ello expresa su idea fundamental de negar los supuestos derechos de soberanía y de poder público y de afirmar que lo único que existe en el Estado son individuos gobernantes con deberes de servir la causa de la solidaridad social.

Para él el servicio público se define como "toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gober-

nantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y es de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente sino por la intervención de la fuerza gubernamental". *{op, cit.,* t. I1, pág. 61.)

Jéze, que considera al servicio público como la piedra angular del derecho administrativo, sostiene que asentar que en una hipótesis determinada hay servicio público equivale a decir "que para dar satisfacción regular y continua a una categoría de necesidades de interés general, los agentes públicos 'pueden aplicar los procedimientos de derecho público, o sea, un régimen jurídico especial, y que la organización del servicio público puede ser modificada en cualquier momento por las leyes y reglamentos sin que ningún obstáculo insuperable de orden jurídico pueda oponerse". (Princ. Gén. du Dr. Adm., t. I1, pág. 2.)

Finalmente, Bonnard que según él mismo lo dice, ha elaborado su obra de derecho administrativo con "las mismas tendencias y la misma mentalidad" que se encuentran en las obras de Duguit y de Jèze, afirma que "los servicios públicos son organizaciones que forman la estructura misma del Estado" y agrega que "para emplear una comparación organicista se puede decir que los servicios públicos son las celdillas componentes del cuerpo que es el Estado" y que "considerado desde el punto de vista realista, el Estado se presenta como constituido por el conjunto de los servicios públicos". *(op. cit.,* pág. 235.)

Examinando las definiciones anteriores se puede comprobar que ni aun entre los brillantes sostenedores de la teoría existe un mismo concepto del servicio público, pues mientras para Duguit es la actividad ejercitada por el Estado, para Jéze la característica se encuentra en el régimen jurídico aplicable a esa actividad y para Bonnard, en el medio, o sea la organización que realiza esa actividad.

10. Además, fue desde un principio claro que el concepto de servicio público no abarca toda la actividad del Estado como sus mismos sostenedores lo llegaron a reconocer (Duguit, *op. cit.,* t. 11, pág. 54; Jéze, *op, cit.,* págs. 9 y 10; Bonnard, *op. cit.,* pág. 4).

Desde la primera edición de esta obra (1934) al impugnarse la teoría expuesta del servicio público afirmamos que es indudable que dentro de la actividad del Estado se pueden distinguir dos maneras de realizarla: una, dando órdenes, otra prestando servicios. Estas dos actividades no son fácilmente confundibles ni pueden ser comprendidas en una misma denominación. Así, por ejemplo, no puede dudarse que hay una gran diferencia entre el control que el Estado ejerce sobre la enseñanza o beneficencia que imparten los establecimientos privados, y el

servicio que el propio Estado presta al abrir una escuela oficial o-fundar una casa de asistencia pública.

Llamar servicio público a la primera categoría de actividades es desnaturalizar el lenguaje y adoptar una terminología convencional que sólo puede producir confusiones.

No puede dejar de pensarse que, mientras la actividad de dar órdenes provoca principalmente problemas de carácter legal, la prestación de servicios suscita fundamentalmente problemas de economía y de eficiencia, y que en tanto que la primera puede ser discontinua, la segunda debe ser esencialmente regular y continua y que por lo tanto, cada una de ellas requiere un régimen jurídico especial diferente.

En otros términos, queremos significar que en nuestro concepto, como lo afirmamos más adelante, existen servicios públicos a cargo del Estado, pero no creemos que toda la actividad de éste pueda llamarse servicio público.

También, como indicamos, existen servicios públicos manejados por particulares ya que tradicionalmente se ha considerado que el Estado no tiene el monopolio de la satisfacción de las necesidades colectivas. Así por ejemplo, mientras que la distribución del agua potable, de los servícios de luz, transportes, teléfonos, etc., constituyen en algunas ciudades servicios públicos manejados por empresas privadas, en otras se han transformado en servicios estatales.

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

12. Todo esto quiere decir que la doctrina del servicio público como noción única para fundar la existencia del derecho administrativo es inadmisible y, de acuerdo con Waline no se puede decir que "el derecho administrativo sea el derecho de los servicios públicos, como grandes juristas, tales como Duguit y Jèze, lo habían enseñado a principios del siglo :xx". (Dr. Adm., págs. 70 y 71, Corail, La Crise de la notion juridique de service public en droit administratif francaís.)

13. Por nuestra parte estimamos que el concepto de atribución que hemos definido en capítulo anterior puede y debe servir de base para la sistematización del derecho administrativo.

En efecto, dicho concepto no excluye, sino por el contrario se como pagina con las nociones de poder y de servicio público, ya que si la ley otorga la atribución al Estado es por una parte en razón de que tal otorgamiento se hace porque el Estado puede proceder en forma distinta' de como proceden los particulares en sus mutuas relaciones y por la otra, porque sólo el propio Estado puede prestar servicios que, o bien exceden de las posibilidades de la iniciativa privada, o bien no tienen un carácter remunerativo pero que de todos modos son indispensables para satisfacer las necesidades públicas.

Ninguna de las funciones que la doctrina asignaba al concepto de servicio público queda sin cubrir por la noción de atribución, en la inteligencia de que ésta, además, no está determinada por el régimen que la norma sino que, por el contrario, ella es la que determina el régimen jurídico que le conviene.

Examinando algunas de las citadas consecuencias atribuidas al concepto de servicio público, puede comprobarse fácilmente la afirmación que se contiene en el párrafo anterior.

Así se dice que la característica del régimen jurídico de los agentes públicos debe inspirarse en la necesidad de asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público que tienen encomendado (Jeze, *op. cit.*, pág. 11); que la idea de servicio público está en la base de todas las reglas del régimen jurídico que se llama régimen del dominio público y del de los dineros o fondos públicos *(op, cit.*, pág. 12); que cuando se habla de un trabajo sobre un inmueble para un servicio público rigen reglas especiales, entre las que se encuentran las relativas a la expropiación y ocupación temporal de propiedades particulares; que los actos jurídicos relativos a los servicios públicos son actos jurídicos de derecho público, actos administrativos; que la responsabilidad del patrimonio y de los agentes de un servicio público está sujeta también a reglas especiales; que solamente los contratos que interesan al funcionamiento mismo de los servicios públicos son contratos administrativos sujetos a un régimen especial, y finalmente, que todas las reglas de organización y funcionamiento de un servicio público son modificables en cualquier momento por las leyes y reglamentos, de acuerdo con las necesidades del interés general.

Pues bien, la noción de atribución implica las mismas consecuencias, ya que, según diremos en su lugar oportuno, un régimen especial, el de derecho público, es exigido en la organización y funcionamiento del Estado, en tanto que éste tiene atribuciones diversas de las que corresponden a los particulares y que deben realizarse por medios de que éstos no disponen.

Como es el uso del poder público de que el Estado dispone como derecho de la soberanía nacional.

Dentro de esta concepción, la situación de los agentes públicos, la de los bienes nacionales, el régimen de los impuestos, de la expropia. ción, de los contratos administrativos y el de los actos jurídicos adminís-trativos se regula por normas especiales de derecho público, en cuanto se trata de situaciones y de actos que se encuentran íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones del Estado.

# *TITULO SEGUNDO*

# LA FORMA DE LA ACTIVIDAD DEL ESTADO

## CAPÍTULO I

## LAS FUNCIONES DEL ESTADO

14. Las funciones del Estado y su relación con las atribuciones del mismo.-15. La teoría de la división de Poderes.-16. El punto de vista formal y el punto de vista material en la clasificación de las funciones.-17. La teoría de las funciones en relación con la teoría del acto jurídico.-18. El acto jurídico, el hecho jurídico y el acto materiaI.-19. Clasificación de los 'actos jurídicos por razón del efecto jurídico que producen.-20. Clasificación de los actos jurídicos por razón del elemento voluntad.

14. Intimamente relacionado con el concepto de atribuciones del Estado, encontramos el de las funciones del mismo. En la práctica se usan indistintamente esos términos; pero ellos hacen referencia a nociones diferentes, por lo que es preciso darles su significación exacta.

El concepto de atribuciones comprende el contenido de la actividad del Estado; es lo que el Estado puede o debe hacer. El concepto de función se refiere a la forma de la actividad del Estado. Las funciones constituyen la forma de ejercicio de las atribuciones. Las funciones no se diversifican entre sí por el hecho de que cada una de ellas tenga contenido diferente, pues todas pueden servir para realizar una misma atribución.

Será fácil apreciar la relación que guardan las atribuciones con las funciones legislativa, administrativa y judicial, estudiando el papel que juega cada una de las últimas en la realización de las primeras.

1. Respecto a las atribuciones que se refieren a la reglamentación de las actividades de los particulares, la función legislativa constituye el medio de realizar esa regulación, puesto que ella se hace por normas generales de derecho.

La función administrativa interviene muy poco en esta categoría. Sin embargo, pueden señalarse varios casos en que es notable esa intervención:

*a)* En primer término y tratándose de relaciones familiares, es por medio de funciones administrativas que se presta el servicio del registro civil que da validez, publicidad y certidumbre a esas relaciones.

*b)* De igual .manera, los registros de propiedad y de comercio, cuyas actuaciones son también administrativas, constituyen medios adecuados para dar estabilidad a las relaciones privadas.

*e)* El servicio notarial, impuesto como forzoso en unos casos y voluntario en los demás, constituye otra de las formas en que la función administrativa interviene con motivo de las atribuciones de que venimos hablando.

La intervención de la función administrativa va creciendo a medida que la legislación civil se va transformando de supletoria en imperativa.

Por lo que hace a la función jurisdiccional, constituye también otro de los medios de que el Estado se vale para ejercitar sus atribuciones de reglamentación de la actividad privada.

En efecto, en las relaciones entre particulares surgen numerosos conflictos a cuya resolución el Estado debe proveer para hacer respetar la reglamentación que ha hecho de esas relaciones. El medio para conseguir ese resultado es la función jurisdiccional.

n. En cuanto al fomento, limitación y vigilancia de la actividad de los particulares, que constituyen una segunda categoría de atribuciones, la función legislativa es el medio de crear la competencia de los agentes públicos para realizar esos actos de fomento, limitación y vigilancia determinando, por medio de normas generales, en qué deben consistir estos actos y cuál es la situación jurídica de los particulares a quienes afectan.

La función administrativa tiene aquí un amplio campo de acción. El fomento, la limitación y la vigilancia son actos que necesariamente deben tener un alcance concreto, individual.

El otorgamiento de una subvención, el cobro de un impuesto, la realización de un acto de beneficencia constituyen actos que determinan situaciones jurídicas individuales.

El control de los actos particulares, por medio de la vigilancia que sobre ellos se tenga, es un acto material que forma parte de la función administrativa.

Lo mismo ocurre con el otorgamiento de licencias y permisos para desarrollar una "actividad especial, pues esos actos condicionan la aplicación de regímenes generales, creados de antemano, a un caso individual.

Por último, todos estos actos pueden dar lugar a conflictos y para ese caso la función jurisdiccional, resolviendo esos conflictos constituye otro de los medios de que el Estado se vale para realizar esta segunda categoría de atribuciones.

III. La tercera categoría de atribuciones en la clasificación adoptada es la relativa a la sustitución total o parcial del Estado a la actividad de los particulares o la combinación con esta última.

Aquí también es la función legislativa un medio para desarrollar esas atribuciones; ella se encarga de organizar las empresas que el Estado ha de asumir, la competencia de los agentes públicos en esas empresas, y la situación de los particulares que se han de relacionar con ellas.

La función administrativa es otro de los medios de que el Estado se vale para realizar las mismas atribuciones, pues el funcionamiento de las empresas se verifica por actos materiales y jurídicos de alcance individual.

Por último, como también pueden surgir conflictos con motivo del ejercicio de estas actividades, la función jurisdiccional está llamada igualmente a intervenir.

15. El estudio de la teoría de las funciones del Estado requiere como antecedente indispensable el conocimiento, aunque sea en forma sumaria, de la teoría de la división de Poderes que es de donde aquélla deriva.

La división de Poderes, expuesta como una teoría política necesaria para combatir el absolutismo y establecer un gobierno de garantías, se ha convertido en el principio básico de la organización de los Estados constitucionales modernos.

Desde dos puntos de vista puede examinarse esa teoría: *a)* respecto a las modalidades que impone en el ordenamiento de los órganos del Estado, y *b)* respecto de la distribución de las funciones del Estado entre esos órganos.

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

Cumpliendo con esas exigencias, las Constituciones modernas han establecido para el ejercicio de la soberanía el Poder Legislativo, el Judicial y el Ejecutivo, cada uno de ellos con su unidad interna adecuada a la función que ha de desempeñar, diversos entre sí, y sólo han discrepado de la teoría, por la tendencia a crear entre dichos Poderes las relaciones necesarias para que realicen una labor de colaboración y de control recíproco.

Desde el segundo punto de vista, la separación de Poderes impone la distribución de funciones diferentes entrecada uno de los Poderes; de tal manera, que el Poder Legislativo tenga atribuido exclusivamente la

27118

función legislativa; el Poder Judicial, la función judicial, y el Poder Ejecutivo, la administrativa.

La legislación positiva no ha sostenido el rigor de esta exigencia, y han sido necesidades de la vida práctica las que han impuesto la atribución a un mismo Poder de funciones de naturaleza diferente.

16. Esta última afirmación significa la necesidad de clasificar las funciones del Estado en dos categorías:

*a)* Desde el punto de vista del órgano que la realiza, es decir, adoptando un criterio formal, subjetivo u orgánico, que prescinde de la naturaleza intrínseca de la actividad, las funciones son formalmente legislativas, administrativas o judiciales, según que estén atribuidas al Poder Legislativo, al Ejecutivo o al Judicial, y

*b)* Desde el punto de vista de la naturaleza intrínseca de la función, es decir, partiendo de un criterio objetivo, material, que prescinde del órgano al cual están atribuidas, las funciones son materialmente legislativas, administrativas o judiciales según tengan los caracteres que la teoría jurídica ha llegado a atribuir a cada uno de esos grupos.

Normalmente coinciden el carácter formal y el carácter material de las funciones, y así vemos cómo las funciones que materialmente tienen naturaleza legislativa, administrativa y judicial, corresponden respectiva. mente a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Pero excepcionalmente puede no existir esa coincidencia y encontrarse, como lo demostrarán los ejemplos que más adelante se estudiarán, funciones que materialmente son administrativas o judiciales atribuidas al Poder Legislativo, de la misma manera que los otros dos Poderes tienen, entre sus funciones, algunas que por naturaleza no debieran corresponderles si se mantuviera la coincidencia del criterio subjetivo con el objetivo.

Esta circunstancia es precisamente la que impone la adopción de dos puntos de vista diferentes para apreciar las funciones del Estado, pues, como vamos a ver más adelante, la eficacia de éstas se regula a la vez por el criterio formal, o sea por el carácter del órgano que las realiza, y por el material, o sea por el contenido mismo de la función.

Además, siendo la regla general que coincida el carácter formal con el carácter material, para que un Poder realice funciones cuya naturaleza sea diferente en sustancia de las que normalmente le son atribuidas, debe existir una excepción expresa en el texto constitucional, y esta base de interpretación es, por sí sola, bastante para justificar la necesidad de hacer el estudio de las funciones desde los dos puntos de vista a que nos hemos estado refiriendo.

17. Las funciones del Estado, consideradas con independencia del órgano que las realiza, se exteriorizan por medio de actos de distinta naturaleza: unos que producen consecuencias jurídicas y otros que sólo producen consecuencias de hecho.

En efecto, el Estado al expedir leyes, dictar sentencias, dar órdenes administrativas, afecta el orden jurídico existente. Cuando construye carreteras, moviliza la fuerza pública, planifica, transporta mercancías y correspondencia, imparte enseñanza o servicios de asistencia, está realizando simples actos materiales.

Por lo mismo, para poder apreciar la naturaleza intrínseca de los diversos actos que el Estado realiza, es indispensable partir del estudio de la teoría que se ha venido elaborando en la doctrina, de los actos jurídicos y de los actos materiales.

18. El acto jurídico se ha definido como un acto de voluntad cuyo objeto es producir un efecto de derecho, es decir, crear o modificar el orden jurídico.

El acto jurídico se distingue del hecho jurídico y del acto material. El hecho jurídico está constituido, bien por un acontecimiento natural al que la ley vincula ciertos efectos de derecho, como el nacimiento, la muerte, etc., o bien por un hecho en el que la voluntad humana interviene y en el que el orden jurídico entra en movimiento, pero con la diferencia respecto del acto jurídico de que ese efecto de derecho no constituye el objeto de la voluntad. Así, por ejemplo, en el delito hay un hecho voluntario, pero la voluntad no persigue la creación de una situación jurídica, a pesar de lo cual ésta se origina al convertir a su autor en delincuente sujeto a la ley penal. Los hechos jurídicos constituyen solamente la condición para que se apliquen normas jurídicas generales preexistentes.

El acto material, por su parte, está constituido por hechos naturales o voluntarios que no trascienden al orden jurídico. En ellos no sólo falta como en los hechos jurídicos, la intención de engendrar, modificar o extinguir una situación de derecho, sino que tampoco existe una norma jurídica general cuya aplicación se condicione por ellos.

Así, el profesor de una escuela al dar su lección, el médico de la asistencia pública que cura un enfermo, no están ejecutando ni un acto ni un hecho jurídico: están realizando una manifestación de inteligencia o una habilidad manual que no trasciende al orden jurídico; están, por eso mismo, realizando un acto material.

19. Se ha hecho en la doctrina una doble clasificación de los actos jurídicos: la que se basa sobre el efecto jurídico del acto y la que se funda en las modalidades que reviste la manifestación de la voluntad.

Estudiando en primer término la clasificación de los actos jurídicos en razón del efecto que producen, es necesario antes que todo precisar en qué consiste el orden jurídico que se afecta por virtud de dichos actos.

El orden jurídico está constituido por el conjunto de situaciones también de carácter jurídico, que existen en un momento dado en un medio social determinado.

Las situaciones jurídicas, a su vez, están constituidas por un conjunto de derechos y obligaciones. Pueden estar constituidas por facultades y deberes que se aplican indistintamente a todos los individuos que se encuentran en igualdad de condiciones, o bien por derechos y obligaciones, que sólo se aplican a un individuo determinado. Así, por ejemplo, la situación jurídica de propietario es la misma, independientemente de quien sea el dueño de una cosa. Los derechos y obligaciones que tiene un propietario no varían de persona a persona. La situación jurídica del empleado público no se altera variando la persona encargada del empleo. Por el contrario, la situación jurídica en que se encuentra el sentenciado por violación a una ley penal, es diversa para cada individuo. Las obligaciones y derechos que nacen de un contrato, se concretan en cada caso, en cuanto a extensión y contenido, a determinadas personas.

De esta manera, las situaciones jurídicas se pueden separar en dos grupos: situaciones jurídicas generales y situaciones jurídicas individuales.

l. Los caracteres de las situaciones jurídicas generales, son los siguientes (Jéze, *op, cit.*, t. 1, pág. 13):

*a)* En primer término, la situación jurídica general es, por su naturaleza misma, abstracta e impersonal; es decir, que al ser creada se refiere a un número indeterminado e indeterminable de casos. Su carácter abstracto impide que se le confunda con la situación que crea un acto en el que, aunque dirigido a una pluralidad de personas, pueden ser determinadas todas éstas.

*b)* La situación jurídica, general es permanente. Esto quiere decir que el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones en que dicha situación consiste, no la hacen desaparecer, no la extinguen. Así la situación jurídica del ciudadano con su derecho de voto, no se agota por la circunstancia de que éste se ejercite en una elección determinada. Por razón del mismo acto que crea esa situación jurídica, el ciudadano puede volver a votar en elecciones posteriores.

*e)* . En tercer lugar, la situación jurídica general es esencialmente modificable por la ley o reglamentos. Ningún individuo puede alegar que el conjunto de facultades derivadas de la norma que crea la situación jurídica general ponstituya un derecho irrevocable.

II, En la situación jurídica individual encontramos los caracteres contrarios a los que acaban de ser expuestos. (Jèze, *op. cit.*, pág. 19.)

Así, en primer término, la situación jurídica individual es personal y concreta; los derechos y obligaciones que la constituyen, sólo existen para una persona determinada, con una extensión y contenido que varían de caso a caso. El acto típico creador de situaciones jurídicas individuales, es el contrato. Los derechos y obligaciones que engendra no son aplicables a un número indeterminado e indeterminable de personas, sino exclusivamente a las contratantes. El contenido y la extensión de los derechos y obligaciones se determina concretamente por la voluntad de las partes.

. En segundo lugar, y en oposición al carácter de permanencia que tiene la sItuación jurídica general, la individual es temporal, es decir, que se extingue por el ejercicio de los derechos que otorga o por el cumplimiento de las obligaciones que impone. Así, la situación jurídica que se origina a consecuencia de un contrato concluye cuando ambas partes han cumplido con las obligaciones que por virtud de él hubieren contraído.

De la misma manera que la situación jurídica general es modificable en cualquier tiempo por un acto de la misma naturaleza del que la ha creado, la situación jurídica individual no puede ser alterada o extinguida por un acto creador de situaciones jurídicas generales. Por esta razón, los derechos y obligaciones de carácter individual nacidos a consecuencia de un contrato, no pueden ser modificados por una ley.

Pero es preciso tener en consideración que hay actos creadores de esas situaciones jurídicas individuales que, al mismo tiempo, son condición para que se apliquen, en un caso determinado, normas que crean situaciones jurídicas generales. Por ejemplo, el contrato de trabajo, en el que la situación individual se fija por las partes sólo respecto de algunos puntos, como son: objeto del trabajo, lugar en que ha de prestarse el mismo; pero en el que los demás, como son la duración diaria del trabajo, los descansos, responsabilidades, etc., se fijan imperativamente por la ley, siendo nulas las renuncias o modificaciones que las partes convengan.

Como otro ejemplo puede citarse un contrato ordinario de préstamo, en el que el derecho de exigir la devolución del préstamo, el pago de los intereses estipulados, constituyen facultades para el acreedor, cada una de las cuales se analiza en una situación jurídica individual; pero además de ellas hay ciertas facultades para el mismo acreedor, como son: el derecho de demandar al deudor, en caso de incumplimiento, en una vía procesal determinada, y el de retener hienes del deudor: derechos éstos

que no nacen del contrato, sino que provienen de la ley y que, por lo mismo, constituyen situaciones jurídicas generales.

Pues bien, esto demuestra que en cada caso hay necesidad de examinar la naturaleza de las diversas situaciones que se originan a consecuencia de un acto jurídico para poder determinar la clase del acto que puede variarlas o extinguirlas.

En los casos que antes dejamos citados, la ley no podrá variar el objeto del trabajo, el lugar en que se ha de prestar; el derecho del mutuante de exigir la devolución del capital prestado o el derecho al cobro de los intereses; pero sí podrán modificarse por disposiciones legales posteriores los derechos de los contratantes respecto a la duración de la jornada de trabajo, a los descansos, a las responsabilidades, a la vía o forma de juicio que haya de seguirse, porque en todos estos casos no hay ataque a los derechos que puedan considerarse como formando parte del patrimonio de los intervinientes.

Determinados los caracteres del orden jurídico y de las situaciones que lo integran, es ya posible pasar al estudio de la clasificación de los actos jurídicos por razón del efecto que producen.

Desde este punto de vista, la doctrina ha agrupado a los actos jurídicos en las siguientes categorías:

*a)* En primer lugar, y siendo las situaciones jurídicas generales una parte del ordenamiento jurídico existente, se encuentran los actos que crean, modifican o extinguen una situación jurídica general.

Estos actos constituyen, dentro de la terminología jurídica tradicional, el llamado derecho objetivo o simplemente el derecho, pues el tipo de esta categoría de actos es la ley. (Duguit, *op. cit.,* 1. 1, pág. 222 y Bonnard, *op, cit.,* pág. 35.)

Duguit llama a estos actos "actos-regla", dando a entender con esta designación que ellos constituyen normas de carácter general y abstracto.

Jéze *(op, cit.,* 'pág. 25) los designa simplemente "actos creadores de situación jurídica general, legislativos o reglamentarios".

*b)* En segundo lugar, y en relación con la otra situación que integra el orden jurídico, aparece el acto que crea, modifica o extingue una situación jurídica individual.

Como ejemplo de esta segunda categoría de actos jurídicos, se señala en primer lugar el contrato, ya que en él la determinación de las pero sonas que se obligan, el objeto de la obligación, la extensión de ésta, etc., se fijan por mutuo acuerdo de las partes y siempre de una manera concreta. El principio de que la voluntad de las partes es la suprema ley en los contratos significa precisamente que todos los elementos que en ellos concurren se determinan por las intervinientes.

El acto del Poder público que fija la responsabilidad fiscal de un contribuyente o que aplica una sanción por infracción de la ley, constituyen actos creadores de situaciones jurídicas individuales.

Duguit y Bonnard *{op, cit.)*, dan a esta categoría de actos jurídicos la denominación de "actos subjetivos", haciendo así referencia a la situación de derecho subjetivo que engendran en oposición a la de derecho objetivo producida por el "acto-regla".

Jèze *(op. cit.)*, por su parte, los denomina simplemente "actos creadores de situación jurídica individual: actos unilaterales o contractuales".

e} Existe un tercer grupo de actos, cuyo efecto es el de condicionar la aplicación de una situación jurídica general a un caso particular.

Resulta que en muchas ocasiones la norma jurídica no es aplicable de pleno derecho a un caso individual; para que lo sea es necesaria la verificación de un acto jurídico intermediario. Este acto produce una modificación en el orden jurídico, puesto que por su realización el individuo se ve colocado dentro de la regla general.

Así, por ejemplo, la situación de hijo adoptivo o de casado no se aplica de pleno derecho a todos los individuos; se requiere, para el primer caso, el acto de adopción, y para el segundo, el acto del matrimonio.

De igual manera, la situación jurídica de Presidente de la República no se aplica indistintamente a todos los individuos, sino que es necesario el acto de elección para que pueda tener lugar esa aplicación.

Esos actos necesarios para que una situación jurídica general se aplique a un caso individual, se designan con el nombre de "actos-condición", significándose con esta expresión que el acto condiciona la aplicación de la norma general. (Duguit, Bonnard, Iéze, *op. cit.)*

*d)* De los autores que hemos venido citando, Jèze y Bonnard admiten una cuarta categoría de actos jurídicos: los actos jurisdiccionales.

Para Jéze *(op. cit.,* págs. 25 y 48), el acto jurisdiccional "es la manifestación de voluntad, en ejercicio de un poder legal, que tiene por objeto comprobar (constatar) una situación jurídica (general o individual), o hechos, con fuerza de verdad legal".

Para Bonnard *(op, cit.,* págs. 29 y ss.}, el mundo del derecho nos es conocido por sus fenómenos. Estos fenómenos aparecen constituidos por hechos de estructura, de formación, de realización y de contención (contestación) del derecho..Las reglas de derecho, las situaciones jurídicas y los derechos subjetivos constituyen la estructura del derecho, son los fenómenos jurídicos del derecho bajo su aspecto estático. Los actos jurídicos y los actos materiales constituyen los fenómenos de formación y de realización del derecho: forman el aspecto dinámico de.éste. Finalmente, el fenómeno contencioso, la situación contenciosa resulta de un incidente que

puede producirse en el curso de la formación y de la realización del orden jurídico. El fenómeno contencioso es un fenómeno anormal. Pero al presentarse exige una operación jurídica destinada a hacerlo desaparecer y a restablecer en la vida jurídica la paz que ha sido comprometida por su manifestación. Esa operación jurídica especial, distinta de las de formación y realización del derecho, constituye el acto jurisdiccional.

20. Aparte de la clasificación que acabamos de exponer de los actos jurídicos en razón del efecto que producen, existe, según antes se dijo, la que los divide de acuerdo con las modalidades que en ellos puede adoptar la manifestación de la voluntad.

Puede un acto jurídico constituirse por la manifestación de una sola voluntad o requerir para ello el concurso de varias. En el primer caso, se tiene el acto jurídico unilateral; en el segundo, el acto jurídico plurilateral.

Ahora bien, contra lo que se sostuvo mucho tiempo por la doctrina del derecho civil, la doctrina del derecho público, que ha concluido por influir a aquélla, sostiene que no siempre que hay concurso de voluntades produciendo efectos jurídicos, existe el contrato.

Se ha observado que el concurso de voluntades de las dos Cámaras que forman el Congreso y la del Ejecutivo, en sus funciones constitucionales, no da lugar a un contrato, sino a otro acto jurídico: la ley; que el voto acorde de los magistrados de un tribunal colegiado en un asunto de su competencia, es un acuerdo de voluntades que no forma un contrato, sino un acto jurídico diferente: la resolución judicial; que el nombramiento de un empleado público no constituye tampoco un contrato, sino un acto administrativo de naturaleza especial.

Ha sido, por lo mismo, indispensable admitir varias categorías de actos plurilaterales y fijar los elementos que los caracterizan, distinguiéndolos del acto contractual, que sólo forma una especie dentro del género de estos actos plurilaterales:

*a)* Puede suceder que las diversas voluntades que concurran tengan una situación igual una enfrente de la otra; pero que el objeto y finalidad de cada una de ellas sea diferente. En este caso las manifestaciones de voluntad se encuentran en una recíproca interdependencia y sus autores tienen, uno enfrente de otro, una situación personal que les da a cada uno de ellos el carácter de parte. El acto a que nos venimos refiriendo es el acto contractual.

Así tomando por ejemplo el contrato de venta, encontramos que la manifestación de voluntad del vendedor tiene por objeto crear la obligación de transmitir la propiedad, y por finalidad la obtención del precio que el comprador se ohliga a pagarle y, recíprocamente, la manifestación

de voluntad de dicho comprador tiene por objeto obligarse a pagar el precio y por fin adquirir la propiedad de la cosa.

Se ve en este ejemplo, que puede repetirse para los demás contratos, cómo las voluntades que concurren se ligan indisolublemente, condicionándose en forma recíproca, y cómo sus autores tienen situación contraria, pero en estrecha y mutua dependencia.

*b)* Puede presentarse otro caso en el que las voluntades que concurran a la formación del acto tengan el mismo objeto y la misma finalidad. Entonces, en vez de voluntades contrarias que recíprocamente se condicionen, se encuentran varias voluntades paralelas persiguiendo un mismo resultado. Sus autores no tienen una situación de partes, como en el acto contractual, unos enfrente de otros; entre ellos existe un vínculo de colaboración.

El acto que en ese caso se produce es claramente diverso del acto contractual. La doctrina le ha llamado acto colectivo o acto complejo.

La eficacia de cada una de las voluntades concurrentes respecto a la producción del efecto del acto, puede ser igual o desigual.

Así, por ejemplo, la aprobación por cada una de las dos Cámaras del texto de una disposición general, es igualmente necesaria e Igualmente eficaz para dar a esa disposición el carácter" de ley.

La iniciativa de ésta, que presenta el Ejecutivo, por ejemplo, no puede equipararse, en cuanto a su eficacia respecto de la producción del acto jurídico, la ley, con la aprobación de ella por las dos Cámaras. Sin embargo, es un acto de colaboración y la base para la actuación posterior del Congreso.

e) Puede presentarse un tercer caso en que, concurriendo varias voluntades, tengan el mismo objeto, lo cual asemejaría el acto a un acto colectivo; pero que tiene cada una de ellas, o cada grupo de ellas, finalidades diferentes, lo cual sería motivo para asemejarlo al contrato.

Este tercer caso se considera, por algunos autores, como siendo en realidad una forma del acto complejo o colectivo, porque se estima que un mismo objeto de la voluntad puede satisfacer múltiples y diversos intereses.

Sin embargo, se ha sostenido que esta forma a que nos venimos refiriendo debe considerarse como tipo especial del acto plurilateral, habiéndose llamado en la doctrina "acto-unión".

A ese efecto, se indica que en él las voluntades concurrentes no son independientes como en el acto colectivo, sino que ellas están ligadas entre sí de manera de dar lugar a una convención; pero sin que ésta llegue a formar un contrato, puesto que el efecto jurídico que se produce y que es otro elemento que viene a caracterizar a éste, no es crear una situación

jurídica individual, sino simplemente hacer aplicable a un caso concreto una situación jurídica general creada de antemano.

Así, el acto de nombramiento de un empleado público implica la concurrencia de dos voluntades que se convencionan, lo cual haría pensar en calificarlo como un contrato, si no fuera porque esas voluntades no son las que determinan la situación jurídica de los intervinientes, pues ésta se encuentra de antemano determinacla por la ley que fija los derechos y obligaciones del que nombra y del que es nombrado.

## CAPÍTULO II

## LA FUNCION LEGISLATIVA

21. La función legislativa desde el punto de vista formal.-22. La función legislativa formal en el derecho positive- mexicano.-23. Valor jurídico del acto legislativo formal.-24. Actos administrativos en forma de ley.--25. Clasificación de las leyes por razón de su autoridad fonnal.-26. Las leyes orgánicas.--27. Consecuencias del carácter formal de las leyes en lo que se refiere a su vigencia.

21. La función legislativa, desde el punto de vista formal, es la actividad que el Estado realiza por conducto de los órganos que de acuerdo con el régimen constitucional forman el Poder legislativo.

En México la función legislativa formal es la que realiza el Congreso Federal compuesto por la Cámara de Diputados y la de Senadores. (Const. Fed., arto 50.)

Entra también en el concepto de función legislativa formal el conjunto de actos que cada una de las Cámaras puede realizar en forma exclusiva (Const. Fed., arts. 74 Y 76.)

22. El concepto de función legislativa formal, en oposición al de función legislativa material, no es simplemente teórico, como pudiera pensarse, sino que tiene su base en el derecho positivo mexicano.

El artículo 70 dispone que "toda resolución del Congreso tendrá el carácter de ley o decreto", y tratando de buscar antecedentes que aclaren el sentido de esta disposición, encontramos que ya desde el texto primitivo de la Constitución de 1857, el artículo 64 distinguía las resoluciones del Congreso en "leyes o acuerdos económicos".

En la discusión habida en el Constituyente con motivo de ese precepto, el diputado Moreno expresó la conveniencia de que las resoluciones del Congreso tengan el carácter de ley o decreto, estableciendo la distinción de que mientras la ley se refiere a un objeto general, el decreto sólo comprende un objeto particular. Sin embargo, en esta ocasión se adoptó el criterio de la Comisión, según el cual toda resolución legislativa del Congre-

so no puede tener más carácter que el de ley. (Zarco, *Historia del Congreso Constituyente* 1856·57. Sesión de 15 de octubre de 1856, 1. II, p. 449.)

Posteriormente, en la reforma constitucional de 13 de noviembre de 1874, el artículo 64 de la Constitución de 1857, que corresponde al 70 de la de 1917, se modificó aceptando que las resoluciones del Congreso tienen el carácter de leyes o decretos, es decir, parece admitir que existe una diferencia, en razón de la diversa naturaleza, entre las resoluciones del Poder Legislativo; a pesar de lo cual, y sólo por emanar del mismo Poder, a todas se les sujeta al mismo régimen.

Debemos aclarar que la distinción a que nos venimos refiriendo se ha echado en olvido en la práctica, en donde propiamente no se sigue ningún criterio para distinguir una ley de un decreto.

23. Si como más arriba se ha indicado, las funciones del Estado tienen una doble eficacia que corresponde una a su carácter formal y otra al carácter material, importa estudiar en este lugar la eficacia del acto legislativo en su consideración formal.

Del carácter formal del acto legislativo se deriva el principio de la "autoridad formal de la ley" que significa que todas las resoluciones del Poder Legislativo no pueden ser derogadas, modificadas o aclaradas más que por otra resolución del mismo Poder y siguiendo los mismos procedimientos seguidos para la formación de la. resolución primitiva.

Este principio se encuentra consignado en forma expresa en la fracción *f)* del artículo 72 de la Constitución, así reda.ctada: "En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación."

24. De este principio de la autoridad formal de la ley se originó en nuestro país la práctica de someter al Poder Legislativo y dar forma de ley a actos que no están en las facultades de dicho Poder, pero a los cuales se trató de dar la fijeza y estabilidad que derivan de las múltiples formalidades a que está sujeto el acto legislativo.

Así, pueden citarse muchísimos casos de contratos, de concesiones y de otros actos administrativos que el Poder Ejecutivo sometía a la aprobación del Congreso para revestirlos de una formalidad que, por ser complicado destruirla, garantizaría la permanencia y seguridad de aquéllos.

A pesar de que nuestra tradición jurídica fue constante en la práctica a que acabamos de referirnos, el examen de ella a la luz de los principios jurídicos que dominan nuestro sistema constitucional obliga a rechazarla por no ajustarse a dichos principios.

En efecto, como entre las facultades atribuidas al Congreso no está la de aprobar otros actos que los que expresamente se le atribuyen ni

tiene ninguno de los Poderes facultad para ampliar la esfera de competencia que la Constitución señala, la intervención en el caso del Poder Legislativo es jurídicamente ineficaz y no da ningún valor al acto al cual se refiere.

De manera que puede afirmarse que el principio de la autoridad formal de la ley sólo se refiere a los actos que el Poder Legislativo realiza dentro de la esfera de su competencia.

25. Como una consecuencia derivada de la autoridad formal de las leyes, se encuentr-a la de la clasificación de las mismas por razón del Poder que en ellas intervienen y del procedimiento para su formación y para su modificación.

Desde este punto de vista, se pueden agrupar en dos categorías: las leyes constitucionales y las leyes ordinarias, comunes o secundarias.

Las primeras son las que emanan del Poder Legislativo Constituyente, después de un procedimiento laborioso y complicado que se determina por el art. 135 de la Constitución en estos términos: "La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso harán el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas."

La definición de ley constitucional desde el punto de vista formal se precisa, pues, independientemente de su contenido, por el procedimiento más complicado de su elaboración y por el órgano especial que en ella interviene.

A diferencia de la ley constitucional, la ley ordinaria, común o secundaria emana del Poder Legislativo ordinario, que al efecto sigue un procedimiento más sencillo que el previsto para la ley constitucional.

En nuestro país, el Poder Legislativo ordinario o constituido, está formado por el Congreso General, compuesto por la Cámara de Diputados y por la de Senadores (Const. Fed., art. 50), y el procedimiento para la elaboración de las leyes se limita a la aprobación del proyecto por las dos Cámaras. (Const. Fed., arto 72.)

26. Se ha pretendido que además de leyes constitucionales y leyes ordinarias, existen otras categorías, como son las de leyes orgánicas o reglamentarias y de leyes que emanan de la Constitución.

Respecto de las leyes orgánicas y de las reglamentarias podemos afirmar que desde el punto de vista formal no existe ninguna diferencia

que las separe de las ordinarias, ya que al igual que éstas, son elaboradas por el Poder Legislativo constituido siguiendo el procedimiento normal consagrado en el citado artículo 72 de la Constitución.

De tal manera que por este concepto las leyes llamadas orgánicas y las reglamentarias tienen la misma autoridad formal que las leyes ordinarias, sin que haya razón para darles preeminencia sobre estas últimas.

Es cierto que algunos preceptos constitucionales, entre los cuales pueden citarse los contenidos en los artículos 7º, 31, fracción In, y 73, fracción IV, base 4ª, y fracción XXIV, consignan la denominación de ley orgánica y que muchas leyes llevan esta denominación; pero ello no proporciona base para concluir que la ley orgánica tiene una autoridad formal mayor que la ordinaria, pues es tanto como afirmar que aquélla está sujeta en su formación a un procedimiento más complicado que la última, lo cual no podrá demostrarse con los textos constitucionales.

Lo más que puede admitirse para no destruir la terminología, es considerar a las leyes orgánicas y a las reglamentarias como especies dentro del género "leyes ordinarias", y aplicar respectivamente esas denominaciones a las normas que regulan la formación y funcionamiento de órganos del Poder público o que concretan y desarrollan bases establecidas en la Constitución.

Pero tanto en el primer caso, en que la denominación se atribuye por el objeto de la ley, como en el segundo, en que la norma parte de otra de un grado superior a la cual concreta y desarrolla, no puede encontrarse más que diversidad de contenido, pero no diversidad de forma con las leyes que emanan del Poder Legislativo ordinario y que ni organizan autoridades ni desarrollan bases constitucionales, sino que son formuladas en uso de una facultad general.

Se dice, por otra parte, que hay una categoría de leyes cuya calidad de supremas es reconocida por el artículo 133 constitucional, al decir: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que están de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados."

Sin embargo, la redacción misma del precepto da idea muy clara de que su alcance es el de resolver el conflicto entre las leyes federales y las leyes locales que pudieran contradecirlas; pero no el de establecer una categoría especial de leyes emanadas de la Constitución oponiéndolas a leyes que no emanen de ella, pues el sistema de ésta es que todos los aetos de los poderes públicos tengan su fuente en la propia Constitución.

27. El principio de la autoridad formal de la ley es el único que puede dar el criterio necesario para resolver algunos conflictos que lleguen a suscitarse con motivo de la vigencia de una legislación determinada.

Por razón del principio indicado, una ley respecto de la cual se han satisfecho todos los requisitos indispensables para su formación, adquiere desde el momento de su promulgación por el Ejecutivo que le da autenticidad, y ejecutoriedad, el carácter de un acto legislativo formal que no puede ser derogado ni modificado sino por otro acto que tenga el mismo carácter, y esto a pesar de que la primera ley señale o tenga, por aplicación de principios generales (art. 3º del Código Civil del D. F.), una fecha posterior de vigencia.

Al mismo tiempo, y como consecuencia del mismo principio, la ley formulada con posterioridad deroga a la anterior, a pesar de que los preceptos de esta última no hayan empezado a regir por no haberse cumplido la condición o el plazo establecidos para iniciar su vigencia.

Así, por ejemplo, se dicta una ley que de acuerdo con sus disposiciones, empiece a regir hasta los quince días siguientes a su publicación. Supongamos que dentro de ese plazo se dicte otra ley con disposiciones diferentes sobre el mismo objeto que la primera, y señale al día siguiente de su publicación para entrar en vigor. Por aplicación del principio de autoridad formal, la segunda ley deroga a la primera a pesar de que la vigencia de ésta se haya fijado para fecha posterior a la de la segunda.

Respecto de la publicación en el *Diario Oficial* la Suprema Corte ha sentado la tesis de que sólo es obligatoria y surte efectos cuando se trata de acuerdos de interés general, de decretos o de leyes (Jurisp. de la S. C. de J., 1917-1975,2" Sala, tesis 374, pág. 622).

## CAPÍTULO III

## LA FUNCION LEGISLATIVA

*(Continuación.)*

28. La Iuuoióu legislutivu desde el punto de vi-tu material.—29. Los elementos del acto legislativo. La generalidad de la ley.—30. La creación de un orden jurídico nuevo.—31. La creación de un orden jurídico temporal.—32. Carácter imperativo de la ley.—33. La -uución de la ley.

28. La función legislativa también puede apreciarse desde un punto de vista objetivo o material o sea prescindiendo de su autor y de la forma como se realiza y sólo se considera la naturaleza intrinseca del acto en el cual se concreta y exterioriza: la ley.

La ley está constituida por una manifestación de voluntad encaminada a producir un efecto de derecho. Es decir, la ley sustancialmente constituye un acto jurídico.

El efecto de derecho que produce la leyes el que viene a darle su carácter distintivo,pues corno más arriba indicarnos, una de las clasificaciones de los actos jurídicos se basa precisamente en el efecto jurídico que a consecuencia de ellos se origina.

Ahora bien, siguiendo esa clasificación, podernos afirmar que la ley desde el punto de vista material se caracteriza por ser un acto que crea, modifica o extingue una situación jurídica general, por lo que cabe definirla, corno lo hace Duguit *(op, cit.,* 1. JI, p. 145), diciendo que es "todo acto emanado del Estado, conteniendo una regla de derecho objetivo".

29. Produciéndose a consecuencia de la ley una situación jurídica general, en ella se encuentran los caracteres que a ésta corresponden, es decir, que es, por su naturaleza misma, abstracta e impersonal; es permanente, o sea que los derechos que otorga o las obligaciones que impone no se extinguen por su ejercicio o cumplimiento, y puede ser modificada por otra ley.

Existen casos en que pudiera dudarse de la generalidad de la ley por referirse ésta a una institución o a un organismo en particular. Por ejemplo, la ley orgánica de una Secretaría de Estado, la de organización de la Tesorería de la Federación, etc.

Si en estos casos hay motivo de confusión, tiene que ser sólo aparente, pues la circunstancia de que la ley se refiera a una materia determinada no impide su generalidad, ya que ésta en los casos citados encierra normas de competencias, procedimientos, etc., que revisten los caracteres de las situaciones jurídicas generales.

La generalidad de la ley debe estimarse como la esencia de la función legislativa al grado de que como una garantía contra la arbitrariedad de los gobernantes, que es precisamente el fundamento racional e histórico del principio de la generalidad, la Constitución, en su artículo 13, ha consignado como un derecho del hombre el de que "nadie puede ser juzgado por leyes privativas", es decir, por leyes que no sean generales.

La Suprema Corte de Justicia ha admitido sin reserva estos principios al establecer jurisprudencia definida en el sentido de que "es carácter constante de las leyes, que sean de aplicación general y abstracta (es decir, que deben contener una disposición que no desaparezca después de aplicarse a un caso previsto y determinado de antemano, sino que sobrevivan a esta aplicación y se apliquen sin consideración de especie o de persona, a todos los casos idénticos al que previenen, en tanto que no sean abrogadas). Una ley que carece de estos caracteres, va en contra del

principio de igualdad garantizado por el artículo 13 constitucional, y aun deja de ser una disposición legislativa en el sentido material puesto que le falta algo que pertenece a su esencia". (Jurisp. de la S. C. de J., 1917-1965. Pleno. Tesis 17.)

30. Es por esto por lo que no podemos admitir que para que la ley exista basta que dé lugar a un orden jurídico nuevo, independientemente de que la disposición sea de carácter general o sólo se refiera a algún caso particular.

El criterio de novedad sustituido al de generalidad carece de fundamento legal y doctrinal y lejos de eso, viene a arrojar confusión sobre los verdaderos caracteres de las funciones del Estado, pues, como veremos más adelante, a la función administrativa y en parte a la judicial, corresponde la creación de situaciones jurídicas individuales.

Semejante tesis ha sido sostenida por algunos autores, entre quienes podemos citar a Laband, que en su tratado de *Derecho Público* (edición francesa, t. II, pág. 262) indica que "la noción de la ley no excluye de ninguna manera la posibilidad de la existencia de una ley que siente una regla de derecho aplicable a un hecho único o destinada a regular jurídicamente una relación individual", y agrega más adelante (l. II, pág. 506): "Esta libertad plena y completa (del órgano legislativo) es necesaria a la legislación en el sentido material de la palabra, puesto que es cierto que las leyes sirven, por regla general, para crear un derecho nuevo..."

"No aceptamos la doctrina de la generalidad, dice Manuel Maria Diez, ya que la ley puede ser normalmente general, pero no esencialmente. .. La tesis que tiene nuestra preferencia es la de la novedad jurídica sustentada por Laband." (D. Adm., Buenos Aires, t. 1, pág. 94.)

La cita de la opinión sobre la novedad como carácter de la ley, obedece según se dijo antes (núm. 24) a la circunstancia de que en nuestro país también se llegó a sostener que la ley debe intervenir cuando para realizar un acto que crea una situación jurídica individual, no existe una legislación general; cuando con motivo de un acto que tenga aquel carácter se trata de disminuir la responsabilidad del Poder Ejecutivo, y cuando hay compromisos de parte del Estado para hacer erogaciones de dinero.

En los alegatos presentados por el Gobierno Federal, en el juicio que en su contra siguió la Compañía Limitada de Tlahualilo, se sostuvo la tesis siguiente: "Si el Poder Administrativo o Ejecutivo carece de facultades concretas derivadas de una ley para celebrar un contrato-concesión, necesita, conforme a nuestros principios constitucionales, de un acto especial legislativo que, ratificando el contrato, le dé vida jurídica, porque la Cons-

titución no da al Poder Ejecutivo la facultad de establecer o imponer obligaciones a cargo de la Nación, ni la facultad de otorgar o crear derechos para los particulares, independientemente de la ley." (Párrafo 470.) y más aún, en la refutación del Gobierno, a los alegatos verbales de la Compañía, se afirma: "Los contratos administrativos deben ser sometidos a la aprobación de las Cámaras, cuando la celebración de ellos no está conferida al Ejecutivo de la Unión por una ley, pues el Ejecutivo no tiene constitucionalmente la facultad general de celebrar contratos, menos los que afectan los bienes del dominio nacional, independientemente de la ley: así resulta de la fracción 1 del artículo 85 de la Constitución (de 1857)."

La condenación de estas ideas se encuentra, tanto en la prohibición de leyes privativas consignada en el artículo 13 constitucional, como en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, antes transcrita.

31. Algunos autores han llegado a afirmar que el carácter de generalidad de las leyes se contraría cuando se expiden por un tiempo determinado, ya que esto implica una limitación de los casos a los cuales va a regIr.

No creemos fundada esta opinión, pues siendo el derecho un fenómeno social que dcbe variar con el desarrollo de la civilización y el cambio de las necesidades colectivas, la ley sin perder su generalidad tiene que ir variando con la evolución del derecho y el cambio de contenido del concepto de lo justo.

En nuestra legislación encontramos leyes en las cuales concurren, sin contrariarse, los caracteres de generalidad y de periodicidad, como son entre otras muchas, las leyes de ingresos, las cuales, con un vigor limitado a una anualidad, revisten el carácter abstracto e impersonal propio del acto legislativo.

32. Con su carácter de norma de derecho, la leyes una norma imperativa, lo que implica la orden de someterse a sus disposiciones. "Ellegislador puede tomar el pensamiento jurídico de donde saldrá la ley, sea al derecho consuetudinario, sea al Derecho de un Estado extranjero.vsea a la ciencia, etc. Por el contrario, la orden de obedecer la ley emana necesariamente del Estado, pues es una manifestación del poder soberano." (Laband, *op. cit.*, 1. 11, pág. 265.)

Se citan por los autores algunos casos en que el carácter imperativo de las leyes puede dar lugar a ciertas dudas. Entre ellos se encuentran las leyes que consagran los derechos del hombre, las de organización de los Poderes públicos y las leyes llamadas supletorias.

Se pregunta respecto de las leyes sobre derechos del hombre y sohre organización de los Poderes públicos, a quién está dirigido el mandato de su cumplimiento, indicándose que si es el Estado el obligado, como

la ley también emana de él y supone una relación de superior a inferior, se rompería la unidad del propio Estado; que si son los funcionarios los obligados, no se ve por qué otros funcionarios (los legisladores) pueden imponerles su voluntad, ni por qué a los titulares de los órganos se les ha de considerar con una personalidad distinta del Estado, de quien son representantes.

La solución en el caso no presenta, sin embargo, dificultades, pues si se admite la teoría de la soberanía, ella implica la posibilidad de que el Estado restrinja su propia actividad autolimítándose y se sujete a las normas de derecho que él mismo formula. En el caso de que no se admita esa tesis, la obligación de los gobernantes de respetar las reglas del derecho objetivo se explica por la necesidad que aquéllos tienen de someterse a las normas que la convivencia social impone, explicación ésta semejante a la empleada por el derecho natural, que reconoce que los derechos del hombre son anteriores y superiores al Estado.

En tratándose de las leyes de organización, obra además la circunstancia de que en realidad su carácter imperativo proviene de que es necesario crear los medios adecuados para dar cumplimiento a las normas generales que al Estado se imponen.

Por lo que hace a las leyes supletorias, parece que por su mismo carácter forman la antítesis de las leyes imperativas; pero hay que tener en cuenta que lo que pasa es que la ley supletoria está sujeta a una condición determinada para su aplicación. No es extraño ni contrario al carácter imperativo de la ley el que su aplicación se subordine al cumplimiento de una condición. La esfera en la cual existen las leyes supletorias es la de las relaciones entre particulares. Estos son, en primer término, los que deben de cuidar y, regular sus propios intereses. Cuando no lo hacen es cuando interviene la ley, presumiendo la voluntad de los interesados. De manera que la ley supletoria está condicionada por la omisión del particular, y cuando la condición negativa se realiza, dicha ley adquiere todo su vigor, estando el juez que ha de resolver el caso obligado imperativamente a hacer su aplicación.

33. Además del carácter general e imperativo de la ley, ésta debe tener los medios adecuados que garanticen su cumplimiento, es decir, la ley debe tener y tiene una sanción.

En efecto, si la ley no se cumple voluntariamente, es necesario que el Poder público intervenga e imponga su cumplimiento forzoso.

La sanción de la leyes variable. Puede consistir en una coacción material como ocurre tratándose de las leyes penales. En otros casos, la coacción material es inadecuada y la sanción reviste otro carácter, el de una sanción jurídica, como es la invalidez que afecta a los actos reali-

zados contra el tenor de las leyes prohibitivas; o bien, un carácter mixto, como en el caso de la responsabilidad civil.

Tratándose de normas cuyo cumplimiento corresponde a los órganos del Estado, el problema se complica por resultar inconcebible que el Estado se presione a sí mismo. Sin embargo, en esos casos existen garantías para la aplicación de la ley, que son de orden social, de orden político y de orden jurídico. (Jellinek, *Teoría Gral. del Estado,* t. JI, págs. 567 y ss.)

Las garantías de orden social están constituidas por todos los elementos de fa vida social que obligan a los gobernantes al cumplimiento de las disposiciones legales: las costumbres, la moralidad, la opinión pública, etc.

Las garantías de orden político radican fundamentalmente en el régimen mismo de la organización del Estado. Puede citarse como la más importante la que deriva del sistema de separaciór de Poderes, cuyo funcionamiento, lo ha hecho denominar sistema de frenos y contrapesos por las limitaciones que los excesos de un Poder encuentra en el funcionamiento de los otros.

Por último, entre las garantías de orden jurídico se encuentran las diversas clases de control sobre los actos de los Poderes públicos: la responsabilidad directa del mismo Poder y las responsabilidades civiles y penales de los funcionarios y empleados públicos.

## CAPÍTULO IV

## LA FUNCION JURISDICCIONAL

34. La función judicial. Punto de vista formal y punto de vista material.-35. ¿Constituye una actividad de orden jurídico?-36. Diferencias con la función administrativa.-37. La función jurisdiccional y la teoría del acto jurídico.-38. Elementos que pueden utilizarse para caracterizar a la función jurisdiccional. El motivo.-39. La finalidad de la función.-40. El carácter de cosa juzgada.

34. La función judicial como la legislativa puede analizarse desde dos puntos de vista: como función formal y como función material.

Desde el punto de vista formal, la función judicial está constituida por la actividad desarrollada por el Poder que normalmente, dentro del régimen constitucional, está encargado de los actos judiciales, es decir, por el Poder Judicial.

Como función considerada materialmente, algunos autores la denominan función jurisdiccional, por creer que la expresión "judicial" sólo

evoca el órgano que la realiza, debiendo, por lo tanto, reservarla para cuando se haga alusión a su aspecto formal.

Para definir la función que es objeto de este capítulo, prescindiendo del órgano encargado de ella y atendiendo sólo a la naturaleza intrínseca del acto en que se concreta y exterioriza, o sea la sentencia, es necesario resolver las siguientes cuestiones: *a)* ¿constituye la función jurisdiccional una función de orden jurídico? *b)* ¿constituye una función diferente de la administrativa? c) en caso afirmativo, ¿cuáles son los elementos que caracterizan la función jurisdiccional?

. 35. Se ha llegado a negar a la función jurisdiccional el carácter de actividad de orden jurídico porque se dice que en ella el Estado no realiza ni un acto de voluntad ni crea una situación jurídica, que son los dos elementos fundamentales del acto jurídico.

Se afirma que no hay acto de voluntad sino una simple operación de la inteligencia que se resuelve en un silogismo, "cuya mayor es la regla legislativa de derecho; la menor, la comprobación de la especie concreta sometida al juez y la conclusión, la decisión de este último". (Laband, op. *cit.,* 1. 1I, pág. 514.)

Se dice que la sentencia no aporta modificación alguna al orden jurídico, porque se limita a fijar el derecho que había sido discutido o contrariado. En otros términos, se afirma que la sentencia judicial no es atributiva, sino simplemente declarativa de derechos.

Las afirmaciones anteriores no pueden sostenerse si se tiene un concepto completo del. acto jurisdiccional.

Si se reduce el carácter de éste a una simple operación lógica y a una simple declaración de derechos, no se explica por qué en esa misma operación y esa misma declaración cuando son realizadas por un particular no tienen los mismos efectos que cuando se realizan por el Estado.

Esto hace suponer que existen otros elementos que no concurren cuando un particular interviene.

y en efecto, cuando el Estado decide jurisdiccionalmente un conflicto de derechos no se limita a determinar si éstos existen sino que además, como una consecuencia del reconocimiento de su existencia provee al respeto de ellos por medio de un acto emanado de la voluntad, acto que, aunque realizado dentro de las normas legales produce una modificación en el orden jurídico puesto que hace concreta y actual la garantía jurídica que en términos abstractos consagra la ley para los derechos de la naturaleza del que está a discusión. Así, cuando se discute la validez de un acto jurídico por haber sido ejecutado sin sujeción a la ley, aunque un particular por medio de un simple silogismo puede llegar a la conclusión de que aquel acto está viciado, tal conclusión no llega a afectar la

subsistencia del acto viciado. Por el contrario, cuando el Estado interviene juzgando el caso, no se detiene donde el particular se ha detenido, en el reconocimiento de que el acto viola la ley sino que como una consecuencia de ese reconocimiento provee por medio de una decisión que constituye un acto voluntario al respeto de la ley violada, declarando que aquel acto deja de producir sus efectos. De donde se desprende que si el acto viciado venía produciendo consecuencias jurídicas y deja de producirlas por virtud de la sentencia, ésta causa una modificación en el orden jurídico existente.

Cuando se tiene un derecho, la abstención de su ejercicio produce, por regla general, su extinción por prescripción. El término para que ésta se consume es variable. Pues bien, cuando ese derecho se hace valer en la vía judicial, se interrumpe esa prescripción; pero si además se ha llegado hasta la sentencia, entonces, por efecto de ésta, el derecho que en ella se reconoce tiene un término de prescripción especial distinto del que tenía el derecho antes de ser objeto del fallo.

El artículo 529 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal dispone: "La acción para pedir la ejecución de una sentencia... durará diez aíios, contados desde el día en que venció el término judicial para el cumplimiento voluntario de lo juzgado y sentenciado." Este precepto es, sin duda, una supervivencia del carácter que en el derecho romano se atribuía a las sentencias judiciales. En el derecho romano se consideraba que las sentencias venían a novar el derecho que en ellas se reconocía. El derecho actual no admite esa novación; pero sí reconoce que la sentencia judicial produce efectos jurídicos diversos de los que corresponden al derecho materia de la controversia.

Cuando un particular desconoce el derecho de otrn.se niega al cumplimiento de una obligación que ha contraído, el interesado, al ocurrir a la vía judicial no sólo obtiene el reconocimiento de su derecho, sino los medios para hacerlo efectivo y además de acuerdo con las circunstancias puede obtener una condena al pago de los daños y perjuicios. Esa obligación de pago de los daños y perjuicios aunque derivada de la ley no puede hacerse efectiva sino hasta que exista la sentencia, lo cual equivale a decir que ésta viene a producir una modificación en el orden jurídico preexistente.

Si del campo del derecho civil se pasa al del derecho penal, el efecto jurídico que se produce por la resolución judicial es todavía más apreciable. Cuando en el procedimiento se llega a comprobar la violación de la ley penal la sentencia no se limita a reconocerlo sino que a consecueneia del reconocimiento impone una sanción, determinándose así una situación jurídica especial para el infractor.

Todo lo anterior viene a demostrar la exactitud de la afirmación de que la función jurisdiccional es una función del orden jurídico, pudiendo ser útil corroborar las razones expuestas con la opinión de un reputado autor que se expresa sobre el particular en la siguiente forma: "Esta función, dice refiriéndose a la que se realiza en la sentencia judicial, en ningún modo tiene un carácter meramente declarativo, como da a entender la palabra "jurisdicción" y como supone la teoría corriente, como si el derecho estuviera ya concluso en la ley, es decir, en la norma general, y sólo debiera ser expresado o hallado en el acto del tribunal. Más bien, la función llamada jurisdiccional, es absolutamente constitutiva: es producción de derecho en el propio sentido de la palabra. Así como los dos elementos (hecho y consecuencia jurídica) deben ser ligados por la ley en la esfera de lo general, así también, el dominio de lo individual tiene que serlo por la sentencia judicial. Por esto la sentencia es una norma jurídica individual: es la individualización o concreción de la norma general o abstracta..." (Kelsen, *Compendio Esquemático de una Teoría General del Estado,* pág. 105.)

36. Ha habido una parte de la doctrina que se ha inclinado a considerar que la función jurisdiccional no se distingue sustancialmente de la administrativa; que en realidad en el Estado hay sólo dos actividades diferentes: la de hacer las leyes y la de ejecutarlas, sin que haya razón de fondo para distinguir la ejecución en casos de controversia y la ejecución en casos en que no hay conflicto.

"Hacer las leyes, hacerlas ejecutar, me parecen, en buena lógica, dice Berthélemy, dos términos entre los cuales, o al lado de los cuales, no hay lugar vacío. El acto particular de interpretar la ley en caso de conflicto forma necesariamente parte del acto general 'hacer ejecutar la ley'." *(Dr. Adm.,* pág. 11.)

Esta opinión que no ha llegado a ser satisfactoriamente destruida nos parece que muestra que la doctrina no ha logrado precisar la diferencia específica que separe la función administrativa de la función jurisdiccional.

"La determinación del concepto de jurisdicción, tan importante teórica y prácticamente, con especialidad para las relaciones entre la función jurisdiccional. y la función administrativa, es un problema aun no resuelto en la ciencia jurídica." (Rocco, *La sentencia civil,* pág. 14, en nota.)

La existencia de la función jurisdiccional obedece a un proceso histórico de diferenciación que ha llegado a separar objetivamente una esfera de actividades del Estado que pueden precisarse cuantitativamente como formando 'parte de la función administrativa, de otra esfera que

se ha sustraído de las manos de la Administración para entregarse a los tribunales.

Esto nos llevaría a pensar que sólo es posible caracterizar a la función jurisdiccional por el órgano que la realiza. Sin embargo, existen, además del elemento orgánico, algunos otros caracteres externos que separan, aunque no de modo radical, la función jurisdiccional de la función administrativa.

37. Si nos atenemos a la clasificación tripartita de los actos jurídicos por razón del efecto de derecho que originan, resulta que como ya hemos visto, la función legislativa comprende los actos creadores de situaciones jurídicas generales y corno más adelante veremos la función administrativa comprende los actos creadores de situaciones jurídicas individuales y los actos condición; de tal manera que dichas funciones agotan todos los actos jurídicos, no dejando ninguna categoría para la función jurisdiccional.

Entonces, surge la pregunta, ¿cómo puede caracterizarse con sustantividad propia esta función?

La contestación a esta pregunta ha sido motivo de positiva dificultad dentro de la teoría de los autores que siguen con todo rigor la clasificación tripartita.

Por nuestra parte creemos que la función jurisdiccional se caracteriza, no precisamente por el efecto jurídico que origina, ya que ese efecto jurídico puede ser el mismo que el de las funciones legislativa y administrativa, sino por el motivo y por el fin de la propia función jurisdiccional.

Duguit combate este modo de pensar al decir que "el criterio de fin no puede intervenir cuando se trata de determinar las funciones jurídicas del Estado ... Que el Estado ejercite la función legislativa, la función administrativa o la función jurisdiccional, persigue siempre el mismo fin; pero estos actos tienen un carácter interno diferente que se debe definir..." *(op, cit.,* 1. II, pág. 235.)

Sin embargo, el propio Duguit se contradice cuando más adelante afirma: "no hay acto jurisdiccional sino cuando el agente interviene para resolver una cuestión de derecho. .. Si su fin es tomar una decisión que implique la solución previa de una cuestión de derecho, no hace un acto jurisdiccional; no lo hace más que si interviene, al contrario, para resolver una cuestión de derecho" (pág. 314). "Yo respondo, sigue el mismo autor, que diciendo que la decisión del Juez es la consecuencia lógicamente necesaria de la solución dada a la cuestión de derecho, se establece un carácter material del acto jurisdiccional, puesto que la voluntad del agente no aparece con el mismo carácter que en un acto jurí-

dico ordinario y sobre todo en un acto administrativo: que, por otro lado, el fin que determina la voluntad del juez aparece también con un carácter particular..." (págs. 321 y ss.]

38. Dijimos en el párrafo anterior que la función jurisdiccional sólo puede caracterizarse por su motivo y por su fin, es decir, por el elemento que provoca dicha función y por el resultado que con ella se persigue.

La función jurisdiccional supone, en primer término y a diferencia de las otras funciones, una situación de duda o de conflicto preexistentes; supone generalmente dos pretensiones opuestas cuyo objeto es muy variable. Ellas pueden referirse a un hecho, actitud o acto jurídico que se estimen contradictorios con un derecho o una norma legal, o a un estado de incertidumbre sobre la interpretación, alcance o aplicación de una norma o de una situación jurídica.

De aquí se desprende que si el antecedente o motivo de la función jurisdiccional es un conflicto de derecho que no puede dejarse a las partes resolver, el primer elemento del acto jurisdiccional consiste en la declaración que se haga de la existencia de tal conflicto.

Esa declaración requiere un procedimiento especial previo en el cual hay un debate contradictorio y audiencia de pruebas y alegatos de las partes contendientes, habiéndose llegado a pensar que el procedímiento, con sus formalidades especiales, constituye un elemento del acto jurisdiccional.

Indudablemente que, desde un punto de vista político, el procedimiento constituye una garantía para las partes en conflicto (Const. Fed., artículo 14); pero esto de ninguna manera autoriza a concluir que la esencia del acto jurisdiccional se encuentra en las formas procesales. Son múltiples los casos en los que el acto administrativo tiene que realizarse después de un procedimiento organizado en forma similar al procedímiento judicial y sin embargo, en dichos casos no se altera la esencia jurídica del acto final que se realiza, el cual sigue caracterizándose por el efecto de derecho que produce.

Hay que advertir además que el acto jurisdiccional está constituido únicamente porTa sentencia y no por los actos previos del procedimiento que, aunque implican determinaciones judiciales, solamente constituyen condiciones sucesivas para el desarrollo del proceso, y una colaboración de parte de los litigantes para conocer y defender sus respectivas pre· tensiones.

Así las cosas, el primer elemento a que nos venimos refiriendo o sea la declaración de la existencia del conflicto, constituye un acto que por sí solo no tiene ningúnearácter jurídico, puesto que, como hemos dicho ano

tes, hasta ese momento no hay más que una simple operación lógica de formulación de un silogismo en el que la mayor está representada por la norma o situación jurídica que se pretende afectada, la menor por el hecho, estado o situación, que se estima contrario a aquélla, y la conclusión, por la declaración de si existe o no tal contradicción.

39. Si ahora se considera la finalidad de la función jurisdiccional, se llega a conocer el otro elemento que la caracteriza.

La función jurisdiccional está organizada para dar protección al derecho, para evitar la anarquía social que se produciría si cada quien se hiciera justicia por su propia mano; en una palabra, para mantener el orden jurídico y para dar estabilidad a las situaciones de derecho (Const. Fed.• Art. 17).

Si esto es así, la función jurisdiccional no puede limitarse a declarar que hay una situación de conflicto pues a esa conclusión puede llegar cualquier particular sin que ni en este caso, ni en el de que conozca una autoridad, se satisfagan los fines a que se acaba de hacer alusión. La sentencia debe como consecuencia lógica de la declaración que contiene completarse con una decisión que haga cesar el conflicto y que ordene restituir y respetar el derecho ofendido.

Esa decisión constituye el otro elemento esencial del acto jurisdiccional; forma un todo indivisible con la declaración, pero, a diferencia de ésta, sí produce un efecto de derecho, según lo hemos demostrado antes al referirnos a opiniones que niegan el carácter jurídico al acto jurisdiccional.

El efecto de derecho que produce la decisión varía según el objeto de la controversia.

Así, por ejemplo, el objeto de ésta es la regularidad de un acto creador de situación jurídica general, de un acto creador de una situación jurídica individual, o de un acto condición, y si la declaración resuelve que existe la irregularidad, la decisión consecuencia lógica de aquélla, ,priva de efectos al acto irregular produciendo un efecto jurídico ya que extingue para el futuro una situación que venía produciendo hasta ese momento consecuencias de derecho. Ahora bien, como los actos jurídicos no pueden ser suprimidos, sino por otros de la misma naturaleza la decisión tendrá que revestir para operar la privación de efectos referida la misma naturaleza del acto al cual se aplica.

40. Otra consecuencia se deriva también de la finalidad del acto jurisdiccional.

Si esta es la de hacer respetar el derecho, de darle estabilidad, el acto con que trate de satisfacerse ese propósito debe tener el mismo carácter fijo y estable. Esa fijeza. y estabilidad sólo se logran dando a

la sentencia fuerza definitiva e irrevocable, presumiendo que en ella está contenida la verdad legal.

La legislación positiva ha satisfecho esta exigencia estableciendo en favor de la sentencia, una vez que contra ella se han agotado todos los recursos, la presunción absoluta de verdad que no admite prueba en contrario, dándole la autoridad de cosa juzgada, *res judicata* pro *ueritate, pro lege habetur.*

## CAPÍTULO V

## LA FUNCION ADMINISTRATIVA

41. La función administrativa. Punto de vista formal y punto de vista material.-42. La función administrativa definida por su finalidad.-43. La función administrativa ¿consiste simplemente en la ejecución de las leyes?-44. Otras definiciones basadas en el criterio de fin.-45. La función administrativa como acción del Estado.-46. La función administrativa dentro de las teorías del acto jurídico.-47. Deficiencias de la teoría tripartita.

41. Estudiadas las funciones legislativa y jurisdiccional llegamos al examen de la función administrativa, a la cual debemos dedicar una atención preferente dado el lugar que le corresponde como base fundamental del derecho administrativo.

La función administrativa podríamos definirla simplemente por exclusión. Siendo tres las funciones del Estado, la que no sea legislativa ni jurisdiccional, cuyos caracteres ya conocemos, tendría forzosamente que ser función administrativa. Sin embargo, esta definición no nos da ningún criterio positivo con el que poder caracterizar dicha función, por lo que debemos procurar construir su definición recurriendo a los elementos que la precisen con individualidad propia.

De la misma manera que las otras funciones del Estado, la administrativa puede apreciarse desde el punto de vista formal y desde el punto de vista material.

Con el criterio formal, la función administrativa se define como la actividad que el Estado realiza por medio del Poder Ejecutivo.

Ya hemos dicho antes que en los regímenes constitucionales modernos no hay coincidencia entre la división de Poderes y la división de funciones; que en la legislación positiva, a cada Poder no corresponde una sola categoría de actos de naturaleza homogénea y que, por lo tanto, definir la función por el órgano que la realiza es igualar con un criterio externo actos que intrínsecamente se diferencian de un modo radical. Considerar con el mismo carácter la expedición de un reglamento, la resolución de un expediente de dotación de ejidos y el nombramiento

de un funcionario público, solamente porque los tres son realizados por el Poder Ejecutivo, significa prescindir del análisis de la naturaleza jurídica de esas operaciones; equivale a pensar que todas ellas producen idénticos efectos de derecho, lo cual es contrario a los datos de la realidad.

Tratando, pues, de buscar un criterio que revele la naturaleza del acto administrativo en que se exterioriza y concreta la función de que venimos hablando, es conveniente recorrer algunas de las principales definiciones que de ella se han dado.

42. Un primer grupo lo podemos caracterizar porque define la función administrativa en relación con la finalidad que el Estado persigue al realizarla. Forman parte de él las definiciones que en seguida vamos a analizar.

Berthélemy considera la función administrativa como la actividad del Poder Ejecutivo encaminada a la ejecución de la ley *(op, cit.,* págs. 1, 11 y 17.)

El primer elemento de esta definición constituido por el órgano que realiza la actividad, es un elemento formal cuyo valor dejamos ya sentado en párrafos anteriores.

El segundo elemento, constituido por el fin que el Estado persigue al realizar la función también lo consideramos inadecuado porque, según ya expresamos, el criterio de fin sólo debe emplearse cuando los efectos de derecho que produzcan los actos en que se exteriorizan las funciones no sean bastantes para caracterizarlo y en el caso no se ha hecho esa demostración previa.

43.. Pero, además, como en la definición que nos ocupa se indica que la ejecución de las leyes constituye la función administrativa, conviene precisar de una vez si ésta es simplemente ejecución de la ley, sin perjuicio de que más adelante estudiemos los caracteres sustanciales de la ejecución.

Dos criterios pueden existir para entender lo que es ejecución de la ley: o se quiere indicar que la actividad se encuentra autorizada por una disposición legal, o bien se entiende por tal ejecución la actividad necesaria para dar efectividad o realización práctica a la norma legislativa.

Si nos atenemos al primer criterio, no encontramos diferencia específica con las otras funciones del Estado, pues como el principio dominante de nuestra organización constitucional es el de que los Poderes públicos sólo pueden obrar en virtud de facultades expresas y limitadas, resulta que toda actividad del Estado debe encontrarse autorizada por una disposición legal, y así, tanto la función administrativa como la legís-

lativa y la judicial deberían de tener, dentro del criterio que analizamos, el carácter de funciones ejecutivas.

Por otra parte, no podemos entender por ejecutar la ley usar de una autorización que ésta concede porque si así lo hiciéramos tendríamos que afirmar que los particulares están ejecutando las leyes civiles o mercantiles cuando celebran un contrato o realizan cualquier acto que ellas prevén. El uso de la capacidad legal, de las facultades que la ley otorga, no se ha considerado nunca como ejecución de la ley.

Si seguimos el criterio de considerar que la ejecución consiste en realizar prácticamente las normas legales, entonces se incurre en el extremo contrario, pues en tal caso quedan fuera de la función administrativa la mayor parte de los actos jurídicos, dejando solamente los actos materiales encaminados directa e inmediatamente a dar efectividad a las disposiciones legislativas. Sin embargo, cuando el Poder público obra con facultades discrecionales, cuando celebra contratos, y, en general, en todos aquellos casos en que la ley no impone una obligación, sino que se limita a autorizar determinadas actividades, no puede decirse propiamente que esté ejecutando la ley, por más que se esté obrando dentro de ella. Sin embargo, muchas de esas actividades, como más adelante veremos, pueden y deben considerarse como indiscutiblemente administrativas.

Así, pues, el concepto de ejecución de las leyes no es útil para dar una idea de la función administrativa, ya que o bien es muy amplio y abarca todas las funciones del Estado o por el contrario es muy estrecho y ni siquiera agota toda la actividad administrativa.

Estimamos que la ejecución de la ley puede confundirse con la noción de función administrativa si por aquélla se entiende no sólo la ejecución material o corcreta de las leyes, sino también la realización de otras tareas en que o bien se hace uso de autorizaciones que da la propia ley, o de facultades discrecionales que ella otorga o si como lo sostiene Vedel, el término de ejecución de las leyes abarca una tarea más general que "es asegurar el mínimo de condiciones necesarias para la continuidad de la vida nacional, es decir, el mantenimiento del orden púo blico y la marcha de los servicios públicos". *(Dr. Adm.,* 1976, pág. 20.)

Creemos que el criterio sustentado no contraría, sino que, al contrario, se ajusta al que inspira nuestro derecho positivo.

En efecto, el artículo 89 de la Constitución, que señala las facultades y obligaciones del Presidente de la República, enumera en primer lugar la de ejecutar las leyes, pero además consigna otras facultades cuyo ejercicio no constituye propiamente ejecución de la ley, a pesar de ser funciones administrativas, tales como las de nombramiento y remoción de

funcionarios y empleados civiles y militares (fracs, Il, 111, IV, V, XVI, XVII, XVIII Y XIX); la de disposición de la fuerza armada y de la Guardia Nacional (frac. VI y VII); la de declarar la guerra (fracción VIII) ; la de dirigir las negociaciones diplomáticas (frac. X) ; la de hahilitar puertos y establecer aduanas (frac. XIII).

44. Hauriou es otro de los autores franceses que define la función administrativa en relación, entre otros elementos, al fin que persigue.

Define la función administrativa diciendo que "tiene por objeto manejar los asuntos corrientes del público, en lo que atañe a la ejecución de las leyes de derecho público y a la satisfacción de los intereses generales, haciendo todo esto por medios de policía y por la organización de servicios públicos, en los límites de los fines del poder político que ha asumido la empresa de la gestión administrativa". *(Dr. Adm.,* págs. 11 y siguientes.)

En esta definición se encuentran los siguientes elementos: el fin de la función, los medios con que se realiza y los límites que la constriñen..

Para Hauriou el fin de la función es la gestión de los asuntos corrientes del Público, de los intereses generales, permanentes, ordinarios, y como él mismo dice, teniendo el carácter de gestión, aparece como eminentemente práctica aunque los medios jurídicos deban de ser neceo sariamente empleados, pero en todo caso lo serán en segundo lugar, ocupando el primero los medios técnicos.

Además, señalándose en la definición los intereses que se manejan, en realidad Hauriou hace aparecer como un elemento de la función lo que es una atribución del Estado: la gestión de los asuntos corrientes del público.

Ahora bien, como se recordará, la atribución abarca la actividad del Estado; la función, el medio de realizarla.

De aquí se desprende que la función no debe ser definida por la atribución que realiza, porque se peligra crear confusión sobre el carácter de las funciones. Además, como lo hemos dicho repetidas veces, no se debe recurrir a la noción de fin para definir la función cuando hay otros elementos que 'pueden caracterizarla.

Aunque sólo hemos tomado el elemento fin para criticar las definíciones de que venimos hablando, creemos prudente examinar aquí los demás elementos de la definición de Hauriou.

Otro de los que señala es el relativo a los medios que se emplean por la función administrativa para realizar el fin que constituye el primer elemento de la definición. Esos medios son la policía y los servicios públicos.

Creemos que este nuevo elemento también puede ser causa de confusiones porque la policía y los servicios públicos son medios que prin-

cipalmente deben basarse en disposiciones de carácter legislativo, no administrativo.

Por último, se fija como campo de acción en la función administrativa el que se encuentra dentro de los límites de los fines propios del poder político que ha asumido la empresa.

Sobre este particular debemos decir que como en realidad la función es la forma de realizar las atribuciones del poder público, es natural que la forma no puede ir más allá de donde alcanza el contenido; pero aunque esto es cierto, nada nos dice sobre la naturaleza de la función administrativa, pues basta pensar que esta función es una función del Estado, para que sepamos que no puede ser útil sino para realizar lo que es acción atribuida al propio Estado. Luego la cuestión de límites más bien debe estudiarse en relación con las atribuciones y no con respecto a las funciones del Estado.

También entre los autores alemanes encontramos quienes definen la función administrativa teniendo en cuenta la idea de fin.

Así *atto* Mayer dice que "la administración es la actividad del Estado para la realización de sus fines y bajo un orden jurídico". *(Dr. Adm.,* t. 1, pág. 13.)

En cuanto esta definición recurre a la idea de finalidad, está sujeta a las mismas críticas que ya hemos expuesto; debiendo agregar que el mismo autor reconoce que los fines del Estado se pueden realizar por cualquiera de las funciones del mismo cuando dice "la legislación, la justicia y la administración, son todas actividades por las cuales el Estado quiere realizar su fin. Lo que las distingue es la manera diferente como ellas deben servir a esta realización". *[op, cit.,* págs. 3 y 4.)

Así es que la distinción de la función administrativa de las demás, está en que es una actividad que se desarrolla "bajo un orden jurídico".

En efecto, para Mayer "en la legislación tal como la entendemos, dice, el Estado está por encima de este orden jurídico; en la justicia, todo se hace por este orden", en tanto que en la administración se está bajo el orden jurídico.

Esta relación de las funciones del Estado, como motivo de diferenciación entre ellas, no nos parece completamente exacta, pues como vimos antes, en nuestro sistema constitucional todas las actividades del Poder público tienen que realizarse en virtud de facultades expresas y limitadas; aun la misma función legislativa ordinaria está sometida al orden jurídico preestablecido en la Constitución.

De tal manera, que sin negar que la función administrativa guarde la relación indicada con el orden jurídico, no podemos aceptar que sea esa la diferencia específica que la caracterice; de la misma manera que

no podemos admitir que ese concepto de relación, que es necesariamente exterior, sirva para precisar la naturaleza interna de la función.

Para Jellinek, "las funciones materiales resultan de la relación existente entre la actividad del Estado y los fines del Estado. En razón del fin jurídico del Estado, una parte de su actividad tiende al establecimiento y a la protección del derecho; esta parte de su actividad se separa de las otras funciones que tienen por fin afirmar la fuerza del Estado y favorecer la civilización" *(op. cit.,* t. II, pág. 317) ; Y más adelante agrega: "la administración realiza tareas concretas obedeciendo al impulso dado por las reglas jurídicas (pág. 318).

Estimamos que estos conceptos encierran una idea de función administrativa muy aproximada a la de Mayer, pues volvemos a encontrar la relación con los fines del Estado y con las normas jurídicas. Por esta razón nos remitimos a lo que indicamos en el punto anterior.

Sería cansado e inútil continuar la reseña de las definiciones que señalan como carácter distintivo de la función administrativa, la idea de finalidad. Sólo diremos que es uno de los criterios más extendidos entre los autores de los diversos países, adoptando en unos casos la modalidad de que el fin es la conservación del organismo del Estado o de que la función realiza fines de interés general; pero en el concepto de que' en todo caso quedan sujetas esas definiciones a las críticas que dejamos expuestas en los números anteriores.

45. Otra tendencia para precisar el concepto de la función administrativa consiste en considerar la actitud especial que el Estado adopta para realizarla.

Así, para Laband *(op. cit.,* t. II, pág. 513), "la administración pública es la acción del Estado", contraponiéndola a la legislación que es la voluntad, y a la jurisdicción, que es el pensamiento del Estado.

El autor a que nos venimos refiriendo explica en estos términos las relaciones de la administración con las otras funciones: "un Estado que se contentara con hacer leyes y dictar sentencias se dislocaría bien pronto; es que no puede cumplir la misión que le está impuesta por su fin, sino por acciones, de la misma manera que el individuo no realiza solamente la misión de su vida propia por su voluntad. y su pensamiento sino también por su actividad. Es preciso que las leyes sean aplicadas; que las sentencias sean ejecutadas. Así, se opone a la legislación y a la justicia, la ejecución; a la voluntad y al pensamiento del Estado, la actividad del propio Estado". *(op. cit.,* pág. 514.)

Esta distinción la sostiene Laband, reconociendo él mismo que la administración no solamente ejecuta, sino que también está encargada

de proteger la población y el territorio del Estado y de conservar el bienestar material y moral del pueblo.

Por nuestra parte debemos decir que basada la distinción de las funciones en la separación del pensamiento, de la voluntad y de la acción sería necesario poder demostrar que la acción no implica un pensamiento y una voluntad de actuar, y, como esta demostración la juzgamos difícil, debemos abstenernos de aceptar un concepto de la función administrativa que pueda resultar confuso.

Por otra parte, en cuanto a las actividades que Laliand reconoce que, sin ser de ejecución, sí constituyen actos administrativos, volvemos a encontrarnos con la idea de finalidad que hemos criticado.

46. Por último, la función administrativa es caracterizada por representantes reputados de otra doctrina, como una función de naturaleza jurídica que se distingue de las otras por los diversos efectos de derecho que con sus actos produce.

Duguit, el más destacado representante de esta tendencia, afirma que el acto-regla forma el contenido de la función legislativa; el acto subjetivo y el acto-condición, de la función administrativa, y que la función jurisdiccional se distingue por la naturaleza compleja del acto en que se exterioriza y que puede afirmarse que consiste en "el acto de orden jurídico hecho por un agente público, como consecuencia lógica de la como probación que ha hecho de que ha habido o no violación del derecho ohjetivo o ataque a una situación objetiva o a una situación subjetiva". *(op. cit.,* t. II, pág. 312.)

Esta teoría jurídica de las funciones podría ser objetada en primer término, porque siendo tres las categorías de actos jurídicos, cada uno de ellos debería ser el contenido de cada una de las tres funciones del Estado, y no como afirma Duguit, que la función administrativa abarca ella sola dos categorías: el acto subjetivo y el acto-condición.

Duguit responde a la objeción diciendo que, aunque el acto-condición es un acto objetivo, puesto que a consecuencia de él nace una situación legal, tiene al mismo tiempo un carácter netamente individual, porque es para un individuo para quien condiciona el nacimiento de esa situación legal. De tal manera que habiendo ese punto de contacto entre el acto subjetivo y el acto-condición, no hay inconveniente lógico para que puedan los dos formar el contenido de la misma función.

Se objeta también esta teoría por la circunstancia de que si ella sostiene que las funciones se diversifican por los actos jurídicos que forman su contenido, resulta que como las funciones legislativa y administrativa agotan las tres categorías de actos, no queda en realidad ninguno que foro me el contenido propio de la función jurisdiccional.

A pesar de los esfuerzos que Duguit hace para desbaratar esta objeción no creemos que lo logre y como se desprende de la cita que de él hicimos más arriba, se ve obligado a recurrir a la noción de fin para caracterizar la función jurisdiccional.

Por último, ya en particular refiriéndose a la función administrativa, debemos decir que la definición jurídica de ella prescinde de los actos materiales que tienen un lugar tan importante en la referida función.

Duguit no deja de reconocer la importancia de los actos materiales *(op. cit.,* t. II. pág. 232); pero al hacerlo, está precisamente admitiendo la insuficiencia del concepto exclusivamente jurídico.

47. Para suplir la deficiencia que presenta la teoría de Duguit, Jèze clasifica a los actos jurídicos en cuatro categorías según hemos visto anteriormente.

Para él, el acto creador de situaciones jurídicas generales es el contenido de la función legislativa; los actos creadores de situaciones jurídicas individuales y los que revisten a un individuo de un *status,* forman los actos administrativos, y los que comprueban una situación jurídica o un hecho con fuerza de verdad legal constituyen la función jurisdiccional.

Aunque sea sólo de paso, y repitiendo lo que ya hemos dicho, es conveniente indicar que no hay propiamente un carácter intrínseco del acto jurisdiccional que lo distinga en los demás, pues para ello sería necesario que la fuerza de la verdad legal fuera una consecuencia de la naturaleza del acto, no ésta consecuencia de aquélla.

Por lo que hace a los actos materiales, Jèze hace un particular reconocimiento de su importancia y trascendencia en la actividad del Estado.

Finalmente, en la teoría de Bonnard, que también estudiamos anteriormente, se considera a los actos legislativos y administrativos como actos encaminados a la elaboración y realización del orden jurídico, incluyendo los primeros los actos reglas y los segundos los actos subjetivos y los actos condición. La función jurisdiccional es considerada dentro de su teoría como anormal, por ser anormal la situación contenciosa que con ella se resuelve.

## CAPÍTULO VI

## LA FUNCION ADMINISTRATIVA

*(Continuación.)*

48. Elementos esenciales de la función adrnillistrativa.-49. Definición que de ella se acepta.-SO. Los actos ejecutivos.-51. Los actos de gobierno y los actos políticos.

48. Después de la exposición que hemos hecho de las principales definiciones de la función administrativa necesitamos ver cuáles son los elementos que realmente le convienen y que sirven para precisarla.

1º En primer término, en todas las definiciones nos hemos encontrado, en una forma u otra, que la función administrativa se realiza bajo un orden jurídico.

Ese elemento sobre el cual hemos llamado la atención en las definiciones de Mayer y Jellinek, aparece también en la que considera la función administrativa como una función de ejecución de las leyes, pues la ejecución presupone la ley que va a ejecutarse, e implica que el Estado actúa conforme a la norma legislativa.

En las teorías psicológicas, igualmente se encuentra el mismo elemento, pues la administración, como actividad de Estado, presupone la voluntad del mismo, es decir, el orden jurídico que crea la legislación.

Por último, dentro de las teorías que dan una definición jurídica de las funciones, también se presupone un orden jurídico como necesario para que dentro de él se desenvuelva la función administrativa. Tanto en la teoría de Duguit como en las de Jéze y de Bonnard, el acto administrativo se hace caracterizar por la producción de efectos jurídicos siempre bajo una norma de derecho objetivo.

Por nuestra parte estimamos que este elemento debe figurar en la definición de la función administrativa, pero en el concepto de que no constituye la diferencia específica que la separa de las otras funciones, según más arriba dejamos explicado.

2º En segundo lugar, encontramos en todas las definiciones otro elemento constante, a saber: la limitación de los efectos que produce el acto administrativo.

En todas las opiniones que hemos comentado, con excepción de algunas a que hemos hecho referencia (supra § 30) se realza la distinción entre la función administrativa y la legislativa, asignando a esta última el papel de creadora de normas generales, abstractas, impersonales; en tanto que a la primera se le reconoce un efecto concreto, individualizado.

Cuando se define la función administrativa como ejecución de las leyes, ese elemento se manifiesta porque la ejecución implica la realización de los actos necesarios para concretar, para hacer efectiva en casos determinados la norma legal.

Las demás teorías apegadas al criterio de finalidad, suponen también en el pensamiento de sus sostenedores el elemento de individualización, puesto que los fines del Estado se satisfacen fundamentalmente por la realización de tareas concretas.

En la definición de la función administrativa como función de orden jurídico, ese carácter se encuentra manifiesto, pues en el acto subjetivo o creador de situaciones jurídicas individuales, las personas a que se refiere, la extensión de las obligaciones que a consecuencia de él nacen y el objeto de ellas, se determinan concretamente por el autor del acto. De la misma manera, el acto-condición significa la aplicación de una norma general a un caso individual.

3[9] Si tratamos de formular una definición con los elementos que hasta aquí hemos depurado, no tendríamos todavía una noción completa de la función administrativa.

En efecto, los actos en que ésta se exterioriza no son de un tipo único desde el punto de vista de su naturaleza interna.

Al lado de los actos jurídicos a que nos referimos en el punto anterior el Estado realiza una serie de actos materiales que generalmente se consideran como actos administrativos, y no sólo esto, sino que, según algunos autores, la función administrativa aunque siendo a la vez jurídica y práctica es aún más práctica que jurídica, porque supone la satisfacción de una necesidad práctica. (Hauriou, *op. cit.*, pág. 22.)

Entre los hechos materiales que realiza la Administración podemos citar, por vía de ejemplo, los actos de enseñanza y de asistencia, las operaciones y movilizaciones militares, los actos técnicos de formación de planos, proyectos, etc., los actos de investigación, de estadística, de vigilancia, de comprobación, de fuerza, de transporte de correspondencia, de construcción de caminos y obras en general, etc., etc. En algunos casos, esos actos materiales tienen especial trascendencia jurídica por la circunstancia de que constituyen antecedentes que condicionan la validez de un acto jurídico, como por ejemplo, los estudios técnicos, la formación de proyectos, la recopilación de datos para formar idea sobre las consecuencias económicas de un proyecto, etc. En otros casos, el acto material constituye el medio para la ejecución del acto jurídico administrativo, en cuyo caso también interesa al derecho porque sólo puede ser realizado por funcionarios competentes y dentro de los límites que la ley señala, de tal manera que la inobservancia de las formalidades legales importa

no la nulidad del acto porque no se puede nulificar un acto material, pero sí una restitución o una causa de responsabilidad.

49. Creemos que con todos los elementos apuntados podemos ya dar un concepto completo de la función administrativa desde el punto de vista de su naturaleza intrínseca, diciendo que es la que el Estado realiza bajo un orden jurídico, y que consiste en la ejecución de actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales.

Esta definición es bastante para diferenciar a la función administrativa de las otras funciones del Estado.

Desde luego, con la legislación se realza la diferencia, ya que por virtud de ésta nunca se realizan actos materiales, ni se determinan situaciones jurídicas para casos individuales. La esencia del acto legislativo es, como se recordará, la creación de situaciones jurídicas generales, abstractas, impersonales.

De la función jurisdiccional se distingue la administrativa porque en ésta no se recurre a la idea del motivo y fin, como sucede con la primera. La función administrativa no supone una situación preexistente de conflicto, ni interviene con el fin de resolver una controversia para dar estabilidad al orden jurídico. La función administrativa es una actividad ininterrumpida que puede prevenir conflictos por medidas de policía; pero cuando el conflicto ha surgido. se entra al dominio de la función jurisdiccionalcSi la función administrativa llega en algún caso a definir una situación de derecho, lo hace, no como finalidad, sino como medio para poder realizar otros actos administrativos.

50. Con mucha frecuencia se habla de actos ejecutivos, como formando una función especial del Estado: la función ejecutiva del Estado.

Dos modalidades reviste esta opinión: o bien se expresa con los términos "función ejecutiva", una función que se opone a la legislativa y que abarca, tanto lo que hemos llamado función jurisdiccional como la función administrativa, o bien se refieren a la misma función administrativa, estimando que debe ser llamada ejecutiva, por provenir normalmente del Poder Ejecutivo, de la misma manera que a las que regularmente provienen de los Poderes Legislativo y Judicial se les llama, respectivamente, función legislativa y función judicial o jurisdiccional.

Por lo que hace a la opinión que sostiene que la función ejecutiva es la única que existe al lado de la legislativa, supone que en aquélla queda comprendida la actividad del Estado para aplicar la ley, bien sea en casos de controversia (función jurisdiccional), o sin que exista ningún conflicto (función administrativa).

Respecto de esta opinión ya hemos expuesto nuestro parecer, y aunque admitimos que no se puede señalar una diferencia sustancial entre la

función administrativa y la jurisdiccional, creemos que si en ellas concurren caracteres externos que pueden diversificarlas, es conveniente darles diversa denominación.

En cuanto a que se considere que la función ejecutiva tiene el mismo contenido que la administrativa no tendríamos objeción que hacer en tanto que se tratara simplemente de una cuestión de palabras; pero debemos decir que el empleo de los términos "función administrativa" lo consideramos más conveniente porque tiene mayor amplitud que los de función ejecutiva.

Estos últimos dan la impresión de que se trata exclusivamente de actos de ejecución de la ley; pero como demostramos anteriormente, la Administración no se reduce a ejecutar la ley.

De tal manera que, bien se llame función ejecutiva a la administrativa o se consideren dentro de ésta, los actos de ejecución, como nosotros lo pensamos, el acto ejecutivo no constituye una actividad del Estado distinta de las que hemos estudiado.

51. Se habla con frecuencia de actos de gobierno y de actos políticos como si se tratara de particular actividad del Estado no comprendida en alguna de las funciones que hemos definido, habiéndose llegado a afirmar que la actividad de gobierno es una cuarta actividad del Estado, que existe al lado de la legislación, la justicia y la administración.

En el derecho francés se han considerado como actos de gobierno los actos realizados por autoridades administrativas que no son susceptibles de ningún recurso ante los tribunales. Como se considera que la teoría de los actos de gobierno aparece en un sistema jurídico moderno a base de legalidad como una paradoja y un arcaísmo, la noción de dichos actos ha ido cambiando con el tiempo con la tendencia a reducir su dominio, y así se han caracterizado sucesivamente, a causa de su fin político; a causa de su objeto por constituir parte de la actividad de gobernar, distinta de la de administrar, porque mientras la primera se concreta en actos de principio que proveen a la marcha de los servicios públicos y a la seguridad interior y exterior, la segunda se limita a la aplicación diaria de la ley y al funcionamiento normal y constante de los servicios públicos, y por último, a causa de razones de oportunidad, que forman obstáculo para someterlos a una discusión jurisdiccional, habiéndose llegado finalmente por la jurisprudencia a reconocer solamente como actos de gobierno los actos del Ejecutivo en relación con el Parlamento, incluyendo la convocatoria a sesiones, la intervención del Gobierno en los debates parlamentarios, la iniciativa y la promulgación de las leyes; las medidas de gracia tomadas por el Jefe del Estado; los actos y operaciones referentes a las relaciones diplomáticas; las medidas de policía

respecto de extranjeros en caso de guerra; las medidas de guerra fuera del territorio nacional y la declaración del estado de sitio, excluyendo las medidas de ejecución. Sin embargo, se tiende actualmente a eliminar la idea de actos de gobierno como una categoría especial que impide se sometan al control jurisdiccional, pues se piensa que si este control no existe es porque se trata de actos que sólo se realizan entre los Poderes del Estado o entre Estados diferentes. (Vedel, *op. cit.*, pág. 307.)

Para poder precisar conceptos, creemos necesario indicar que el Poder Ejecutivo puede apreciarse bajo un doble aspecto: como Gobierno o Poder político y como Poder administrativo.

El Ejecutivo, como Gobierno o Poder político se define por la situación que guarda dentro del 'Estado, con relación a éste y a los demás Poderes en que se divide el ejercicio de la soberanía.

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

Pues bien, en su carácter de gobernante, al Ejecutivo, como representante del Estado, corresponde realizar los actos de alta dirección y de impulso necesarios para asegurar la existencia y mantenimiento del propio Estado y orientar su desarrollo de acuerdo con cierto programa que tienda a la consecución de una finalidad determinada de orden político, económico o, en general, de orden social. Los actos que con tal finalidad realiza el Poder Ejecutivo son los que constituyen los actos de gobierno.

Sin embargo, la admisión de su existencia no debe entenderse como la admisión de una nueva categoría distinta de las tres que hemos estudiado, pues el elemento nuevo que se encuentra en los actos de gobierno, y que es su finalidad, no afecta la naturaleza jurídica de los actos administrativos en cuyas formas aquéllos se manifiestan.

Por su parte, el acto político se caracteriza, bien porque procede de un Poder con su carácter de órgano político en sus relaciones con los demás Poderes o entidades estatales, bien porque por medio de él se afecta un derecho político de los ciudadanos.

Así, por ejemplo, cuando el Ejecutivo propone a la Comisión Permanente la convocatoria a sesiones extraordinarias, cuando nombra Secretarios de Estado, cuando designa en los términos constitucionales Ministros de la Suprema Corte de Justicia, está realizando actos políticos, obrando como órgano político, pues sólo con este carácter puede intervenir en el funcionamiento y en la integración de los Poderes públicos. Sin embargo, los actos que así ejecuta son sustancialmente actos administrativos, y lo que les da un sello especial es el elemento formal de emanar de un órgano político.

También se consideran dentro de nuestro derecho, como actos políticos, aquellos por virtud de los cuales se afectan, como antes dijimos, derechos políticos de los ciudadanos.

En este caso, los actos que producen ese resultado conservan su carácter administrativo o legislativo, y la circunstancia que les da su fisonomía especial, que es la esfera en que se realizan, es una circunstancia externa que no alcanza a afectar la esencia de los propios actos. Sobre esta categoría de actos políticos, nos remitimos a los que adelante expondremos al hacer el estudio de los derechos políticos.

## CAPÍTULO VII

## LAS FUNCIONES EN LA CONSTITUCION MEXICANA

52. Temperamentos y excepciones del principio de separación de Poderes en la legislación constitucional de México.-53. Estudio de la naturaleza de las facultades atribuidas al Poder Legislativo en el artículo 73 de la Constitución.-54. Naturaleza de las facultades exclusivas de la Cámara de Diputados.-55. Naturaleza de las facultades exclusivas de la Cámara de Senadores.-56. Facultades comunes a ambas Cámaras.-57. Las facultades de la Comisión Permanente.-58. Naturaleza de las facultades que al Poder Ejecutivo otorga el aro tículo 89 constitucional.-59. Las facultades del Ejecutivo en materia agraria, y en materia de revisión de títulos de tierrns.-60; Las facultades del Poder Judicial.

52. Habiendo estudiado en la exposición anterior los aspectos que revisten las funciones del Estado, el formal y el material, es necesario utilizar los conocimientos allí expuestos para tener una idea exacta de los temperamentos y excepciones con que nuestro sistema constitucional ha adoptado el principio de separación de Poderes.

Al efecto, debemos aclarar que entendemos por temperamentos los casos en los cuales existe colaboración de varios Poderes en la realización de una función que, materialmente considerada, sólo debiera corresponder *e.* uno de ellos, y por excepciones, aquellos en los cuales falta coincidencia entre el carácter material y el carácter formal de la función.

53. Con referencia a las disposiciones constitucionales relativas al Poder Legislativo, tomaremos, en primer término las contenidas en el artículo 73 que señala las facultades del Congreso, facultades que, de acuerdo con los principios que hemos establecido, constituyen todas funciones formalmente legislativas. En cuanto a su carácter material, lo iremos señalando al estudiar cada una de las fracciones de aquel precepto, según el cual el Congreso tiene facultad:

"1. Para admitir nuevos Estados a la Unión Federal."

El acto que en uso de esa facultad se realiza, es la condición para que se aplique un régimen jurídico general, un *status* que existe de antemano y que está constituido por el sistema que la Constitución ha adoptado respecto de los Estados y Territorios (Título V y art. 73, frac. VI), a un caso concreto, el del nuevo Estado o Territorio que se admite a la Federación. Por tanto, se trata de un acto que determina una situación jurídica para un caso individual y consecuentemente debe reputarse como materialmente administrativo. Además, y en vista de que el acto afecta a la integración del Estado mexicano, hay que considerarlo, como un acto que, al mismo tiempo que administrativo, reviste por sus consecuencias el carácter de acto político.

"B. (Derogada)."

"HI, Para formar nuevos Estados dentro de los límites de los existentes..."

Volvemos a encontrar un acto de la misma naturaleza de las dos anteriores, pues para el caso individual representado por los elementos que van a segregarse de los Estados existentes, se van a aplicar por el acto previsto en esta fracción las normas que la Constitución ha establecido respecto a las entidades federativas.

Se podría argumentar en este caso, del mismo modo que en los dos anteriores, que en realidad se está creando una situación jurídica general, puesto que el nuevo organismo que se admite, se erije o se forme, va a tener facultades y obligaciones de carácter abstracto, y que el estatuto de los miembros de la población de esas nuevas entidades se va a modificar también en una forma impersonal; que, por lo tanto, se encuentran en el acto los elementos de una ley.

Que tales consecuencias se produzcan, es exacto; pero ello no significa que sean producidas directamente por el acto de admisión, erección o formación. Su origen está en que, por virtud de estos actos, se condiciona la aplicación de las normas constitucionales que sí producen esos efectos. Cuando un Estado se incorpora a la Federación, o cuando un Territorio se transforma en Estado, o un Estado surge con elementos de los ya existentes, el acto por virtud del cual se hace la incorporación, transformación o segregación no enumera las facultades y obligaciones que el nuevo Estado tendrá ni las normas a que habrán de sujetarse los vecinos de él, puesto que no se trata de crear un orden jurídico nuevo sino que va a ser aplicado el régimen establecido de antemano en el capítulo denominado "De los Estados de la Federación" y en las demás disposiciones relativas.

También se podría objetar que cuando el Congreso usa de las facultades consignadas en las dos fracciones a que nos hemos estado refiriendo

do, en realidad está modificando la ley constitucional en el capítulo "De las partes integrantes de la Federación y del Territorio Nacional".

Es indudable que en el caso hay una reforma a la Constitución; pero también es innegable que cualquiera que sea la naturaleza intrínseca del acto, la reforma se lleva a cabo por una resolución formalmente legislativa, como son todas las que se dictan en uso de las facultades que al Congreso otorga el artículo 73 de la propia Constitución.

"IV. Para arreglar definitivamente los límites de los Estados, terminando las diferencias que entre ellos se susciten sobre las demarcaciones de sus respectivos territorios, menos cuando esas diferencias tengan un carácter contencioso."

La facultad que por virtud de esta fracción se confiere al Congreso, tiene los caracteres de una función administrativa, puesto que el alcance de la facultad que nos ocupa se fija de acuerdo con el artículo 116 de la misma Constitución, según el cual el Congreso sólo interviene para aprobar los convenios amistosos que los Estados celebren sobre sus respectivos límites.

"V. Para cambiar la residencia de los Supremos Poderes de la Federación."

El ejercicio de esta facultad es la condición para que se aplique el artículo 44 de la misma Carta Fundamental, de acuerdo con el que "el Distrito Federal se compondrá del territorio que actualmente tiene, y en el caso de que los Poderes Federales se trasladen a otro lugar, se erigirá en Estado del Valle de México, con los límites y extensión que le asigne el Congreso General".

Así es que caben las observaciones hechas a las fracciones 1 y IU, para demostrar que se trata de un acto materialmente administrativo.

"VI. Para legislar en todo lo relativo al Distrito Federal..."

No hay motivo para dudar que se trata de una función materialmente legislativa.

"VII. Para imponer las contribuciones necesarias para cubrir el presupuesto."

Tampoco existe duda de que se trata de una función esencialmente legislativa.

"VIII. Para dar bases sobre las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos sobre el crédito de la Nación; para aprobar esos mismos empréstitos y para reconocer y mandar pagar la deuda nacional..."

Si la autorización del Congreso es como ocurre' normalmente ipara un empréstito determinado, el caso es administrativo. Si el Congreso fija. ra bases para la actuación del Ejecutivo en relación con los empréstitos que puedan celebrarse en lo futuro, la facultad es legislativa.

La aprobación de los empréstitos, como no puede referirse concretamente sino a los contraídos, es función administrativa.

El mandato de pago de la misma es igualmente acto administrativo, en cuanto significa la autorización para el egreso correspondiente.

Pero en muchas ocasiones el reconocimiento y mandato de pago van acompañados de una serie de normas que regulan, en forma abstracta y general, las relaciones del Estado deudor y de los acreedores. En este caso, la expedición de tales normas constituye un acto materialmente legislativo.

"IX. Para impedir que en el comercio de Estado a Estado se establezcan restricciones."

Creemos que esta facultad es legislativa, porque, a falta de disposición expresa, el Congreso sólo puede actuar por medio de reglas generales.

En la Constitución de 1857, la fracción IX del artículo 72 consignaba la facultad del Congreso "para impedir por medio de bases generales, que en el comercio de Estado a Estado se establezcan restricciones onerosas".

No hemos encontrado en los antecedentes legislativos ningún elemento que funde la supresión en el precepto de la Constitución en vigor, de los medios para hacer uso de la facultad; pero tampoco se encuentran ningunos que hagan suponer que dejó de pensarse que esos medios deberían seguir siendo las bases generales de que habla la Constitución anterior.

"X. Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, instituciones de crédito, energía eléctrica y nuclear, para establecer el Banco de Emisión Unico, en los términos del artículo 28 de esta Constitución, y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123 de la propia Constitución."

Se trata de una facultad materialmente legislativa.

"XI. Para crear y suprimir empleos públicos de la Federación y señalar, aumentar o disminuir sus dotaciones."

La creación de empleos públicos, en tanto que significa el establecimiento de un puesto, fijándole su competencia y el estatuto de su titular, constituye una facultad legislativa.

El señalamiento, aumento o disminución de las dotaciones de ese cargo público constituyen actos administrativos como lo es el de aprobación del Presupuesto de Egresos.

"XII. Para declarar la guerra en vista de los datos que le presente el Ejecutivo."

Es una facultad administrativa, pues el acto de declaración de guerra no crea una situación jurídica general, sino que sólo es condición para que se apliquen normas jurídicas preexistentes en materia de guerra. Además, es un acto político por referirse a la conservación y defensa del Estado.

. "XIII. Para dictar leyes según las cuales deban declararse buenas o malas las presas del mar y tierra, y para expedir leyes relativas al de. recho marítimo de paz y guerra."

Aquí se trata de un acto legislativo.

"XIV. Para levantar y sostener a las instituciones armadas de la Unión, a saber: Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea Nacionales, y para reglamentar su organización y servicio."

También es facultad legislativa desde el punto de vista material.

"XV. Para dar reglamentos con objeto de organizar, armar y disciplinar la Guardia Nacional, reservándose a los ciudadanos que la forman el nombramiento respectivo de jefes y oficiales, y a los Estados la Iacultad de instruirla conforme a la disciplina prescrita por dichos reglamentos."

Igualmente se trata de actos legislativos.

"XVI. Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República ... "

Facultad legislativa.

"XVII. Para dictar leyes sobre vías generales de comunicación y sobre postas y correos; para expedir leyes sobre el uso y aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal."

Facultad legislativa.

"XVIII. Para establecer casas de moneda, fijar las condiciones que ésta debe tener, determinar el valor de la extranjera y adoptar el sistema general de pesas y medidas."

Facultad legislativa.

··XIX. Para fijar las reglas a que debe sujetarse la ocupación y enajenación de terrenos baldíos y el precio de éstos."

Facultad legislativa.

"XX. Para expedir las leyes de organización del Cuerpo Diplomático y del Cuerpo Consular mexicanos."

Facultad legislativa.

"XXl. Para definir los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse."

Facultad legislativa.

··XXII. Para conceder amrustia por deutos cuyo conocimiento pertenezca a los tribunales de la Federación."

Para apreciar el carácter jurídico que reviste el acto de amnistía, es conveniente traer a colación el antecedente histórico del precepto que comentamos.

En el Congreso Constituyente que formuló la Constitución de 1857, se consignó, como proyecto primitivo, la facultad del Presidente de la República para "conceder amnistías e indultos por delitos cuyo conocímiento pertenezca a los Tribunales de la Federación".

Sin embargo, la comisión del proyecto se decidió a retirarlo para dejar al Ejecutivo la facultad de conceder indultos y al Congreso la de decretar amnistías, teniendo en cuenta que, según se hizo observar, la amnistía es una medida general, esto es, de carácter legislativo y que, por lo tanto, debía de corresponder al Poder Legislativo. (Zarco, *op, cit.*, sesión de 23 de octubre de 1856, pág. 476.)

El análisis de los efectos jurídicos del acto de amnistía apoya esa conclusión.

Por virtud de la amnistía, todos aquellos que durante un período de tiempo hayan cometido un delito y que no hayan sido juzgados, así como los que habiéndolo perpetrado hayan sido ya condenados, quedarán libres de la acción penal en el primer caso, y de la represión en el segundo.

De manera que la amnistía es general e impersonal, y, por lo mismo, tiene el elemento esencial del acto legislativo.

No puede decirse que por virtud de ella se reforme o modifique un acto jurisdiccional, pues en el caso de que no haya habido juicio, el único efecto que se produce es prohibir el ejercicio de la acción penal, y en el caso de que haya existido condena, lo que se afecta es la aplicación de la pena, que ya no es un acto jurisdiccional.

··XXIII. Derogada."

"XXIV. Para expedir la Ley Orgánica de la Contaduría Mayor." Facultad legislativa.

"XXV. Para establecer, organizar y sostener en toda la República escuelas rurales, elementales, superiores, secundarias y profesionales; de investigación científica, de bellas artes y de enseñanza técnica; escuelas prácticas de agricultura y de minería, de artes y oficios, museos, bibliotecas, observatorios y demás institutos concernientes a la cultura general de los habitantes de.la Nación, y legislar en todo lo que se refiere a dichas instituciones; para legislar sobre monumentos arqueológicos, artísticos e históricos, cuya conservación sea de interés nacional; así como para dictar las leyes encaminadas a distribuir convenientemente entre la Federa-

ción, los Estados y los Municipios el ejercicio de la función educativa y las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público ... "

El acto es legislativo. Pero si se trata de disposición de orden presupuestal, el acto es administrativo.

"XXVI. Para conceder licencia al Presidente de la República y para constituirse en Colegio Electoral y designar al ciudadano que debe sustituir al Presidente de la República, ya sea con carácter de sustituto, interino o provisional, en los términos de los artículos 84 y 85 de esta Constitución."

Se trata de una función materialmente administrativa, puesto que se condiciona la aplicación para un individuo del régimen general preestablecido en la Constitución respecto al Presidente de la República o la suspensión de ese régimen en el caso de licencia.

"XXVII. Para aceptar la renuncia del cargo de Presidente de la República."

Tratándose del caso inverso al de nombramiento la facultad es igualmente administrativa.

"XXVIII. Derogada."

"XXIX. Para establecer contribuciones: 1º sobre el comercio exterior; 2º sobre el aprovechamiento y explotación de los recursos naturales comprendidos en los párrafos 4º y 59 del artículo 27, 3º sobre instituciones de crédito y sociedades de seguros; 4º sobre servicios públicos concesionados o explotados directamente por la Federación, y 5º especiales sobre: *a)* energía eléctrica; *b)* producción y consumo de tabacos labrados; *e)* gasolina y otros productos derivados del petróleo; *d)* cerillos y fósforos; *e)* aguamiel y productos de su fermentación; *f)* explotación forestal, y g) producción y consumo de cerveza. . ."

La facultad que otorga esta fracción tiene el carácter de función materialmente legislativa.

"XXIX-B. Para legislar sobre las características y uso de la Bandera, Escudo e Himno Nacionales."

Facultad legislativa.

"XXIX.e. Para expedir las leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los Estados y de los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias en materia de asentamientos humanos. También facultad legislativa."

"XXIX-D. Para expedir leyes sobre planeación nacional del desarrollo económico y social,"

Facultad legislativa.

"XXIX·E. Para expedir leyes para la programación, promoción, concertación y ejecución de acciones de orden económico, especialmente las

referentes al abasto y otras que tengan como fin la producción suficiente y oportuna de bienes y servicios, social y nacionalmente necesarios."

Facultad legislativa.

"XXIX-F. Para expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnología y la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional."

Facultad legislativa.

"XXIX.-G. Para expedir leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los gobiernos de los Estados y de los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico."

Facultad Legislativa

"XXIX.-H. Para expedir leyes que instituyan tribunales de lo contencioso administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones."

Facultad legislativa

"XXX. Para expedir todas las leyes, que sean necesarias a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión."

La facultad que esta fracción encierra es indudablemente legislativa.

54. Concluido el examen de las facultades expresas que otorga el artículo 73 al Congreso, conviene para completar el estudio hacer referencia a los demás textos constitucionales que confieren otras facultades a las Cámaras.

El artículo 74 consigna como facultades exclusivas de la Cámara de Diputados:

"1. Erigirse en Colegio Electoral para calificar la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos en la forma que determine la ley. Su resolución será definitiva e inatacable."

Como los actos que la ley le encomienda sobre el particular son computar votos y hacer la declaratoria, se trata de un acto administrativo, porque el primer acto es material y el segundo determina una situación jurídica para un caso individual.

La calificación de la legalidad o ilegalidad de la elección es un acto jurisdiccional, compuesto de la comprobación de los hechos y de su relación con la ley y de la decisión que, como consecuencia de esa comprobación adopta declarando válidas o no las elecciones,

"11. Vigilar por medio de una comisión de su seno el exacto desempeño de las funciones de la Contaduría Mayor."

El acto de vigilancia es un acto material y consecuentemente administrativo.

"111. Nombrar a los jefes y empleados de esa oficina."

Función administrativa.

"IV. Examinar, discutir y aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación, discutiendo primero las contribuciones que, a su juicio, deben decretarse para cubrirlo, así como revisar la Cuenta Pública del año anterior."

A reserva de hacer, en su oportunidad, un estudio detenido de esta facultad, adelantaremos aquí que la aprobación del presupuesto anual de gastos es también una función administrativa.

"V. Conocer de las acusaciones que se hagan a los funcionarios públicos de que habla esta Constitución, por delitos oficiales, y, en su caso, formular acusación ante la Cámara de Senadores y erigirse en Gran Jurado para declarar si ha o no lugar a proceder contra alguno de los funcionarios públicos que gozan de fuero constitucional, cuando sean acusados por delitos del orden común."

Se trata en el caso de un juicio previo en el que la comprobación que se haga de los hechos que se reputan ilegales motivará la decisión respecto del fuero. Es, por lo tanto, un acto jurisdiccional.

"VI. Derogada."

"VII. Derogada."

55. Por lo que hace al Senado, el artículo 76 señala como facultades que le son exclusivas:

"I. Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario del Despacho correspondiente rindan al Congreso; además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión."

Como los tratados pueden en algunos casos contener normas generales y en otros ser meramente contractuales, la facultad consignada puede ser, según de lo que se trate, un acto legislativo o administrativo.

"H. Ratificar los nombramientos que el mismo funcionario haga de ministros, agentes diplomáticos, cónsules generales, empleados superiores de Hacienda, coroneles y demás jefes superiores del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, en los términos que la ley disponga."

Es un acto de control sobre las facultades administrativas del Presidente de la República; se trata, por lo tanto, de un temperamento al principio de división de Poderes.

"JII. Autorizarlo también para que pueda permitir la salida de tropas nacionales fuera de los límites del país, el paso de tropas extranjeras por el territorio nacional y la estancia de escuadras de otras potencias, por más de un mes, en aguas mexicanas."

Como la autorización es condición para la actuación legal del ejecutivo, la función es materialmente administrativa.

"IV. Dar su consentimiento para que el Presidente de la República pueda disponer de la Guardia Nacional fuera de sus respectivos Estados, fijando la fuerza necesaria."

Cabe repetir la observación anterior.

"V. Declarar cuando hayan desaparecido todos los poderes consti-

tucionales de un Estado, que es llegado el caso de nombrarle un gobernador provisional, quien convocará a elecciones conforme a las leyes constitucionales del mismo Estado. El nombramiento de gobernador se hará por el Senado a propuesta en terna del Presidente de la República, con aprobación de las dos terceras partes de los miembros presentes, y en los recesos, por la Comisión Permanente, conforme a las mismas reglas. El funcionario así nombrado no podrá ser electo gobernador constitucional en las elecciones que se verifiquen en virtud de la convocatoria que él expidiera. Esa disposición regirá siempre que las Constituciones de los Estados no prevean el caso."

Si se entiende que el Senado puede hacer la declaración de desaparición de poderes, la función es jurisdiccional, pues implica la comprobación de una situación de hecho, a consecuencia de la cual se decide que es llegado el caso de hacer el nombramiento de un Gobernador provisional. El nombramiento de éste es un acto administrativo.

"VI. Resolver las cuestiones políticas que surjan entre los poderes de un Estado cuando alguno de ellos ocurra con ese fin al Senado, o cuando por motivo de dichas cuestiones se haya interrumpido el orden constitucional, mediando un conflicto de armas. En este caso, el Senado dictará su resolución sujetándose a la Constitución General de la República y a la del Estado. La ley reglamentará el ejercicio de esta facultad y el de la anterior."

Por las mismas razones en lo conducente, que en el primer caso de la fracción anterior, se trata de una función jurisdiccional.

"VII. Erigirse en jurado de sentencia para conocer en juicio político de las faltas u omisiones que cometan los servidores públicos y que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales y de su buen despacho, en los términos del artículo no de esta Constitución." .

"VIII. Otorgar o negar su aprobación a los nombramientos de ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como a las solio citudes de Iieencia y a las renuncias de los mismos funcionarios, que le someta el Presidente de la República."

Función administrativa.

"IX. Nombrar y remover al Jefe del Distrito Federal en los supuestos previstos en esta Constitución."

Función Administrativa.

56. Finalmente, el artículo 77 fija las siguientes atribuciones que cada Cámara puede ejercitar sin intervención de la otra:

¡,!. Dictar resoluciones económicas relativas a su régimen interior."

Si se trata de una resolución general, que no es para un caso concreto, el acto es legislativo.

"11. Comunicarse con la Cámara colegisladora y con el Ejecutivo de la Unión, por medio de comisiones de su seno."

Es función admirnstranva.

"III. Nombrar los empleados de su Secretaría y hacer el reglamento interior de la misma."

El acto de nombramiento es administrativo; el de hacer el reglamento es legislativo.

"IV. Expedir convocatoria para elecciones extraordinarias con el fin de cubrir las vacantes de sus respectivos miembros."

La convocatoria condiciona el ejercicio del derecho de voto que conceden las leyes generales, en un caso concreto. Es, por lo mismo, una función administrativa.

57. En cuanto al artículo 79, que señala las facultades de la Comisión Permanente, de su examen resulta:

"1. Prestar su consentimiento para el uso de la Guardia Nacional en los casos de que habla el artículo 76, fracción IV."

Es administrativa, como lo es la facultad correspondiente del Senado que arriba se dejó asentada.

"JI. Recibir, en su caso, la protesta del Presidente de la República y de los Ministros de la Suprema Corte de la Nación."

Función administrativa.

"Hl, Resolver los asuntos de su competencia; recibir durante el receso del Congreso de la Unión las iniciativas de ley y proposiciones dirigidas a las Cámaras, y turnarlas para dictamen a las comisiones de la Cámara a la que vayan dirigidas, a fin de que se despachen en el inmediato período de sesiones."

Constituye un acto material de preparación, siendo, por consecuencia, función administrativa; por más que puede indicarse que es un acto íntimamente relacionado con la función legislativa.

"IV. Acordar por sí, o a propuesta del Ejecutivo, la convocatoria del Congreso o de una sola Cámara a sesiones extraordinarias, siendo necesario en ambos casos el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes. La convocatoria señalará el objeto u objetos de las sesiones extraordinarias."

Es también administrativa.

"V. Otorgar o negar su aprobacIón a *Jos* nomoramienns, de mmistras de la Suprema Corte, así como a sus solicitudes de licencia que le someta el Presidente de la República."

Se trata de una función materialmente administrativa.

"VI. Conceder licencia por treinta días al Presidente de la Hepúlica, y nombrar el interino que supla esa falta."

igualmente se consignan en esta fracción dos facultades de carácter administrativo.

"VII. Ratificar los nombramientos que el Presidente de la República haga de ministros, agentes diplomáticos, cónsules generales, empleados superiores de Hacienda, coroneles y demás jefes superiores del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, en los términos que la ley disponga."

Es {unción administrativa.

"VIII. Conocer y resolver sobre las solicitudes de licencia que le sean presentadas por los legisladores federales."

Es también función administrativa.

58. Haciendo un estudio similar respecto de las facultades que constitucionalmente corresponden al Poder Ejecutivo volvemos a encontrar la r-isma falta de coincidencia entre el punto de vista formal y el punto de vista material de la función administrativa.

Desde luego los artículos 71 y 72 de la Constitución dan al Ejecutivo el derecho de iniciar leyes o decretos ante el Poder Legislativo, y la facultad de observar los proyectos de leyes o decretos aprobados por Ias Cámaras, provocando una nueva deliberación en éstas, sujeta a requisitos especiales.

Esas facultades del Ejecutivo en el proceso de la función legislativa no llegan a excluir de ésta al Poder normalmente encargado de la función, viniendo, por lo tanto, a constituir, no propiamente una excepción, sino un temperamento al principio de separación de Poderes,

Las demás facultades y obligaciones del Presidente de la República las examinaremos en el orden en que son expuestas por el artículo 89 constitucional, calificándolas desde el punto de vista de su naturaleza, sabiendo que todas son formalmente administrativas.

"1. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia."

En esta fracción se reúnen la promulgación, que es el complemento necesario de la ley; la ejecución, indudablemente es función administrativa, y la facultad de expedir reglamentos, que constituye un medio para proveer, en la esfera administrativa, a la exacta observación de las leyes, y que es, como adelante veremos, una función legislativa.

"Il. Nombrar y remover libremente a los Secretarios del despacho, al Procurador General de la República, remover a los agentes diplomáticos y empleados superiores de Hacienda y nombrar y remover libremente a los demás empleados de la Unión, cuyo nombramiento o remoción no este determinado de otro modo en la Constitución o en las leyes."

"III. Nombrar los ministros, agentes diplomáticos y cónsules generales, con aprobación del Senado."

"IV. Nombrar, con aprobación del Senado, los coroneles y demás oficiales superiores del Ejército, la Armada y Fuerza Aérea Nacionales, y los empleados superiores de Hacienda."

"V. Nombrar a los demás oficiales del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, con arreglo a las leyes."

"VI. Disponer de la totalidad de la fuerza armada permanente, o sea del ejército terrestre, de la marina de guerra y de la fuerza aérea, para la seguridad y defensa exterior de la Federación."

"VII. Disponer de la Guardia Nacional para los mismos objetos, en los términos que previene la fracción IV del artículo 76."

"VIII. Declarar la guerra en nombre de los Estados Unidos Mexícanos, previa ley del Congreso de la Unión."

Todas las anteriores funciones son administrativas.

IX. (Derogada.)

"X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado..."

Puede ser legislativa en el caso de que los tratados que se celebren contengan normas generales, o simplemente administrativas, cuando sólo se refieren a la resolución de un caso concreto.

XI. Convocar al Congreso a sesiones extraordinarias cuando lo acuerde la Comisión Permanente."

Como la convocatoria es condición para que el Congreso pueda funcionar legalmente en sesiones extraordinarias, se trata de un acto administrativo.

Es además un acto formalmente político porque es acto de relación entre los Poderes.

"XII. Facilitar al Poder Judicial los auxilios que necesite para el ejercicio expedito de sus funciones."

Es facultad administrativa.

"XIII. Habilitar toda clase de puertos, establecer aduanas marítimas y fronterizas y designar su ubicación."

También es facultad administrativa.

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

Conforme a las leyes penales existen dos clases de indulto: el indulto necesario y el indulto 'por gracia. El primero, establecido para conciliar el principio de la irrevocabilidad de la cosa juzgada con el de la libertad individual cuando entran en conflicto al aparecer después de la. sentencia pruebas que demuestren la inocencia del acusado. En este caso, se exami-

nan las nuevas pruebas, y si son eficientes, el indulto viene a suprimir las consecuencias del fallo. El acto, por lo tanto, reviste el carácter del acto materialmente jurisdiccional.

El indulto por gracia ocurre fuera de las circunstancias mencionadas; su efecto es que el Ejecutivo se abstiene de ejecutar la pena impuesta. Por estas razones tiene el carácter de acto materialmente administrativo.

"XV. Conceder privilegios exclusivos por tiempo limitado, con arreglo a la ley respectiva, a los descubridores, inventores o perfeccionadores de algún ramo de la industria."

"XVI. Cuando la Cámara de Senadores, no esté en sesiones, el Presidente de la República podrá hacer los nombramientos de que hablan las fracciones 111 y IV, con aprobación de la Comisión Permanente."

"XVII. Derogada."

"XVIII. Nombrar ministros de la Suprema Corte de Justicia y someter los nombramientos, las licencias y las renuncias de ellos a la aprobación de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente, en su caso."

Todos los casos anteriores constituyen parte de la función administrativa.

"XIX. Derogada."

59. Como más adelante veremos, las facultades del Ejecutivo en la resolución de los expedientes de restitución y de dotación de ejidos, que le confiere el artículo 27 constitucional, son facultades jurisdiccionales.

Tiene también carácter jurisdiccional la facultad que se contiene en la fracción XVIII del artículo 27, que textualmente dispone:

"Se declaran revisables todos los contratos y concesiones hechos por los Gobiernos anteriores desde el año de 1876, que hayan traído por consecuencia el acaparamiento de tierras, aguas y riquezas naturales de la Nación por una sola persona o sociedad, y se faculta al Ejecutivo de la Unión para declararlos nulos, cuando impliquen perjuicios graves para el interés público."

60. Estudiando, por último, las facultades expresamente atribuidas al Poder Judicial, encontrarnos como facultades materialmente administrativas las que tiene la Suprema Corte para nombrar jueces de Distrito y magistrados de Circuito; para fijar y cambiar la residencia de ellos; para vigilar la conducta de los mismos; para nombrar al Secretario y demás empleados de la Corte; para intervenir en la averiguación de hechos que constituyan violación de alguna garantía individual o del voto público

(art. 97); para conceder licencias a sus miembros por un término que no exceda de un mes (art. 100).

Además, en las leyes secundarias se encomienda al Poder Judicial los actos llamados de jurisdicción voluntaria, que constituyen también actos materialmente administrativos.

## *TITULO TERCERO*

## EL REGIMEN DE LA ACTIVIDAD DEL ESTADO

61. Derecho Público y Derecho Privado. Principales criterios de distinción.-62. El criterio derivado de la naturalezas de las normas.—63. El criterio derivado de la finalidad.—64. La teoría del plus-valor.—65. El criterio derivado del objeto de la relación jurídica.—66. El criterio derivado de la separación del campo de acción del Estado.-67. El concepto de Derecho Público en relación con el concepto de atribuciones del Estado.

61. Estimamos necesario para poder apreciar la naturaleza de las normas que constituyen el derecho administrativo dejar bien establecido en esta primera parte que hemos dedicado a los prolegómenos de esa rama del derecho, un criterio de distinción entre el derecho público y el derecho privado.

Se pueden dividir en las siguientes categorías los diversos criterios más conocidos que se han sustentado para hacer tal distinción:

1ª Criterios derivados del carácter de las normas.

2ª Criterios derivados de la finalidad de las normas.

3ª Criterios derivados del carácter de los sujetos que intervienen en las relaciones regidas por esas normas.

4ª Criterios derivados del objeto de la relación jurídica.

S' Criterios derivados de las esferas de acción del Estado y de los individuos.

62. Dentro del criterio derivado del carácter de las normas legales se consideran como de derecho público las normas imperativas, es decir, las que contienen mandatos absolutos e irrenunciables, dejando para el derecho privado las normas de carácter supletorio.

Fácil es comprender que esta distinción es completamente superficial puesto que aun concediendo que el derecho público abarca todas las leyes imperativas y el privado sólo las supletorias se deja de explicar por qué son imperativas las leyes del derecho público y no lo son las de derecho privado, es decir, se omite el criterio de fondo para caracterizar a cada una de ellas y se da lugar a incurrir en este círculo vicioso: son leyes imperativas porque son de derecho público, y son de derecho público porque tienen carácter imperativo. Además, como el juicio lo estamos

formando cuando tenemos ya los datos que ofrece el derecho positivo es fácil señalar dentro de ese derecho innumerables contradicciones al criterio que se examina.

Así, la mayor 'parte de las relaciones jurídicas familiares está regida por normas imperativas y aun respecto de las patrimoniales son muy numerosas las disposiciones que no pueden renunciarse por los particulares.

De la misma manera en el derecho público no todas las disposiciones llevan implícito un mandato absoluto, como sucede, por ejemplo, con las que consagran las libertades políticas y todas las que simplemente conceden facultades discrecionales al individuo o al mismo Estado.

63. La distinción fundada en la finalidad que persiguen las normas, es conocida desde la época de los romanos en que Ulpiano la expresó en el célebre pasaje *"Publicum jus est quod ad statum rei romanos spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem . . ."*

De esta manera el derecho público se distingue del privado porque mientras el primero tiene la finalidad de satisfacer un interés colectivo, el segundo sólo se refiere al interés de los particulares.

La inexactitud de esta distinción es manifiesta si se tiene en cuenta que el derecho en todos los aspectos que se le considere constituye un fenómeno social cuya finalidad es siempre conciliar la actividad de los componentes de la sociedad para hacer posible la vida en común, es decir, para satisfacer un interés colectivo.

Las mismas normas que rigen las relaciones familiares y que hemos utilizado como argumento en contra del primer criterio expuesto, sirven con respecto al que nos ocupa en este momento para demostrar que en el derecho privado existen disposiciones inspiradas en consideraciones generales que interesan a toda la colectividad y que a 'pesar de ello no son de derecho público.

Todas las demás leyes de orden público y de buenas costumbres tan numerosas en el derecho privado demuestran igualmente que el interés general que se propone satisfacer una disposición no es bastante para clasificarla como de derecho público.

Dentro de la misma idea de finalidad algunos autores (Pressutti, *Dir. Amm.*, t. 1, pág. 46) sostienen que, aunque tanto en el derecho público como en el privado se. persigue un fin de interés colectivo, en el primero la norma es determinada únicamente por la consideración de ese interés público y por la necesidad de satisfacerlo, en tanto que en el derecho privado la protección del interés público es mediata, se produce a través y en seguida de la satisfacción del interés privado.

Así, cuando el legislador ha establecido el registro de los actos que afectan el dominio' de un inmueble, se ha movido por la consideración de

que en las condiciones actuales el interés de los particulares está con esa medida mejor tutelado, salvaguardado y satisfecho, y, sin embargo, en una forma indirecta, tiende al mismo tiempo a la satisfacción del interés público de dar firmeza a las transacciones.

Pensamos que, en realidad, el criterio de distinción ministrado por la tesis anterior no resiste un análisis serio pues admitiendo como admitimos la unidad sustancial del derecho por razón de su finalidad, estimamos que esa finalidad siempre se logra de un modo mediato a través de la satisfacción de una necesidad real inmediata. Existe entre la satisfacción de esa necesidad y la consecución de aquella finalidad una íntima conexión,pero no una coincidencia, como lo sostienen las tesis que refutamos.

"La exigencia final (común a toda relación jurídica), dice Alimena, es una exigencia demasiado genérica, demasiado abstracta para poder ser satisfecha directamente: la acción humana en que se concreta la relación jurídica, se dirige a exigencias específicas, concretas, de cuya satisfacción puede depender la satisfacción de la exigencia final." *(Üsseruazioni sulla distinzione del diriuo in publico e privato,* pág. 22.)

64. También se ha fundado la distinción entre el derecho público y el privado, sosteniendo que mientras el derecho privado regula relaciones entre individuos considerados con ese carácter, es decir, sin ningún atributo especial y que por consecuencia se encuentran uno enfrente del otro en el mismo plano de igualdad, en el derecho público se regulan relaciones en las cuales uno de los sujetos tiene una cualidad especial de superioridad respecto del otro lo que hace que se encuentren en un plano de desigualdad.

Esta teoría, llamada por algunos autores "teoría del plus-valor", supone la existencia del Estado como titular (esto es, dotado de personalidad) del derecho subjetivo de soberanía, entendida ésta como una voluntad superior.

Duguit impugna la tendencia de que acabamos de hablar partiendo de la negación de la personalidad y de la soberanía como derecho del Estado, y declara inconcebible "la existencia de una regla que se aplique a las relaciones de una pretendida persona colectiva, soberana, con sujetos subordinados a su voluntad; la existencia de una regla distinta por su fundamento y por su objeto de la que se aplica a las relaciones entre simples particulares..." *(op. cit.,* t. 1, pág. 525.)

Como dentro del método realista se niega que los gobernantes tengan cualidades diferentes de los gobernados y se les considera individuos sometidos, como todos los miembros de la sociedad, a la regla de derecho impuesta por la solidaridad, se concluye afirmando que esa regla de de-

recho tiene naturaleza idéntica cuando se impone a gobernantes que cuando se impone a gobernados.

Sin embargo el propio Duguit reconoce que es necesario sostener la distinción de las dos ramas del Derecho, pero no atribuyéndoles fundamentos diferentes. Para Duguit, la diferencia radica en que, como los gobernantes concentran en sus manos el poder de coacción, las reglas de derecho que a ellos se refieren y las que regulan las relaciones en que intervienen, es decir, las reglas de derecho público, no pueden ser sancionadas directamente por la coacción cuando se trata de hacer efectivas obligaciones a cargo del Estado puesto que no es concebible que éste pudiera llegar a usar la coacción en su propia contra. *(op. cit.,* pág. 547.)

En cambio, cuando se trata de relaciones entre particulares, éstos pueden llamar en su auxilio a los gobernantes para que, mediante la coacción, se haga respetar la norma que regula tales relaciones.

Por último, afirma que no por lo dicho la norma de derecho público deja de ser una regla de derecho, pues la sanción directa por la coacción no es necesaria para la existencia de la regla de derecho. "Hay regla de derecho, dice, desde el momento en que la violación de esta regla provoca una reacción social."

Haciendo, por nuestra parte, una somera apreciación de las dos tendencias que nos han ocupado, podemos decir respecto al criterio de distinción que ofrece la escuela clásica que sus afirmaciones se debilitan si se considera que no en todos los casos en que el Estado interviene se aplican normas de derecho público pues hay actividades del mismo en la esfera patrimonial que se rigen por normas de derecho privado. Por el contrario, hay otros casos en que a pesar de que indudablemente se trata de aplicación de normas de derecho público no se reproduce la situación de desigualdad entre los dos sujetos de la relación, como sucede en las relaciones entre Estados soberanos regidas por el derecho internacional.

Respecto a la tesis realista, en el punto que nos interesa en este momento, podemos afirmar que cae en el mismo defecto que critica a la tesis clásica, pues después de negar que haya diferencia entre gobernantes y gobernados, acaba por decir que como los primeros monopolizan el poder de coacción, no pueden emplearla en su contra, lo que equivale a decir que en ellos concurre una circunstancia que no hay en los particulares en sus relaciones privadas y esa circunstancia indudablemente crea una desigualdad entre los dos sujetos de la relación.

65. Como un cuarto criterio se ha señalado el derivado del objeto de la relación, indicando que el derecho privado es el que debe regir las relaciones de orden pecuniario, de orden patrimonial, correspondiendo al derecho público las relaciones de otro género.

Nos encontramos aquí en el mismo defecto que hemos observado tratándose del primer criterio examinado, o sea el de que se deja sin explicar por qué las relaciones de orden patrimonial son de derecho privado.

Por otra parte, si normalmente en las relaciones privadas se versan intereses pecuniarios, hay todo un grupo, el de las relaciones familiares, en que a pesar de no concurrir esos intereses la norma aplicable es la de derecho privado.

Por el contrario, existen relaciones en que se versan intereses pecuniarios o patrimoniales, corno las relativas a impuestos, dominio del Estado, etc., y en que, indudablemente, las normas que las rigen son de derecho público.

66. Otros autores sin separarse 'Por completo de los criterios expuestos dan una forma especial a la distinción entre las dos ramas del derecho.

Hay quien sostiene que las normas jurídicas por sí solas no son de derecho público o privado, sino en cuanto se subordinan al pensamiento cardinal de las instituciones a que se refieren: que la distinción afecta más que a preceptos aislados, a conjuntos de relaciones constituidas en unidad como instituciones; que éstas sí pueden ser de derecho público o de derecho privado y calificar a las normas que las regulan. Así, la propiedad y la familia son instituciones de derecho privado y este carácter tienen las normas que a ellas se refieren; la organización política y su régimen jurídico son de derecho público.

Se sigue diciendo que el "derecho público es regulador de las instituciones donde se manifiesta la ordenación de la vida social, encuadrada en la organización jerárquica del Estado. Derecho privado es el regulador del conjunto de instituciones en que se manifiesta la organización de la vida social que el Estado no incorpora a su estructura". (Demófilo de Buen, *Introducción al estudio del Derecho Civil,* pág. 26.)

Esto quiere decir que primero es necesario determinar si la institución de que se trata encaja o no en la organización del Estado. En caso afirmativo, la norma que la rige será de derecho público.

Sin embargo, dentro de este criterio se admite que no todas las relaciones jurídicas del Estado caen dentro del derecho público sino sólo las dotadas de cierta naturaleza, las llamadas corporativas y jerárquicas, es decir, "las relaciones resultantes del engranaje de una persona social y colectiva con sus miembros integrantes para el cumplimiento de los fines sociales. .. y las relaciones de igualdad, superioridad o sometimiento del Estado o de las corporaciones públicas con sus organismos análogos, subordinados o superiores." *(Ibid.,* pág. 27.)

En otra forma, pero correspondiendo a la misma idea, Alimena *(op. cit.,* cap. 1) sostiene que no pudiendo basarse la distinción del derecho en la diferencia entre el interés individual y el colectivo, puesto que la experiencia demuestra que hay relaciones de derecho privado que conciernen al interés colectivo, no menos y quizá en algunos casos más que ciertas relaciones de derecho público, debe buscarse otro criterio que sirva para fundar la distinción entre las dos ramas del derecho.

Ese criterio lo encuentra en la separación de la actividad individual y la actividad estatal.

Indica que en la base de la relación del derecho público existe no un interés colectivo cualquiera sino solamente aquel interés colectivo cuya satisfacción entra en los fines del Estado.

Hecha esa afirmación, el autor que nos ocupa sostiene que el criterio así encontrado es un criterio sustancial y no un criterio formal; que no es hastante que el Estado intervenga en una relación para que ésta se rija por el derecho público ya que existe un radio de acción del Estado regido por el derecho privado y esto en virtud de que dentro de tal radio el Estado desarrolla una actividad que no corresponde directamente a los fines específicos del mismo sino que puede ser desarrollada por cualquier persona privada.

Por último, Alimena se preocupa por precisar cuáles son los intereses colectivos que el Estado asume en su vida estatal.

Sohre el particular asienta que no pueden ser fijados *a priori* los límites de la actividad estatal puesto que ellos se determinan por un criterio histórico y contingente que varía en el tiempo y en el espacio y que sólo de un modo general se puede afirmar que el Estado asume la satisfacción de aquellos intereses colectivos que los individuos no pueden satisfacer o donde la intervención de los particulares es insuficiente; principio éste que subraya la distinción entre el interés colectivo que sólo el Estado puede satisfacer, y el interés individual que puede ser satisfecho por los particulares, aunque se interese toda la colectividad, y concomitantemente la distinción de un régimen jurídico, el de derecho público, aplicable al primer caso, y otro régimen, el de derecho privado, que regula las relaciones nacidas con motivo de la satisfacción del interés indio vidual.

67. Consideramos que dentro de las dos últimas opiniones a que nos hemos referido en el punto anterior puede encontrarse la orientación más apropiada para distinguir el derecho público del derecho privado. Sólo que para ello es necesario, además de hacer algunas ohservaciones previas y las adaptaciones indispensahles a fin de armonizadas con las ideas que se vienen profesando desde el principio de esta ohra, comhinar

dichas opiniones con las ideas aprovechables sustentadas por los otros criterios que hemos examinado en este capítulo, y los cuales. si bien han sido objetados por su generalidad, no puede negarse que contienen una parte de verdad.

En primer término, debemos observar repitiendo lo que ya antes hemos dicho que referir el concepto de derecho privado a las relaciones que derivan de la actividad individual y el de derecho público a las que corresponden a la vida estatal es incurrir, respecto del primero en un defecto, y respecto del segundo en un exceso.

Ahora bien, como derecho público y derecho privado son las únicas dos ramas del Derecho, lo que en esos conceptos falte al primero, tendrá que ser lo que hay de exceso en el segundo.

Por lo tanto, conviene estudiar cuáles son las relaciones que deben caer bajo el régimen del derecho público, pues así lograremos determinar, por exclusión, el campo de aplicación de las normas de derecho privado.

Para ese efecto, creemos necesario volver a recurrir aquí a la noción de atribuciones del Estado, y sustituir esa noción a la de "relaciones coro porativas y jerárquicas" de que trata una de las opiniones examinadas en el punto anterior y a la de "vida social" que es el elemento de la segunda opinión que en el mismo punto dejamos examinada.

De conformidad con lo que sostiene Bonnard de quien como antes decimos, hemos tomado la noción de atribuciones, "dado el carácter de esas atribuciones y las diferencias que existen entre ellas y las atribuciones que incumben a las actividades de los particulares, ha parecido que las reglas del derecho privado eran insuficientes para permitir al Estado cumplir sus atribuciones de manera conveniente y que era necesario establecer reglas especiales adaptadas a las necesidades de las atribuciones estáticas" y que así se ha comprendido que en el ejercicio de sus atribuciones, "el Estado no podía ser tratado como un patrón ordinario, como un propietario ordinario, como un cocontratante ordinario" y que "por estas razones se ha constituido al lado del derecho privado, otro derecho, el derecho público compuesto de reglas relativas no sólo a la organización, sino también a la actividad del Estado y de sus órganos". *(Précis Elem. de Dr. Public.,* pág. 6.)

Lo anterior nos lleva a admitir que el criterio de distinción entre el derecho público y el privado se encuentra en la diversidad de elementos que concurren en las relaciones jurídicas. Cuando en ellas se interesa la organización misma del Estado y el cumplimiento de las atribuciones que se le han otorgado en razón de su prerrogativa de autoridad es natural que existan normas jurídicas especiales que son las que constituyen el derecho público.

El derecho privado está constituido por el conjunto de normas que rigen las relaciones entre los particulares y es aplicable a aquellas en que el Estado interviene en los casos en que no siendo necesario el uso de la autoridad se puede sin ella dar cumplimiento a sus atribuciones.

No debe desconocerse que la dualidad del derecho ha sido principalmente obra de un proceso histórico, y que no es posible admitir una separación absoluta de los campos de aplicación del derecho público y del derecho privado, pues en los momentos actuales se está operando una transformación profunda en el Estado que se manifiesta por la circunstancia de que él va usando cada vez con mayor amplitud las técnicas del derecho privado, principalmente para la organización y funcionamiento de algunos servicios públicos, al mismo tiempo que el derecho privado va socializándose y las actividades privadas se ven cada vez más sometidas a reglamentaciones de carácter público.

# LIBRO SEGUNDO

## *CONCEPTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO*

# *TITULO PRIMERO*

## EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y SUS RELACIONES

68. Definición.-69. Contenido del derecho administrativo.-70. Materias que comprende.-71. El orden jurídico bajo el cual se realiza la función administrativa, ¿es exclusivamente de derecho público?-72 y 73. Relaciones entre el derecho administrativo, por una parte, y el derecho constitucional y el derecho privado, por otra.-74. Relaciones del derecho administrativo con las demás ramas del derecho y las ciencias sociales.

68. Son muy variadas las definiciones que se han dado del derecho administrativo.

Así, en primer término, se le ha definido como el conjunto de normas jurídicas que regulan la organización y funcionamiento del Poder Ejecutivo.

Esta definición ha sido criticada, y con razón a nuestro modo de ver, porque simplemente adopta un criterio formal y no precisa la naturaleza ni el contenido de las normas de tales organización y funcionamiento.

Hauriou define el derecho administrativo como "la rama del derecho público que regula: 1º La organización de la empresa de la administración pública y de las diversas personas administrativas en las cuales ha encarnado; 2º Los poderes y los derechos que poseen estas personas administrativas para manejar los servicios públicos; 3º El ejercicio de estos poderes y de estos derechos por la prerrogativa especial, por el procedimiento de acción de oficio y las consecuencias contenciosas que se siguen". *(op, cit.,* pág. 10.)

Como se ve, además de definirse el derecho administrativo como regulador de la organización y acción de las autoridades administrativas en su consideración formal, se agrega un elemento: el de reputar a dichas autoridades como personas, y a las facultades que les están atribuidas, como derechos.

Contrariando este punto de vista subjetivo, la escuela realista niega personalidad a la Administración porque en ella sólo ve individuos iguales a los particulares manejando los servicios públicos, y niega también la existencia de los derechos subjetivos por .ser el concepto de éstos de

carácter metafísico, sin ninguna realidad, explicando el carácter obligatorio de las decisiones unilaterales de los individuos que concentran en sus manos la fuerza pública por efecto de las normas que impone la interdependencia social. Esa escuela realista define el derecho administrativo como "el conjunto de las reglas relativas a los servicios públicos". (Jéze, *Opa cit.*, pág. 1.)

No es aceptable esta definición, porque si bien es cierto que el derecho administrativo regula servicios públicos, también lo es que otras actividades que no son servicio público se realizan por el Estado según normas que indudablemente son de derecho administrativo.

Otros autores definen el derecho administrativo como el conjunto de normas que regulan las relaciones del Estado con los particulares.

Como en todas las anteriores, se encuentra aquí una parte del contenido de la rama del derecho que nos ocupa; pero también el derecho constitucional y el derecho procesal abarcan la regulación de esas relaciones y, además, se deja fuera del concepto el régimen de las relaciones que surgen del seno mismo de la organización administrativa.

Por último, forman mayoría los que afirman que el derecho regulador de la actividad del Estado para el cumplimiento de sus fines constituye el derecho administrativo.

Dados los antecedentes que dejamos expuestos en otra parte de esta obra, no podemos aceptar esa afirmación, porque sería tanto como confundir el derecho público, en todas sus ramas, con el derecho administrativo, ya que la actividad que el Estado desarrolla para el cumplimiento de sus fines forma el contenido de todas las funciones del mismo Estado.

69. Todo lo expuesto nos lleva a la conclusión de que, habiendo una parte de verdad en cada una de las definiciones analizadas, el derecho administrativo no puede definirse tomando como base exclusiva la consideración formal o la consideración material de la Administración.

Creemos, por el contrario, que ambas consideraciones deben ser abarcadas por la definición; de tal modo que, por una parte, incluya el régimen de organización y funcionamiento del Poder Ejecutivo, y por la otra, comprenda las normas que regulan la actividad de dicho Poder que se realiza en forma de función administrativa.

De esta manera no se debilita la distinción que se adoptó entre el punto de vista formal y el material de la función administrativa, pues, por una parte, sigue sirviendo para precisar la naturaleza de ésta, y por la otra, se logra una mejor adaptación a los principios de nuestro derecho público positivo, en el cual es innegable que predomine la consideración formal de la Administración.

70. No habrá, por lo demás, una seria discrepancia entre las materias que entren en el campo del derecho administrativo así concebido y las que habrían de corresponderle conforme a los otros criterios examinados. A lo sumo, habrá distinto modo de apreciar jurídicamente las mismas instituciones.

Salvo, pues, algunas variantes, el derecho administrativo regulará:

*a)* La estructura y organización del Poder encargado normalmente de realizar la función administrativa.

Como ese Poder se integra por múltiples elementos, surgen necesariamente variadísimas relaciones entre éstos y el Estado, y entre ellos mismos, siendo además indispensable coordinarlos en una organización adecuada para que puedan desarrollar una acción eficaz, sin perjuicio de la unidad misma de la estructura que forman.

*b)* Los medios patrimoniales y financieros que la Administración necesita para su sostenimiento y para garantizar la regularidad de su actuación.

También surgen, con motivo de la obtención, administración y disposición de esos medios, relaciones cuya naturaleza hemos de examinar más adelante pero que en principio requieren un régimen jurídico homogéneo que se amolde a los fines que 'persigue la Administración.

*e)* El ejercicio de las facultades que el Poder Público debe realizar bajo la forma de la función administrativa.

En el dominio de la Administración, a diferencia de lo que ocurre en la vida privada, es más importante el capítulo de ejercicio de los derechos que el que se refiere al goce de los mismos.

Dentro del Estado, como hemos dicho antes, las atribuciones que ejercita no son distintas según el órgano que las realiza, de tal modo, que no puede hablarse de atribuciones que sean especiales y exclusivas de cada uno de los tres Poderes. En realidad todos ellos realizan las mismas atribuciones, que son las atribuciones del Estado. Lo único que varía es la forma que se emplea para esa realización.

Pues bien, el derecho administrativo se limita a normal' el ejercicio de las atribuciones del Estado cuando dicho ejercicio reviste la forma de la función administrativa.

*d)* La situación de los particulares con respecto a la Administración.

Siendo los particulares los que están ohligados a obedecer las órdenes de los administradores o los que se beneficien de los servicios púhlicos que el Estado organiza, son numerosas las relaciones que surgen con tales motivos.

Además, los mismos particulares van adquiriendo día a día mayor ingerencia en las funciones públicas, a las cuales, en formas directas o indirectas, son admitidos a colaborar.

El régimen de las relaciones que así se originan, así como la organización de las garantías que los individuos deben tener contra la arbitrariedad de la Administración tienen tal importancia que el sistema administrativo de un país puede caracterizarse por la situación que se reconoce a los administrados frente al Poder público.

71. De lo anterior se desprende que la casi totalidad de las relaciones jurídicas en que interviene la Administración con motivo de su organización y de su funcionamiento están regidas por las normas del derecho administrativo, es decir, por normas de derecho público.

Pero en la actividad del Estado hay casos en los cuales el Poder público puede buscar la colaboración voluntaria de los particulares, celebrando con ellos contratos y realizando actos que forman parte de las instituciones de derecho privado. En tales casos, sin embargo, no puede desprenderse de una manera completa de su carácter de Poder público, y por ello, la legislación aplicable está constituida por normas de derecho privado que sufren una adaptación a las condiciones especiales significadas por la intervención del Poder público.

Es decir, se trata de un derecho privado especial para el Estado, que con el derecho común y con el derecho público, forman el conjunto de normas que regulan el funcionamiento de la administración.

72. Como ha habido quien piense que en países que tienen una organización como la nuestra, el derecho administrativo carece de autonomía, debiendo regirse todas las relaciones en las que el Estado interviene bien por normas de derecho constitucional o en su defecto por normas de derecho civil, se hace indispensable precisar las diferencias y al mismo tiempo las relaciones que existen entre el derecho administrativo, por una parte, y el derecho constitucional y el derecho civil, por la otra.

Como es bien sabido, el derecho constitucional encierra todas las normas que se refieren a la estructura misma del Estado, a la organización y relaciones entre los Poderes públicos y a los derechos fundamentales de los individuos en tanto que constituyen una limitación o una obligación positiva para el mismo Estado.

También es perfectamente sabido que en el derecho constitucional de los Estados modernos, admitiéndose el principio de separación de Poderes, se instituyen el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, como los órganos fundamentales por medio de los que la Nación ejerce su soberanía; pero mientras que tratándose del Poder Legislativo, como su actividad se refiere al establecimiento de normas abstractas e ímpersona-

les, no existen relaciones con los particulares, el funcionamiento de los Poderes Ejecutivo y Judicial sí implica la necesidad de regular las relaciones que con los individuos nacen a consecuencia de su actuación.

Tratándose de estos dos últimos Poderes, la Constitución solamente establece las bases principales de su organización, pero no llega al detalle de la misma, aunque se supone que los titulares de ellos no van a desarrollar, personal y directamente, todas las actividades que la propia Constitución les encomienda. Tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Judicial, requieren para su funcionamiento una multiplicidad de órganos secundarios, entre los que necesariamente deben existir las relaciones indispensables para conservar la unidad del Poder de que forman parte.

Por esas razones se han derivado del derecho constitucional dos ramas: la del derecho administrativo y la del derecho 'procesal, regula. dora cada una de ellas de la organización y funcionamiento de los Poderes Ejecutivo y Judicial respectivamente.

De esta manera será fácil comprender cómo entre el derecho administrativo y el derecho constitucional existen diferencias. Ciertamente que esas diferencias son más bien cuantitativas que cualitativas, y en esencia ambas ramas se están refiriendo a la actividad del Estado; pero de no haber una separación entre ellas por razón del detalle con que regulan las relaciones en que intervienen, tampoco se podría llegar a precisar ninguna clasificación del derecho público en ramas como la del derecho internacional y la del derecho penal, pues también ellas están regulando la actividad del Estado.

Las mismas consideraciones son útiles para demostrar la existencia de relaciones entre el derecho constitucional y el derecho administrativo, pues si éste se desprende de aquél en la forma que antes hemos dicho, es indudable que los principios de organización del Poder Ejecutivo, de su funcionamiento y de la situación que tengan los particulares frente a la Administración, tendrán que influirse por el sistema mismo de la organización constitucional.

Así, en primer término, las leyes que regulan al detalle la organización de las autoridades administrativas, y que forman parte del derecho administrativo, habrán de tomar como base los principios que la Constitución establece al crear el Poder Ejecutivo, al determinar sus relaciones con los otros Poderes del Estado, al precisar la intervención que los Secretarios de Estado y Jefes de Departamentos Administrativos tengan en la actuación de aquel Poder.

En segundo lugar, las actividades patrimoniales del Estado que originan múltiples relaciones de carácter administrativo, tendrán igualmente que desarrollarse sobre las bases que la Constitución establezca al organi-

zar el patrimonio del Estado. De esta manera vemos que el derecho administrativo posterior a la Constitución de 1917 ha tenido necesidad de modificarse en lo que se refiere a la actividad patrimonial del Estado, por las prescripciones que el artículo 27 contiene respecto de la propiedad de la nación sobre las tierras, minerales, hidrocarburos, aguas, etc., etc.

En tercer lugar, las normas relativas al funcionamiento de la Administración tendrán que ser necesariamente influidas por la mayor o menor extensión que dentro del sistema constitucional se dé a las atribuciones del Estado. Así, el derecho administrativo mexicano ha tenido un considerable desarrollo a partir de la Constitución de 1917, porque ella se separa de la doctrina liberal clásica que adoptó la Constitución de 1857, y da mayores facultades al Estado en sus relaciones con los particulares.

Este somero examen demuestra que precisamente porque las distinciones entre el derecho constitucional y el derecho administrativo son únicamente de grado y no de esencia, las normas del derecho constitucional, del cual se desprende el administrativo, constituyen las bases, o como dicen algunos autores, los encabezados de capítulo del derecho administrativo.

73. Por lo que hace al derecho civil, el derecho administrativo tiene también con él diferencias y relaciones.

Es bien conocida la tendencia de asimilar las instituciones del derecho administrativo a las instituciones del derecho civil, y la terminología misma de aquél se resiente de esa influencia, como lo demuestran las expresiones de dominio público, de dominio directo, de servidumbres públicas, de contratos administrativos, etc.

Pero esa terminología no debe originar confusiones si se tiene un concepto claro de lo que es el derecho público, cosa que no es frecuente en nuestros juristas que han sido educados en una forma predominante dentro de las nociones del derecho civil, notándose entre ellos la tendencia marcada de hacer encajar las instituciones del derecho administrativo en las bien conocidas de la legislación civil.

Esta tendencia produce deformaciones que no solamente interesan desde un punto de vista abstracto, sino que también se traducen en consecuencias perjudiciales, pues pretender regir la vida del Estado por las normas. que rigen relaciones entre particulares, es subordinarlo al cumplimiento de condiciones que son un obstáculo para la eficaz satisfacción de las necesidades colectivas.

No hay que desconocer, sin embargo, que, como lo hemos indicado anteriormente, algunas de las actividades del Estado quedan sometidas al derecho civil.

Se ha pretendido que quedan sometidas a la legislación civil las relaciones pecuniarias del Estado.

Semejante criterio se contradice por la realidad, ya que las relaciones pecuniarias del Estado adoptan muy diversas modalidades. Cuando el Estado establece y cobra un impuesto, cuando el Estado expropia, interviene indudablemente en relaciones de orden pecuniario y a pesar de ello esas relaciones que surgen en tales casos corresponden fundamentalmente al derecho público. Por ese motivo no podemos aceptar la generalidad del principio sostenido, debiendo advertir que precisamente ese criterio es el que ha originado mayores confusiones por la tendencia de aplicar a instituciones de derecho público normas establecidas para instituciones de derecho privado. Esa idea es combatida por "la mayor parte de los autores que han profundizado el estudio del derecho administrativo, y así, ÜUo Mayer, refiriéndose a ella, se expresa en estos términos: "La liberación de todas estas instituciones (las constituidas por relaciones patrio moniales del Estado), no será definitiva sino cuando se haya hecho desaparecer de los cerebros de nuestros juristas la idea absolutamente falsa de que relaciones pecuniarias y relaciones de derecho civil son idénticas." *(op. cit.,* pág. 176.)

No desconocemos la dificultad que existe para poder definir en términos generales los casos de aplicación al Estado de las normas del derecho privado, a pesar de lo cual creemos que está menos expuesta a críticas la noción que anteriormente dejamos apuntada, consistente en que las normas del derecho público serán aplicables en todos aquellos casos en que la actividad del Estado se vincula estrechamente con la subsistencia misma de la organización estatal o con el cumplimiento de las atribuciones especiales que le corresponden como autoridad, dejando para el derecho privado todas las actividades que no estén en esas condiciones.

74. Estudiadas las relaciones del derecho administrativo con el derecho constitucional y con el derecho privado que tienen como acabamos de ver una gran importancia no solamente en el orden teórico sino también y muy principalmente en el orden práctico, las relaciones que guarda con las otras ramas del Derecho podemos exponerlas en muy breves palabras.

l. Con el derecho penal se relaciona el derecho administrativo, tanto porque las normas de este último se encuentran garantizadas en cuanto a su cumplimiento por sanciones penales, como porque la función administrativa es indispensable para que puedan ser llevadas a cabo las penas que el Poder Judicial impone, como lo demuestra entre otros el servicio penitenciario que depende del Poder Administrativo.

n. También es fácil precisar las relaciones que existen entre el derecho administrativo y el derecho procesal, pues aparte de que la Administración en el desarrollo de su actividad se sujeta a determinados procedimientos que en algunas ocasiones son reproducción del procedimiento judicial, la función administrativa complementa el procedimiento judicial, prestando ayuda a los tribunales para llevar a cabo la ejecución de sus resoluciones.

En nuestro país, donde la designación de los altos funcionarios judiciales depende del Poder Ejecutivo, y en que éste 'proporciona los medios materiales para el mantenimiento del Poder Judicial, las relaciones 'de la Administración con este Poder son también múltiples y de muy variada naturaleza.

III. En cuanto a las relaciones que guarda con el derecho internacional, es fácil darse cuenta de ellas, porque la Administración realiza en el interior de cada país una gran parte de las obligaciones que el derecho internacional impone a los Estados soberanos, al mismo tiempo que el desbordamiento de los intereses colectivos fuera de las fronteras de cada Estado, ha ido haciendo surgir en la actualidad instituciones internacionales de orden administrativo.

IV. Por último, el derecho administrativo se relaciona con todas aquellas ciencias que .proporcionan a la Administración los elementos necesarios para organizar y encaminar su actividad en las diversas tareas que al Estado se encuentran encomendadas.

# *TITULO SEGUNDO*

# FUENTES DE DERECHO ADMINISTRATIVO

## CAPÍTULo-I

## LA LEY

75. El principio de la legalidad en sus sentidos formal y material.-76. El principio de la legalidad en su sentido material. La facultad discrecional. Límites para su otorgamiento y ejercicio.-77. La delegación de facultades legislativas.-78. Facultades constitucionales del Consejo Superior de Salubridad.

75. Cuando definimos la función administrativa, indicamos que constituye una función del Estado que se realiza bajo un orden- jurídico. Este último elemento significa que dicha función se desarrolla sometida al llamado principio de legalidad que precisamente consiste en que ningún órgano del Estado puede tomar una decisión individual que no sea conforme a una disposición general anteriormente dictada. Es decir, la legalidad significa, como lo dice Vedel, "conformidad con el derecho y es sinónimo de regularidad jurídica" *(op, cit.,* pág. 266).

El principio de la legalidad se puede entender desde un punto de vista material, en cuyo caso su alcance es el de que la norma en la que se funde cualquiera decisión individual tiene que ser una norma de carácter abstracto e impersonal. Puede también ser tomado en su sentido formal, significándose entonces que además de ser una ley desde el punto de vista material, la norma bajo la cual se realice el acto individual debe también tener los caracteres de una ley desde el punto de vista formal, es decir, que debe ser una disposición expedida por el Poder que conforme al régimen constitucional esté normalmente encargado de la formación de las leyes.

El principio de que ningún órgano del Estado puede realizar actos individuales que no estén previstos o autorizados por disposición general anterior tiene en todos los Estados modernos un carácter casi' absoluto; pues salvo el caso de facultad discrecional, en ningún otro y por ningún motivo es posible hacer excepción a este principio fundamental. (V. Jurisp. S. C. de J. 1917-1975: Pleno y Salas. Tesis 46, pág. 59.)

Como la actitud del Estado resolviendo casos individuales sin sujeción a normas generales constituye la definición clásica del despotismo, y como esta noción es contraria a todos los sistemas constitucionales modero nos, se ha considerado que el principio de la legalidad desde el punto de vista material no debe sufrir, fuera de la señalada, ninguna excepción.

Sin embargo, consideramos que no hay violación del principio de la legalidad desde ese punto de vista cuando la Administración se funda en los principios generales de derecho, como por ejemplo el principio de audiencia, el de igualdad ante la ley y las cargas públicas, el de enrio quecimiento sin causa, etc.

Pero no sucede lo mismo con el principio de la legalidad desde el punto de vista formal, pues en este aspecto, y por consideraciones prácticas de muy diversa naturaleza, son admitidas numerosas excepciones, de tal modo que, dentro del régimen constitucional de los Estados contemporáneos basta que la disposición sea materialmente legislativa para que el acto individual pueda realizarse a su amparo, cualquiera que sea el órgano de donde proviene aquella disposición y siempre, por supuesto, que el órgano tenga competencia para dictar la norma.

De manera que si la función administrativa consiste en la ejecución de actos que determinan situaciones para casos individuales, el principio de la legalidad a que nos hemos referido impone como fuente de derecho administrativo, en primer término, las normas jurídicas de carácter general.

Entre ellas se cuenta en lugar preponderante la ley, cuyos caracteres, tanto desde el punto de vista formal como desde el punto de vista material, hemos examinado con todo detenimiento al hacer el estudio de la función legislativa.

Es natural que cuando en una disposición concurren los caracteres material y formal de la ley, ésta debe ser considerada como la fuente más importante del derecho administrativo.

76. Indicamos en el punto anterior que la única excepción al principio material de la legalidad ocurría en los casos en que la Administración se encontrara revestida con la llamada facultad discrecional. Por ello consideramos oportuno precisar desde luego la naturaleza, campo de aplicación y límites de dicha facultad.

"Hay poder discrecional para la Administración, dice Bonnard, cuando la ley o el reglamento, previendo para la Administración cierta competencia en ocasión de una relación de derecho con un particular, dejan a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, en qué momento debe obrar, cómo debe obrar y qué contenido va a dar a su actuación. El poder discrecional consiste,

pues, en la libre apreciación dejada a la Administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer..." (Bonnard, *op. cit.*, pág. 64).

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

La Suprema Corte de Justicia ha sostenido en varias ejecutorias *(S. ]. de la F.*, t. LXXIII, pág. 8532) que el ejercicio de la facultad discrecional está subordinado a la regla del artículo 16 constitucional y sujeto al control judicial cuando el juicio subjetivo del autor del acto no es razonable sino arbitrario y caprichoso, y cuando es notoriamente injusto y contrario a la equidad. (V. Jurisp. S. C. de J. 1917-1975. Segunda Sala, tesis 396, pág. 653.)

Sería sumamente difícil poder precisar, aun teóricamente, los casos en que es posible admitir el otorgamiento de la facultad discrecional y aquellos en que no debe admitirse.

Sin embargo, no resulta aventurado señalar algunos lineamientos generales, basándose para ello por una parte, en los principios de la legislación constitucional que obliga a dar seguridad y certidumbre a ciertos derechos, y por la otra, en las consecuencias que impone. la función misma de la facultad discrecional.

Desde el primer punto de vista, la autoridad debe tener una competencia ligada por la ley y no un poder discrecional en todos aquellos casos referidos a las garantías individuales en que la Constitución exige que dichas garantías sólo pueden afectarse por mandatos de la ley.

En dichos casos si se otorgara una facultad discrecional, se produciría el resultado de que la Administración sustituiría al Poder Legislativo, violándose así el principio de la "reserva de la ley" según el cual es exclusiva de la competencia del Poder que normalmente está encargado de legislar, la regulación de ciertas materias por normas generales.

Desde el segundo punto de vista o sea el relativo a la función que desempeña la facultad discrecional, debemos decir que, como dicha función consiste en dar flexibilidad a la ley para adaptarla a circunstancias

imprevistas o para permitir que la Administración haga una aprecia. ción técnica de los elementos que concurren en un caso determinado o pueda, por último, hacer equitativa la aplicación de la ley, el dominio de dicha facultad debe extenderse a aquellos casos en los cuales exista la posibilidad de muy variadas ocurrencias; en que realmente concurran elementos cuya apreciación técnica no pueda ser regulada de antemano, o en que, por último, el principio de igualdad ante la ley quede mejor protegido por una estimación de cada caso individual.

Las conclusiones derivadas de los dos puntos de vista indicados, deben combinarse en forma tal que en la ley se conserve un mínimo de competencia ligada que sea la salvaguarda de los derechos de los particulares al lado de la competencia discrecional que sea estrictamente necesaria para evitar un sacrificio de los intereses públicos esenciales.

Consideramos que es inadmisible, dentro de un régimen de legalidad la facultad que en una ley se concediera a la Administración para resolver todos los casos de acuerdo con las circunstancias particulares de cada uno de ellos, pues en tal ocurrencia esa amplitud de discreción sería incompatible con la idea de una verdadera regulación de la materia por el Poder Legislativo; equivaldría a una delegación de facultades sin que siquiera tuviera las consecuencias de las facultades extraordinarias del Ejecutivo de que en otro lugar nos ocuparemos, ya que este Poder no actuaría expidiendo reglas generales sino que, dentro de la falta de límites para su acción, tendría amplia oportunidad para degenerar en el ejercicio de un poder arbitrario.

77. Por el arraigo que dentro de la práctica constitucional de nuestro país tienen las leyes expedidas por el Poder Ejecutivo obrando por delegación del Congreso, debe considerarse también como una fuente de derecho administrativo el conjunto de las disposiciones expedidas en esa forma, respecto de las cuales, si bien se conserva el punto de vista material del principio de la legalidad, sufre una excepción el mismo principio en su aspecto formal.

El problema relativo a la legalidad de las facultades extraordinarias que el Legislativo concede al Ejecutivo para que éste expida disposiciones legales que normalmente corresponden a la competencia del primero, ha venido a ser resuelto por reformas al artículo 49 constitucional *(D. O.* de 12 de agosto de 1938, de 30 de diciembre de 1950 Y de 28 de marzo de 1951), que textualmente disponen que "el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias, conforme a lo dispuesto en el articulo 29.

En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131 se otorgarán facultades extraordinarias para legislar."

Antes de esas reformas una buena parte de la legislación vigente se expidió en uso de facultades extraordinarias y hasta llegó a considerarse por la Suprema Corte en jurisprudencia constante que dichas facultades eran perfectamente constitucionales, siguiendo en esto el criterio sustentado por el Ministro Vallarta quien, contra los poderosos argumentos de la tesis opuesta, sostuvo en la forma siguiente la interpretación del artículo 50 de la Constitución de 1857 semejante en sus términos al primitivo artículo 49 de la Constitución de 1917: "... Para sostener mi opinión, diré desde luego que si se concede al Presidente de la República autorización para legislar sobre milicia, por ejemplo, reteniendo el Congreso la suprema potestad legislativa, ni se reúnen los Poderes en una persona, ni se deposita el Legislativo en un individuo, ni se infringe por consecuencia el artículo 50. Yo creo que ese artículo prohíbe que en uno de los tres Poderes se refundan los otros dos o siquiera uno de ellos de un modo permanente, es decir, que el Congreso suprima al Ejecutivo para asumir las atribuciones de éste, o que a la Corte se le declare Poder Legislativo, o que el Ejecutivo se arrogue las atribuciones judiciales. Así sí habría la reunión de Poderes que el repetido artículo 50 prohíbe con razón. En ese sentido interpreto yo ese texto constitucional."

Sin embargo, prohibido en lo general el uso de las facultades legislativas extraordinarias, queda la posibilidad de éstas en el caso que ya se ha señalado del artículo 29 de la Constitución y, en el previsto por el segundo párrafo del artículo 131 del mismo Código Fundamental.

El artículo 29 citado requiere los siguientes elementos para que el Poder Legislativo haga delegación de facultades legislativas en manos del poder Ejecutivo: *a)* que exista invasión, perturbación grave de la paz pública u otro caso que ponga a la sociedad en grande peligro o conflicto; *b)* que el Presidente de la República, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado, Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso, suspenda en todo el país o en. lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente rápida y fácilmente a la situación; e) que la suspensión se haga por tiempo limitado y por medio de prevenciones generales.

El artículo 131 dispone en su segundo párrafo, que le fue adicionado el 30 de diciembre de 1950, que "El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación expedidas por el propio Congreso y para crear otras, así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y

efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional o de realizar cualquier otro propósito en beneficio del país. El propio Ejecutivo, al enviar al Congreso el presupuesto fiscal de cada año, someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida."

78. Finalmente, existe previsto en la Constitución otro caso en que el principio formal de la legalidad sufre nueva 'excepción. Es el caso de la legislación sanitaria. Al fijarse en el artículo 73 constitucional las bases que han de regir al Consejo Superior de Salubridad (fracción XVI), se establece que las disposiciones generales dictadas por esta institución serán obligatorias en el país; que el Departamento de Salubridad deberá dictar medidas preventivas inmediatamente obligatorias en los casos de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, así como para combatir el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenan al individuo y degeneran la raza.

Estas facultades otorgadas a un órgano del Ejecutivo, son indudablemente facultades legislativas desde el punto de vista material, aunque formalmente sean actos administrativos y constituyen también una fnente del derecho administrativo.

## CAPÍTULO II

## EL REGLAMENTO, LA COSTUMBRE, LA JURISPRUDENCIA

79. El reglamento como fuente de Derecho Administrativo.-80. Naturaleza jurídica del reglamento. Sus diferencias con. la ley.-81. Fundamento de la facultad reglamentaria del Ejecutivo.-82. Los reglamentos autónomos.-83. Las circulares.—84. La costumbre.-85. La jurisprudencia.-86. La codificación del Derecho Administrativo.

79. Otra fuente importantísima del derecho administrativo y que forma una gran parte del orden jurídico bajo el cual se desarrolla la actividad administrativa está constituida por los reglamentos.

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

La atribución de la facultad reglamentaria al Poder Ejecutivo se justifica desde el punto de vista práctico por la necesidad de aligerar la tarea del Poder Legislativo relevándolo de la necesidad de desarrollar y completar en detalle las leyes para facilitar su mejor ejecución, teniendo en cuenta que el Ejecutivo está en mejores condiciones de hacer ese desarrollo puesto que se encuentra en contacto más íntimo con el medio en

el cual va a ser aplicada la ley. Además, existiendo mayores facilidades para la modificación de los reglamentos, el uso de la facultad reglamentaria permite que la legislación se pueda ir adaptando oportunamente a las circunstancias cambiantes en que tiene que ser aplicada, adaptación que no sería posible si dependiera del Poder Legislativo ya que éste tiene procedimientos más complicados y periodos reducidos de funcionamiento.

80. Sobre la naturaleza jurídica del reglamento existen muy diversas opirnones.

Así, hay quien sostiene que el acto reglamentario constituye un acto de carácter administrativo, no solamente porque emana de la autoridad administrativa, "sino principalmente porque es en sí un acto de ejecución de las leyes, es decir, un acto de función administrativa, tal como esta función es definida por la Constitución". (Carré de Malberg, *op, cit.*, t. 1, pág. 630.)

Esta teoría, no obstante que no atiende exclusivamente al órgano que realiza la función, puede ser objetada porque considera el acto regla. mentario como un acto de ejecución de las leyes, sin tener en cuenta que el reglamento más que un acto directo de ejecución, es el medio para llegar a dicha ejecución. Además, afirmando simplemente que el reglamento es en sí un acto de ejecución de la ley se deja pendiente de resolver el problema de cuál es la naturaleza jurídica de las consecuencias que produce el acto reglamentario.

En el mismo sentido que la teoría que acabamos de objetar, encontramos otra que niega que, desde el punto de vista material, los reglamentos sean verdaderas leyes, y funda su negativa en el concepto especial que tiene del acto legislativo y del acto administrativo, el cual expresa en los términos siguientes: "El carácter propio de la ley no reside en su generalidad ni en la impersonalidad de las órdenes que da: consiste en el hecho de que es considerada como la expresión de la voluntad nacional. No se puede decir otro tanto del reglamento, expresión de la voluntad de los administradores" (Berthélemy, *Délense de quelques vieux principcs. La loi et le réglement.* Melanges Hauriou).

y más adelante esa misma tesis refuta la idea de que el acto administrativo tenga carácter individual o especial, diciendo: "Se olvida decirnos de qué texto o de qué principio se saca la afirmación de que lo propio de los actos administrativos es ser individuales o especiales. Los actos administrativos tienen esencialmente por objeto asegurar el orden y procurar la ejecución de las leyes."

Tampoco se puede aceptar esta teoría,que como la anterior viene a considerar al acto reglamentario como acto administrativo, porque según

se dejó expuesto al hablar de las funciones del Estado, el concepto de función administrativa y el de función legislativa que hemos adoptado es precisamente el que refuta el ilustre tratadista cuya opinión hemos transcrito en lo conducente.

Dentro de las mismas ideas de relacionar el concepto de reglamento con el de la ley, se ha sostenido que entre ambos existe una profunda diferencia, porque la ley se expide en el ejercicio de una soberanía más radical, más absoluta, mientras que el reglamento se expide en virtud de una competencia más limitada.

Esta teoría es igualmente falsa, porque hablar de una soberanía más absoluta y más radical es perder de vista los caracteres de unidad e indivisibilidad que la doctrina clásica ha atribuido a la soberanía. Esta no puede ser ni más absoluta ni más radical: o existe o no existe.

Por último existe la teoría, a la cual nosotros nos adherimos, que dentro del punto de vista formal considera al acto reglamentario como un acto administrativo; pero que desde el punto de vista material identifica al reglamento con la ley, porque en ésta encuentra los mismos caracteres que en aquél. De otro modo dicho, nuestra opinión es de que el reglamento constituye, desde el punto de vista de su naturaleza intrínseca, un acto legislativo, que como todos los de esta índole, crea, modifica o extingue situaciones jurídicas generales (Jurisp. de la S. C. de J. 1917-1975. Segunda Sala, tesis 510, pág. 841).

La opinión anterior no se desvirtúa por la circunstancia de que pueden señalarse algunas diferencias entre la ley y el reglamento, puesto que esas diferencias, como vamos a demostrarlo, tienen su causa en la diferencia formal que existe entre ambos, desde el momento en que uno de ellos, la ley, se origina normalmente en el Poder Legislativo mientras que el otro, el reglamento, es producido por el Poder Ejecutivo.

Desde luego, es indudable que la ley puede existir y tener plena validez sin que haya un reglamento de la misma, en tanto que el reglamento, salvo casos excepcionales de que más adelante nos ocuparemos, supone la preexistencia de una ley cuyos preceptos desarrolla y a los cuales está subordinado.

Esa situación subordinada del reglamento no puede tener influencia sobre su naturaleza jurídica, de la misma manera que la ley ordinaria no pierde su carácter legislativo por el hecho de que tenga que subordinarse a la Constitución, ni porque su validez dependa de su conformidad con la propia Constitución.

Parece claro que del mismo modo que la diferencia entre la ley ordinaria y la ley constitucional depende del órgano que expide una y otra y es, por lo tanto, una diferencia formal, así la que existe entre la

ley y el reglamento obedece a la diversa competencia del Poder Legisla. tivo y del Poder Ejecutivo, es decir, a una razón extrínseca relacionada con el autor del acto, o sea a una razón de carácter formal.

Otra diferencia que se señala entre la ley y el reglamento y de la que pretende hacerse derivar una distinción en cuanto a la naturaleza jurídica de una y otro, se hace consistir en que el reglamento no puede regular determinada clase de relaciones, en tanto que la ley sí está facultada para ello.

Es indudable que existen materias que pueden ser objeto de la ley y no de los reglamentos; pero esto obedece no a diferencia de naturaleza de ambos actos, sino también a consideraciones meramente formales.

Dos principios sirven de norma para determinar los casos en que no debe intervenir la facultad reglamentaria, lográndose por medio de ellos hacer una diferencia entre el contenido de sus disposiciones y el de las leyes emanadas del Poder Legislativo.

Un primer principio es el de "la preferencia o primacía de la ley", que consiste en que las disposiciones contenidas en una ley de carácter formal, no pueden ser modificadas por un reglamento. Este es un principio basado en la autoridad formal de las leyes, reconocida en el inciso *f)* del artículo 72 de la Constitución, según el cual "en la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación".

El segundo principio es el denominado de "la reserva de la ley", que consiste en que, conforme a la Constitución, hay materias que sólo pueden ser reguladas por una ley. La reglamentación de las garantías individuales sólo puede hacerse, salvo casos excepcionales, por medio de una ley en el sentido formal. Además, en otros preceptos de la Constitución también se establece la necesidad de una ley para imponer contribuciones y penas, para organizar la guardia nacional, etc., etc. En todos estos casos la Constitución emplea términos claros, y al prevenir que por medio de una ley se regule la materia, debe entenderse una ley en el sentido formal, es decir, expedida por el Poder Legislativo.

Las diferencias que por aplicación de los dos principios enunciados pueden encontrarse en el contenido de las leyes y de los reglamentos, no implican una diversidad en la naturaleza jurídica de unas y otros, puesto que simplemente obedecen a razones de carácter formal, consistentes en que el Poder Legislativo y el Ejecutivo tienen diferentes competencias.

De la misma manera que no se puede decir que los actos de la Secretaría de Hacienda sean diversos de los actos de la Secretaria de Agricultura, sólo porque cada uno de ellos se refiere a materia especial, tampoco

es posible hacer una diferencia entre las leyes y reglamentos por el hecho de que el reglamento no pueda tener por contenido materias reservadas a la ley.

Por la misma razón es por lo que no puede encontrarse una diferencia entre la ley y el reglamento en la circunstancia de que existen requisitos diversos para su reforma y para su derogación. Es cierto que las disposiciones reglamentarias sólo pueden ser modificadas o derogadas por otras disposiciones del mismo carácter; es indudable que el reglamento tiene un procedimiento más expedito que la ley para su formación y para su modificación; pero esa facilidad, que precisamente representa la ventaja de poder ir adaptando la ley a las necesidades prácticas siempre cambiantes, obedece a que las leyes por razón de su autoridad formal sólo pueden ser modificadas por el autor de ellas y mediante el mismo procedimiento que se ha seguido para su formación.

81. Demostrado como queda que el reglamento es un acto materialmente legislativo, es necesario buscar dentro del derecho positivo el fundamento para que un Poder distinto del Legislativo ejerza la función legislativa.

Como hemos repetido en diversas ocasiones, el régimen de separación de Poderes implica que todas las funciones de un mismo carácter material formen parte de la competencia del órgano que recibe la denominación de la función misma, y que, cuando haya una excepción a ese régimen, debe justificarse expresamente por un texto de la Constitución. Por lo mismo, para admitir que el Poder Ejecutivo tenga la facultad reglamentaria es necesario que así se consigne en la Constitución.

Se ha considerado que en realidad ese texto expreso no es indispensable porque el Poder Ejecutivo tiene la facultad reglamentaria por un simple acto de delegación hecho en su favor por el Poder Legislativo.

Esta tesis es inexacta. Dentro de la práctica constitucional de nuestro país, es cierto que el Ejecutivo a veces expide disposiciones de carácter general por virtud de delegación de facultades legislativas; pero en este caso se trata de facultades delegadas, no de la facultad reglamentaria que es una función normal que al Poder Ejecutivo confiere directamente la Constitución.

En México, el Poder Ejecutivo siempre ha tenido encomendada la facultad reglamentaria, como lo demuestran los siguientes preceptos de las diversas Constituciones que sucesivamente han estado en vigor:

"Sus atribuciones (del Ejecutivo), a más de otras que se fijarán en la Constitución, son las siguientes: ... XIV. Dar decretos y órdenes para el mejor cumplimiento de la Constitución y leyes generales." (Acta Constitutiva de 31 de enero de 1824, arto 16.)

"Las atribuciones del Presidente son las que siguen: 1. .. II. Dar reglamentos, decretos y órdenes para el mejor cumplimiento de la Constitución, Acta Constitutiva y leyes generales." (Constitución de 4 de octubre de 1824, art. lID.)

"Son atribuciones del Presidente de la República: l. Dar, con sujeción a las leyes generales respectivas todos los decretos y órdenes que convengan para la mejor administración pública, observancia de la Constitución y leyes, y de acuerdo con el Consejo, los reglamentos para el cumplimiento de éstas." (Leyes constitucionales de 29 de diciembre de 1836. Ley 4ª, art. 17.)

"Corresponde al Presidente de la República, '" IV. Expedir órdenes y dar los reglamentos necesarios para la ejecución de las leyes, sin alterarlas ni modificarlas." (Bases Orgánicas de 12 de junio de 1843, art. 85.)

En todas las disposiciones anteriores se ve claramente la facultad expresa del Ejecutivo para expedir reglamentos, de tal manera que bajo su vigencia en ninguna forma puede dudarse de que, aun siendo legisla. tiva, podía desempeñarse por el Poder Administrativo.

El artículo 85, fracción 1, de la Constitución de 1857, que es exactamente igual al 89, fracción 1, de la Constitución de 1917, dispone textualmente: "Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes: l. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia."

A pesar de haberse suprimido en el texto que se acaba de trascribir la expresión clara y terminante que contienen las Constituciones anteriores, se ha estimado que el Ejecutivo, bajo la vigencia de las de 1857 y 1917, continúa con la facultad reglamentaria, pues no se encuentra ninguna razón en los antecedentes históricos de ellas que pueda indicar que la intención del Constituyente haya sido diversa de la de los legisladores precedentes.

Se podía fundar la facultad reglamentaria en el artículo 88 de la Constitución de 1857 y en el 92 de la de 1917, (ahora reformado) porque en sus textos sí se incluye la expresión "reglamentos" que parece ser neceo saria para justificar la excepción al principio de separación de Poderes.

En efecto, dichos artículos disponen que "todos los reglamentos, decretos y órdenes del Presidente deberán estar firmados por el Secretario de Estado o Jefe de Departamentos Administrativos a que el asunto corresponda, y sin este requisito no serio obedecidos..."

En este precepto se ve que el Ejecutivo tiene facultades para expedir reglamentos; pero, sin embargo, solamente se está fijando un elemento

formal que en los mismos debe concurrir. No se está otorgando la facultad reglamentaria; ese otorgamiento se supone en tal precepto.

Un examen detenido de la fracción 1 del artículo 89 que más arriba dejamos transcrito, demostrará que es en ella donde se confiere al Ejecutivo la facultad de que venimos hablando. (Felipe Tena R. en su *Derecho Constitucional Mexicano,* 1975, págs. 493 y 494, impugna la interpretación que aquí se expone.]

En dicha fracción se encuentran las facultades: *a)* de promulgar las leyes que expida el Congreso de la Unión; *b)* de ejecutarlas, y *e)* de proveer en la esfera administrativa a su exacta observancia.

Por lo que hace a la promulgación, ya anteriormente hemos indio cado cuál es su contenido.

En cuanto a la ejecución de las leyes, también hemos ya indicado que consiste en la realización de los actos materiales o juridicos que implican esas mismas disposiciones legales. Es inútil repetir aquí lo que expusimos al hablar de la función administrativa como función de ejecución de las leyes, bastándonos remitir a lo que expresamos en números anteriores, donde se trata con toda amplitud de esta materia *(supra,* núm. 43).

Estando perfectamente definidos los conceptos de promulgación y ejecución, queda como una nueva facultad para el Ejecutivo la de proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de las leyes. Esa facultad significa la competencia para la realización de los actos que facilitan la ejecución, pero que no son la ejecución misma, y no pueden serlo porque esta última queda ya comprendida en el segundo concepto de la fracción.

El sentido gramatical de la palabra "proveer" es el de poner los medios adecuados para un fin: en el caso, para facilitar la ejecución de las leyes.

Si se analizan las circunstancias prácticas en que las leyes deben ejecutarse, se observará que es necesario para que tengan una exacta observancia, entre otros actos, desarrollar sus preceptos para ajustarlos a las modalidades que tienen las relaciones a las cuales van a ser aplicados. Las disposiciones que detallan los elementos que la ley consigna deben tener el mismo carácter que ésta, pues la fracción se refiere no únicamente a un solo caso de observancia, sino a todos los casos que puedan presentarse, a diferencia de la ejecución misma, que siempre significa la aplicación concreta de la ley a un caso especial.

En los términos anteriores, la interpretación gramatical de la disposición legal lleva a la conclusión de que en ella se otorga, juntamente con otras, la facultad de expedir disposiciones generales que sean el medio práctico adecuado para poder dar exacta observancia a la ley.

Los antecedentes históricos a que antes nos hemos referido corroboran la interpretación gramatical. Jurídicamente también se confirma, por-'que si se examinan los conceptos de ejecución y de medios para llegar a la ejecución, se verá la diferencia que puede existir entre actos directos y concretos y actos indirectos o que revisten un carácter abstracto.

Refuerzan las conclusiones a que llegan todos estos criterios de interpretación, los argumentos derivados de la conexión que este precepto tiene con otros de la misma Constitución, entre los cuales puede citarse el contenido en el artículo 92, en donde, como antes se dijo, se fijan los requisitos formales que deben llenarlos reglamentos que expida el Ejecutivo.

Sin embargo pudiera objetarse la argumentación que hicimos para desentrañar el significado de la facultad de proveer a la exacta observancia de las leyes, indicando que no deriva de ese concepto la idea de una facultad legislativa puesto que en el mismo texto se dice que el Ejecutivo debe proveer "en la esfera administrativa".

Precisamente creemos que en estos últimos términos está contenida la excepción expresa al sistema de separación de Poderes que es necesaria para que el Ejecutivo goce de la facultad reglamentaria.

En efecto, la Constitución no se ha formulado conociendo la clasificación teórica de los actos desde el punto de vista material y formal, de tal manera que al decir "en la esfera administrativa", se indica que las disposiciones de carácter general que hayan de dictarse sean expedidas, no por el Poder Legislativo, sino por el Poder Ejecutivo, dentro de su esfera normal de acción, que no es otra que la esfera administrativa. La Constitución únicamente parte del concepto formal de las funciones, y desde ese punto de vista los reglamentos expedidos por el Ejecutivo tienen un carácter netamente administrativo.

Lo anteriormente expuesto viene a demostrar que la facultad regla. mentaria constituye una facultad normal del Poder Ejecutivo que no deriva de ninguna delegación legislativa, sino que la tiene directamente por habérsela otorgado la Constitución.

Siendo esto así, debe afirmarse que el ejercicio de dicha facultad depende de la discreción del Poder Ejecutivo, es decir, dicho ejercicio es espontáneo y tiene lugar cuando el Ejecutivo cree oportuno realizarlo.

Sin embargo, se presentan casos, como los que a continuación se exponen, en los que puede surgir alguna duda respecto de la espontaneidad del Ejecutivo para el ejercicio de su facultad.

Así, puede suceder: I" que la ley establezca que la ejecución de alguno de sus preceptos se someterá a los reglamentos respectivos; 2º que en la propia ley se disponga, no en relación con un precepto determi-

nado, sino en una forma general, que el Ejecutivo expedirá el reglamento o los reglamentos de la misma.

Una opinión muy generalizada afirma que en estos casos la facultad reglamentaria procede de una delegación del Poder Legislativo; pero tal afirmación debe considerarse inexacta, porque si como hemos demostrado la facultad reglamentaria corresponde, por virtud de la Constitución, al Ejecutivo, el Legislativo no puede delegar una facultad que ya tiene aquel Poder, y, además, porque si hubiera una delegación del Poder Legislativo, el Ejecutivo tendría facultades tan amplias como las que tiene ese Poder, cosa que no sucede, pues el reglamento que expide queda suhordinado a la ley que desenvuelve sin que pueda ni ampliarla ni modificarla.

Los casos que dejamos citados sólo los podemos entender como una invitación hecha por el Poder Legislativo al Ejecutivo para que éste ejerza su facultad reglamentaria; pero en el concepto de que el Ejecutivo conserva íntegra su discreción para resolver la oportunidad de ejercicio de ella y, cuando mucho, sólo puede entenderse el acto del Legislativo como la indicación de que la ley no ha entrado a los detalles y que éstos deben ser desarrollados por el Poder Ejecutivo en uso de sus pro· pías facultades.

82. Pero puede surgir el problema de determinar cuáles son las leyes respecto de las que el Ejecutivo tiene la facultad de expedir regla. mentos que faciliten su observancia.

El texto del artículo 89, fracción 1, de la Constitución vigente sólo establece la facultad reglamentaria por lo que nace a las leyes expedidas por el Congreso de la Unión, es decir, que conforme a dicho precepto sólo se pueden expedir reglamentos de las leyes ordinarias.

Como se recordará al hacer la exposición de los antecedentes históricos de la facultad reglamentaria, vimos que todas las Constituciones anteriores a las de 1857 establecieron en una forma expresa la facultad del Ejecutivo de expedir reglamentos para el cumplimiento de la Constitución y leyes generales. En las Constituciones de 1857 y de 1917, sólo se hizo referencia a las leyes que expida el Congreso de la Unión. En consecuencia, el problema de si el Ejecutivo puede reglamentar preceptos constitucionales, se debe resolver en principio en sentido negativo.

Hay sin embargo, un caso en el cual se puede abrigar duda de si la Constitución hace excepción a ese principio. Es el contenido en el artículo 21 de la propia Constitución.

Ese precepto, en lo conducente, dispone: "Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos guher-

nativos y de policía, el cual únicamente consistirá en multa o arresto hasta por treinta y seis horas."

Como se ve, allí se habla de la existencia de reglamentos gubernativos y de policía y de la aplicación de las penas por infracción de dichos reglamentos, pero sin que se haga alusión a las leyes a que esos reglamentos deban referirse.

El artículo 21 de la Constitución de 1857 estaba redactado en estos términos: "La aplicación de las penas propiamente tales es exclusiva de la autoridad judicial. La política o administrativa sólo podrá poner como corrección hasta quinientos pesos de multa o hasta un mes de reclusión, en los casos y modos que expresamente determine la ley."

La aplicación de este artículo le hizo sufrir deformaciones, como nos lo demuestra el siguiente párrafo que tomamos de la exposición de motivos del Proyecto de reformas al Código Penal de 1871, formulada por el presidente de la Comisión respectiva, licenciado don Miguel S. Macedo: "La práctica se separa del precepto constitucional en primer lugar, porque no exige la ley para erigir el hecho en falta, teniéndose por bastante un reglamento o bando, expedido, no por el Poder Legislativo, sino por autoridades administrativas, como ayuntamientos, jefes o prefectos políticos, gobernadores, o cuando más por el Ejecutivo Federal. Se comprende que las leyes confieren a esas autoridades la facultad de expedir reglamentos, lo que en el fondo no es más que proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de las leyes, como dice, con relación al Presidente de la República, la fracción 1 del artículo 85 de la Constitución, pero no que, contra el sistema constitucional, deleguen en ellas la facultad de declarar cuáles sean los hechos punibles y señalar sus penas, facultad eminentemente legislativa y que en todo tiempo y en todos los países se ha reputado una de las primeras y principales prerrogativas del Poder Legislativo."

Los abusos que según la práctica relatada en la transcripción hecha se llegaron a cometer por la autoridad administrativa, trataron de suprimirse con las limitaciones impuestas por el artículo 21 de la Constitución de 1917, y para hacerlo se separó la competencia de la autoridad judicial de la que debe corresponder a la autoridad administrativa. Para la primera se dejó la imposición de penas; para la segunda, el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, sin que exceda de multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero ya no se fijó, como en la Constitución de 57, que la imposición de estas correcciones sólo se haga "en los casos y modos que expresamente determine la ley", lo que parece indicar que debe hacerse en los que determinan los propioa.reglameutos gubernativos y de policía.

De ahí se desprende que estos reglamentos gubernativos y de policía pueden regular el buen gobierno y la policía de las poblaciones sin que necesariamente se refieran a una ley.

Fuera del caso tratado en donde hay una base constitucional que consigna la excepción expresa al principio de la fracción 1 del artículo 89, deben estimarse proscritos los reglamentos autónomos.

83. Al lado de los reglamentos suelen colocarse, como fuentes del derecho administrativo, las circulares expedidas por la Administración.

En realidad, nosotros no consideramos que la circular sea una fuente especial, porque, o bien la circular contiene disposiciones de la misma naturaleza que el reglamento, y en este caso sólo hay una simple distinción en cuanto a la forma, pero no en cuanto a la esencia del acto, y por tanto no es una fuente distinta del propio reglamento o bien la circular no contiene sino simples explicaciones dirigidas a los funcionarios, principios técnicos o prácticos que aseguren el buen funcionamiento de la organización administrativa. Así el artículo 82 del Código Fiscal de la Federación, previene que los funcionarios fiscales podrán expedir círculares para dar a conocer a las diversas dependencias el criterio de la autoridad superior que deberán seguirse en cuanto a la aplicación de las normas tributarias y que de dichas circulares no nacen obligaciones ni derechos para los particulares (V. Jurisp. S. C. de J. 1917·1975. Segun. da Sala. Tesis 352, pág. 584.) Por tanto, es indispensable examinar cada caso para determinar cuándo la circular tiene el mismo carácter del reglamento, y cuándo es simplemente un acto interno sin consecuencias jurídicas para los particulares (v. pág. 167).

84. Se ha discutido mucho si la costumbre puede considerarse entre las fuentes del derecho administrativo, principiando esa discusión sobre si existe en él un campo como en el derecho privado para que la costumbre pueda operar.

En efecto, se dice, los sujetos extraños a la Administración no pueden crear una costumbre obligatoria para ésta, ni tampoco ella puede imponer a los particulares una costumbre, puesto que la ley regula con disposiciones precisas la constitución y competencia de los órganos administrativos. (D'Alessio. *Dir. Am.;* t. 1, pág. 144.)

En un régimen como el nuestro, en el que los Poderes públicos solamente obran en caso de estar autorizados expresamente por virtud de una ley, la costumbre no puede tener aplicación en lo que se refiere a la como petencia de los funcionarios.

Igualmente, el dominio de la costumbre queda excluido aun en los casos en que las leyes otorgan a las autoridades facultades díserecíonales, porque la discreción significa precisamente una apreciación de la

oportunidad de las medidas, y si la costumbre se impusiera como una regla, dejaría de existir la elasticidad necesaria por la cual se autoriza la discreción.

Tampoco puede ser la costumbre fuente de derecho en el dominio de las relaciones entre la Administración y el particular, cuando a cargo de éste se crean obligaciones, pues esas obligaciones sólo pueden imponerse fundadas también en un texto expreso de la ley.

En donde tal vez pudiera encontrarse un campo propicio para que la costumbre opere, es en el procedimiento de tramitación de los asuntos administrativos, pues en él, a falta de disposiciones legales detalladas, se originan de hecho "prácticas" que por su continua repetición pueden crear normas para ese procedimiento.

Fuera del caso anterior, el valor que a la costumbre puede reconocerse en el régimen administrativo mexicano, es el de constituir un elemento útil para la interpretación de las leyes administrativas, pero de ninguna manera se le puede reconocer el valor de crear un derecho que supla o contraríe las normas legales positivas.

85. Por último, también es pertinente estudiar si entre las fuentes de derecho administrativo debe contarse la jurisprudencia.

En principio la jurisprudencia no debe considerarse como una fuente, porque la función judicial de donde proviene no tiene por finalidad crear el derecho, sino aplicarlo en los casos en que haya contención, de tal manera que, por regla general, la jurisprudencia, como la costumbre, constituye un medio importante para fijar la interpretación de las leyes.

Sin embargo, creemos que es posible reconocer a la jurisprudencia el carácter de una fuente indirecta del derecho administrativo, cuando emana de la Suprema Corte de Justicia, siempre que haya cinco ejecutorias conformes, no interrumpidas por otra en contrario.

Como la jurisprudencia así formada obliga a los Tribunales federales y locales, y como normalmente son ellos los que conocen de los actos de la Administración, ésta tendrá que sujetarse también a dicha jurisprudencia para evitar la invalidez de actos subsecuentes.

86. Ha preocupado a los tratadistas la cuestión relativa a determinar si es posible y necesaria la codificación de la legislación administrativa.

Desde luego, no es fácil negar la conveniencia de dicha codificación, si ésta pudiera lograrse como se ha logrado la codificación de las leyes civiles, mercantiles, penales, etc.: pero si se toma en cuenta, por una parte, la multiplicidad de las leyes administrativas, la dificultad en estos momentos en que empieza a desarrollarse el derecho administrativo para coordinar los principios que esa legislación adopta en múltiples materias

y, por otra parte, si se piensa en la constante renovación de la legislación administrativa, impuesta no sólo como con frecuencia ocurre simplemente por un espíritu de innovación, sino porque la atención de los servicios públicos tiene que ir variando gradualmente con el desarrollo de la civilización y que irse adaptando a las cambiantes circunstancias del medio social, se llega a la conclusión de que en realidad la codificación del derecho administrativo no podrá realizarse sino cuando haya llegado a un grado tal de desarrollo que permita hacer una coordinación lógica de la multiplicidad de disposiciones sobre las diversas materias que abarca la Administración, y entresacar los principios fundamentales que, con el carácter de normas jurídicas, pueden considerarse como suficientemente estables y generalizadas para dar valor a dicha codificación.

Lentamente, sin embargo, se ha ido llegando en nuestro país a un principio de codificación, como lo demuestra principalmente la expedición del Código Agrario, del Código Fiscal y de la Ley General de Vías de Comunicación y los Códigos Administrativos que se han expedido en diversos Estados de la República.

# LIBRO TERCERO

## *LA ORGANIZACION ADMINISTRA.TIVA y SUS ELEMENTOS*

# *TITULO PRIMERO*

# LA ADMINISTRAClüN PUBLICA

## CAPÍTULO I

## LOS aRCANOS DE LA ADMINISTRACION

87. La Admini¡¡tración pública. Su personalidad.—88. La personalidad del Estado. Discusión del tema.-89. Los órganos de la Administración Y sus titulares.-90. El origen de la competencia de los órganos de la Administración.-91. Clasificación de los órganos por la naturaleza de sus facultades. Organos de autoridad y órganos auxiliares.-92. La división de la competencia por razón del territorio, por razón de materia y por razón de grado.

87. La satisfacción de los intereses colectivos por medio de la función administrativa se realiza fundamentalmente por el Estado.

Para ese objeto éste se organiza en una forma especial adecuada sin perjuicio de que otras organizaciones realicen excepcionalmente la misma función administrativa.

La organización especial de que hablamos constituye la Administración Pública, que debe entenderse desde el punto de vista formal como "el organismo público que ha recibido del poder político la competencia y los medios necesarios para la satisfacción de los intereses generales" y que desde el punto de vista material es "la actividad de este organismo considerado en sus problemas de gestión y de existencia propia tanto en sus relaciones con otros organismos semejantes como con los particulares para asegurar la ejecución de su misión" (A. Molitor, *Administratioti Publico* UNESCO, pág. 18).

Desde el punto de vista formal la Administración Pública es parte, quizá la más importante, de uno de los Poderes en los que se halla depositada la soberanía del Estado, es decir, del Poder Ejecutivo.

La Administración Pública no tiene, como tampoco la tienen ni el Poder Ejecutivo ni los demás poderes, una personalidad propia; sólo constituye uno de los conductos por los cuales se manifiesta la personalidad misma del Estado.

88. El problema de la personalidad del Estado es uno de los más discutidos en la teoría del derecho público.

Las principales corrientes doctrinales se pueden reducir a dos categorías: las que afirman y las que niegan dicha personalidad.

Dentro del primer grupo existen varias tendencias: unas que suponen una doble personalidad del Estado; otras que suponen que, siendo única la personalidad, ella se manifiesta por dos voluntades, y finalmente las que sostienen que sólo existe una personalidad privada del Estado como titular de un patrimonio y no para el ejercicio del Poder Público, pues en este aspecto el Estado no es titular de derechos sino un simple ejecutor de funciones.

La teoría de la doble personalidad del Estado sostiene la existencia de una personalidad de derecho público y otra de derecho privado; la primera como titular del derecho subjetivo de soberanía; la segunda como titular de derechos y obligaciones de carácter patrimonial.

Esta teoría, que es la admitida por la legislación y jurisprudencia mexicanas, es objetada porque ella implica una dualidad incompatible con el concepto unitario que del Estado tiene la doctrina moderna. Se afirma que la doble personalidad sería admisible sólo en el caso de que se demostrara la duplicidad de finalidades u objetivos del Estado.

La teoría de la personalidad única con doble voluntad, consiste en afirmar que, normalmente, el Estado desarrolla una actividad imponiendo sus determinaciones, en vista de que éstas emanan de una voluntad con caracteres especiales de superioridad respecto de los individuos, es decir, de una voluntad soberana; pero que en determinadas ocasiones no es necesario proceder por vía de mando, sino que el Estado puede someterse, y de hecho se somete, al principio que domina las relaciones entre particulares, o sea, al principio de la autonomía de la voluntad, principio que consiste en que ninguna persona puede por acto de su voluntad producir efectos respecto de otra si ésta no concurre manifestando su propia voluntad.

Esta teoría también ha sido objeto de varias impugnaciones, pues se sostiene que constituye una falta de lógica pensar en que una voluntad pueda tener caracteres diferentes: que en unos casos sea superior y que en otros sea igual a la de los individuos.

Como reacción contra las teorías que afirman la doble personalidad y la personalidad única del Estado, la doctrina del derecho público basada en el método realista, sostiene que no es necesario el concepto de la personalidad para reconocer las actividades patrimoniales del Estado.

Afirma que los derechos y el patrimonio pueden individualisarse fuera de la idea de un titular; que los derechos son objetivos por su origen

y por su naturaleza, ya que ellos emanan de las relaciones sociales que imponen ciertas normas de conducta, y su valor y eficacia depende de la regla social, no de la voluntad de la persona; que el patrimonio es perfectamente concebible en una forma puramente objetiva, como un conjunto de bienes afectados a un fin determinado; que cuando ese fin es la satisfacción de necesidades individuales, se tiene el patrimonio privado, y cuando es la satisfacción de necesidades colectivas, se tiene el patrimonio público.

Nuestra actitud frente a esas teorías y a las demás que sobre el particular se han expuesto, consiste en considerarlas como simples construcciones de técnica jurídica cuyo valor depende de la utilidad que pueden prestar para explicar los fenómenos.

Colocados en esta situación y teniendo que elegir por alguna de las tendencias indicadas, nos inclinaríamos por la tesis de la personalidad jurídica del Estado, puesto que además de ser útil y permitir la explicación de los hechos por ideas a las que estamos acostumbrados, es como antes se dijo, la que más concuerda con el sistema adoptado por nuestra legislación.

En efecto, el sistema de la Constitución mexicana, basado sobre las ideas de las Constituciones americana y francesa, es el de considerar la soberanía como un poder de voluntad superior, como un derecho cuyo titular es la Nación (arts. 39, 40 y 41).

El Código Civil considera como personas morales a "la Nación, los Estados y los Municipios" (art. 25).

"La personalidad depositaria de la potestad pública es incuestionable y no necesita más comentarios", dice el maestro Salvador Urbina *(La doble personalidad del Estado,* en *Revista de Derecho y Jurisprudencia,* 1930, pág. 497).

En cuanto a la actividad del Estado, que prescinde de su poder de mando, la misma Constitución, en sus artículos 27, 73, fracs. VIII, XIX YXXX, y 134·, reconoce la posihilidad de su existencia.

Por otra parte, de acuerdo con la tesis jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia (1917-1965. Segunda Sala, tesis 87) el Estado puede manifestarse bajo dos fases distintas: como entidad soberana, encargada de velar por el bien común, por medio de dictados de observancia obligatoria y como entidad jurídica de derecho civil capaz de adquirir derechos y contraer ohligaciones semejantes a los de las personas civiles.

No tendríamos inconveniente en admitir la doble personalidad del Estado, si no fuera porque creemos que no es necesaria, pues con personalidad única, el Estado desarrolla actividades entre las cuales se puede hacer una diferenciación, no por virtud de que provengan de personas

diferentes, sino en razón de que en unos casos están sujetas a un régimen de derecho público y en otros al de derecho privado especial o al derecho común.

La diversa aplicación de estos regímenes tiene su origen en el diverso grado de intimidad que guarde la actividad desarrollada con la realización de los atribuciones fundamentales que al Estado competen, según se ha demostrado al ocuparnos de la distinción entre el derecho público y el privado y de la naturaleza de las normas que integran el derecho administrativo, a cuyos lugares nos remitimos para fijar el criterio de los casos en los cuales el Estado no se encuentra sometido al derecho público *(supra,* núms. 67 y 73)..

Quedaría, sin embargo, pendiente de destruirse la objeción que se ha formulado, y que consiste en declarar inconcebible que una misma voluntad se imponga unilateralmente en ciertas ocasiones y que en otras busque la colaboración voluntaria de los particulares.

Creemos que esa objeción puede hacerse a un lado si se piensa que, de la misma manera que el Estado limita su acción frente a los individuos reconociéndoles a éstos una esfera de autonomía que las Constituciones de los Estados modernos reconocen en el capítulo de las libero tades individuales, así también puede autolimitarse frente a los particulares y prescindir de su poder de mando para someterse a normas de derecho civil especial o común.

Sólo nos queda para terminar este punto, volver a insistir en que nuestra opinión consiste en que aceptamos la teoría de. la personalidad del Estado, en tanto que es una construcción artificial de la técnica jurídica, cuyo valor perdurará mientras que no se realice otra que la sustituya con ventaja.

89. En el estudio de la Administración Pública será necesario examinar los siguientes puntos:

1º Cuáles son los elementos que integran la organización administrativa.

2º La forma corno se coordinan los diversos elementos para dar una estructura unitaria a la Administración Pública.

3º Qué otros elementos fuera de los que integran la Administración colaboran con el Estado en la realización de la función administrativa.

La amplitud de la funcién administrativa impone por una parte la necesidad de crear múltiples órganos que se caracterizan por ser esferas especiales de competencia, y por otra parte, por requerir de personas físicas que ejerciten esa competencia.

Un examen cuidadoso demuestra que no es posible ni debido confundir el órgano con su titular, porque siendo este último una persona física, tiene, junto con la necesidad de satisfacer sus intereses particulares, una actividad que se realiza en interés del Estado: y solamente desde ese último punto de vista se le puede considerar con la categoría de titular encargado de las funciones que al órgano corresponden. Además, el órgano constituye una unidad abstracta de carácter permanente, a pesar de los cambios que haya en los individuos que son titulares de él.

Entre el Estado y sus órganos no 'puede existir ninguna relación de carácter jurídico, pues para ello sería necesario que los dos términos de la relación gozaran de una personalidad jurídica, lo cual no ocurre con los órganos, que no constituyen sino una parte de la personalidad jurídica del Estado, que no son sino esferas de competencia cuyo conjunto forma la competencia misma del Estado: "Si se ha negado a los órganos una personalidad jurídica propia, y si no son sino zonas de la persona del Estado, es natural que entre el Estado y cada uno de sus órganos no pueda existir ninguna relación jurídica, porque no se puede concebir relación alguna entre el todo y una de sus partes." (Donati. *Dir. Am.*, pág. 77.)

Lo anterior significa que los órganos no tienen derechos propios y que por tanto carecen de personalidad, pero esto no es obstáculo para que el derecho objetivo regule la situación de los diversos órganos dentro de 10 que es precisamente la organización administrativa. De no existir un régimen jurídico que ligue y relacione a los diferentes órganos estatales, la organización pública tampoco existiría.

90. Concebidos los órganos de la Administración como unidades entre las que se divide la competencia que le corresponde en materia administrativa, su estudio se relaciona íntimamente con el de la naturaleza jurídica de la competencia y con la delimitación del origen de ésta.

Respecto de la naturaleza jurídica de la competencia nos limitaremos a referirnos a lo que indicaremos al ocuparnos de ella como uno de los elementos integrantes del acto administrativo *(in/ra* núm. 288). Por lo que hace al origen de la competencia de los órganos de la Administración debemos exponer aquí las tesis doctrinales y la adoptada por nuestra legislación al respecto.

Existen dos tendencias de las cuales una estima como origen de la competencia la delegación y otra considera que el origen está en la atribución que de ella hace la ley.

La primer teoría o sea la que explica la competencia del funcionario por una delegación de facultades parte de la base de que en la Administración Pública, y de acuerdo con el régimen constitucional, el Presidente de la República constituye el órgano en quien se deposita todo el

ejercicio de las facultades administrativas; pero en la imposibilidad de que él solo pudiera realizarlas, se ve en la necesidad de delegar algunas de ellas a otros órganos que en esta forma obran en representación de aquél, manteniéndose, por lo mismo, la unidad del Poder Ejecutivo que se presupone en el régimen constitucional.

Esta primera teoría es inadmisible pues como hemos dicho los órganos del Estado no tienen' derechos propios, sino que las facultades que ejercen son facultades del Estado y que éstas se le atribuyen no para formar parte del patrimonio del funcionario que es su titular sino como una esfera legal que marca los límites dentro de los cuales puede actuar el órgano de que se trata. De tal manera que mientras no se llegue a demostrar que en esa esfera legal se encuentra la autorización de extender o atribuir competencia a otros órganos diferentes, no se puede admitir que las facultades que les son atribuidas puedan delegarse.

A continuación transcribimos uno de los párrafos de la obra de *Derecho Constitucional* de Duguit, en la que, en términos perfectamente claros, se expresan las razones por las que es inadmisible la teoría de la delegación. Dice así: "Por otra parte, aunque admitida en el uso, la expresión delegación de competencia es notoriamente inexacta. Estas palabras parecen implicar que hay verdaderamente un mandato por el cual un funcionario encarga a un mandatario el ejercicio en su lugar de su derecho de competencia, lo que implicaría que la competencia es un derecho subjetivo. Ahora bien, nada de esto ocurre: no se ve ninguno de los caracteres del mandato. El mandante puede escoger a su mandatario; el funcionario que delega su competencia no puede escoger a su delegado; le es impuesto por la ley; el mandato se revoca siempre por la muerte del mandante; la delegación de competencia subsiste a pesar de la muerte del delegante; el mandatario está jurídicamente ligado por las instrucciones que le da su mandante; el funcionario delegado tiene una independencia completa en el ejercicio de los poderes que le pertenecen; no está jurídicamente ligado por las instrucciones que le dé el funcionario delegante. El dclegante no tiene acción contra el delegado para obligarlo a rendir cuentas; cuando más el delegado está sometido al poder disciplinario y jerárquico del delegante." (1. III, pág. 145.)

En contra de los principios adoptados por la teoría de la delegación, la teoría del origen legal de la competenéia sostiene que sólo por virtud de una ley se puede hacer la distribución de facultades entre los órganos de la Administración.

El fundamento de esa teoría descansa en los elementos mismos que fundan el principio de la legalidad dentro de los Estados modernos de derecho. En efecto, si el Estado sólo puede tomar determinaciones respec-

lo a casos concretos cuando haya una autorización de la ley, está implícita en esa idea la de que la propia ley sea la que determine el órgano competente para efectuar los actos que autoriza.

Parece a primera vista que dentro de esas ideas se pierde la unidad del Poder, porque si la ley va haciendo la distribución de competencia a que alude, el órgano en quien se deposita el Poder Ejecutivo tendrá su esfera completamente separada de la que corresponde a los otros órganos de la Administración, y así en realidad habrá varios órganos autónomos con la facultad de realizar actos administrativos. Sin embargo, tal consecuencia no se produce porque precisamente la organización administrativa está basada en la existencia de relaciones entre los diversos órganos que la integran en forma de conservar la unidad necesaria para la existencia del Poder.

Comprendida la competencia como de origen legal, se deben reconocer en ella todas las características que anteriormente hemos visto que se atribuyen a las situaciones jurídicas generales y así, la competencia, como toda situación jurídica, no se agota por el ejercicio de los actos que autoriza y es esencialmente modificable en cualquier momento por otro acto de la misma naturaleza del que la creó.

Por lo que hace al sistema adoptado por la legislación mexicana, debemos decir que en principio ella sanciona la teoría sobre el origen legal de la competencia, pues reconocida ésta como la aptitud de realizar actos jurídicos, sólo una determinación expresa de la ley puede consignarla.

Sin embargo de que en un principio es exacta la aseveración que hacemos sobre el origen legal de la competencia, nuestro sistema legal admite la teoría de la delegación.

Así, en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal se previene que el despacho y resolución de los asuntos en estas dependencias corresponderá originalmente a los titulares de las mismas; pero que para la mejor organización del trabajo, los titulares de cada Secretaría podrán delegar en funcionarios subalternos cualesquiera de sus facultades excepto aquellas que por la ley o por disposiciones del reglamento interior respectivo, deban ser ejercidas precisamente por dichos titulares (art. 16).

Es de notarse que, aun en el caso de la delegación admitida por la citada Ley, es ella misma, y no la voluntad de los funcionarios respectivos, la que autoriza que determinadas facultades se otorguen a otros funcionarios, lo cual equivale a que sea la propia ley el origen y fundamento de la competencia delegada.

91. La división de competencia entre los órganos de la Administración da lugar a la clasificación de ellos en razón de la naturaleza de las facultades que les son atribuidas.

Desde este punto de vista los órganos de la Administración pueden separarse en dos categorías; unos que tienen carácter de autoridades y otros que tienen el carácter de auxiliares.

*a)* Cuando la competencia otorgada a un órgano implica la Iacultad de realizar actos de naturaleza jurídica que afecten la esfera de los particulares y la de imponer a éstos sus determinaciones, es decir, cuando el referido órgano está investido de facultades de decisión y ejecución, se está frente a un órgano de autoridad.

Los órganos de la Administración que tienen el carácter de autoridad, pueden concentrar en sus facultades las de decisión y las de ejecución; pero también puede suceder que sólo tengan la facultad de decisión y que la ejecución de sus determinaciones se lleve a cabo por otro órgano diferente.

Así, por ejemplo, dentro del régimen municipal existen dos órganos que son fundamentales: el Ayuntamiento y el Presidente Municipal. El Ayuntamiento es un órgano de decisión que toma sus resoluciones en la forma establecida por la ley, pero que directamente no las ejecuta. El Presidente Municipal es un órgano de ejecución a quien está encomendado llevar a efecto las decisiones tomadas por el Ayuntamiento.

La Suprema Corte de Justicia para determinar la procedencia del juicio de amparo, ha ampliado el concepto de autoridades, considerando que dentro de él se hallan comprendidas no sólo aquellas que tienen el carácter de órganos del Estado y se encuentran facultados para decidir o ejecutar sus resoluciones, sino que, como expresa en una de sus sentencias, "el término 'autoridades' para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias ya legales, ya de hecho, y que, por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejercen actos públicos por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen". (Jurisp. de la S. C. de J. 1917·1965. Sexta Parte. Tesis 54, pág. 115.) Por sentencia de 1º de abril de 1974. El Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito se precisó como criterio válido para caracterizar a las autoridades para los efectos del amparo el de que con fundamento en alguna disposición legal puedan tomar determinaciones o dictar resoluciones que puedan ser exigibles mediante el uso directo o indirecto de la fuerza pública. (Informe de la S. C. de J. 1974. Tercera Parte, Tribunales Colegiados, pág. 63.)

*b)* Cuando las facultades atribuidas a un órgano se reducen a darle competencia para auxiliar a las autoridades y para preparar los elementos necesarios a fin de que éstas puedan tomar sus resoluciones, entonces se tiene el concepto de órganos auxiliares.

Los órganos auxiliares pueden realizar de diversa manera sus atribuciones, originándose con ese motivo una clasificación de ellos.

Existen, en primer término, órganos auxiliares de preparación que son los que realizan todas las funciones necesarias de preparación técnica y material de los asuntos que los órganos de autoridad deben decidir.

En segundo lugar existen agentes que tienen el carácter de órganos consultivos, los cuales pueden ser o bien colegiados o bien unitarios. Entre los órganos de consulta pueden existir diversos grados, según la neceo sidad legal de oírlos y la obligación que haya de seguir las opiniones que emitan. Así, puede suceder que las autoridades tengan una facultad discrecional para solicitar la opinión de esos órganos de consulta. En tal caso las funciones de éstos son simplemente facultativas. También puede ocurrir que la ley imponga a las autoridades la obligación de oír previamente al órgano de consulta pero sin que la opinión de éste obligue a la autoridad. Por último, se puede presentar el caso de que la autoridad esté obligada a seguir el parecer del órgano consultivo. Propiamente, aquí se encuentra ya un órgano que no es simplemente consultivo, sino que en realidad se trata de un órgano de decisión que colabora con la autoridad para el ejercicio de sus funciones.

92. Al señalar los caracteres de la competencia indicamos que, por regla general, la posibilidad de realizar un acto no se encuentra íntegramente confiada a un solo órgano, sino que, como una garantía para el buen funcionamiento de la Administración, se exige la intervención de diversos órganos.

La división de la competencia se hace por lo regular siguiendo estos tres criterios: por razón de territorio, por razón de materia y por razón de grado.

*a)* La competencia territorial hace referencia a las facultades conferidas a los órganos en razón del espacio dentro del cual pueden ejercitarla.

Desde este punto de vista los órganos administrativos pueden ser órganos generales u órganos locales.

La competencia administrativa del Presidente de la República, de los Secretarios de Estado, que se extiende a todo el territorio nacional, hace de dichos funcionarios órganos generales de la Administración.

La competencia del Jefe del Departamento del Distrito Federal y de los Agentes de las Secretarías de Estado dentro de las demarcaciones especiales en que se divide el territorio, los constituye en órganos locales.

*b}* La competencia por materia deriva de la atribución a órganos que tienen la misma competencia territorial, de funciones administrativas respecto a los distintos asuntos que son objeto de la Administración.

Así, la Ley Orgánica de la Administración Pública distribuye los asuntos administrativos encomendados al Ejecutivo Federal entre las Jiversas Secretarías.

e) Por último, la competencia por razón de grado tiene lugar separando los actos que respecto de un mismo asunto pueden realizarse por los órganos administrativos colocados en diversos niveles.

Por lo general, esa distribución se realiza estableciendo unas ¡elaciones de jerarquía que implica subordinación y dependencia de unos órganos y superioridad de otros.

En estos casos, el órgano inferior y el superior conocen el mismo asunto, pero la intervención del que conoce en último lugar está condicionada por la conclusión de funciones del que conoce en primer término, significando además que aquél guarda una relación de superioridad respecto de este último.

## CAPÍTULO Jl

## LOS TITULARES DE LOS ORCANOS DE LA ADMINISTRACION

93. El órgano y el titular.-94. La distinción entre funcionarios y cmpleados.--95. Teorías jurídicas sobre la naturaleza de la función pública. La teoría civilista. Refutación.-96. Las tesis publicistas. La teoría del servicio obligatorio. La teoría contracnlal.-97. Refutación de la teoría contractllal.-98. La tesis aceptada del acto condición.

93. Hemos dicho anteriormente que la Administración Pública considerada como uno de los elementos de la personalidad del Estado requiere personas físicas que formen y exterioricen la voluntad de éste.

También hemos indicado que es necesario distinguir entre el órgano y su titular, pues mientras que el primero representa una unidad abstracta, una esfera de competencia, el titular representa una persona concreta que puede ir variando sin que se afecte la continuidad del órgano y que tiene, además de la voluntad que ejerce dentro de la esfera de competencia del órgano, una voluntad dirigida a la satisfacción de sus intereses personales.

Siendo esto así, es necesario estudiar la relación que guarda el titular con la Administración Pública, y esto será la materia del presente capítulo.

94. Antes de entrar al estudio de esa cuestión, conviene precisar el carácter que tienen los titulares de los órganos de la Administración

pues la terminología legal usa de las expresiones de altos funcionarios. funcionarios y empleados.

Actualmente la Constitución Federal, en el capítulo denominado "De las responsabilidades de los Funcionarios Públicos", en el artículo 108 se refiere a los servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros de los poderes Judicial Federal, y Judicial del Distrito Federal, al Presidente. a los funcionarios v empleados, v, en general a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier natura. leza en la administración pública federal o en el Distrito Federal. *(D. O.* de 28 de Dic. 1982.)

Respecto a los "altos funcionarios", la Constitución ya no usa dicha expresión, como lo había hecho anteriormente el artículo no, en su redacción inicial, por lo que parece que ahora la división para los efectos de las responsabilidades debe de hacerse entre los sujetos al juicio político, enumerados en el mencionado artículo, y los Servidores Públicos correspondientes a la Administración Centralizada o descentralizada.

Respecto de los funcionarios y empleados, es una cuestión muy debatida en la doctrina señalar cuáles son los caracteres que los separan.

Entre las opiniones que se han expresado para hacer la distinción, podemos señalar las siguientes:

1ª Se ha considerado que el criterio que distingue a los funcionarios de los empleados es relativo a la duración del empleo, y que mientras que los funcionarios son designados por un tiempo determinado, los empleados tienen un carácter permanente.

Este criterio en realidad no da ninguna base para hacer la distinción, pues bien pueden encontrarse entre los que se llaman funcionarios algunos que tienen la misma permanencia que los empleados.

2ª Se recurre al criterio de la retribución para fijar la distinción, considerando que los funcionarios pueden ser honoríficos en tanto que los empleados son siempre remunerados.

Tampoco este criterio parece decisivo, puesto que en un régimen como el nuestro todos los servidores públicos gozan de una remuneración.

3ª También se señala como criterio para distinguir a los funciona. rios de los empleados la naturaleza de la relación jurídica que los vincula con el Estado. Si la relación es de derecho público entonces se tiene al funcionario; si es de derecho privado, al empleado.

Como más adelante vamos a ver, la relación de la función pública de los empleados es por su naturaleza de derecho público, y, por lo tanto, el criterio de distinción es inadmisible.

4ª Se ha dicho que los funcionarios púhlicos son los que tienen poder de decidir y ordenar, en tanto que los empleados son meros ejecutores.

Esta distinción, como se ve, se confunde con la de autoridades y de auxiliares que ya hemos expuesto en páginas anteriores.

Sin embargo, creemos que la noción de funcionario no se confunde completamente con la de autoridad pues tendremos oportunidad de señalar que mientras que todos los funcionarios son autoridades, no todas las autoridades son funcionarios.

5ª Se ha recurrido al criterio de considerar como funcionario a aquel que tiene señaladas sus facultades en la Constitución o en la ley, y empleado al que las tiene en los reglamentos.

Como dejamos indicado al hablar del origen de la competencia *(supra,* núm. 90), todos los órganos de la Administración deben tener señaladas sus atribuciones en una ley de carácter material, sin que la distinción desde el punto de vista formal signifique facultades diversas que sean motivo bastante para hacer una distinción como la que se trata de consignar.

6ª Por último, se ha señalado como una distinción entre el concepto de funcionario y el de empleado la de que el primero supone un encargo especial transmitido en principio por la ley, que crea una relación externa que da al titular un carácter representativo, mientras que el segundo sólo supone una vinculación interna que hace que su titular sólo concurra a la formación de la función pública (Bielsa, *D. Adm.,* t. II, pág. 23).

Por nuestra parte, consideramos que el último criterio de los señalados es el que corresponde realmente a la idea consignada en las disposiciones constitucionales y aunque fuera de los preceptos arriba señalados que sólo enumeran a los altos funcionarios, no existe ninguna otra disposición legal expresa que señale las diferencias entre un funcionario y un empleado, estimamos que de hecho sí pueden separarse los servidores públicos que tienen ese carácter representativo de todos los que son simplemente auxiliares de ellos.

95. Mucho se ha discutido en la doctrina acerca de la naturaleza jurídica de la relación que se establece entre los funcionarios y empleados por una parte y el Estado por la otra, es decir, acerca de la naturaleza jurídica de la función pública.

Las teorías que sobre el particular se han construido, pueden reducirse, fundamentalmente, a dos: las teorías de derecho privado y las teorías de derecho público.

Las primeras, encontrando que de ambas partes se exige capacidad y consentimiento y que además existen prestaciones recíprocas al proporcionar el empleado sus servicios a cambio de la compensaci6n pecuniaria que recibe del Estado, pretenden encajar las relaciones que surgen de la función pública dentro de los moldes del derecho civil tradicional y con-

sideran que o se trata de un contrato de locación de obras o de un contrato de mandato, según se trate de prestación de servicios materiales o de realizar en nombre y representación del Estado actos jurídicos.

Sin necesidad de entrar a discutir las diversas formas que adoptan las teorías civilistas sobre la función pública, deben descartarse todas ellas, en primer lugar porque el régimen que en principio de una manera natural conviene a las relaciones en que el Estado interviene es el régimen de derecho público y en segundo lugar porque en la función pública, los empleados y funcionarios son titulares de las diversas esferas de competencia en las que se dividen las atribuciones del Estado y, por lo mismo, el régimen jurídico de dicha función debe adaptarse a la exigencia de que las referidas atribuciones sean realizadas de una manera eficaz, regular y continua, sin que el interés particular del personal empleado llegue a adquirir importancia jurídica para obstruir la satisfacción del interés general. Ahora bien, como las normas que están inspiradas en tal exigencia son normas de derecho público, según lo hemos demostrado anteriormente, de derecho público tendrán que ser también las relaciones que constituyen la función pública (V. Inf. Pleno S. C. de J. año 1972, pág. 331).

96. Quedando así definida la rama del derecho a la que corresponden las relaciones entre el Estado y sus empleados, es necesario determinar, ya dentro del derecho público, cuál es la naturaleza jurídica del acto creador de dichas relaciones.

Las tesis que a este respecto se han sostenido son: *a)* la que sostiene que es un acto unilateral del Estado; *b)* la que afirma que es un acto contractual, y *e)* la que lo considera como un acto condición.

*a)* Se ha llegado a sostener que la relación del servicio no solamente no es contractual, sino que ni siquiera requiere el consentimiento del particular; que ella constituye una obligación que imperativamente se impone por el Poder Público.

No entramos a examinar ni a discutir esta tesis porque nuestra Constitución la considera como contraria a la libertad del hombre y por eso sólo la admite excepcionalmente en los casos enumerativamente señalados en el artículo 5º así concebido: "En cuanto a los servicios públicos, sólo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los de jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito. Los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuídos en los términos de la ley y con las excepciones que ésta señale."

*b)* La tesis que sostiene el carácter contractual del acto creador de la función pública considera que ésta nace de un contrato administrativo desde el momento en que existe un concurso de la voluntad del Estado que nombra y la del nombrado que acepta, sin que importe que no haya una perfecta igualdad entre las partes, puesto que lo mismo ocurre en todos los contratos administrativos, ni que la función o cargo no sean bienes que estén en el comercio, puesto que el objeto del contrato son los servicios y la remuneración que sí lo están, y sin que importe que el Estado fije 'previa y unilateralmente los derechos y obligaciones del empleado o que los pueda modificar en la misma forma durante la prestación del servicio, pues en primer lugar, dentro del derecho civil se reconoce la existencia de los contratos de adhesión en los que una de las partes fija de antemano las condiciones a las que la otra parte simplemente se adhiere, y, en segundo lugar, porque no se afecta la naturaleza del contrato si el empleado, con conocimiento de causa, consiente desde el principio que el Estado puede variar las condiciones originales del acto.

Además, los partidarios de la tesis contractual afirman que poco importa que el efecto del acto sea investir a las partes de una situación jurídica general, pues es falso pretender que sólo cuando se origina una situación jurídica individual pueda decirse que el acuerdo de voluntades constituye un contrato: "Esta condición, dice Houviére, es puramente arbitraria. No está inscrita en ninguna parte. Ninguna jurisdicción de ningún orden la ha consagrado alguna vez. Por otra parte, desde cierto punto de vista, toda situación general e impersonal es, respecto del que está investido de ella, una situación individual. .. He aquí, por ejemplo, un vendedor de inmuebles. Es acreedor del precio convenido. A este respecto, se encuentra frente a su deudor en una situación individual. Pero, al mismo tiempo y por el hecho de la venta, beneficia de todos los derechos ligados por la ley a la condición de vendedor de inmuebles. Está, de esta manera, investido de una situación general e impersonal. En definitiva, toda situación es a la vez general e individual. La condición arbitraria en virtud de la cual todo acuerdo de voluntades generador de obligaciones debería ser creador de situación individual para constituir un contrato, está desprovista de todo alcance práctico." *(Les contrats administratifs,* págs. 15 y 16.)

97. Las argumentaciones para sostener la tesis contractual no son aceptables. Además de que en ella se infligen serios quebrantos a la noción clásica del contrato, no puede sostenerse su punto de vista porque, a pesar de que no hay texto legal expreso que determine qué clase de situaciones jurídicas debe producir el contrato, sí hay los que dan carácter y denominación diversa del contrato a otros actos formados por el concurso

de varias voluntades, tales como la ley o como la sentencia que dicta un tribunal colegiado. Además, la necesidad de que se genere una situación jurídica individual deriva de la función y carácter del contrato. En efecto, éste constituye una institución encaminada a satisfacer necesidades privadas de los hombres, y como esas necesidades y los medios de que los particulares disponen para darles satisfacción varían de caso a caso, es natural que las consecuencias del contrato deban adaptarse a esa variabilidad, lo cual no se logra sino individualizando los efectos jurídicos que produce.

Por otra parte, también es cierto que los contratantes benefician de todos los derechos ligados por la ley a la condición que cada parte asume en el contrato; pero la verdad es que estos derechos se establecen en preceptos legales con el carácter de supletorios para cuando los contratantes no han regulado expresamente su situación. De modo que la aplicación de su contenido obedece a que se les considera como la voluntad presunta de los intervinientes.

Además, al contrato se le reputa como una fuente de derecho privado, sin que importe que tal carácter derive del mandato de la ley y que ésta sea la que dé fuerza al acto, pues ello, cuando más, quiere decir que el contrato produce efectos jurídicos porque se han llenado las condiciones para su existencia, pero sin que se pueda afirmar que la extensión y modalidades de las obligaciones contractuales sean fijadas por dicha ley y no por el contrato.

Si, pues, el contrato es fuente de obligaciones, esto significa que en él se especifican estas obligaciones y se les fija su contenido y alcance concretos de acuerdo con la situación y la voluntad de los contratantes.

98. El examen precedente demuestra que el acto de nombramiento o de investidura para un cargo público no es ni un acto unilateral, ya que no se puede imponer obligatoriamente, ni un contrato porque él no origina situaciones jurídicas individuales. Entonces es necesario considerarlo como un acto diverso cuyas características son: las de estar foro mado por la concurrencia de las voluntades del Estado que nombra y del particular que acepta el nombramiento, y por el efecto jurídico que origina dicho concurso de voluntades, que es, no el de fijar los derechos y obligaciones del Estado y del empleado, sino el de condicionar la aplicación a un caso individual (el del particular que ingresa al servicio) de las disposiciones legales preexistentes que fijan en forma abstracta e impersonal los derechos y obligaciones que corresponden a los titulares de los diversos órganos del Poder público.

Ahora bien, ese acto diverso que condiciona la aplicación del estatuto legal y que no puede crear ni variar la situación que establece dicho

estatuto y que además permite la modificación de éste en cualquier momento sin necesidad del consentimiento del empleado, es el acto que la doctrina denomina acto-unión. (V. Inf. Pleno S. C. de J. año 1972, páginas 319, 331, 346.)

El nombramiento puede ser el acto de una voluntad o el de varias. En este último caso, recibe el nombre de elección; pero su naturaleza jurídica no es, por eso, distinta de la del nombramiento.

En efecto, puede la ley requerir que en vez de que la designación corresponda a una sola persona, sea el resultado del acuerdo de varias. Entonces, el concurso de todas ellas viene a ser, como una unidad, la que determine el mismo efecto jurídico que el producido por una sola voluntad.

## CAPÍTULO III

## LA RELACION DE LA FUNCION PUBLICA EN LA LEGISLACION MEXICANA

99. La situación legal anterior a la expedici6n del Estatuto de los trabajadores del Estado. La posibilidad de una ley del servicio civil.-l00. El Estatuto de 5 de diciembre de 1938 y el de 4 de abril de 1941. La adición constitucional y la nueva Ley reglamentaria de esa adición.-l01. Tesis que adopta respecto de la naturaleza jurídica de la función pública. El nombramiento del empleado público.-l02. Restricciones legales.

99. Expuestas en el capítulo precedente las principales teorías sobre la naturaleza de la relación jurídica del Estado con sus servidores, debemos ahora determinar cuál es la que sobre el particular adopta la legislación mexicana.

Hasta la expedición del Estatuto de los Trabajadores al Servicio de los Poderes Púhlicos, el cinco de diciembre de mil novecientos treinta y ocho, el régimen de la función pública, o sea el régimen de la relación entre el Estado y sus servidores, no llegó a definirse legalmente salvo algunos casos especialmente reglamentados.

Ciertamente que el artículo 5º constitucional indicó la necesidad del concurso de voluntades para crear la relación del servicio ya que, como antes se dijo, estableció que "nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales. .. sin su pleno consentimiento" pero sólo unos pocos preceptos .de la propia Constitución hacían referencia a la relación de que se trata.

Así, las fracciones H, III y IV del artículo 89 facultaron al Presidente de la República para nombrar libremente a los Secretarios del Despacho, al Procurador General de la República, al Gobernador del Distrito

Federal, al Procurador General de Justicia del Distrito Federal y a los demás empleados de la Unión cuyo nombramiento no esté determinado de otro modo en la propia Constitución o en las leyes; para nombrar con aprobación del Senado los ministros agentes diplomáticos y cónsules generales, coroneles, oficiales superiores del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales.

Otras disposiciones previenen que los mexicanos deben ser preferidos, en igualdad de condiciones, a los extranjeros, cuando no sea indispensable la calidad de ciudadanos (art. 32); que los Secretarios del Despacho deben ser ciudadanos mexicanos por nacimiento, estar en el ejercicio de sus derechos y tener treinta años cumplidos (art. 91) Y que el Procurador General de la República debe tener las mismas cualidades requeridas por la Ley para ser Ministro de la Suprema Corte de Justicia. (arts. 97 y 102.)

Por otra parte, la Ley Federal del Trabajo del año de 1931 excluyó de sus disposiciones a los empleados y funcionarios públicos al declarar que "las relaciones entre el Estado y sus servidores se regirán por las leyes del servicio civil que se expidan". (art. 2º)

Finalmente, la Suprema Corte declaró en varias ocasiones que los empleados públicos no estaban ligados con el Estado por un contrato de trabajo y que por lo tanto, no gozaban de las prerrogativas que para los trabajadores consignó el artículo 123 de la Constitución, ya que ésta "tendió a buscar un equilibrio entre el capital y el trabajo, como factores de la producción, circunstancias que no concurren en el caso de las relaciones que median entre el Poder Público y los empleados que de él dependen". (S. J. de la F., t. XXV, pág. 918.)

Sintiéndose la necesidad de limitar la facultad discrecional del Presidente de la República para nombrar y remover a sus empleados y ante la falta de datos experimentales que permitieran dar cima a la expedición de la Ley del Servicio Civil, se expidió el 9 de abril de 1934 un acuerdo presidencial estableciendo el servicio civil por un tiempo determinado.

En dicho acuerdo el Ejecutivo abdicaba de su facultad discrecional de remover a los empleados del Poder Ejecutivo y estatuía como seguridad de los propios funcionarios y empleados y en bien de la eficacia de los servicios públicos, un régimen interno con normas para la admisión y nombramiento de los servidores del Gobierno, señalando sus dereches, obligaciones y recompensas, y estableciendo la garantía durante la vigencia del acuerdo de que ningún funcionario o empleado podría ser removido sin. justa ,causa debidamente comprobada ante las Comisiones del Servicio Civil que el propio acuerdo estableció.

Sin discutir las bases del acuerdo a que se acaba de hacer referencia, por ser innecesario dada su efímera vigencia, sí se acentuó la tendencia que venía formándose de tiempo atrás que reclamaba la expedición de medidas más eficaces que garantizaran la estabilidad de la situación del servidor público y que impidieran que esa situación estuviera sujeta al capricho y arbitrariedad de las autoridades superiores.

Se llegó a pensar que dentro de la facultad del Ejecutivo para nombrar libremente a todos los empleados y funcionarios públicos no cabría el establecimiento del estatuto que definiera y garantizara los derechos del servidor público, es decir, de una legislación del Servicio Civil con las debidas protecciones para aquél, pues se pensaba que ninguna garantía tiene efectos serios y apreciables si discrecionalmente el Ejecutivo puede remover al empleado.

La objeción así presentada carecía de toda fuerza, pues el mismo precepto que autoriza al Ejecutivo para nombrar y remover libremente a sus empleados sólo concede facultad discrecional absoluta para ese nombramiento y para esa remoción respecto de los altos funcionarios públicos (Secretarios del Despacho, Procurador General de la República y del Distrito Federal y Gobernador del Distrito Federal) pero respecto a los demás empleados la facultad de nombrar y remover libremente se otorga siempre que el nombramiento o remoción no estén determinados de otro modo en la Constitución o en las leyes.

Dado que la Constitución cuando habla de la ley siempre se refiere a la que lo es formalmente, la restricción a la facultad de nombrar y remover libremente, no puede conseguirse por medio de un reglamento, pues esa restricción forma parte de lo que en otro lugar hemos llamado la "reserva de la ley",

Fuera de esa consideración, debe tenerse en cuenta que el reglamento es más fácilmente modificable y que siendo obra de la misma autoridad facultada para nombrar, y remover, existe el riesgo de que ella haga modificaciones inspiradas en motivos circunstanciales o personales y que, por lo mismo, a pesar de la generalidad de la disposición no pudiera evitarse la arbitrariedad.

De tal manera que se llegó a la conclusión de que una ley del Servicio Civil que viniera a restringir la libertad de acción del Ejecutivo sería perfectamente admisible por haber sido prevista en el mismo texto constitucional.

100. Toda esta etapa de imprecisión concluyó al ser expedido el cinco de noviembre de mil novecientos treinta y ocho el Estatuto de los Trabajadores al Servicio de los Poderes de la Unión, en el cual se define en forma detallada el régimen al que se sujetan los empleados. públicos.

Ese Estatuto fue sustituido por el de cuatro de abril de mil novecientos cuarenta y uno, y como las exigencias de los burócratas fueran en aumento, las garantías que hasta entonces habían sido objeto de leyes de carácter ordinario, se consagraron como leyes constitucionales en la adición que se hizo como apartado B al artículo 123 de la Constitución Federal el veintiuno de octubre de 1960. *(D.* O. de 5 de diciembre del mismo año.]

Con fecha 28 de diciembre de 1963, fue publicado en el *Diario Oficial,* la nueva Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del apartado B del artículo 123 constitucional que desde aquella fecha sustituye al Estatuto regulando el régimen de la función pública y que sólo ha sufrido pequeñas reformas por leyes posteriores.

De acuerdo con esta última ley, después de que ella define al trabajador al servicio del Estado como "toda persona que preste un servicio físico, intelectual o de ambos géneros ..." establece una división de los empleados públicos en dos categorías: la de empleados de confianza que son los que específicamente se enumeran en la Ley, y los cuales por no estar sometidos al régimen de ésta pueden ser nombrados y removidos libremente, y la de empleados de base sujetos en todo a las prescripciones de la propia Ley y que son todos los no incluidos en la enumeración referida [arts, 3º, 4º, 5º y 6º).

Igualmente quedan excluidos de la Ley de que se trata, además de los empleados de confianza, los miembros del Ejército y Armada Nacionales con excepción del personal civil del Departamento de la Industria Militar; el personal militarizado o que se militarice legalmente; los miembros del Servicio Exterior Mexicano; el personal de vigilancia de los establecimientos penales y aquellos que presten sus servicios mediante contrato civil o estén sujetos a pago de honorarios.

101. Las disposiciones de los artículos 3º y 12 de la nueva ley demuestran claramente que ella, a diferencia de los dos Estatutos que la precedieron, considera que el ingreso a la función pública se realiza por un acto que, aunque tiene carácter convencional, simplemente condiciona la aplicación de un régimen legal a un caso individual, lo cual significa que la teoría admitida hoy por la legislación mexicana es la de considerar esa relación jurídica como un acto-unión, es decir, con los caracteres que fueron señalados en el capítulo anterior.

En efecto, dichos preceptos disponen que el empleado público presta sus servicios en virtud de nombramiento o por figurar en las listas de raya de trabajadores temporales, para obra. determinada o por tiempo

fijo (art. 3[9] y 12) Y que el nombramiento deberá contener no todo el régimen a que estará sujeto el empleado, sino únicamente los datos siguientes: el nombre, nacionalidad, sexo, estado civil y domicilio; los servicios que deben prestarse; el carácter definitivo, interino, provisional, por tiempo fijo o por obra determinada, del nombramiento; la duración de la jornada de trabajo; el sueldo y demás prestaciones y el lugar en que han de prestarse los servicios.

102. Por lo que hace a las restricciones a la libertad de nombramiento de los empleados de base la Ley establece en primer término que ellos deben ser de nacionalidad mexicana y sólo pueden ser sustituidos por extranjeros cuando no existan mexicanos que puedan desarrollar el servicio respectivo (art. 9[9]).

En segundo lugar se prescribe que deben preferirse, en igualdad de condiciones, de conocimientos, aptitudes y antigüedad, a los trabajadores sindicalizados respecto de los que no lo estuvieren; a los veteranos de la Revolución: a los supervivientes de la invasión norteamericana de 1914; a los que con anterioridad hubieren prestado satisfactoriamente servicios y a los que acrediten tener mejores derechos conforme al escalafón (artículo 43, frac. 1).

Por último, la Ley previene que el titular de cada dependencia puede cubrir libremente las plazas de última categoría disponibles una vez corridos los escalafones respectivos con motivo de vacantes que ocurrieren y que de igual libertad gozará para cubrir vacantes temporales que no excedan de seis meses (arts. 62 y 63).

## CAPÍTULO IV

## LA SITUACION LEGAL DE LOS SERVIDORES PUBLICOS

103. Los deberes que la función pública impone.-l04. Sanciones.-I05. La naturaleza de los derechos de los funcionarios y empleados.-l06. El derecho al cargo. La inamovilidad.-I07. El derecho al ascenso.-I08. El derecho al sueldo o salario.-I09. Régimen de protección para el sueldo o salario.-llO. Otras ventajas económicas.-lll. La ley de Seguridad y Servicios Sociales.-1l2. Entidades. organismos y personas a quienes se aplica.-113. Las prestaciones que establece.-114. Beneficios.-1l5.El Instituto sucesor de la Dirección de Peno sienes Civiles.-116. La organízación económica y financiera.-1l7. Las garantías del patrimonio del Instituto.-1l8. Las garantías de las pensiones y jubilaciones.-1l9. Otros derechos otorgados por la ley. Estímulos y recompensas.

103. Habiendo estudiado en el capítulo anterior la forma como el particular ingresa al desempeño de las funciones públicas, conviene ahora estudiar los elementos de la situación jurídica en que se encuentra, es decir, el conjunto de obligaciones y derechos que tiene en razón de su calidad de funcionario o empleado público.

Principiaremos, pues, por el examen de los deberes que la función pública impone:

I. Previamente a la toma de posesión del cargo y, en consecuencia, a la iniciación de labores, la Constitución impone a los funcionarios públicos, sin excepción alguna, la obligación de prestar la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanan (art. 128).

En el texto primitivo de la Constitución de 1857 (art. 121), se decía que los funcionarios deberían prestar juramento, antes de tomar posesión, de guardar dichas leyes; pero al consumarse la separación de la Iglesia y el Estado, por virtud de las adiciones y reformas de 25 de septiembre de 1873, se estableció (art. 4º) que la simple promesa de decir verdad sustituiría al juramento religioso con sus efectos y penas, y en la Ley de 14 de diciembre de 1874, orgánica de aquellas adiciones y reformas, se previno que "la simple promesa de decir verdad y la de cumplir las obligaciones que se contraen, sustituyen al juramento religioso en sus efectos y penas; pero una y otra sólo son requisitos legales cuando se trata de afirmar un hecho ante los tribunales, en cuyo caso se prestará la primera, y la segunda cuando se tome posesión del cargo o empleo. Esta última se prestará haciendo protesta formal, sin reserva alguna, de guardar y hacer guardar, en su caso, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con sus adiciones y reformas y las leyes que de ella emanen. Tal protesta la deberán prestar todos los que tomen posesión de un empleo o cargo público, ya sea de la Federación, de los Estados o de los Municipios. En los demás casos en que con arreglo a las leyes el juramento producía algunos efectos civiles, deja de producirlos la protesta, aun cuando llegue a prestarse" (art. 21).

Por su parte, la Constitución de 1917, en su artículo 130, dispone: "La simple promesa de decir verdad y de cumplir las obligaciones que se contraen, sujeta al que la hace, en caso de que faltare a ella, a las penas que con tal motivo establece la ley."

La cita de todas estas disposiciones ha tenido por objeto descubrir el significado de la protesta exigida. Como se puede apreciar, ella equivale a la promesa solemne de cumplir con la obligación de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen, y como se desprende del artículo 21 de la Ley Orgánica de 1874, arriba transcrito, esa promesa sólo produce efectos legales cuando se hace al tomar posesión de un empleo o cargo.

II. La Ley reglamentaria impone a los trabajadores al servicio del Estado las siguientes obligaciones: (art. 44.)

*a)* Desempeñar las lahores con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, sujetándose a la dirección de sus jefes y a las leyes y reglamentos respectivos;

*b)* Observar buenas costumbres dentro del servicio;

*e)* Cumplir las obligaciones que les impongan las condiciones generales de trabajo;

*d)* Guardar reserva de los asuntos que lleguen a su conocimiento con motivo de su trabajo;

*e)* Evitar la ejecución de actos que pongan en peligro su seguridad y la de sus compañeros;

*f)* Asistir puntualmente a sus labores;

*g)* No hacer propaganda de ninguna clase dentro de los edificios o lugares de trabajo;

*h)* Asistir a los institutos de capacitación para mejorar su preparación y eficiencia.

104. La falta de cumplimiento de las obligaciones a que nos hemos referido produce consecuencias jurídicas. El funcionario o empleado que no las observe incurre en responsabilidad.

La responsabilidad puede contraerse respecto de terceros o respecto de la Administración de que forman parte.

Como al estudiar la situación de los particulares frente a la Administración nos habremos de ocupar de la responsabilidad que respecto de ellos puede originarse, en este lugar sólo examinaremos la responsabilidad de los empleados y funcionarios frente a la Administración.

Esa responsabilidad puede ser penal, administrativa o civil.

*a)* La responsabilidad penal de los funcionarios o empleados tiene lugar por delitos que sólo con esa calidad se pueden cometer, o bien por actos en los que se considera como un agravante la circunstancia de que su autor desempeñe una función pública.

El Código Penal consagra uno de sus títulos a los "Delitos cometidos por funcionarios públicos', considerando entre ellos: al ejercicio indebido o abandono de funciones públicas [art. 212); al abuso de autoridad (arts. 213 y 214); al cohecho (arts. 217 y 218), Y al peculado y concusión (arts. 219 y 224).

En el caso de revelación de secretos y en el de espionaje, se considera agravada la responsabilidad cuando dichos actos se cometen por funcionarios o empleados públicos (arts. 129 y 211 ).

Por último, la Constitución, en su título cuarto, señala las bases para la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

La ley de que se trata fue promulgada inicialmente, el 30 de diciembre de 1939 *(D. O.* de 21 de febrero de 1940), substituida por la de 27 de diciembre de 1979 *(D.* O. de enero 4 de 1980). Y en tercer término por

la actual Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos (publicada en el *D. O.* de 31 de diciembre de 1982).

En ella se hace una mención detallada de los sujetos de responsahilidad en el Servicio Público, de las obligaciones, responsabilidades y sanciones administrativas, en el mismo servicio, así como las que se deben analizar y resolver mediante juicio político, y por otra parte se señalan las autoridades competentes y los procedimientos para declarar la procedencia del procesamiento penal de los servidores que gozan de fuero, y por último establece como medida de 'control el registro patrimonial de los mismos servidores públicos.

*b)* La responsabilidad administrativa tiene lugar con motivo de cualquier falta cometida por el empleado en el desempeño de sus funciones, pudiendo ser concomitante con la responsabilidad civil y la penal de que antes hemos hablado.

Esa responsabilidad puede en unos casos traer como consecuencia la terminación de los efectos del nombramiento. En otros casos dicha responsabilidad no trasciende fuera de la Administración; la falta que la origina se denomina falta disciplinaria; la sanción que amerita es también una pena disciplinaria y la autoridad que la impone es la jerárquica superior al empleado que ha cometido la falta. Para el estudio de la responsabilidad administrativa y del procedimiento disciplinario nos remitimos a los desarrollos que más adelante hacemos al ocuparnos de la organización administrativa centralizada. (V. *inlra,* núm. 134.)

*e)* La responsabilidad civil tiene lugar en los casos en que la falta de cumplimiento de las obligaciones impuestas al titular del cargo produce un menoscabo en el patrimonio del Estado y es independiente de la imposición de las sanciones que establece la Ley de Responsabilidades de los Empleados y Funcionarios de la Federación.

La fuente de esta responsabilidad está en la ley, puesto que la relación del servicio constituye, como hemos repetido, una situacin legal.

La responsabilidad civil tiene de acuerdo con nuestra legislación como principal dominio en que se aplica, el de las faltas cometidas por empleados con manejo de fondos. Es para estos empleados un requisito previo al principio del desempeño de sus funciones, el otorgamiento de fianzas que garanticen su manejo. Cuando surge la responsabilidad civil, una vez que ella se constituye por resolución administrativa, se procede a hacer efectiva la indemnización correspondiente directamente sobre los bienes del responsable o sobre la fianza que garantiza su manejo.

Fuera de estos casos, la responsabilidad civil tiene una aplicación restringida, pues aparte de que, por razones mismas de la organización administrativa, la intervención de varios funcionarios o empleados en el acto perjudicial hace difícil la imputación de dicha responsabilidad, con más frecuencia se emplea el poder disciplinario para sancionar las faltas de los servidores públicos.

105. Siendo la relación de servicio una relación jurídica, ella implica, como antes dijimos, no sólo obligaciones sino también derechos a favor de los funcionarios y empleados.

Para precisar la naturaleza de esos derechos, debemos tomar en consideración los siguientes elementos:

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

2º Las obligaciones y derechos del funcionario o empleado constituyen una situación jurídica general no establecida para individuo en particular.

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

3º El hecho de que sea una ley la que define la situación del empleado o funcionario, no debe ser motivo para negar la existencia de derechos a su favor, pues la ley se considera como una de las fuentes de derecho.

4º Tampoco se puede negar la existencia de un derecho por la simple circunstancia de que no sea de índole patrimonial, ni pueda disponerse de él, pues aun el mismo derecho civil reconoce otros derechos distintos de los patrimoniales y que son también intransmisibles, tales como los derechos de familia, y, entre los patrimoniales, algunos también pueden ser intransmisibles, como sucede con los de un socio en una sociedad *inmitu. persona*.

5º Por último, el respeto en favor del empleado de las prerrogativas que la ley otorga no es incompatible ni con la exigencia de ir adaptando el servicio a las necesidades que el Estado debe satisfacer por conducto de la Administración ni con el funcionamiento regular y continuo de dicho servicio. Es decir, aun considerando a la Administración obligada respecto al empleado mientras rige la ley que impone la obligación, y sólo mientras rige, no se desvirtúan los principios que inspiran al estatuto del empleado, y por lo mismo, el Poder público puede cambiar dicho estatuto para hacer más eficaz el servicio. (V. *supra*, núm. 98.)

Hechas estas explicaciones entraremos en materia enumerando las diversas prerrogativas que pueden otorgarse al empleado y examinando al propio tiempo sus características y su alcance.

106. En primer término hay que examinar si el funcionario y el empleado tienen derecho al cargo o empleo para el que son designados.

Desde luego, debe afirmarse que el problema no puede entenderse en el sentido de pretender que el empleado o funcionario haya de tener derecho a que el empleo o cargo se considere como un bien que le corresponde.

Fuera de que el cargo o empleo no puede ser considerado jurídicamente como un bien, pues no es, según hemos visto, sino una esfera de competencia que no está en el comercio, nadie discute que el Estado tiene la facultad inalienable de arreglar su organización en la forma que mejor se adapte a la realización de sus atribuciones.

Dentro de nuestra legislación no vale la pena detenerse en esta cuestión dado que entre las facultades del Poder Legislativo se consigna expresamente la de "...crear y suprimir empleos públicos de la Federación", y bien sabido es que, siendo tal facultad del dominio de la soberanía, ningún acto puede coartarla para lo sucesivo.

Pero sí puede discutirse si mientras rija la ley que establece el empleo su titular tiene garantías en contra del Poder Público que pretendiera dar fin a la relación del servicio removiendo discrecionalmente al empleado. Es decir, el problema puede consistir en si el funcionario o empleado tiene derecho a la inamovilidad o sea al respeto de su calidad, mientras no ocurra alguna circunstancia especial prevista en la ley.

Gran diversidad de opiniones existe en la doctrina para resolver el problema, y así tanto los que sostienen la teoría del origen contractual como los que le asignan un origen unilateral, afirman que el empleado no tiene derecho a la inamovilidad, afirmando los primeros que como en el empleo hay un contrato por término indefinido, el Estado puede ponerle fin en cualquier momento, y los segundos, que siendo unilateral

el origen de la relación, unilateralmente puede el Poder público darla por concluida.

En cambio, dentro de las mismas dos teorías se sostiene también la tesis contraria, pues si se admite que hay contrato, este no puede dejarse, en cuanto a su cumplimiento, al arbitrio de una de las partes, y si se reconoce que hay relación unilateral, como a pesar de ello, la ley impone obligaciones al Estado, éste no puede proceder en contra de ellas.

Dentro de la tesis que consiste en considerar que la designación condiciona la aplicación de una situación jurídica general al individuo designado, es lógico que se piense que el problema no puede tener una solución teórica general, sino que ésta tendrá que sujetarse a las disposiciones que encierre la ley que engendra aquella situación jurídica.

En el sistema legal mexicano pueden distinguirse al respecto tres categorías de disposiciones: *a)* unas, conforme a la cuales el Poder público puede hacer libremente remociones; *b)* otras, en las que se fija un término a la duración del cargo, y *e)* las que establecen la facultad de remoción sólo por causas especiales y de acuerdo con un procedimiento también especial.

*a)* Dentro de la primera categoría cabe consignar la facultad del Presidente de la República, de remover libremente a los Secretarios del Despacho, a los Procuradores de Justicia y en general a todos los demás empleados de la Federación, cuya remoción no está determinada de otro modo en la Constitución o en las leyes (Const. Fed., arto 89, frac. 11). En el mismo caso se encuentran los empleados de confianza.

*b)* Como casos excepcionales fija la Constitución aquellos en que ella misma o las leyes determinan otra orma de remoción.

Entre esos casos deben considerarse los de empleos o cargos que tienen un término señalado' para que sean ocupados por su titular.

Tratándose de dichos funcionarios, o lo mismo que de los demás que estén en la misma situación aunque sea por virtud de leyes ordinarias, es indudable que como el tiempo que se les señala se ha fijado fundamentalmente en vista del interés público y no en el particular del funcionario o empleado, la ley puede modificar el término, a pesar de que haya empezado a correr, sin que aquéllos puedan considerarse afectados; pero mientras la ley está en vigor, una remoción de que fueran víctimas significaría una infracción de aquélla y es indudable que el funcionario o empleado afectado podría hacer valer dicha violación para que se reparara, lo cual Vendría a traducirse en el respeto de la situación que disfrutaba antes de dicha violación, es decir, vendría a constituir una garantía para su estabilidad.

e) Por último, tratándose de los casos en que sólo se permite la remoción por causas especiales y siguiendo un procedimiento también especial, circunstancias que bastan para configurar la inamovilidad, cabe repetir lo que indicamos para la categoría anterior y, por consecuencia, considerar que, aunque la ley pueda ser variada, mientras no se consume tal variación el funcionario o empleado tiene derecho a ser respetado.

La Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado ha consagrado firmemente la inamovilidad de los trabajadores de base al establecer que éstos no pueden ser cesados ni despedidos sin justa causa; al enumerar cuáles son justas causas para la remoción; al establecer que el Tribunal de Arbitraje es competente para conocer los conflictos que surjan con motivo de la separación y al declarar que la separación injustificada obliga al Estado a indemnizar (arts. 6[9], 46 Y 24).

Por su parte, la reforma constitucional ha establecido que "los trabajadores sólo podrán ser suspendidos o cesados por causa justificada en los términos que fije la ley. En caso de separación injustificada, tendrán derecho a optar por la reinstalación en su trabajo o por la indemnización correspondiente, previo el procedimiento legal. En los casos de supresión de plazas, los trabajadores afectados tendrán derecho a que se les otorgue otra equivalente a la suprimida o a la indemnización de ley" (Const. arto 123·B·IX).

107. Otro de los derechos que integran la situación del empleado público es el derecho al ascenso.

El concepto jurídico del ascenso comprende tanto la atribución de un empleo superior en la misma función, como la atribución de un sueldo mayor dentro del mismo empleo.

Los cargos públicos tienen situaciones diferentes, bien por estar escalonados en diversos grados, bien por estar diversamente remunerados o, en fin, por guardar unos con relación a otros una situación de superioridad.

El derecho administrativo moderno tiende a reconocer que el nombramiento para un empleado "no es, frente al individuo, el final de una situación personal, sino el punto inicial de una gradual ascensión hacia una mejor posición". (D'Alessio, *op, cit.,* t. 1, pág. 475.)

En otros términos, el derecho moderno tiende a desarrollar como base del servicio civil, la carrera del empleado, creando a favor de éste la posibilidad de ir mejorando mediante el ascenso.

La finalidad de éste es, como dice Ruiz y Gómez, obtener el personal más idóneo en los cargos públicos. Atiende, pues, al interés del servicio; "mas al lado de éste es preciso tener en cuenta el interés del funcionario o empleado, pues de otro modo no puede conseguirse la idoneidad bus-

cada. Debe, pues, compaginarse el interés del funcionario con el interés del servicio para obtener servidores capaces y dignos, regulando el ascenso como un derecho del funcionario y dando a los cargos respectivos la remuneración, consideración y dignidad debidas". *(Princ. Gen. de D. Adm.,* pág. 236.)

Varios son los sistemas adoptados para el ascenso de los empleados públicos. Entre ellos pueden citarse el de elección libre, el que toma como base la antigüedad en el servicio, el que se funda en los méritos adquiridos por el empleado y el que se apoya en las aptitudes del aspirante.

La reforma constitucional ordena que "los trabajadores gozarán de derechos de escalafón, a fin de que los ascensos se otorguen en función de los conocimientos, aptitudes y antigüedad".

Por su parte la Ley reglamentaria determina que para efectuar las promociones de ascensos de los trabajadores se formará en cada dependencia un escalafón (art. 47); que las vacantes se otorgarán a los trabajadores de la categoría inmediata inferior que acrediten mejores derechos en la valoración y calificación de los factores escalafonarios (art. 51); que las vacantes se cubrirán mediante concursos (art. 48); que tienen derecho para participar en los concursos todos los trabajadores de base con un mínimo de seis meses en la plaza del grado inmediato inferior (art. 48); que son factores escalafonarios: los conocimientos, la aptitud, la antigüedad, la disciplina y puntualidad (art. 50) y finalmente que las vacantes se otorgarán en igualdad de condiciones al trabajador que acredite mayor tiempo de servicios (art. 51). Se previene, además, que para el manejo del escalafón habrá en cada dependencia una Comisión Mixta formada por igual número de representantes del titular y del sindicato y de un árbitro que decida en los casos de empate (art. 54).

108. El funcionario y el empleado gozan, además, de ciertas ventajas materiales que el Estado les otorga.

Entre esas ventajas se encuentra, en primer término, la remuneración, que en la mayoría de los casos recibe el nombre de sueldo y que se fija unilateralmente por el Estado, sin que pueda ser motivo de alteraciones por la vía contractual.

Se discute en doctrina la verdadera naturaleza jurídica de la percepción del sueldo por el empleado.

Dentro de una primera opinión, se niega que el empleado tenga un derecho al sueldo, porque "el sueldo, la pensión de retiro y todas las ventajas materiales, dice Duguit, son fijadas por la ley del servicio, no en razón de las prestaciones proporcionadas, no como rentas (redevances) debidas a cambio de estas prestaciones, sino para dar al funcionario una situación material y moral en relación con la función que desempeña y

que le permita asegurar el buen funcionamiento del servicio público, sin tener que preocuparse por las necesidades de la vida. El sueldo, las ventajas materiales de cualquier naturaleza, aprovechan ciertamente al funcionario; pero son establecidos, y el *quantuni* es fijado, no en vista del funcionario, no en razón de las prestaciones que él proporciona, sino en vista del buen funcionamiento del servicio público". *(op, cit.,* t. 111, página 99.)

La segunda opinión sostiene que .el empleado tiene un verdadero derecho de crédito y que el sueldo no puede entenderse sino como una contraprestación por los servicios que presta, sin que quepa objetar que la relación de servicio no es un contrato, pues el derecho que asiste al empleado podría explicarse, en último término, como una acción de enriquecimiento ilegítimo, mediante la cual podría repetir por aquello en que ha enriquecido a la Administración. (Bielsa, *op, cit.,* t. I1, pág. 116.) Dentro de este modo de pensar se define el sueldo como la "retribución en dinero que el funcionario o empleado percibe por el servicio prestado, retribución equivalente y en proporción a la duración del servicio y que, fijada anualmente, es pagada por períodos regulares". *(Ibíd.,* t. Il, página 115.)

Por nuestra parte opinamos que las razones que se aducen para demostrar que el sueldo no es un derecho, no son bastantes para fundar esa conclusión, y que algunas de ellas son inexactas a la luz de los principios de nuestra legislación.

En efecto, el sueldo del funcionario público es una compensación de los servicios que presta, como se desprende de los artículos 5º y 13 constitucionales. El primero establece como regla general que a nadie se le puede obligar a prestar trabajos personales sin la justa retribución, y el segundo determina que ninguna persona puede gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley.

La ley reglamentaria no deja ninguna duda sobre este particular pues en su artículo 32 determina que "el salario es la retribución que debe pagarse al trabajador a cambio de los servicios prestados".

De aquí se desprende claramente que, dentro de la legislación positiva, el sueldo tiene el carácter de "justa retribución", de una "compensación", es decir, de una verdadera contraprestación.

Que el sueldo sea fijado en atención al buen servicio y de acuerdo con el rango social que corresponda al carácter de la función encomendada, no le quita su carácter de compensación, pues mientras más elevada sea la función, se tiene que prestar un servicio más eficiente y de mayor responsabilidad.

Esta circunstancia lo más que puede explicar es que el sueldo no sea renunciable, pero no que deje de ser una contraprestación del servicio.

Tampoco puede ser negado el carácter de derecho que tiene el sueldo por la circunstancia de que, mientras no se devengue, pueda ser modificado libremente por el Poder público, pues la posibilidad de variarlo no es un elemento esencial del sueldo.

Según los incisos IV, V Y VI del apartado *B* del artículo 123 constitucional, los salarios serán fijados por los presupuestos respectivos, sin que su cuantía pueda ser disminuida durante la vigencia de éstos y en ningún caso podrán ser inferiores al mínimo para los trabajadores en el Distrito Federal, sin hacer distinciones, y sólo se podrán practicar retenciones, descuentos y deducciones en los casos previstos en las leyes.

109. En tanto que el sueldo se fija en atención a las necesidades del empleado y representa la remuneración que le permite consagrarse al servicio sin estar inquietado por aquellas necesidades, se han establecido en la ley diversas disposiciones que tienden a asegurar esta finalidad del salario.

Así se previene que éste no es susceptible de embargo, ni de retenciones, descuentos ni deducciones, salvo en los siguientes casos especialmente señalados: *a)* cuando el trabajador contraiga deudas con el Estado por concepto de anticipo de salarios, pagos hechos con exceso, errores, pérdidas; *b)* cuando se trate de cuotas sindicales o de cooperativas o de cajas de ahorro, siempre que el empleado hubiera dado previamente su conformidad; *e)* cuando se trate de descuentos ordenados por el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado con motivo de obligaciones contraídas por el trabajador; *d)* cuando se trate de embargos por concepto de alimentos, y *e)* cuando se trate de obligaciones consentidas derivadas de la adquisición o uso de casas baratas. Salvo en estos tres últimos casos, en los demás el descuento no puede exceder del treinta por ciento del importe del salario total (arts. 45 y 38).

110. Existen al lado del sueldo otras ventajas económicas, que el empleado puede retirar eventualmente del cargo que desempeña.

Así, la que corresponde al trabajador en atención a circunstancias de insalubridad o carestía de Ia vida en el lugar donde presta sus servicios, se denomina sobresueldo.

La que se otorga para compensar gastos de viaje, alojamiento, etc., que el empleado tiene que cubrir por su movilización y permanencia fuera de su residencia oficial, es la que se conoce con el nombre de viáticos.

Las compensaciones que se dan al funcionario o empleado por los gastos de atenciones sociales que impone el rango, constituyen los gastos de representación.

Las que se conceden por servicios especiales o extraordinarios exigidos por el desempeño adecuado de la función, pero que no entran en la normalidad de ésta, son las gratificaciones.

Finalmente, las que se conceden por trabajos en horas fuera de la jornada legal y que deben ser por el ciento por ciento más del salario asignado a las horas de jornada ordinaria (art. 39).

La Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público *(D. O.* de 31 de dic. 1976), autoriza el pago a los familiares del funcionario o empleado que fallezca y tuviere una antigüedad en el servicio de seis meses por lo menos, de hasta el importe de cuatro meses de los sueldos, salarios, haberes, gastos de representación y demás asignaciones que hubiere percibido en la fecha del deceso (art. 36).

111. Debemos referirnos al nuevo régimen de prestaciones que con el carácter de obligatorias establece la ley vigente del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado de 27 de diciembre de 1983 que vino a substituir a la anterior de 28 de diciembre de 1959 y que corresponde al régimen de seguridad social que ha ordenado el inciso XI del apartado B del artículo 123 constitucional.

Esa ley debe ser examinada en estos aspectos: *a)* en primer término, a quienes se aplica; *b)* .ouáles son las prestaciones que establece, y e) cuáles son las bases económicas y legales del régimen que adopta.

112. Según el artículo 1º de la ley, ella se aplica: a los trabajadores al servicio civil de las dependencias y de las entidades de la Administración Pública Federal que por ley o por acuerdo del Ejecutivo Federal se incorporen a su régimen, así como a los pensionistas y a los familiares derechohabientes de unos y otros; a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y de los Poderes de la Unión; a las dependencias y entidades de la Administración Pública en los estados y municipios y a sus trabajadores en los términos de los convenios que el Instituto celebre de acuerdo a la ley y las disposiciones de las demás legislaturas locales; a los diputados y senadores que durante su mandato constitucional se incorporen individual y voluntariamente al régimen; a las agrupaciones o entidades que en virtud de acuerdo de la Junta Directiva se incorporen al régimen de esta ley.

113. Según el ordenamiento legal que se reseña, se han establecido (art. 3º con carácter obligatorio las siguientes prestaciones:

*a)* Medicina preventiva.
*b)* Seguro de enfermedades y maternidad.
*e)* Servicios de rehabilitación física y mental.
*d)* Seguro de riesgos del trabajo.
*e)* Seguro de jubilación.
*f)* Seguro de retiro por edad y tiempo de servicios.

*g)* Seguro de invalidez.
*h)* Seguro por causa de muerte.
*i)* Seguro de cesantía en edad avanzada.
*j)* Indemnización global.
*k)* Servicios de atención para el bienestar y desarrollo infantil.
*l)* Servicios de integración a jubilados y pensionados.
*m)* Arrendamiento o venta de habitaciones económicas pertenecientes al Instituto.
*n)* Préstamos hipotecarios para la adquisición en propiedad de terrenos y/o casas, construcción, reparación, ampliación o mejoras de las mismas; así como para el pago de pasivos adquiridos por estos conceptos.
o) Préstamos a mediano plazo.
*p)* Préstamos a corto plazo.
*q)* Servicios que contribuyan a mejorar la calidad de vida del servidor público y familiares derechohabientes.
*r)* Servicios turísticos.
*s)* Promociones culturales, de preparación técnica, fomento deporti. vo y recreación.
*t)* Servicios funerarios.

14. De las prestaciones señaladas se benefician las siguientes pero sonas:

*a)* Del seguro de enfermedades no profesionales, el trabajador, el pensionista y sus familiares, si dependen económicamente de aquéllos (arts. 23 y 24).
*b)* Del seguro de maternidad, la mujer trabajadora, y la 'esposa o concubina del trabajador o pensionista (art. 28).
*e)* De las prestaciones' sociales como son las de promoción para el mejoramiento del nivel de vida, del nivel social y cultural, los trabajadores y sus familiares [arts, 137 a 141).
*d)* De la jubilación, del seguro de vejez, de invalidez y de la indemnización global, los trabajadores mismos.

Tienen derecho a la jubilación los trabajadores con treinta años/ o más de servicios e igual tiempo de contribución al Instituto. La jubilación da derecho al pago de una cantidad equivalente al 100% del sueldo regulador, o sea, el promedio de los sueldos disfrutados en los cinco últimos años de servicios (art. 60).

A la pensión por vejez tienen derecho los trabajadores que habiendo cumplido 55 años de edad, tuviesen 15 años de servicios como mínimo e igual tiempo de contribución al Instituto. El monto de esa pensión va desde el 40% del sueldo regulador, cuando sólo se han prestado 15 años de servicios, hasta el 95% cuando se han cumplido 29 años .de dichos servicios [arts, 61, 62, 63).

La ley establece también una pensión por invalidez para los trabajadores que se inhabiliten física o mentalmente por causas ajenas al desempeño de su cargo si hubiesen contribuido al Instituto cuando menos durante 15 años. En estos casos la pensión se regulará en los mismos términos que la pensión por vejez (art. 67).

Al trabajador que sin tener derecho a pensión por vejez o invalidez se separe definitivamente del servicio, se le otorga una indemnización global equivalente al monto de las cuotas con que hubiere contribuido, bien exclusivamente en caso de que haya prestado de uno a cuatro años de servicio, bien con un mes o dos meses más del último sueldo básico, si tuviese de cinco a nueve años o de nueve a catorce respectivamente (art. 87).

Finalmente, la muerte del trabajador por causas ajenas al servicio y siempre que hubiere contribuido por más de quince años, así como la de un pensionado por vejez o por invalidez, dan origen a las pensiones por causa de muerte, que son las de viudez, de orfandad o a los ascendientes, en su caso, debiendo calcularse la pensión en forma igual a la de la pensión, de vejez en el primer año posterior al deceso y durante los cinco años posteriores disminuirá en un 10% hasta reducirla al 50% de la cifra primitiva. Cuando fallece un jubilado o un pensionado por vejez o invalidez, sus deudos percibirán durante el primer año el 80% del monto original, y del segundo en adelante se irá rebajando en un 10% hasta llegar a la mitad de la pensión original (arts. 57, 63, 73 y 76).

*d)* Respecto de las habitaciones económicas, de los préstamos hipotecarios, y del fondo de la vivienda que permite al trabajador obtener crédito barato y suficiente para la adquisición, construcción, reparación, ampliación de sus habitaciones así como para financiar programas de construcción de habitaciones para los trabajadores, de los préstamos a corto plazo, la ley establece un sistema de protección en favor de éstos para librarlos de las operaciones usurarias (arts. 91 al 136).

115. Para el cumplimiento de la ley y para hacerse cargo de las prestaciones referidas se transformó la antigua Dirección de Pensiones Civiles creada por Ley de 12 de agosto de 1925 en un organismo que se denomina Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, con una personalidad y un patrimonio propios y teniendo el carácter de organismo público descentralizado (art. 4°).

116. De conformidad con el nuevo régimen, la organización económica y financiera del sistema adoptado se basa, en primer término, en las aportaciones que deben hacer los empleados, los pensionistas y los organismos a los cuales se aplica la ley.

Según el articulo 16, los trabajadores deben aportar al Instituto como cuota obligatoria el ocho por ciento del sueldo básico que disfruten, la cual servirá en un dos por ciento para cubrir el seguro de enfermedades

no profesionales y de maternidad y el seis por ciento restante para tener derecho a las demás prestaciones legales. La cuota del seguro de enfermedades no profesionales y de maternidad en favor de pensionistas y sus familiares, se cubrirá mediante un cuatro por ciento sobre la pensión, un dos por ciento de la pensión a cargo de la entidad u organismo público correspondiente y otro dos por ciento de la misma pensión a cargo del Instituto.

Por su parte, las entidades y organismos públicos a los que se aplica la ley, deben cubrir al Instituto los siguientes porcentajes sobre los equivalentes al sueldo básico de los trabajadores: un seis por ciento para cubrir el seguro de enfermedades no profesionales y de maternidad; 0.75 por ciento para cubrir íntegramente el seguro de accidentes del trabajo y de enfermedades profesionales y seis por ciento para cubrir las demás prestaciones (arts. 21 y 22).

Se previene que si en cualquier tiempo los recursos del Instituto no bastaren para cumplir con las obligaciones a su cargo, el déficit será cubierto por las entidades y organismos a los que se aplica la ley, en la proporción que a cada uno corresponde (art. 177).

117. La ley ha procurado dar una estabilidad especial al patrimonio del Instituto, y al efecto ha dispuesto, por una parte, que los trabajadores contribuyentes no adquieren derecho alguno ni individual ni colectivo sobre dicho patrimonio, sino sólo a disfrutar los servicios que la misma ley otorga, y por otra parte, que los bienes pertenecientes al Instituto gozarán de las franquicias, prerrogativas y privilegios concedidos a los fondos y bienes de la Federación y que sus actos y contratos estarán igualmente exentos de toda clase de impuestos y derechos (arts. 175 y 176).

118. También se ha querido proteger el derecho del trabajador a la pensión y a la jubilación, y así se establece que su derecho a ellas es imprescriptible (art. 186); que es nula. toda enajenación, cesión o gravamen de las pensiones ya devengadas o futuras y que son inembargables a menos que haya orden judicial para hacer efectiva la obligación de dar alimentos o cuando se trate de exigir el pago de adeudos al Instituto.

119. Además de los derechos de los trabajadores que hemos señalado anteriormente, la Ley reglamentaria del apartado *B* del artículo 123 constitucional establece los de ser reinstalados en sus plazas y de que se les paguen los salarios caídos cuando hubiese laudo a su favor; el de que se les otorgue otra plaza equivalente cuando se suprima la que tengan; de ser indemnizados por separación injustificada, cuando los empleados opten por la indemnización; de que se les proporcionen los útiles, instrumentos y materiales para el trabajo; los de que se les propicien los medios que les permitan el arrendamiento o la compra de habitaciones baratas (art. 43).

Por otra parte la Ley de 5 de diciembre de 1975 *(D. O.* 31 del mismo) reformada en 16 de diciembre de *1979(D. O.* enero 15 de 1980) previene que se otorgarán estímulos y recompensas a los empleados públicos y crea el Premio Nacional de Administración Pública para los seleccionados en los términos de la ley entre los servidores públicos (art. 92). Y según el art. 34 reformado de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, por cada cinco años de servicios prestados, los trabajadores tendrán derecho a una prima complementaria del salario, cuyo monto o proporción se debe fijar en el Presupuesto de Egresos correspondiente *(D. O.* 31 de diciembre de 1979).

## CAPÍTULO V

## LA SITUACION LEGAL DE LOS SERVIDORES PUBLICaS

*(ContinuacionJ*

120. La organización sindical de los empleados públicos.—121. El sindicato de acuerdo con el Estatnlo.-122. El derecho de huelga.—123. El Tribunal de Arbitraje.-124. Causas de interrupción y de suspensión de la relación del servicio.—125. Terminación de los efeetos del nombramiento.

120. La Constitución reconoce a los trabajadores el derecho de asociación sindical y el de huelga y la Ley reglamentaria consigna además el de formar parte en el Tribunal de Arbitraje, por medio de un representante de la Federación de Sindicatos de los trabajadores al servicio del Estado.

El movimiento tendiente a la organización sindical de los empleados públicos ha sido un movimiento que se ha producido en los más importantes Estados contemporáneos y que ha sufrido en ellos mil vicisitudes.

Se ha objetado el derecho de sindicalizarse alegando que el sindicato es una organización con vista a la huelga, la cual es contraria al funcionamiento normal y continuo del servicio público; que el sindicato es una organización hostil a la jerarquía administrativa y a la organización política del país porque resta facultades a los gobernantes para organizar los servicios públicos y su personal; que el sindicato amenaza la organización constitucional del Estado por tender a constituir como forma de representación nacional la de las fuerzas económicas o clasistas en vez de la del ciudadano.

Contra esas objeciones se ha levantado la defensa aduciendo que ninguno de los peligros que se prevén puede ser justificado si la ley establece una regulación adecuada que garantice el respeto de la jerarquía administrativa y de la organización política y constitucional del Estado,

y que en cambio es innegable la justificación de las finalidades principales del movimiento sindicalista, que pueden resumirse en las siguientes:

*"a)* Defender la situación de los funcionarios en sus cargos contra injustas separaciones o postergaciones, propendiendo al estahlecimiento de garantías cuando aún no existen.

*"b)* Procurar que se respeten las reglas o disposiciones que regulan el ingreso, ascenso, separación del cargo público y todas aquellas otras que garantizan la carrera del funcionario.

*"e)* Proponer las reformas o medidas que se estimen convenientes para el mejor funcionamiento del servicio público, dirigiéndose para ello a la autoridad competente.

*"d)* Compartir los funcionarios, por el prestigio y fuerza de sus sindicatos, la dirección del servicio público.

*"e)* Llegar los sindicatos a ser factor político en la nueva organización de la representación nacional, en la cual las fuerzas productivas de la Nación constituirán un vasto mecanismo de representación a través de los sindicatos." (Ruiz y Gómez, *op, cit.,* pág. 301.)

121. Pues bien, como antes indicamos, la. Constitución y la Ley reconocen a los trabajadores el derecho de asociarse en sindicatos, uno por cada Dependencia, para el estudio, mejoramiento y defensa de sus intereses comunes, en el concepto de que todos los trabajadores al servicio del Estado tendrán derecho a formar parte del sindicato correspondiente, pero una vez que ingresen a él no podrán dejarlo salvo que fueran expulsados, caso en el cual pierden todas las garantías sindicales y en el concepto igualmente de que el Estado en ningún caso puede aceptar la cláusula de exclusión y de que los trabajadores de confianza no podrán formar parte de los sindicatos (arts. 67, 68, 69, 70 y 76).

Se establece, además, como una facultad de cada sindicato, la de formar parte de la Federación de Sindicatos de Trabajadores al Servicio del Estado, única Central de los mismos que será reconocida por el Estado (art. 78).

La ley considera como funciones principales de los Sindicatos, la de hacerse oír en la fijación de las condiciones generales de trabajo; la de intervenir en los ascensos y separaciones de los trabajadores; la de emitir su parecer en los casos de sustitución de mexicanos por extranjeros; la de facilitar las labores del Tribunal de Arbitraje, y la de patrocinar y representar a sus miembros ante dicho Tribunal y ante las autoridades superiores (arts. 9º, 54, 57 y 77).

Al mismo tiempo la Ley señala como prohibiciones a los sindicatos: la de hacer propaganda de carácter religioso, la de ejercer la función de comerciantes, la de usar de la violencia con los trabajadores libres para

obligarlos a que se sindicalicen; la de fomentar actos delictuosos contra personas o propiedades y la de adherirse a organizaciones o centrales obreras o campesinas (art. 79).

122. La ley reconoce la posibilidad de una suspensión temporal del trabajo como resultado de una coalición de trabajadores decretada en la forma y términos que la Ley establece (art. 92). Se previene que la huelga sólo podrá ser declarada cuando se violen de manera general y sistemática los derechos que consagra el apartado *B* del artículo 123 constitucional y siempre que estén de acuerdo para declararla las dos terceras partes de los trabajadores de la dependencia afectada (arts. 94 y 99).

Antes de la suspensión de labores los trabajadores deben presentar por escrito sus peticiones al Presidente del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, quien fijará un término de diez días al funcionario respectivo para que resuelva sobre las peticiones. El Tribunal, dentro de las setenta y dos horas siguientes, deberá resolver si la huelga es legal o ilegal, procediéndose en el primer caso a la conciliación de las partes [arts. 100 y 101).

Si la huelga se considera legal y si pasan diez días sin que la autoridad correspondiente hubiere llegado a un entendimiento con sus empleados, los trabajadores podrán suspender sus trabajos (art. 102).

Si el Tribunal resuelve que la declaración de huelga es ilegal, debe prevenir a los trabajadores que la suspensión de labores se considerará como causa justificada de cese (art. 104).

Si la suspensión de labores se lleva a cabo antes del plazo fijado, el Tribunal declarará la inexistencia del estado de huelga, fijará un plazo de veinticuatro horas para que se reanuden las labores, apercibiendo a los huelgistas de que si no lo hacen quedarán cesados sin responsabilidad del Estado (art. 103).

Se considerará que la huelga es ilegal y aun delictuosa, cuando la mayoría de los huelguistas ejecuten actos violentos o cuando se decrete en los casos del artículo 29 constitucional (art. 106).

La huelga termina: por avenencia de las partes; por resolución de la asamblea de trabajadores tomada por mayoría de los mismos; por la declaración de ilegalidad o inexistencia y por laudo de persona o tribunal que a solicitud de las partes se avoque del conocimiento del asunto [art. 108).

123. Para la resolución de las cuestiones contenciosas que surjan con motivo de la aplicación de la Ley, la Constitución y la ley han establecido un Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, que se formará por un representante del Gobierno Federal, por otro de la Federación de Sindicatos y por un tercer árbitro que nombren los dos anteriores (art, 118).

El Tribunal es competente para conocer de los conflictos individuales que se susciten entre titulares de una Dependencia y sus trabajadores;

para conocer y resolver los conflictos colectivos entre las organizaciones al servicio del Estado y éste; para conocer y resolver los conflictos sindicales e intersindicales y para llevar a cabo el registro de los sindicatos y la cancelación del mismo, así como efectuar el registro de las condiciones generales de trabajo (arts. 72,83 Y 124).

La Suprema Corte de Justicia, con motivo de haber sido emplazada para contestar una demanda de un empleado de la propia Corte, desconoció categóricamente la competencia del Tribunal de Arbitraje, y al efecto sostuvo que: "El Tribunal Pleno de esta Suprema Corte ... no acepta ni podrá aceptar por ningún motivo ni bajo cualquier aspecto que el Tribunal de Arbitraje tenga facultad alguna conforme a la Constitución General de los Estados Unidos Mexicanos, Ley Suprema a la que deben ajustarse no sólo los actos de cualquier autoridad, por elevada que sea, sino aun las mismas leyes que expida el Congreso de la Unión, para emplazar y someter a juicio a cualquiera de los órganos del Poder Judicial Federal y, especialmente, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. .. pues como Tribunal Máximo del país ningún otro Poder de los instituidos por la Constitución puede revisar o juzgar de sus resoluciones que constituyen el ejercicio pleno de su soberanía y que, por lo tanto, menos puede un Tribunal secundario, como es el de Arbitraje. .. tener las facultades constitucionales para enjuiciar a la Suprema Corte." (Nota del Presidente de la Corte, Lic. Salvador Urbina, del 11 de julio de 1941.)

Aceptando esta tesis, el inciso XII del apartado *B* del artículo 123 constitucional dispone que "los conflictos entre el Poder Judicial de la Federación y sus servidores serán resueltos por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación".

124. Existen causas legales que determinan la interrupción de la actividad a que está obligado el servidor público; otras que suspenden los efectos del nombramiento, y finalmente, otras que producen la terminación misma de esos efectos.

Las primeras están constituidas por las vacaciones y licencias.

El artículo 123 en su apartado *B,* incisos 11 y 111, establece que por cada seis días de trabajo disfrutará el trabajador de un día de descanso por lo menos. Por acuerdo presidencial de 27 de diciembre de 1972 se estableció la semana laboral de cinco días para los trabajadores de dependencias del Ejecutivo Federal y se determinó que ellos 'disfrutarán de dos días de descanso continuos, de preferencia sábado y domingo, CQn goce íntegro de su salario. Conforme a la Ley, los trabajadores que tengan más de seis meses consecutivos de servicios, disfrutarán de dos periodos anuales de vacaciones de diez días cada uno, en las fechas que se señalen al efecto (art. 30).

Los trabajadores al servicio del Estado que sufran enfermedades no profesionales tienen derecho a licencias individuales, cuya duración y condiciones respecto de goce de sueldo dependen del término que el empleado tenga de prestar servicios continuados (art. 111).

Las causas de suspensión temporal de los efectos del nombramiento son que el trabajador contraiga alguna enfermedad contagiosa que signifique un peligro para las personas que trabajan con él, y la prisión preventiva del trabajador seguida de sentencia absolutoria o el arresto impuesto por autoridad judicial o administrativa, a menos que tratándose de arresto, el Tribunal de Arbitraje resuelva que debe tener lugar el cese del empleado. También podrán ser suspendidos hasta por sesenta días los trabajadores que tengan manejo de fondos, cuando apareciere alguna irregularidad en su gestión mientras se practica la investigación y se resuelve sobre su cese (art. 4S).

125. Finalmente, las causas de terminación de los efectos del nombramiento se señalan en la ley, relevando de responsabilidad al Estado, en la forma siguiente: renuncia o abandono del empleo; conclusión del término o de la obra fijados en el nombramiento; muerte del trabajador; incapacidad permanente física o mental del mismo; resolución discrecionai del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje en los casos siguientes: *a)* cuando el trabajador incurriese en faltas de probidad u honradez o en actos de violencia, amagos, injurias, o malos tratamientos contra sus jefes o compañeros o contra los familiares de unos u otros, ya sea dentro o fuera de las horas de servicio; *b)* cuando faltare por más de tres días consecutivos a sus labores sin causa justificada; *e)* por destruir intencionalmente edificios, obras, maquinaria, instrumentos, materias primas y demás objetos relacionados con el trabajo; *d)* por cometer actos inmorales durante el trabajo; *e)* por revelar los asuntos secretos o reservados de que tuviere conocimiento con motivo del trabajo; *f)* por comprometer con su imprudencia, descuido o negligencia la seguridad del taller, oficina o dependencia donde preste sus servicios o de las personas que allí se encuentren; g) por no obedecer sistemática e injustificadamente las órdenes que reciba de sus superiores; *h)* por concurrir habitualmente al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de algún narcótico o droga enervante; *i)* por falta comprobada al cumplimiento de las condiciones generales de trabajo o por prisión que sea el resultado de una sentencia ejecutoria [art, 44).

El mismo precepto determina que en los casos de los incisos señalados se podrá suspender desde luego al trabajador si con ello estuviere conforme la directiva del Sindicato a que perteneciese; pero que si no fuera así, se podrá ordenar la remoción a oficina distinta hasta que el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje resuelva en definitiva.

## CAPÍTULO VI

## FUNCIONARIOS DE HECHO

126. La doctrina de los funcionarios de hecho.-I27. La doctrina en el derecho internacional. Gobiernos de *jure* y Gobiernos de *jacto.* El problema ante el derecho constitucional. La incompetencia de origen.-I28. Los funcionarios de hecho en el derecho administrativo.-I29. La doctrina en el sistema legal mexicano.-130. Responsabilidades. Indemnización por servicios.

126. Según los principios de derecho público, la situación jurídica del titular de atribuciones del Estado solamente se adquiere por el individuo investido de un cargo público en los términos que las leyes determinan. De otro modo dicho, el acto de nombramiento o de elección del funcionario o empleado público, condicionará para éste la atribución de la situación jurídica referida y la posibilidad legal de asumir todas las facultades y obligaciones del cargo para el cual ha sido investido.

Para no hablar sino de los Poderes que la Constitución establece, es fácil demostrar que en este Código se encuentra regulada estrictamente la forma de obtener la investidura necesaria para ejercer la competencia que a cada uno de los mismos Poderes se atribuye.

Así, tratándose del Poder Legislativo, los artículos 51 a 60 constitucionales establecen quiénes son los titulares de ese Poder, en qué forma son electos para el desempeño de su cargo, qué requisitos deben tener pera convertirse en titulares y qué organismos están encargados de verificar la regularidad de la elección.

Por lo que hace al Poder Ejecutivo, los artículos 80 y 82 establecen quién es el titular, en qué forma se elige o se designa y los requisitos que se necesitan para llegar a serlo.

Por último, iguales prescripciones rigen acerca de los titulares del Poder Judicial en los artículos 94 y 101 de la misma Constitución Federal.

De tal manera, que las funciones correspondientes a cada uno de los Poderes que constitucionalmente se establecen, solamente pueden ejercítsrse por los titulares de esos Poderes, y solamerae existen como titulares legítimos, como funcionarios de derecho, cuando se han observado las prescripciones de la Constitución y de la Ley Electoral en su caso, que fijan el procedimiento para la elección o la designación correspondiente.

De la misma manera, cuando se trata de cargos públicos regulados no por preceptos constitucionales sino por leyes secundarias, tampoco podrán considerarse como funcionarios legítimos o de *jure* los individuos que hayan ingresado a dichos cargos sin sujetarse a las leyes respectivas.

Aunque en estricto rigor, dichos funcionarios irregulares no pueden actuar válidamente en nombre del Poder Público ya que no se han llenado las condiciones para que adquieran la competencia inherente al cargo, se ha admitido, sin embargo, que tratándose de algunos de esos funcionarios irregulares hay que reconocer dentro de ciertas limitaciones la validez de sus actos, pues el interés público así lo exige para dar seguridad a las relaciones jurídicas. En efecto, razones de equidad, de necesidad, obligan a considerar que deben sostenerse ciertos actos de aquellos funcionarios, pues es necesario proteger a las personas que se han visto obligadas a tratar con un funcionario que tiene todas las apariencias de funcionario legítimo, y respecto del cual no sería razonable, y sí completamente inusitado, exigir que el público que tiene que acudir ante él le reclame previamente a su intervención la demostración de que ha llenado todos los requisitos de ley para adquirir la investidura en el cargo que de hecho está desempeñando.

Para atender a esa necesidad social se ha formado la doctrina de los funcionarios de hecho o de *tacto,* que será la materia del presente capítulo.

127. El problema de los funcionario de *tacto* interesa no sólo al derecho administrativo, sino también y en realidad allí ha tenido su origen, al derecho internacional, pues el reconocimiento por un Estado, del gobierno de otro nacido no de acuerdo con las leyes sino de un movimiento revolucionario, y la capacidad de un gobierno de hecho para responsabilizar a un Estado frente a otros, constituyen problemas que ocurren a menudo en la vida internacional.

Aunque en el derecho internacional con frecuencia es intrascendente para los efectos del reconocimiento otorgado a un gobierno extranjero la distinción de gobiernos de *jure* y gobiernos de *tacto,* algunos autores piensan que, "desde el punto de vista de otro Gobierno, un Gobierno es considerado como de *jure,* cuando se le ha reconocido en forma completa y, presumiblemente, permanente, como la organización calificada para hablar y actuar por el territorio y por el pueblo sobre los cuales ostenta jurisdicción, y especialmente cuando un individuo en particular es reconocido como el Jefe de este Gobierno" (Westel W. Willoughby. *The fundamental concepts of public law,* pág. 377), Y citando un ejemplo el mismo autor refiere el reconocimiento de los Estados Unidos al gobierno de don Venustiano Carranza, afirmando que oficialmente fue considerado como un reconocimiento de gobierno de *tacto* el 19 de octubre de 1915, y como reconocimiento de gobierno de *jure* cuando el propio señor Carranza fue reconocido como Presidente, el 31 de agosto de 1917.

También el derecho constitucional se interesa por el problema de los gobiernos de hecho, dada la necesidad constante de calificar a la luz de

los principios constitucionales la legitimidad de un gobierno surgido en forma diversa de la regulada por la Constitución política del país, y dada también la posibilidad de examinar la validez de los actos de los funcionarios de ese gobierno frente a los derechos del individuo garantizados por la Constitución.

Uno de los casos de mayor resonancia en el orden constitucional ha sido precisamente el relativo a la legitimidad de las autoridades que imponen a los particulares molestias en sus personas o en sus bienes. A grandes rasgos, el caso discutido ante nuestro máximo Tribunal fue el siguiente: disponiendo el artículo 16 constitucional que nadie puede ser molestado en su persona o en sus bienes sino por autoridad competente, surge la cuestión de si la autoridad ilegítima, es decir la que no tiene una investidura regular, o de otro modo, la que es una autoridad de *facto,* es por tal razón incompetente. Los sostenedores de la tesis afirmativa argumentaban diciendo, por una parte, que no puede concebirse que existan autoridades fundadas en contra o fuera de la ley, y que aunque el derecho público admite autoridades de hecho y autoridades de derecho, el régimen constitucional mexicano nunca reconoce las autoridades de hecho y, por el contrario, da derecho al particular para exigir que no le gobierne una autoridad de hecho. Por otra parte, afirmaban que faltando la legitimidad de la investidura, no puede adquirirse la competencia que la ley sólo atribuye cuando se llenan los requisitos que la misma establece, concluyéndose que donde no hay legitimidad en la autoridad, tiene ésta incompetencia de origen y, por lo tanto, es, para los efectos del artículo 16, autoridad incompetente.

La tesis anterior fue refutada vigorosamente por Vallarta en los términos siguientes: negó en primer lugar la facultad de la Corte para revisar la legitimidad de las autoridades del país, porque eso sería constituirla en árbitro de la existencia de los Poderes que deben ser independientes de ella; que la actitud del Poder Judicial en este particular debe ser la de "aceptar y reconocer cuando menos como autoridades de hecho, a las que cada Estado reconoce, para no lastimar la soberanía local", y por lo que hace a la cuestión de fondo, expresó que el artículo 16 no habla de autoridad legítima sino de autoridad competente, y que es torturar su letra y espíritu llamar a la ilegitimidad incompetencia de origen, pues la legitimidad y la competencia son cosas distintas, como lo demuestra el hecho de que una autoridad legítima puede ser incompetente. *(Votos.* Amparo del licenciado León Guzmán, tomo 1, pág. 56; amparo del señor Salvador Dondé, tomo III, pág. 106.)

128. Finalmente, al derecho administrativo interesa fundamentalmente el problema de los funcionarios de hecho, tanto porque en dicho

derecho se regula la relación de la función pública y en consecuencia la sanción de las irregularidades en la investidura del titular de un órgano de la Administración, como por lo que se refiere a las consecuencias que para los particulares y para la misma Administración tienen los actos realizados por los funcionarios de hecho.

De acuerdo con la doctrina norteamericana, el funcionario de hecho existe en los cuatro casos siguientes: *a)* cuando sin nombramiento ni elección conocidos, un individuo desempeña un puesto público bajo tales circunstancias de reputación o aquiescencia que inducen al público a considerarlo como funcionario legítimo; *b)* cuando la-elección o el nombramiento, han existido y son válidos, pero el funcionario ha dejado de cumplir un requisito o condición legal; c) cuando ha habido elección o nombramiento, pero el funcionario es inelegible, o falta competencia al órgano que lo nombró o eligió o hubo irregularidad o defecto en el ejercicio de la competencia, y esas circunstancias son desconocidas por el público, y *d)* cuando el nombramiento o elección se han hecho de acuerdo con una ley que más tarde es declarada inconstitucional.

Dentro de la doctrina francesa, Gastón Jéze clasifica las diversas situaciones que pueden presentarse con motivo del ejercicio de un cargo público en las siguientes tres categorías:

1. El funcionario de derecho, que es el que goza de una investidura regular, porque su designación o elección se ha efectuado cumpliéndose con todos los requisitos que las leyes establecen;

11. El funcionario de hecho, que es el que tiene una investidura, pero que ésta es irregular y además, aparentemente, da la impresión de un funcionario legalmente designado;

1I1. El usurpador, que es el que carece de investidura o es tan burda la que tiene que no puede normalmente dar la impresión que da el funcionario de hecho. *(op. cit.,* t. II, pág. 296.)

Afirma Jèze que para distinguir al funcionario de hecho y al usuro pador de cargo es preciso ocurrir al carácter plausible o no de la investidura: "hay funcionario de hecho si la investidura es plausible, usuro pador de funciones si la investidura no es plausible". *{op, cit.,* pág. 298.)

Y más adelante agrega: "Para que la investidura sea plausible, es preciso que la función sea ocupada pública y pacíficamente, pues si ella está ya ocupada pacíficamente por otro individuo que es o que pasa por ser el funcionario de derecho, el público está necesariamente advertido de que la regularidad de la investidura invocada por el nuevo ocupante, en contra de la situación pacífica existente, es dudosa. El que sin título regular asume una función ya ocupada pacíficamente, es un usurpador."

Jéze, al tratar acerca de los gobernantes de hecho, indica que en Francia es un principio de derecho público consignado en numerosos precedentes, que los individuos que, a consecuencia de una revolución se apoderan del poder y asumen el gobierno del país, encuentran en el asentimiento o en la pasividad general así como en el ejercicio pacífico y público de la función, la investidura plausible necesaria para la validez de sus actos. Según el mismo autor, el drama en estos casos es siempre en tres actos: primero, el golpe de fuerza; segundo, la transformación en gobierno de hecho por la aceptación general del hecho realizado; tercero, la transformación en gobierno regular por elección o un plebiscito. Mientras que los gobernantes en el momento del golpe de fuerza son jurídicamente usurpadores, su título se transforma en el de gobernantes de hecho cuando la revolución ha triunfado, cuando las autoridades públicas regularmente investidas han desaparecido y cuando se está en presencia de una alternativa temible: la anarquía o el gobierno de hecho.

Bonnard, que admite la misma tesis, afirma que "el gobierno insurrecciona! es un gobierno en vías de llegar a ser un gobierno de hecho, pero que no lo es aún, y por otra parte, puede no llegar a serlo, si no llega a triunfar ... no llegará a ser gobierno de hecho sino cuando haya triunfado completamente sobre el otro (el legítimo)". *(op. cit.;* pág. 219.)

Como se ve en la doctrina así expuesta, la transformación del usurpador en gobierno de hecho, no se realiza sino cuando la revolución ha triunfado, cuando hay ejercicio pacífico y público de la función y cuando concurre la aceptación del hecho verificado.

Para Th. Rousseau, "el capítulo de la usurpación -*lato sensu*- de las funciones públicas, no es en efecto sino un capítulo del estudio de la función de hecho. .. Solamente existen dos categorías: individuos que son funcionarios e individuos que no lo son. Pero entre estos últimos, algunos caen bajo la sanción de la ley penal y son calificados, penalmente hablando, de usurpadores". *(La fonction et les [onctionnaires de fait,* pág. 168.)

"El usurpador se define como el que asume el gobierno por medio de la fuerza, contrariando y violando la Constitución del país." (Constantineau, *A Treatise on the facto doctrine,* pág. 35.)

129. En nuestro país la doctrina de la función de hecho ha sido conocida desde tiempo remolo. En sus lecciones de *Práctica Forense Mexicana,* publicadas en 1836, el señor don Manuel de la Peña y Peña, al comentar la Ley 4', título 4º, Partida 3', que declaraba válidos los mandamientos y sentencias de un esclavo al que se le hubiese hecho juez creyéndole libre, decía: "Y los autores a! explicarlas (la ley citada y la ley romana *Barbarius Philippus,* de donde deriv6), exponen y fundan

el justo motivo porque en tales casos valen los actos hechos por un juez no verdadero, pero que comúnmente fue reputado por tal; y consiste en que el bien público exige imperiosamente que se sostengan por el trastorno general y daños gravísimos que se resentirían de invalidarlos; y esta necesidad hace entender que la comunidad toda de ciudadanos interesada en evitarlos suple a ese juez toda la jurisdicción y autoridad que realmente no tuvo en su principio." Y continúa diciendo: "Por esto es que los mismos autores, explicando esta regla general, ponen como indispensables estas tres circunstancias: 1ª que el acto sea de tal naturaleza que pueda legitimarse por el concepto común y cuyo valor no dependa de otra cosa que de la voluntad general... 2ª es igualmente necesario que el error o concepto sea verdaderamente general de todo o de la mayor parte del pueblo, sin que baste que lo sea sólo de la menor o de una pequeña, y 3ª que este error no sea demasiado craso o intolerable, sino racional y fundado en motivos y antecedentes algo probables", y finalmente agrega: "aunque todos los actos judiciales hechos o autorizados por un poder ilegítimo pudiesen considerarse como nulos y de ningún valor ni efecto atendidos los principios estrictos del derecho, el bien esencial de la nación y el sosiego y tranquilidad de todos sus súbditos en un ramo tan importante como el judicial, exigen ciertamente que se legalicen y se tengan por válidos y subsistentes..." (tomo 11, págs. 78 y síguientes.]

En realidad es bien poco lo que puede agregarse a la doctrina así expuesta, pues basta con hacerla extensiva a autoridades distintas de las judiciales a que el señor De la Peña se refería, para tenerla como perfectamente aceptable en nuestros días.

Por esta razón nos vamos a limitar a señalar la división que en nuestro concepto es la más precisa para distinguir las diferentes clases de funcionarios en razón de su investidura. Creemos que sobre este particular es completamente exacta la clasificación de Jéze que citamos anteriormente, o sea la que los coloca en tres categorías: el funcionario de *jure,* el funcionario de *facto* y el usurpador.

130. Después de analizar los diversos aspectos de los funcionarios usurpadores y sus diferencias con los funcionarios de hecho, así como las disposiciones legales y teorías concurrentes, es preciso examinar, por una parte, las sanciones aplicables a cada tipo, y por la otra, los derechos que puedan tener a una remuneración cualquiera.

La situación del usurpador en la legislación mexicana ha sido definida por diversas disposiciones.

En la ley contra conspiradores dada por don Benito Juárez, el 25 de enero de 1872, puesta en vigor por decreto del Primer Jefe del Ejército

Constitucionalista, el 14 de mayo de 1913, se declara en el artículo 3º, entre los delitos contra la paz pública y el orden, la rebelión contra las autoridades legítimas establecidas, el atentado a la vida del Supremo Jefe de la nación o a la de los Ministros de Estado y el alzamiento sedicioso, dictando alguna providencia propia de la autoridad; delitos que se sancionan en el artículo 19 de la misma Ley con la pena de muerte.

El Código Penal para el Distrito Federal dispone: "Art. 250. Se sancionará con prisión de un mes a cinco años y multa de diez a diez mil pesos: I. Al que, sin ser funcionario público, se atribuya ese carácter y ejerza alguna de las funciones de tal."

Por su parte la Ley de Responsabilidades de Funcionarios y Empleados de la Federación *(D. O.* 2 enero 1980) considera como delito oficial la usurpación de atribuciones.

Por lo que hace a la cuestión de si el usurpador o los funcionarios de hecho devengan los sueldos inherentes al cargo que desempeñan, la respuesta que se impone es la negativa, sobre todo tratándose del usuro pador; y por lo que hace a los funcionarios de hecho, procede tener en cuenta que, no debiendo entrar en juego el interés de terceros, ni radio cando el problema de la remuneración en el funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos, sólo queda en pie una investidura irregular que ante el Estado no pueden invocar en provecho propio los individuos que detentan un cargo público.

# *TITULO SEGUNDO*

# FORMAS DE ORGANIZACION ADMINISTRATIVA

## CAPÍTULO 1

## LA CENTRALIZACION. SU NATURALEZA JURIDICA

131. La organización administrativa. Sus formas.-132. La reforma constitucional. La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.-133. La centralización. Elementos que la caracterizan. La relación de jerarquía.-134. La responsabilidad disciplinaria.-135. El control jerárquico de los actos de los inferiores.-136. Conflictos de competencia.

131. Habiendo estudiado en su individualidad los órganos administrativos y sus titulares, es necesario examinar las formas en que se ordenan para constituir y dar unidad a la Administración Pública.

Estas formas son las siguientes:

La centralización, la desconcentración y la descentralización administrativa. A ellas habría que agregar las empresas de participación estatal.

La centralización administrativa existe cuando los órganos se encuentran colocados en diversos niveles pero todos en una situación de dependencia en cada nivel hasta llegar a la cúspide en que se encuentra el jefe supremo de la Administración Pública.

La desconcentración consiste en la delegación de ciertas facultades de autoridad que hace el titular de una dependencia en favor de órganos que le están subordinados, jerárquicamente.

La descentralización tiene lugar cuando se confía la realización de algunas actividades administrativas a organismos desvinculados en mayor o menor grado de la Administración Central.

Por último, el sistema de empresas de participación estatal es una forma de organización a la que el Estado recurre como uno de los medios directos de realizar su intervención en la vida económica del país.

132. Las formas anteriores son las aceptadas en la legislación mexicana. El artículo 90 constitucional reformado *(D. O.,* 21 de abeil de 1981), previene que la Administración Pública Federal será centra-

lizada y paraestatal y la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal *(D. O.,* 29 de diciembre de 1976) anterior a la reforma constitucional divide en dos grupos los órganos de la Administración: los que integran la administración centralizada y en el seno de ella la delegación y la desconcentración administrativa, y los que constituyen la administración paraestatal, dentro de la cual se incluyen los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal.

Cada una de las formas de organización señaladas serán materia de estudio en éste y en los capítulos que vienen a continuación.

133. La centralización administrativa se caracteriza por la relación de jerarquia que liga a los órganos inferiores con los superiores de la Administración.

Esa relación de jerarquía implica varios poderes que mantienen la unidad de dicha administración a pesar de la diversidad de los órganos que la forman. Esos poderes son los de decisión y de mando que conserva la autoridad superior.

La concentración del poder de decisión consiste en que no todos los empleados que forman parte de la organización administrativa tienen facultad de resolver, de realizar actos jurídicos creadores de situaciones de derecho, ni de imponer sus determinaciones. En la organización centralizada existe un! número reducido de órganos con competencia para dictar esas resoluciones y para imponer sus determinaciones. Los demás órganos simplemente realizan los actos materiales necesarios para auxiliar a aquellas autoridades, poniendo los asuntos que son de su competencia en estado de resolución. De esta manera, aunque sean muy pocas las autoridades que tienen facultad de resolución, ellas \pueden realizar todas las actividades relativas a la Administración, en vista de la colaboración de los órganos de preparación. Un Secretario de Estado, por ejemplo, tiene la posibilidad de resolver la mayor parte de los asuntos encomendados a su Secretaría, porque su intervención personal se reduce al momento en que hay que dictar la resolución. Todos los actos previos necesarios para el estudio del asunto, para aportar los datos indispensables a dicha resolución, no los hace personalmente el Secretario, sino que están encomendados al grupo de empleados que dependen de él.

No sólo la concentración del poder de decisión tiene lugar en el régimen centralizado, sino que esa concentración llega a abarcar hasta el aspecto técnico que presenta la atención de los asuntos administrativos. Esto se logra mediante las órdenes e instrucciones que los superiores pueden dirigir a los inferiores, según más adelante lo vamos a explicar, y en los cuales se fijan las bases para el estudio y preparación de los asuntos que requieren una competencia técnica especial.

Además, en el régimen centralizado existe una concentración de la fuerza pública, de tal manera que las medidas de ejecución forzada de las resoluciones administrativas no pueden llevarse a cabo por cualquier órgano de la Administración, sino por un número muy reducido de ellos a quienes legalmente se les otorga competencia para ese efecto.

Además la relación de jerarquía implica los siguientes poderes de los órganos superiores sobre los inferiores.

Dichos poderes, que se refieren unos a la persona de los titulares de los órganos jerarquizados, y otros a los actos que realizan, son los siguientes:

*a)* Poder de nombramiento;
*b)* Poder de mando;
*e)* Poder de vigilancia;
*d)* Poder disciplinario;
*e)* Poder de revisión, y
*f)* Poder para la resolución de conflictos de competencia.

*a)* Es una de las características del régimen centralizado la Iacultad que tienen las autoridades superiores para hacer por medio de nombramientos la designación de los titulares de los órganos Que les están subordinados.

La facultad de nombramiento, sin embargo, no está atribuida a todas las autoridades que forman grados en la jerarquía administrativa. Dentro de nuestra organización, al Presidente corresponde únicamente la designación de los empleados de la Administración, y sólo excepcional. mente y por virtud de una ley esa facultad está encomendada a otras autoridades.

*b)* El poder de mando dentro del régimen de centralización consiste en la facultad de las autoridades superiores de dar órdenes e instrucciones a los órganos inferiores, señalándoles los lineamientos que deben seguir para el ejercicio de las funciones que les están atribuidas.

Este poder de mando se ejercita generalmente por medio de órdenes, instrucciones o circulares dirigidas por las autoridades superiores a los empleados que les están subordinados.

Las órdenes y las instrucciones pueden tener el carácter de individuales o generales, y las circulares siempre tienen el carácter de generales.

Como se ha indicado anteriormente (v, núm. 83) las circulares y las instrucciones pueden ser de. orden interno que sólo obliguen a los empleados administrativos (v, núm. 186) o contener verdaderas disposiciones reglamentarias de la ley en cuyo caso, expedidas por la autoridad competente, producen efecto jurídico respecto a los administrados.

Se ha discutido sobre los límites que pueden existir para el deber de obediencia de los empleados inferiores a las circulares, órdenes e instrucciones dictadas por las autoridades superiores.

Cuando la instrucción, orden o circular está completamente ajustada a la ley, propiamente no puede existir problema alguno: el empleado inferior tiene obligación estricta de cumplir esa disposición.

Pero puede presentarse el caso de que la instrucción o la orden de la autoridad superior, contravenga una disposición legal. En este caso, ¿subsiste el deber de obediencia y el empleado está obligado a respetar las órdenes dictadas por las autoridades superiores, aunque sean contrarias a las disposiciones legales?

Podría resolverse el caso sosteniendo que el principio de la legalidad debe colocarse en primer plano y que por lo mismo el empleado inferior está en la obligación de resolver el conflicto que surge entre la ley y la orden que la contraviene, en favor de la ley. Es decir, que el empleado no tiene la obligación de cumplir las órdenes ilegales.

Esta solución no puede aceptarse pues ella daría lugar a que los empleados inferiores se sintieran facultados para criticar las órdenes de sus superiores y examinar el apego que guardan a la ley, lo que si en algunos casos sería favorable para la rectitud en la Administración, como principio general produciría el desorden y la indisciplina, con grave pero juicio del eficaz funcionamiento de la misma Administración.

Por el contrario, admitir que el empleado inferior debe respetar la orden superior por más patente que sea la violación que con ella se cometa, daría lugar también a consecuencias funestas, porque se suprimiría completamente la posibilidad de garantizar un legal funcionamiento de la Administración mediante la observación discreta del empleado inferior a la orden ilegal del superior.

Parece entonces que la tesis más aceptable es la que dé una solución intermedia, considerando como principio general la obligación del empleado de obedecer la orden que reciba del superior, y como casos de excepción aquellos en que exista una violación flagrante de una disposición legal, o en que la orden implique francamente la comisión de un acto sancionado por las leyes penales.

Dentro de nuestra legislación puede decirse que se admite esa solución intermedia, pues si se consultan las disposiciones del Código Penal en vigor, se encontrará, entre las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal la de "obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía". (Cód. Pen., artículo 15, frac. VII.)

Corno el elemento que se fija en la disposición que se acaba de transcribir es el de que el acto sea notoriamente delictuoso, se comprende que no es posible definir en abstracto cuándo existe tal notoriedad, y para resolver en un caso concreto, habrá que tomar en consideración todas las circunstancias especiales que en él concurran.

e) Otra de las facultades que implica la relación de jerarquía es la facultad de vigilancia que las autoridades superiores ejercen con relación a los empleados que de ella dependen.

La facultad de vigilancia se realiza por medio de actos de carácter puramente material que consisten en exigir rendición de cuentas, en practicar investigaciones o informaciones sobre la tramitación de los asuntos, yen general, en todos aquellos actos que tienden a dar conocimiento a las autoridades superiores de la regularidad con que los inferiores están desempeñando sus funciones.

Los actos materiales por medio de los cuales se realizan las funciones de vigilancia pueden eventualmente ser motivo para otros actos de carácter jurídico.

Así, cuando por virtud de ellos se comprueba que existe una irregularidad en las actividades del empleado inferior, se origina el procedimiento de responsabilidad de dicho empleado.

134. La falta de cumplimiento en los deberes que impone la función pública da nacimiento a la responsabilidad del autor, responsabilidad que puede ser de orden civil, de orden penal o de orden administrativo. Cualquiera falta cometida por el empleado en el desempeño de sus funciones lo hace responsable administrativamente, sin perjuicio de que pueda originarse, además, una responsabilidad civil o penal (v. número 104).

Esa responsabilidad no trasciende fuera de la Administración; la falta que la origina se denomina falta disciplinaria; la sanción que amerita es también una pena disciplinaria y la autoridad que la impone es la jerárquica superior al empleado que ha cometido la falta.

Se ha discutido acerca de la naturaleza del poder disciplinario, existiendo al respecto una opinión que lo considera de la misma naturaleza que el que existe en algunas relaciones civiles, y otra que lo asimila al poder penal del Estado.

La primera opinión sostiene que el poder disciplinario y el poder penal tienen un origen diferente; que el poder disciplinario no implica absolutamente la existencia del poder de dominación del Estado. Se considera que el poder disciplinario es una de las formas de sancionar ciertas faltas que pueden cometerse en las relaciones civiles, y así, el padre tiene poder disciplinario para corregir las faltas del hijo; las asociacío-

nes 10 tienen respecto de sus miembros, pudiendo llegar hasta a la expulsión de éstos.

Por el contrario la otra opinión sostiene que el poder del Estado, que sirve de fundamento al derecho penal es el mismo que funda el poder disciplinario. En uno y en otro el Estado obra haciendo uso de sus facultades de imperio y no existen sino diferencias formales que no afectan la naturaleza misma de los actos, entre los que se realizan en la vía penal y los ejecutados en la vía disciplinaria.

A pesar de lo sustentado en la opinión anterior, parece que no hay una perfecta identidad entre el poder penal y el poder disciplinario, pues éste supone una relación de dependencia especial que sólo existe mientras dura el servicio, la cual no es necesaria para el ejercicio del poder penal.

Además, y como ya se dijo anteriormente, la responsabilidad disciplinaria puede coexistir con la responsabilidad penal, lo cual no podría concebirse si fueren idénticos ambos poderes, en virtud del principio *"non bis in ídem"*.

Según el artículo 87 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, los titulares de la dependencia respectiva deben fijar oyendo al sindicato respectivo correspondiente las condiciones generales de trabajo en las que se establezcan las disposiciones disciplinarias y la forma de aplicarlas (arts. 87 y 88).

La dezerminación de las faltas disciplinarias significa muy serias dificultades, al grado de que no siendo fácil señalar una a una las obligaciones de cada empleado, se puede afirmar que tampoco puede hacerse una enumeración de sus infracciones. Por regla general, las disposiciones legales se limitan, ante esa imposibilidad, a definir la falta disciplinaria como la falta de cumplimiento de las obligaciones inherentes al cargo.

La fijación de las penas sí es posible hacerla, y se han considerado como tales:

*a)* El apercibimiento.
*b)* El extrañamiento, la amonestación y la censura.
e) La multa.
*d)* La privación del derecho de ascenso.
*e)* El descenso.
*f)* La suspensión temporal del empleo.
*e).* La privación del empleo.

135. Además, de los poderes a que la relación jerárquica da nacimiento respecto de la persona de los empleados inferiores, la misma rela-

ción implica, según lo dijimos anteriormente, facultades de las autoriuades superiores respecto de los actos que los inferiores realizan.

En este dominio las facultades derivadas de la relación jerárquica consisten en poder otorgar aprobación previa a los actos de los inferiores, suspenderlos, anularlos o reformarlos. Tales facultades deben entenderse siempre como el ejercicio de una competencia propia de las autoridades superiores sin que ninguna de dichas facultades autorice a éstas para sustituirse en la competencia de las autoridades inferiores. La autoridad inferior dicta el acto y la superior lo revisa. Si la superior se sustituyera a la inferior y realizara el acto que a ésta corresponde, habría un trastorno en las competencias de ambas, que se traduciría en un desorden en la Administración. Así es que las facultades jerárquicas con respecto a los actos administrativos deben entenderse como facultades que se ejercitan respecto de los actos realizados por el inferior.

Las facultades de suspender, anular o modificar los actos realizados por los empleados inferiores pueden tener como motivo la falta de oportunidad de los propios actos o su ilegalidad.

La facultad de modificar los actos por falta de oportunidad tiene lugar en aquellos casos en los que la ley deja a las autoridades discreción para apreciar el momento en el cual deben dictarse determinadas medio das. En principio esa discreción es muy amplia aunque no ilimitada, en tanto que se le juzgue por un poder distinto al de la Administración; pero dentro de ésta, la relación jerárquica supone en las autoridades superiores facultad para apreciar los motivos que guiaron la discreción de los empleados inferiores.

Existen casos en los que la ley declara que el acto realizado por un funcionario o por un empleado a quien se atribuye competencia es definitivo. En este caso implícitamente se está desconociendo al superior jerárquico la facultad de revisar por motivo de oportunidad el actu de que se trata. Cuando falta esa declaración expresa en la ley, el principio general es que la autoridad superior debe intervenir para calificar la oportunidad del acto emanado de los órganos que le están subordinados.

Respecto de la facultad de modificación de los actos por motivo de ilegalidad, debe afirmarse que existe en todos los casos, puesto que precio samente el Estado de derecho implica la sumisión de todos los funcionarios públicos a las normas jurídicas que regulan su actuación, y la organización centralizada debe proveer a que el principio de la legalidad sea en todos los casos respetado.

Puede ocurrir que la revisión de la legalidad de los actos de una autoridad esté encomendada a un órgano que no sea el superior jerár-

quico de aquélla; pero para este caso es necesaria una disposición expresa de la ley, la cual no se requiere para que el control de legalidad se ejercite por la autoridad jerárquica superior.

Por último, el poder jerárquico sobre los actos puede ejercitarse oficiosamente o a petición de parte según lo que disponga la ley. En este último caso se da lugar a un remedio del que más tarde habremos de ocuparnos, que los particulares tienen contra actos de la Administración, y que es la revisión jerárquica. Su naturaleza jurídica, su alcance y sus efectos serán motivo del estudio que habremos de realizar posteriormente.

136. Entre los diversos órganos ligados por la relación jerárquica pueden surgir conflictos de competencia, bien porque uno de ellos se atrio buya facultad que otro reclame o bien porque ninguno se considere competente para actuar en un caso especial.

Como esos conflictos de competencia pueden originar un desorden en la Administración o una paralización en su funcionamiento, es natural que en el régimen de organización centralizada se considere que la autoridad jerárquica superior tiene la facultad de resolver los conflictos de competencia que surjan entre las autoridades inferiores que le están subordinadas.

Este es el fundamento de la disposición contenida en la Ley de la Administración Pública Federal que faculta al Presidente de la República para resolver por conducto de la Secretaría de Gobernación los casos de duda que puedan surgir con motivo de la aplicación de dicha ley señalando la dependencia a la que corresponda el despacho del asunto (artículo 24).

## CAPÍTULO II

## LA ADMINISTRACION CENTRALIZADA EN MEXICO

137. El Presidente de la Repúblics --138. Situación política y administrativa del Presidente de la República.-139. Sistema de la Constitución mexicana.-140. Organes coordinados y subordinados directamente al Presidente de la República.-141. Los Secretarios de Estado y los Departamentos Administrativos. Su situación como órganos políticos.-142. El refrendo ministeriaI.-I43. El refrendo en la Constitución mexicana.-144. Las funciones administrativas de los Secretarios de Estado. -145. Los Reglamentos Interiores y los Manuales de Organización y de Procedimientos.-I46. Los Jefes de Departamentos Administrativos. Sus auxiliares.

137. Como antes se indicó la reforma del artículo 90 constitucional *(D. O.,* abril 21 de "1981), dispuso que la "Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la ley orgánica que .-xpida el Congreso.

La Ley Orgánica *(D. O.* de 29 de diciembre de 1976) que precedió a dicha reforma constitucional previno que la organización centralizada en México la forman el Presidente de la República, los Secretarios de Estado, los Departamentos Administrativos y el Procurador General de la República.

138. El Presidente de la República, único titular del Poder Ejecutivo, tiene en nuestra organización constitucional un doble carácter: de órgano político y de órgano administrativo. (v. núm. 51.)

Su carácter de órgano político deriva de la relación directa e inmediata que guarda con el Estado y con los otros órganos representativos del mismo Estado. Dentro de la esfera que le señala la ley, su voluntad constituye la voluntad del Estado.

En efecto, tal es el sentido de los textos constitucionales que encierran los principios de organización de los Poderes públicos. El artículo 39 dispone que "la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo"; los artículos 40 y 41 establecen que "es voluntad del pueblo constituirse en una República representativa" y que "el pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de como petencia de éstos, y por los de los Estados en lo que toca a sus regímenes interiores". El artículo 49 preceptúa que "El supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial", y, por último, el artículo 80 previene que el Poder Ejecutivo "se deposita en un solo individuo que se denominará Presidente de los Estados Unidos Mexicanos".

De los textos copiados se desprende que la Constitución considera a la soberanía como un poder que no tiene encima de él a ningún otro y que constituye propiamente un derecho cuyo titular es el pueblo. Ahora bien, como éste se organiza en una república representativa y ejerce sus derechos por conducto de los Poderes de la Unión, resulta que el titular del Poder Ejecutivo, al actuar dentro de la esfera de competencia que la misma Constitución le señala, está representando al pueblo en el ejercicio de su soberanía.

Examinando ahora el otro carácter que corresponde al Presidente de la República, o sea el de órgano administrativo, debemos decir que tal carácter se configura al realizar la función administrativa bajo el orden jurídico establecido por el Poder Legislativo; es decir, ejecutando las leyes pero no como una simple tarea mecánica, sino como una .area más amplia y general tal como se dijo al definir dicha función ddministrativa [v, n' 43).

En otros términos, cuando el Presidente de la República obra como .1utoric1ad administrativa está realizandu o siguiendo la voluntad del le

gislador, a diferencia de cuando obra como órgano político, caso en el cual se realiza su propia voluntad, la cual resulta ser la voluntad del Estauo dado el carácter representativo con que la realiza.

Como autoridad administrativa, el Presidente de la República constituye el Jefe de la Administración pública federal. Ocupa el lugar más alto de la jerarquía administrativa, concentrando en sus manos los poderes de decisión, de mando y Jerárquico necesarios para mantener la unidad en la Administración.

La situación legal del Presidente de la República es regulada fundamentalmente por el derecho constitucional. El régimen relativo a la designación o elección del titular, a su separación del cargo, a las facultades que le corresponden y a sus relaciones con el Estado y con los otros Poderes forma parte de aquella rama del derecho, por más que en otros aspectos de sus relaciones y de su actuación también intervengan normas de derecho administrativo.

139. El titular del Ejecutivo Federal cuenta con las unidades respcctivas además de las de asesoría y apoyo técnico y de coordinación en áreas prioritarias que el propio Ejecutivo determine. Entre esas unidades se han creado la de Coordinación General de Estudios Administrativos, las del Plan Nacional de Zonas Deprimidas y Grupos Marginados, la de Coordinación General del Sistema de Evaluación, la de Estudios y Proyectos y la del Sector Salud.

140. El sistema adoptado por nuestra Constitución para la organización del Poder Ejecutivo presenta un predominio de los caracteres de un régimen presidencial a pesar de encontrarse algunos que más bien corresponden al régimen parlamentario.

Entre estos últimos cabe citar los siguientes:

*a)* El derecho de iniciativa de las leyes que al Presidente otorga el artículo 71, fracción 1, de la Constitución.

*b)* La irresponsabilidad del mismo Presidente que se consigna en el artículo 108, según el cual dicho funcionario sólo puede ser acusado por traición a la patria y por delitos graves del orden común.

*e)* La existencia de Secretarios de Estado que se asocian al Presidente de la República en el ejercicio de sus facultades, al grado de que sin el refrendo de aquéllos, los actos de éste carecen de validez (arts. 90 y 92).

*d)* La obligación de los Secretarios del Despacho de informar al Congreso al principiar el periodo de sesiones ordinarias acerca del estado que guardan sus respectivos ramos, y la facultad de las Cámaras ùe citar a los mismos Srios, de Estado para que las informen cuando se discuta una ley o se estudie un negocio relativo a su Secretaría [art. 93).

Por el contrario, los siguientes elementos configuran, como antes se dijo, el sistema constitucional mexicano dentro del tipo de gobierno presidencial:

*a)* El Presidente de la República es el Jefe del Estado y el Jefe de Gobierno, sin que esta última jefatura la asuma el Primer Ministro como en el régimen parlamentario.

*b)* El Presidente de la República tiene el goce y el ejercicio de las facultades otorgadas al Poder Ejecutivo, de tal manera que el Secretario de Estado no tiene facultades propias y sus actos se reputan actos del Presidente de la República.

e) Los Secretarios de Estado no funcionan en gabinete o Consejo de Ministros, como en el régimen parlamentario.

*d)* Los Secretarios de Estado no se encuentran subordinados al Congreso como en el régimen parlamentario, sino que exclusivamente están sujetos a las órdenes del Presidente de la República.

*e)* Como consecuencia de lo anterior, los Secretarios de Estado no son responsables políticamente ante el Congreso, y la censura de éste para los actos de aquéllos no tiene trascendencia jurídica.

*f)* El Congreso no tiene, sino en casos excepcionales y por prescripción expresa, facultad de intervenir en el funcionamiento del Poder Ejecutivo.

g) Por último, el Presidente de la República no tiene facultad de disolver el Congreso.

De todo lo anterior se desprende que el hibridismo consistente en la inclusión de los Secretarios de Estado asociándolos al ejercicio de las facultades del Presidente de la República, no es suficiente para considerar al régimen como parlamentario.

Esa asociación de los Secretarios de Estado parece haber tenido su origen en una reproducción que se hizo desde la primera Constitución, la. de Apatzingán de 1814, del precepto consignado en la Constitución española expedida por las Cortes el año de 1812, en la que se estableció el refrendo de los Secretarios como requisito indispensable para la validez de los decretos y órdenes del Monarca.

Tal prescripción ha venido siendo copiada por las Constituciones posteriores; pero en ninguna época se ha pretendido disminuir la autoridad del Presidente por la necesaria intervención del Secretario de Estado.

141. En la Constitución de 1917 se establecieron las Secretarías de Estado (art. 90) y los Departamentos Administrativos (art. 93) y según los antecedentes legislativos se hacía consistir la diferencia entre unas v otros. en que los Departamentos carecían de carácter político y no

tenían la facultad de refrendo. (v. *Diario de los Debates,* tomo II, página 345).

Sin embargo los artículos 90 y 92 constitucionales reformados *(D. O.,* 21 de abril de 1981) vinieron a acabar con aquella diferencia, al determinar el primero que los negocios del orden administrativo estarán a cargo de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos, y al disponer el segundo de los preceptos citados que "todos los reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del Presidente deberán estar firmados por el Secretario de Estado o por el Jefe del Departamento Administrativo a que el asunto corresponda y sin este requisito no serán obedecidos" (art. 13, *Ley A. P., D. O.,* 30 de diciembre de 1981).

142. La naturaleza jurídica de la firma del Secretario de Estado y ahora la del Jefe del Departamento Administrativo, que se conoce como el refrendo o como se ha llamado dentro de nuestra tradición constitucional "ejercicio de decretos", requiere un amplio estudio ya que su importancia se revela por la sanción que la ley establece cuando dicho refrendo ha sido omitido.

El refrendo, a pesar de la universalidad de su uso y de la igualdad de forma que reviste, no constituye una institución que en todos los casos esté integrada por los mismos elementos ni que, en todos los regímenes constitucionales, desempeñe idénticas funciones. Se puede afirmar que sólo dentro del régimen parlamentario el refrendo constituye un acto esencial de la función ministerial y que sólo en dicho régimen tal institución tiene la plenitud de sus efectos. En el gobierno parlamentario, la facultad de refrendar otorgada a los ministros se integra por dos elementos fundamentales: uno de orden interno, consistente en la decisión del ministro de solidarizarse con los actos del Jefe de Estado, y otro de orden externo, que se manifiesta por la firma o por la abstención de renunciar.

Cáceres Grosa, en su monografía denominada *El Refrendo Ministerial,* manifiesta que esos dos elementos del refrendo no tienen un origen común ni se han encontrado constantemente asociados, pues en tanto que el elemento externo (refrendo formal) remonta su fuente a una época tan antigua como la de la aposición de los sellos reales, sin que, sin embargo, ésta pueda considerarse como equivalente al refrendo material, como se demuestra con la coexistencia de una y otro en la actualidad; el elemento subjetivo, o sea el refrendo material, sólo tiene sentido "hasta que la idea de responsabilidad ministerial parlamentaria informa la mecánica constitucional".

En el régimen parlamentario, en efecto, la existencia de un Jefe de Estado irresponsable constituiría un peligro de que dicho funcionario

abusara de las facultades que legalmente le están atribuidas, motivo por el cual el ejercicio de dichas facultades sólo puede jurídicamente realizarse cuando se asocia a dicho ejercicio un ministro que sea un elemento coordinado, no subordinado al Jefe del Estado.

Desde este punto de vista, la necesidad del refrendo constituye una limitación material de la voluntad del Jefe del Estado.

Pero no basta la exigencia de esa colaboración para garantizar el orden político, puesto si el Jefe del Estado con el refrendo del ministro puede hacer todo, es indispensable completar el sistema mediante la creación de una responsabilidad ministerial. Esta responsabilidad es dentro del parlamentarismo, no una responsabilidad jurídica o de orden civil o penal, sino una responsabilidad política. La responsabilidad política "no presupone, como la penal, un mal en el sentido jurídico, la comisión de un acto ilegal, sino simplemente motivos de conveniencia u oportunidad; no se actúa mediante recursos jurídicos *(impeachment)* como aquélla, sino por medios de naturaleza política (preguntas, interpelaciones, votos de censura especialmente), y finalmente no desemboca en la imposición de penas, sino en la separación del cargo". (Cáceres Grosa, *op. cit.*, pág. 48.)

143. Explicado el refrendo clásico con la plenitud de sus efectos en el régimen parlamentario, es indicado estudiar ahora los elementos que lo integran y las funciones que desempeña dentro de nuestro régimen constitucional.

A primera vista parece que, dada la adopción de un régimen presidencial, el refrendo de los actos del Presidente por sus Secretarios no puede tener otro efecto que el de constituir un medio para dar autenticidad a los actos que de aquél emanan, sin que sustancialmente se distinga de otras formalidades certificantes que existen en la actuación administrativa, o aun en la vida civil, en laque la intervención notarial viene a tener esos efectos.

Para considerar dentro de dicho régimen presidencial, que el refrendo pueda constituir una limitación material de la voluntad del Presidente, hay dos circunstancias que parecen impedirlo: por una parte, la de que el Presidente no sólo tiene el goce sino también el ejercicio de todas las facultades atribuidas al Poder Ejecutivo, y por la otra, la de que el mismo Presidente tiene la más amplia facultad de seleccionar, nomo brar y remover libremente a sus Secretarios.

Sin embargo, para adoptar una tesis contraria son bastante poderosos otros argumentos derivados de los antecedentes y de la estructura misma que presenta la organización legal del Poder Ejecutivo.

En primer lugar, y según lo indicamos anteriormente, la intervención de los Secretarios de Estado mediante el refrendo parece obedecer a la adopción que hizo la primera Constitución mexicana del sistema que sobre el particular consignó la Constitución española de 1812, que estableció la asociación necesaria de los ministros en los actos del Monarca. Esta circunstancia parece que puede servir de base para pensar que la idea de los constituyentes ha sido limitar, como se hizo para el Monarca, el poder del Jefe del Estado.

En segundo lugar, es de notar que la Constitución mexicana establece prácticamente la irresponsabilidad del Presidente de la República, pues en su artículo 108 dispone que ese funcionario durante el tiempo de su encargo sólo puede ser acusado por traición a la patria y por delitos grao ves del orden común. Ahora bien, dada la organización teórica por lo menos del régimen constitucional, resulta hasta cierto punto incongruente que se pretenda considerar que el ejercicio de las facultades del Poder Ejecutivo pueda hacerse sin el control y la garantía que representa un sistema organizado de responsabilidades. Sin embargo, si por el ejercicio de las facultades del Poder Ejecutivo se hace recaer la responsabilidad en los Secretarios de Estado, como lo determina el mismo artículo 108, parece que se resuelve esa incongruencia, la que por otra parte se explica por la necesidad de evitar que el Jefe del Poder Ejecutivo se vea acosado por constantes acusaciones fundadas o infundadas.

La responsabilidad constitucional del Secretario de Estado por los delitos, faltas u omisiones en que incurra en el ejercicio de su cargo, viene a ser al mismo tiempo un elemento para afirmar que tal funcionario no es un órgano que se limite a cumplir ciegamente las resoluciones del Presidente de la República, sino que, por el contrario, debe reconocérsele la posibilidad de una decisión libre y espontánea que pueda llegar, precio samente para evitar esa responsabilidad, hasta rehusar solidarizarse con los actos del Presidente.

Finalmente, en nuestro sistema existe un principio de responsabilidad política, pues de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución, los Secretarios de Estado tienen la obligación de informar al Congreso, al principiar cada período ordinario de sesiones acerca del estado que guardan sus respectivos ramos, y las Cámaras tienen facultad de citar a los mismos Secretarios para que les informen cuando se discute una ley o se estudia un negocio relativo a su Secretaría, pero falta dentro de nuestro régimen "el voto de censura", que es el medio más eficaz de hacer valer la responsabilidad política ministerial.

Los antecedentes expuestos sobre el sistema de la legislación mexicana, nos autorizan para concluir que dentro de ella el refrendo puede

analizarse en los dos elementos que' anteriormente quedaron señalados, es decir, en un elemento interno constituido por la decisión libre del Secretario de colaborar en el acto presidencial, y en un elemento externo que consiste en la formalidad de suscribir el documento en que aquel acto se consigna.

La existencia del elemento interno que convierta al Secretario en coautor del acto parece indiscutible, pues de otro modo no podría fundarse la responsahilidad constitucional que lo afecta por razón de los actos que realiza en el ejercicio de su cargo. Igualmente parece indiscutible la posibilidad legal de que el Secretario rehuse su refrendo, ya que si no fuera así estaría en condiciones de que el cumplimiento de una obligación acarreara una responsabilidad, lo cual resultaría sencillamente absurdo. Finalmente, como la sanción establecida por el artículo 92 constitucional, para el caso en que falte el refrendo, es la de que la resolución del Presidente no sea obedecida, es posible afirmar que el Secretario de Estado no solamente da con su refrendo autenticidad a dicha resolución, sino que propiamente concurre a la formación del acto integrando con el Presidente la competencia necesaria para la realización del mismo.

Así pues, las funciones del refrendo dentro de nuestra legislación, se asemeja a las que desempeña dentro del régimen parlamentario, puesto que además de constituir una limitación material a la voluntad del Presidente es la base de la responsabilidad ministerial.

Sin embargo, ambas funciones las realiza de modo imperfecto puesto que la falta de conformidad de un Secretario no impide al Presidente que lleve a cabo su determinación, pues con la facultad que tiene para remover libremente a sus Secretarios, podrá sustituir al reacio con otro que esté dispuesto a refrendar.

Por otra parte, aunque con el refrendo el Secretario contrae responsabilidad, ésta es prácticamente nugatoria, porque dada la fuerza del Ejecutivo, un procedimiento para exigirla sólo podría instaurarse cuando hubiera discordancia entre el Presidente y el Secretario, que es precisamente el caso en que no existe el refrendo.

Para terminar esta materia cuyo estudio corresponde al derecho constitucional y que sólo hemos tratado aquí de un modo incidental con objeto de precisar, aunque sea a grandes rasgos, la situación de los Secretarios de Estado, debemos decir que sólo estos funcionarios están facultados constitucionalmente para refrendar los actos del Presidente de la República. Ni los Subsecretarios, ni los Oficiales Mayores, ni los Jefes de los Departamentos Administrativos pueden efectuar ese refrendo.

En efecto, el artículo 92 de la Constitución sólo autoriza el refrendo al "Secretario del Despacho encargado del ramo a que el asunto corres-

ponda" (art. 13, Ley Org.). De manera que si dicho funcionario no interviene será aplicable la sanción de que la resolución presidencial no debe ser obedecida.

Existe un caso célebre de controversia ocurrido en el año de 1869 entre la Procuraduría General de la Nación y la Secretaría de Justicia, con motivo del nombramiento que el Presidente de la República hizo en favor del señor licenciado José Díaz Covarrubias, de Oficial Mayor "en ejercicio de decretos", de la citada Secretaría.

La Procuraduría General de la República objetó de anticonstitucional el nombramiento, indicando que era contrario al artículo 86 de la Constitución entonces vigente (igual en la parte relativa al 92 de la de 1917), que el Oficial Mayor en calidad de empleado autorizara los actos del Presidente, que la condición de empleado y la categoría de Secretario son incompatibles, y que el Oficial Mayor, como tal, no puede disfrutar del fuero constitucional, sin que pueda tampoco disfrutarlo como Secretario del Despacho, porque la Constitución le prohibe serlo.

El Ejecutivo sostuvo su punto de vista afirmando que estaba dentro de sus facultades la designación de Secretarios interinos del Despacho y que tal designación podía recaer en los Subsecretarios o en los Oficiales Mayores, cumpliéndose por lo tanto con los preceptos constitucionales cada vez que los Subsecretarios u Oficiales Mayores, que tuvieren el carácter de Secretarios interinos, refrendaran los actos del Presidente de la República.

Con posterioridad a esa discusión, la Secretaría de Relaciones, en circular de 25 de junio de 1900, dispuso que dada la trascendencia del ejercicio de decretos conferida para los efectos del artículo 88 constitucional, a los Oficiales Mayores o Subsecretarios, cuando suplan a los Secretarios del Despacho, debía entenderse que dicho ejercicio compete sólo a los Oficiales Mayores investidos con él en su nombramiento, y que, por lo mismo, cuando hubiere en algún Ministerio, además del Subsecretario otro Oficial Mayor, no tendría el segundo el citado ejercicio.

144. Al lado de su carácter político, el Secretario de Estado tiene el carácter de órgano administrativo encargado del despacho de los asuntos de esa índole en la esfera de competencia que le fija la ley; pero no tiene una competencia distinta de la del Presidente de la República. Dentro de la esfera que la ley le señala ejerce sus funciones por acuerdo del propio Presidente. (Ley Org., art. 11.)

La Suprema Corte ha sostenido que sería destruir la unidad del Poder Ejecutivo y olvidar que su titular es el único que tiene el uso y ejercicio de las facultades ejecutivas si se admitiera que los Secretarios de Estado

tienen facultades mayores o distintas .de las que corresponden al Presidente de la República.

Igualmente ha sostenido que los Secretarios de Estado no pueden expedir reglamentos por delegación del Presidente de la República (Jurisp. de la S. C. de J., 1917·1975. Segunda Sala, tesis 510 y 512, págs. 841 y 846).

145 La organización de cada Secretaría requiere la intervención de diversos elementos que colaboran con el Secretario en la resolución de los asuntos que le están encomendados.

La Ley Orgánica de la Administración Pública previene que al frente de cada Secretaría habrá un Secretario de Estado quien para el despacho de los asuntos de su competencia se auxiliará por los Subsecretarios, Oficial Mayor. Directores, Subdirectores, jefes y subjefes de Departamento. oficina, sección y mesa y por los demás funcionarios que establezca el reglamento interior respectivo y otras disposiciones legales (art. 14).

El Artículo 16 de la Ley, dispone que corresponde originalmente a los titulares de las Secretarías el trámite y resolución de los asuntos de su competencia, pero que para la mejor organización del trabajo podrán delegar en los funcionarios a que se hizo referencia en el párrafo anterior cualquiera de sus facultades, excepto aquellas que por disposiciones de ley o reglamento interior respectivo, deban ser ejercidas precisamente por dichos titulares.

La Ley previene que el Reglamento interior expedido por el Presi·dente de la República establezca las atribuciones de las unidades administrativas internas de cada dependencia y la forma de suplir las ausencias temporales de sus titulares. (Ley arto 18.)

Además la ley dispone que el titular de cada Dependencia expedirá los Manuales de organización, de procedimientos y de servicios al púo blico, con información detallada sobre atribuciones, estructura y funciones de las unidades administrativas, los niveles jerárquicos, así como los sistemas de comunicación y coordinación, y los grados de autoridad y responsabilidad. Dichos manuales deberán mantenerse permanentemente actualizados y publicarse en el *Diario Oficial* de la Federación (art. 19).

146. Dispone la ley que al frente de cada Departamento Administrativo habrá un jeíe de departamento que se auxiliará en sus funciones por secretarios generales, oficial mayor, directores, subdirectores, jefes y subjefes de oficina, sección y mesa y los demás funcionarios que establescan otras disposiciones legales, y que las facultades que originalmente corresponden al Jefe del Departamento pueden ser delegadas en los funcionarios inferiores salvo aquellas que por ley o reglamento deban ser ejercidas precisamente por el titular (arts. 15 y J6).

## CAPÍTULO III

## LAS SECRETARIAS DE ESTADO Y DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY MEXICANA

147. Antecedentes legislativos.-148. La Nueva Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Asuntos que corresponden a las Secretarías y Departamentos-e-149. Las comisiones intersecretariales.-1SO. Relaciones entre las Secretarías y los Departamentos

147. La institución de las Secretarías dentro de la organización del Poder Ejecutivo es quizá, la que tenga mayor antigüedad en la vida independiente de México.

En efecto, apenas iniciado el movimiento en Dolores, y en medio de la confusión de los primeros momentos, don Miguel Hidalgo intentó en Guadalajara, en el mes de diciembre de 1810, la organización de un gobierno con dos Secretarios, uno con el carácter indeterminado de Estado y del Despacho y otro el de Gracia y Justicia, nombrando para el primero a don Ignacio López Rayón y para el segundo a don José María Chico. La firma del primero se encuentra ya en los bandos publicados por Hidalgo como Generalísimo de América, y entre ellos el de 6 de diciembre de 1810 que abolió la esclavitud.

Vino después la Constitución de Apatzingán, de octubre de 1814, que aunque de vigencia precaria fue la primera que dio bases completas para la organización del Poder Público, y así al Supremo Gobierno compuesto de tres individuos impuso como necesaria para la eficacia de sus determinaciones (art. 144), la firma de uno de los Secretarios que estableció en el artículo 134 y que fueron, uno de Guerra, otro de Hacienda y el tercero que se llamaría especialmente de Gobierno.

Más tarde, al consumarse la Independencia, la Junta Soberana Provisional Gubernativa aprobó el Reglamento de 8 de noviembre de 1821 para el Gobierno Interior y Exterior de las Secretarías de Estado y del Despacho Universal, fijando en él la organización y competencia de las cuatro que creaba y que fueron, la de Relaciones Exteriores e Interiores, la de Justicia y Negocios Eclesiásticos, la de Ilacienda Pública y la de Guerra con encargo de lo perteneciente a Marina.

A partir de ese momento, las Constituciones Mexicanas se pueden separar en dos grupos: las centralistas y las federalistas. Las primeras siempre incluyeron entre sus preceptos la enumeración de las Secretarías, en tanto que las federalistas encomendaron esa enumeración a las leyes

secundarias. Dentro del primer grupo, las Leyes Constitucionales de 29 de diciembre de 1836 dispusieron que "para el despacho de los asuntos de gobierno, habrá cuatro Ministros: uno del Interior, otro de Relaciones Exteriores, otro de Hacienda y otro de Guerra y Marina". (Ley Cuarta, arto 28.)

Las Bases Orgánicas de 12 de junio de 1843 introdujeron una innovación al crear el Ministerio de Justicia, Negocios Eclesiásticos, Instrucción Pública e Industria al lado de los de Relaciones Exteriores que se extendió a los ramos de Gobernación y Policía, al de Hacienda y al de Guerra y Marina.

Por último, las Bases para la Administración de la República, de 22 de abril de 1853, crearon cinco Secretarías de Estado, conservando con sus nombres las de Relaciones Exteriores, de Hacienda y de Guerra y Marina, pero agregando el ramo de Relaciones Interiores a la Secretaría de Justicia, Negocios Eclesiásticos e Instrucción Pública y creando una nueva Secretaría destinada a ser el principio de un gran desarrollo posterior, la de Fomento, Colonización, Industria y Comercio (art, 1Q).

Las Bases anteriores fueron modificadas el 12 de mayo de 1853, suprimiendo el ramo de Relaciones Interiores para constituir una sexta Secretaría: la de Gobernación.

Como antes se dice, las Constituciones de 1824, 1857 y 1917, disponen que para el despacho de los asuntos de orden administrativo de la Federación habrá el número de Secretarios que establezca el Congreso por una Ley, agregando las dos últimas Constituciones que esa ley hará la distribución de los negocios que han de estar a cargo de cada Secretaría.

Ya dentro de esos lineamientos y antes de la Constitución de 1917 sólo señalaremos por su importancia especial la Ley de 23 de febrero de 1861, del régimen de don Benito Juárez y la de 13 de mayo de 1891 del régimen del general Porfirio Díaz, En ellas hay coincidencia en el establecimiento de seis Secretarías que son las que venían existiendo conforme a las leyes anteriores, o sean las de Relaciones Exteriores, Gobernación, Justicia e Instrucción Pública, Fomento, Hacienda y Crédito Público (en la Ley de 91 se le agregó el ramo de Comercio) y Guerra y Marina.

Además la Ley de 91. creó una nueva Secretaría, la de Comunicaciones y Obras Públicas y por reforma de 16 de mayo de 1905, se creó la Secretaria de Instrucción Pública y Bellas Artes.

Como el artículo 14 transitorio de la Constitución de 1917, suprimió las Secretarias de Justicia y la de Instrucción Pública, la ley de 25 de diciembre de 1917 conservé las Secretarías tradicionales de Gobernación, Relaciones Exteriores, Hacienda y Crédito Público, Guerra y Marina, y

Comunicaciones y Obras Públicas, y creó la de Agricultura y Fomento y la de Industria, Comercio y Trabajo agregando posteriormente, por re. forma del artículo transitorio de la Constitución, la de Educación Pública. Las leyes de 22 de marzo de 1934 y 30 de diciembre de 1935, conservaron las mismas ocho Secretarías, habiendo aumentado el 31 de diciembre de 1937, la de Asistencia Pública; el 31 de diciembre de 1940 y 15 de octubre de 1943, las de Marina y de Trabajo y Previsión Social; y el 7 de diciembre de 1946 las de Recursos Hidráulicos y de Bienes Na. cionales e Inspección Administrativa. Hubo además algunos cambios de denominación, como fue el de la de Industria y Comercio por Secretaría de Economía o de la Economía Nacional, por Ley de 30 de noviembre de 1932; la de Secretaría de Guerra y Marina por la de Defensa Nacional, por ley de 25 de octubre de 1937; y la de Salubridad y Asistencia por la de Asistencia Pública, por ley de 18 de octubre de 1943.

Este constante movimiento en la creación de las Secretarías de Estado no puede ser atribuido al simple capricho de los gobernantes, sino que con la gradual transformación del Estado ha habido necesidad de aumentar y especializar aquellos organismos.

La Ley de Secretarías y Departamentos de Estado, que fue promulgada el 23 y publicada el 24 de diciembre de 1958, creó la Secretaría de la Presidencia, la del Patrimonio Nacional que sustituyó ampliando sus funciones a la de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa; dividió en dos la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas, formando la de Comunicaciones y Transportes y la de Obras Públicas; dio a la Secretaría de Economía su antigua denominación de Secretaría de Industria y Comercio; creó un nuevo Departamento, el de Turismo; amplió la competencia del Departamento Agrario al convertirlo en Departamento de Asuntos Agrarios y Colonización y operó importantes cambios en la cornpetennia, Por Ley de 29 de diciembre de 1974 *(D. O.* de 31 del mismo), estos dos últimos Departamentos se transforman en Secretarías, la de la Reforma Agraria y de Turismo. De esta manera quedaron establecidos diecisiete Secretarías de Estado y un De. partamento Administrativo.

148. Con fecha 29 de diciembre de 1976 se publicó en el *Diario Oficial* la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal que abrogó la ley de Secretarías y Departamentos de Estado de 23 de di. ciembre de 1958 la cual posteriormente fue reformada y adicionada el 20 de diciembre de 1982.

Según la Iniciativa la Ley de 1976 y sus reformas y adiciones actuales han tenido el propósito de consignar en un solo cuerpo legal la com-

pleja estructura que se había creado con el crecimiento del aparato administrativo. Se trata de adecuar la administración pública a las necesidades y problemas que plantea la actual situación del país y del mundo; de establecer en forma clara y precisa las facultades de las distintas entidades administrtivas; de evitar duplicación de funciones de dichas entidades para definir responsabilidades y permitir que las decisiones gubernamentales se traduzcan en resultados satisfactorios para los gobernados. Se persigue con la nueva ley la institucionalización de la programación de las acciones de la Administración Pública, el establecimiento de prioridades, objetivos y metas que resulten comprensibles y viables y que las dependencias directas del Ejecutivo Federal se constituyan en unidades responsables que se encarguen de. la coordinación de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal y fideicomisos que se ubiquen en el ámbito sectorial que habrá de estar a su cargo.

En lo que se refiere a la Secretaría del Estado, desaparece la de Programación y Presupuesto, fusionando las actividades que eran a cargo de ésta con las correspondientes a las de Hacienda y Crédito Público y Contraloría General de la Federación *(D. O.* de 21 de febrero de 1992).

En lo que se refiere a la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología, ésta cambia a la de Secretaría de Desarrollo Social *(D. O.* de 25 de mayo de 1992).

Actualmente en el *D. O.* del 28 de diciembre de 1994 se publican cambios en nombres y facultades en las Secretarías de:

Energía, Minas e Industria Paraestatal: Contraloría General de la Federación; Agricultura y Recursos Hidráulicos y Pesca.

Por lo que de acuerdo a esta última Ley y sus reformas, las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos han quedado en la forma siguiente:

Secretaría de Gobernación
Secretaría de Relaciones Exteriores
Secretaría de la Defensa Nacional
Secretaría de Marina
Secretaría de Hacienda y Crédito Público
Secretaría de Desarrollo Social
Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca
Secretaría de Energía
Secretaría de Comercio y Fomento Industrial
Secretaría de Agricultura, Ganadería y Desarrollo Rural
Secretaría de Comunicaciones y Transportes
Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo
Secretaría de Educación Pública

Secretaría de Salud
Secretaría de Trabajo y Previsión Social
Secretaría de la Reforma Agraria
Secretaría de Turismo
Departamento del Distrito Federal

La competencia de cada Secretaría y Departamento es en términos generales la siguiente:

1. La Secretaría de Gobernación tiene a su cargo la realización de las funciones políticas más importantes del Poder Ejecutivo Federal. Es el órgano de relación de dicho Poder con los demás Poderes Federales y con los Estados de la Federación.

Entran en sus facultades: la iniciativa y publicación de las leyes: la vigilancia del cumplimiento de los preceptos constitucionales por parte de las autoridades del país, en lo que se refiere a las garantías individuales; los nombramientos y movimientos de titulares del Poder Judicial, de las Secretarías y Departamentos de los Procuradores de Justicia; la administración de las islas de ambos mares; cultos religiosos, política demográfica, intervención en funciones electorales, defensa y prevención social contra la delincuencia, expropiación por causas de utilidad pública no atribuidas a otra Dependencia, Archivo General de la Nación, Diario Oficial, indultos, y en general intervenir en la política interior que competa al Ejecutivo y no se atribuya expresamente a otra dependencia; defensa y prevención de la delincuencia (art. 27).

2. La Secretaría de Relaciones Exteriores tiene atribuida la competencia necesaria para intervenir en todos los asuntos de carácter internacional; promoviendo y asegurando la coordinación de acciones en el interior de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, conducir la política exterior para lo cual intervendrá en toda clase de tratados, acuerdos y convenciones en los que en el país sea parte; en asuntos de nacionalidad; para conceder a los extranjeros las licencias y autorizaciones que requieran conforme a las leyes para adquirir el dominio de tierras, aguas y sus accesorios o para obtener concesiones de explotación de recursos naturales, para hacer inversiones en empresas comerciales o industriales, así como para formar parte de sociedades mexicanas, civiles o mercantiles y para modificar o reformar las bases constitutivas de estas sociedades y para aceptar socios extranjeros o adquirir bienes inmuebles o derechos sobre ellos, etc. (art. 28).

3. A la Secretaría de la Defensa Nacional corresponde el despacho de los asuntos relacionados con la defensa del territorio nacional y en consecuencia, con la organización, administración y preparación del Ejército y

la Fuerza Aérea así como del Servicio Militar Nacional; administrar la justicia Militar; organizar y prestar los servicios de sanidad militar, etc. (art. 29).

4. A la Secretaría de Marina corresponde la organización, administración y preparación de la Armada Nacional; el ejercicio de la soberanía nacional en aguas territoriales, así como la vigilancia de las costas del territorio, vías navegables e islas nacionales; la construcción y conservación de las obras portuarias, etc. (art. 30).

5. A la Secretaría de Hacienda y Crédito Público corresponde el despacho de los asuntos relacionados con los ingresos de la Federación, del Departamento del Distrito Federal y entidades paraestatales: proyecto y cálculo de los egresos del Gobierno Federal y de la Administración Pública Paraestatal; coordinar, evaluar y vigilar el sistema bancario del país que comprende el Banco Central, a la Banca Nacional de Desarrollo y las demás instituciones encargadas de prestar el servicio público de banca y crédito; las atribuciones que le señalen las leyes en materia de seguros, fianzas, valores y de Organizaciones Auxiliares de Crédito; estímulos fiscales; precios y tarifas de los bienes y servicios de la Administración Pública Federal, en concordancia con la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial; impuestos, contribuciones de mejoras, derechos, productos y aprovechamientos federales; servicios aduanales y de inspección, así como la Policía Fiscal de la Federación; gasto público federal; inversión pública estadística e información geográfica, estructura orgánica, administración de personal, obras públicas y adquisición de bienes muebles de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal; planeación de programación, presupuestación, contabilidad y evaluación, etc., etc. (art, 31) *(D. O.* de 21 de febrero de 1992).

6. A la Secretaría de Desarrollo Social corresponde formular, conducir y evaluar la política general de desarrollo social para el combate efectivo a la pobreza, en particular la de asentamientos humanos, desarrollo urbano y vivienda; proyectar y coordinar, con la participación que corresponda a los gobiernos estatales y municipales, la planeación regional en coordinación con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; evaluar las transferencias de fondos en favor de estados y municipios; estudiar y dictar las medidas para lograr que la acción coordinada del poder público redunde en provecho de los mexicanos que conserven y preserven sus culturas, lenguas, usos y costumbres originales; así como promover y gestionar todas aquellas medidas que conciernan al interés general de los pueblos indígenas; etc. (arlo 32).

7. La Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca tie-

ne a su cargo fomentar la protección, restauración y conservación de los ecosistemas y recursos naturales y bienes y servicios ambientales; formular y conducir la política nacional en materia de recursos naturales; así como en materia de ecología, saneamiento ambiental, agua, regulación ambiental del desarrollo urbano y desarrollo de la actividad pesquera; vigilar y estimular el cumplimiento de las leyes y normas oficiales mexicanas, así como imponer las sanciones procedentes; promover el ordenamiento ecológico del territorio nacional; regular la explotación pesquera; promover la creación de zonas portuarias pesqueras; administrar, controlar y reglamentar el aprovechamiento de cuencas hidráulicas, vasos, manantiales yaguas propiedad nacional; etc. .. (art. 32 bis).

8. A la Secretaría de Energía le corresponde conducir la política energética del país; ejercer los derechos de la nación, en materia de petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos y gaseosos, energía nuclear, así como el aprovechamiento de los bienes y recursos naturales que se requieran para generar y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público; etc... (art. 33).

9. A la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial corresponde formular y conducir las políticas generales de industria, comercio exterior, interior, abasto y precios del país (art. 34).

10. La Secretaría de Agricultura, Ganadería y Desarrollo Rural es la responsable de formular, conducir y evaluar la política general de desarrollo rural; fomentar los programas y elaborar normas oficiales de sanidad animal y vegetal; participar con la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca en la conservación de los suelos agrícolas, pastizales y bosques, así como la construcción de pequeñas obras de irrigación, etc. .. (art. 35).

11. A la Secretaría de Comunicaciones y Transportes le corresponden los servicios de correos, de comunicación eléctrica y electrónica; concesiones y permisos para líneas aéreas y comerciales en la República y permisos y convenios para líneas aéreas internacionales; aeropuertos; ferrocarriles; puentes internacionales; promoción y organización de la marina mercante, etc. (art. 36).

12. A la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo corresponde planear, organizar y coordinar el sistema de control y evaluación gubernamental; inspección del gasto público federal y su congruencia con los presupuestos de egresos; establecer bases para regular las auditorías a Dependencias y Entidades de la Administración Pública y efectuar éstas; conducir **la** política inmobiliaria de **la** Administración

Pública Federal; llevar el registro público de la propiedad inmobiliaria federal y el inventario correspondiente; regular la adquisición, arrendamiento, enajenación, destino o afectación de bienes inmuebles de la Administración Pública Federal; administrar los inmuebles de propiedad federal cuando no estén asignados a alguna dependencia o entidad; llevar los registros patrimoniales de los servidores públicos que puedan constituir responsabilidades administrativas; atender las quejas e inconformidades que presenten los particulares por motivo de convenios o contratos celebrados con dependencias y entidades de la Administración Pública Federal; etc. (art. 37).

13. A la Secretaría de Educación Pública le corresponden todas las materias relativas a la educación en todos sus grados, con excepción de la universitaria; museos, bibliotecas, derechos de autor, fomento del teatro, producción y conservación de los monumentos arqueológicos, objetos históricos y artísticos, etc. (art. 38).

14. A la Secretaría de la Reforma Agraria corresponden todos los asuntos relacionados con la política agraria y cumplimiento de las leyes respectivas así como el manejo de los terrenos baldíos y nacionales y la proyección de planes generales y concretos de colonización para realizarlos, promoviendo el mejoramiento de la población rural y, en especial, de la población ejidal excedente, etc. (art. 41).

15. A la Secretaría de Turismo le corresponden todos los asuntos encaminados al fomento del turismo internacional e interno (art. 42).

Al Departamento del Distrito Federal corresponde: atender lo relacionado con el Gobierno de dicha entidad en los términos de la Ley Orgánica y demás leyes y reglamentos (art. 44).

149. La ley vigente faculta al presidente de la República para constituir comisiones intersecretariales, transitorias o permanentes, que serán presididas por quien determine el propio Presidente (art. 21).

Igualmente establece la ley que para los efectos del artículo 29 de la Constitución, el Presidente acordará con todos los Secretarios y Jefes de Departamento y Procurador General de Justicia de la Nación, y que también podrá convocar a reuniones que no incluyan la totalidad de los Secretarios y Jefes de Departamento cuando se trate de definir o evaluar la política del Gobierno en materias que sean de competencia concurrente de varias dependencias o entidades de la Administración Pública (Const., art. 29 reformado y 6a. de la Ley).

Además, el Presidente conforme al artículo 21 podrá formar comisiones o consejos intersecretariales para ciertos propósitos de planeación, para apoyar a sectores específicos de la población o para impulsar el de-

sarrollo del país, como por ejemplo se pueden citar los concejos de Población, de Ciencias y Tecnología, de Turismo, etc.

150. Respecto de las relaciones que existen entre las Secretarías y Departamentos, la ley las fija en dos de sus preceptos; 1) al establecer que dichos organismos tendrán igual rango y que entre ellos no habrá, por lo tanto, preeminencia alguna (art. 10), Y 2) al establecer que cuando alguna Secretaría o Departamento necesite informes, además de la cooperación técnica de cualquier otra dependencia, ésta tendrá la obligación de proporcionarlos.

Por lo que hace al primer precepto indicado, debemos decir que su inclusión en la ley viene a dilucidar la cuestión que con anterioridad se planteaba respecto de la jerarquía que podría existir entre las diversas Secretarías de Estado. Esa jerarquía se explicaba por la circunstancia de que bajo la vigencia del artículo 81 reformado por la Constitución de 1857, las faltas absolutas o temporales del Presidente de la República deberían ser suplidas en forma interina, por el Secretario de Relaciones Exteriores, o si no lo hubiere o estuviere impedido, por uno de los otros Secretarios de Estado, siguiendo el orden numérico que la ley estableciera.

Sin embargo, en el régimen constitucional vigente ha desaparecido esa sustitución por ministerio de la ley, estableciéndose que en todos los casos de falta absoluta o temporal, el Presidente debe ser sustituido por la persona que designe el Congreso.

## CAPÍTULO IV

## ADMINISTRACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL

151. Antecedentes sobre el régimen jurídico del Departamento del Distrito Federal.-152. Su naturaleza jurídica.-153. Las autoridades del Departamento.-154. El territorio. Las delegaciones y los órganos de colaboración.-155. El régimen patrimonial y financiero del Departamento.-156. Las atribuciones del mismo Departamento.

151. Dentro de la organización administrativa centralizada queda comprendido el Departamento del Distrito Federal.

Este Departamento tiene caracteres especiales que lo distinguen de las demás dependencias de la Administración Pública Federal.

En efecto el Departamento tiene un territorio que determina el ámbito de su jurisdicción. El Constituyente de 1824 señaló para la residencia

NOTA.-Se han hecho varias modificaciones legales sobre el Departamento del Distrito Federal, con una tendencia a hacer de él, no un Departamento perteneciente a la Administración Pública Federal y dependiente del Titular del Poder Ejecutivo, como lo venia siendo, mismo que claramente se va creando un gobierno para un Estado más de la Federación, por tal motivo, se respeta el texto íntegro de este capitulo como ejemplo de lo que fue, un Departamento Administrativo.

de los Poderes Federales la ciudad de México en un círculo cuyo centro sería la plaza mayor de la ciudad y su radio de dos leguas. El propósito de señalar un lugar exclusivo para el Distrito Federal fue evitar los conflictos que surgen por la coexistencia en una misma circunscripción territorial de autoridades federales y autoridades de los Estados. Los límites del territorio exclusivo fueron sensiblemente ensanchados por los Decretos de 15 y 17 de diciembre de 1898 y el artículo 44 de la Constitución de 1917 estableció que "el Distrito Federal se compondrá del territorio que actualmente tiene y en el caso de que los Poderes Federales se trasladen a otro lugar se erigirá en Estado del Valle de México, con los límites y extensión que le asigne el Congreso General".

152. El Distrito Federal ha sido administrado en diversas formas sucesivas. La que existió hasta el año de 1928 consistió, según la Constitución de 1917, en encargar la atención de los intereses locales a un gobernador dependiente directo del Presidente de la República y a una organización municipal de elección popular.

Sin embargo, la coexistencia de la autoridad federal del gobierno local y de la organización municipal, fue causa de frecuentes dificultades y de la misma manera como se procedió cuando esas dificultades eran con los Poderes de los Estados, se reformó la Constitución suprimiendo el Gobierno del Distrito y el régimen municipal y se estableció el sistema que implantaron sucesivamente las leyes de 31 de diciembre de 1928, de 31 de diciembre de 1941, de 29 de diciembre de 1970 con sus adiciones y reformas, de 29 de diciembre de 1972, por la del 29 de diciembre de 1978 y por la actualmente en vigor publicada el 26 de julio de 1994.

Además el régimen jurídico del Distrito Federal se encuentra consignado en la propia Constitución y en ella se estatuye que el Gobierno del Distrito está a cargo del Presidente de la República, quien lo ejercerá por conducto del órgano que determine la ley; que la Asamblea de Representantes es la facultada para legislar en todo lo relativo al Distrito; que el Poder Judicial se integrará por los tribunales del orden común, distintos de los Tribunales federales y en él existirán Tribunales de lo Contencioso, Administrativo y de Conciliación y Arbitraje, (art. 103 y 104) Ley Orgánica del Departamento, arts. lo. 50. 60. a 80. *(D. O.* de 30 de diciembre de 1994).

153. La vigente Ley Orgánica ha tenido por finalidad, (Regl. D. O. de 26 de agosto de 1985) responder a las necesidades creadas por "el crecimiento demográfico y el incremento del peso específico social y de las relaciones de toda índole experimentados en el Distrito Federal" que han traído consigo requerimientos de una nueva organización de la Administración Pública. Para el efecto se ha modificado la estructura de la ley y para ello se ideó un sistema normativo flexible que permite remitir al Reglamento Interior el señalamiento y atribuciones de los órganos a

quienes se encomienda el desempeño de la función gubernativa del Departamento del Distrito Federal (Regl. *D.* O. de 17 de enero de 1984).

Siguiendo esas ideas, la organización administrativa del Distrito Federal está constituida por unidades administrativas centralizadas. Las unidades administrativas centralizadas son Secretarios Generales, la Oficialía Mayor, la Contraloría, la Tesorería y las Direcciones Generales. Los órganos administrativos desconcentrados son: las Delegaciones en sus respectivas circunscripciones geográficas y los Almacenes para los trabajadores del Departamento.

El Jefe del Departamento es nombrado y removido libremente por el Presidente de la República, tiene la representación legal del Departamento, la que puede delegar en la persona o personas que estime conveniente.

El Secretario General de Gobierno, así como el Secretario de Obras y Servicios y el Oficial Mayor, también son nombrados por el Presidente de la República.*

Los órganos administrativos desconcentrados están jerárquicamente subordinados a la Jefatura del Departamento la que, en su caso, fijará las relaciones que deben guardar con otras dependencias.

154. El territorio del Distrito Federal se divide para su gobierno en las siguientes dieciséis Delegaciones: 1. Alvaro Obregón; 11. Azcapotzalco; 111. Benito Juárez; IV Coyoacán; V. Cuajimalpa de Morelos; VI. Cuauhtémoc; VII. Gustavo A. Madero; VIII. Iztacalco; IX. Iztapalapa; X. Magdalena Contreras; XI. Miguel Hidalgo; XII. Milpa Alta; XIII. Tlahuac; XIV. Tlalpan; XV. Venustiano Carranza y XVI. Xochimilco (art. 80.).

Las Delegaciones anteriores son órganos desconcentrados y están a cargo de un Delegado, el cual será nombrado y removido por el Jefe del Departamento previo acuerdo del Presidente de la República y ejercerá las atribuciones que corresponden al Departamento, en sus respectivas jurisdicciones, salvo aquellas que sean propias de los órganos de administración centralizada. La desconcentración de atribuciones siempre será general y garantizará la autonomía de su ejercicio por los Delegados en coordinación con demás órganos del Departamento para el mejor gobierno de la entidad (art. 15).

Completan la estructura orgánica del Departamento los llamados órganos de colaboración vecinal y ciudadana que son los Comités de manzana, las Asociaciones de Residentes, las Juntas de vecinos y el Consejo Consultivo del Distrito Federal, este último integrado por los presidentes

---

• En marzo de 1996, continúa estudiándose la forma en que será electo el Jefe del Departamento del Distrito Federal y la manera en que se designarán a los Secretarios, Oficial Mayor y Delegados.

de las Juntas de Vecinos y cuyas atribuciones además de su colaboración para la debida administración pública y la prestación de los servicios generales, se extiende a proponer medidas legislativas y reglamentarias, a opinar sobre estudios de planeación urbana, sobre la política fiscal del Departamento, coordinar los trabajos de las Juntas de Vecinos, conocer de los planes y programas de obras y servicios y proponer adiciones o modificaciones sobre los mismos e informar al Jefe del Departamento, las deficiencias en la administración o en losservicios (arts. 44 a 51).

155. La ley clasifica las atribuciones que corresponden al Departamento en asuntos en materia de gobierno (art. 17) en materia jurídica y administrativa (art. 18), en materia hacendaria (art. 19) y en materia de obras y servicios públicos (art. 20) y en cada una de estas materias va detallando las actividades que entran en esos rubros.

La Ley ha introducido una importante innovación al consignar el derecho de los ciudadanos para iniciar leyes o reglamentos mediante el referendum que habrá de ejercitarse en los términos de la ley y sus reglamentos.

En relación con el citado artículo 17, con fecha 26 de enero de 1981 apareció publicado en el *Diario Oficial* el Reglamento General para Establecimientos Mercantiles y Espectáculos Públicos en el Distrito Federal, que viene a sustituir y englobar en sus disposiciones a todos los reglamentos parciales anteriores sobre los distintos giros mercantiles y espectáculos públicos.

156. La ley consigna en capítulo especial destinado a la prestación de los servicios públicos toda una serie de disposiciones que han venido a fijar algunos criterios sobre esta materia.

Desde luego define el servicio público como "La actividad organizada que se realice conforme a las leyes y reglamentos vigentes en el Distrito Federal con el fin de satisfacer en forma continua, uniforme, regular y permanente, necesidades de carácter colectivo", y exigiendo que en todos los casos exista una declaración oficial de que determinada actividad constituye un servicio público. Corresponde al propio Departamento la prestación del servicio o puede encomendarse mediante concesión limitada y temporal a personas físicas o morales de nacionalidad mexicana, conservando el Departamento la vigilancia, la reglamentación, la facultad de fijar y modificar las tarifas y la de dictar las medidas necesarias para proteger las diversas obligaciones del concesionario y las causas de caducidad de las concesiones (arts. 22 y sig.),

157. El Departamento tiene personalidad jurídica con capacidad

para adquirir y poseer todos los bienes necesarios para el cumplimiento de sus fines (art. 32).

Los bienes que constituyen su patrimonio se dividen en bienes de dominio público y bienes de dominio privado (art. 33).

Son de dominio público los de uso común, los inmuebles destinados a un servicio público o a fines de utilidad pública, los monumentos arqueológicos, históricos y artísticos de propiedad muebles o inmuebles propiedad del Departamento; las servidumbres, cuando el predio dominante sea alguno de los anteriores; las vías terrestres de comunicación que no sean federales ni particulares; los inmuebles adquiridos por expropiación; los canales, zanjas y acueductos que hubieren sido adquiridos o construidos por el Departamento y cauces de los ríos que hubieren dejado de serlo; las plazas, calles, avenidas, viaductos, paseos, jardines y parques públicos; los montes y bosques que tengan utilidad pública y que no sean federales ni de particulares y los muebles no sustituibles, documentos, pinturas, murales, esculturas, etc. (art. 34).

De dominio privado son todos los demás no comprendidos en la enumeración anterior y cuyo uso o utilidad no tenga un interés público (art. 35).

La ley declara inembargables todos los bienes muebles e inmuebles de Departamento. Respecto de los de uso común y de los destinados a un servicio público, determina que no podrán ser objeto de ningún gravamen real, disponiéndose que los derechos de tránsito, de vistas, de luces y otros semejantes se regirán por las leyes y reglamentos administrativos y que los permisos o concesiones que otorgue la autoridad administrativa sobre esa clase de bienes tendrán siempre el carácter de temporales y revocables (art. 36).

Finalmente, la ley dispone que para la enajenación y cambio de destino de los inmuebles del Departamento se necesita decreto del Presidente de la República, en el concepto de que la enajenación de los bienes propios deberá hacerse invariablemente en pública subasta o fuera de ella cuando lo determinen expresamente las leyes o lo acuerde el Presidente de la República (art. 37).

El Departamento está facultado para retener administrativamente los bienes que posee y obtener de la autoridad judicial ocupación provisional de los inmuebles cuya propiedad reclame ante ella (art. 38).

Por lo que hace a la organización financiera del Departamento, sus ingresos y egresos son los que anualmente señalen la ley de ingresos y presupuestos de egresos aprobados. Igualmente está facultado el Departamento para contratar toda clase de créditos y financiamiento con la intervención de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Además, debe rendir la cuenta pública anual (art, 19).

## CAPÍTULO V

## LA DELEGACION, LA DESCONCENTRACION y LA COORDINACION ADMINISTRATIVAS

158. Los inconvenientes de la excesiva centralizacién administrativa.-158 bis. La delegación. La desconcentraeión y los convenio- de ('oortlinue¡óll. .

158. El examen que se ha hecho en los capítulos precedentes ha demostrado que la Administración Pública Federal constituida por las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos ha llevado a una centralización perjudicial para la Administración misma, para el país y para los particulares que tienen que recurrir a ella para el arreglo de sus negocios.

Para la Administración el perjuicio consiste en que con el aumento creciente de la población y de los negocios que tiene que atender se va complicando la maquinaria administrativa y desarrollando una monstruosa y absorbente burocracia que impide la agilidad y eficiencia de su funcionamiento.

Para el país el efecto consiste en que vienen a radicarse las principales actividades comerciales, industriales y culturales en la capital de la República, y como consecuencia se produce una concentración demográfica con perjuicio de la vida rural y de la prestación eficiente de los servicios urbanos.

Respecto de los particulares los promotores de la Reforma Administrativa que se ha iniciado en México han considerado que aquí se ha padecido por siglos "de una centralización administrativa que hace que de todos los rumbos del país los ciudadanos tengan que ocurrir a la capital, perdiendo tiempo y dinero, a hacer largas esperas a oficinas públicas teniendo que regresar luego, simplemente con un sello en la copia de los documentos que ellos han presentado, gastados y desilusionados a los pequeños sitios donde viven a esperar, durante mucho tiempo, a veces infructuosamente, que sus asuntos sean resueltos".[1]

158 bis. Para atenuar los inconvenientes de la centralización se ha recurrido a la delegación de facultades administrativas, a la desconcentración y a los convenios de coordinación con las entidades federativas.

El artículo 16 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, repitiendo lo que se había establecido en la lev anterior de

Secretarías de Estado (art. 16), previene que los Titulares de ellas y de los Departamentos Administrativos podrán delegar cualesquiera de sus funciones que no deban ser ejercidas precisamente por dichos Titulares, en favor de los funcionarios que integran las propias dependencias, o de Jos que establezcan los reglamentos interiores u otras disposiciones legales.

En la misma Ley separándola de la delegación anterior, se incorpora la figura de la desconcentración administrativa declarando que "para la eficaz atención y eficiente despacho de los asuntos de su competencia, las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos podrán contar con órganos administrativos desconcentrados que les estarán jerárquicamente subordinados y tendrán facultades específicas para resolver sobre la materia dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso" (art. 17).

Finalmente, el artículo 22 de la misma ley autoriza al Presidente de la República, para convenir con los Gobiernos de los Estados y los Municipios, "satisfaciendo las formalidades legales que en cada caso procedan", a fin de favorecer el desarrollo integral de las propias entidades federativas,

Aun antes de la Ley Orgánica citada se registraron constantemente delegaciones de facultades de decisión y firma de resoluciones en favor de funcionarios subordinados a los Titulares de Secretarías y Departamentos de Estado, lo cual ha contribuido a descargarlos de una buena parte de sus labores y ha permitido a funcionarios de nivel inferior tomar decisiones rápidas y oportunas en beneficio de la Administración misma y consecuentemente en beneficio también de los administrados.

También la desconcentración fue practicada de mucho tiempo atrás como lo demuestran las Agencias regionales de diversas Secretarías de Estado como son las le Agricultura, Industria y Comercio, de Pesca, de Salubridad (actualmente de Salud), Comunicaciones, Oficinas de Hacienda, etc., etc. Por otra parte en la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal de 27 de diciembre de 1979 *(D. O.* de 30 del mismo mes), se introdujo de una manera formal en la legislación mexicana la desconcentración administrativa al dividir el Distrito en 16 Delegaciones y encomendar cada una de ellas a funcionarios nombrados por el Jefe del Departamento y dotados de atribuciones desconcentradas en los términos de la Ley, los reglamentos y los acuerdos del propio Jefe del Departamento (arts. 10 y 12).

. De la misma manera por Decreto Presidencial de 23 de junio de 1973 se creó dentro de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público

la Dirección de Administración Federal Regional y "tanto mediante la celebración de convenios con las entidades federativas como con la creación de dependencias regionales" se ha procurado acercar la estructura administrativa al lugar mismo en que se generan los asuntos, con beneficio del despacho y del ciudadano a quien evita el trato de los mismos en la capital de la República. Con tal objeto se han establecido en el centro de determinadas circunscripciones territoriales, Administraciones Fiscales Regionales con facultades en materia de impuestos sobre la renta, ingresos mercantiles, auditoría fiscal, en su caso aduanas, Tesorería de la Federación. etc.

Se han venido también desconcentrando facultades en delegaciones forestales regionales; en oficinas en Guadalajara y Monterrey para la expedición de pasaportes de la competencia de la Secretaría de Relaciones Exteriores; en oficinas regionales de la Secretaría de Desarrollo Social y de otras dependencias del Ejecutivo.

Por último han sido muy frecuentes los convenios de coordinación con los Estados, como son entre otros los celebrados en materia fiscal, en materia sanitaria, etc., etc., rigiendo al efecto la Ley de Coordina. ción en Materia Fiscal *(D. O.,* 27 de diciembre de 1978) y el Convenio Unico de Coordinación de 5 de fehrero de 1981 [v, *D. O.* de 21 de enero de 1982).

## CAPÍTULO VI

## LA ADMINISTRACION PARAESTATAL

159. Entidades paraestatales. Valor y alcance del vocablo paraestatal.—160. La descentralización administrativa en la doctrina.-161. Los organismos descentralizados. Facultad del Ejecutivo para crearlos. Su objeto y fines.-161 bis. Su régimen patrimonial y financiero.-162. Las empresas de participación estatal.-163. Los fideicomisos.-1M. El Control sobre las paraestatales.-165. El problema Constitucional.

159:. Como antes se dijo el artículo 90 constitucional dispuso que la Adnilmstracl'On Púhlica Federal será centralizada y paraestatal y que el Congreso deIinará las bases generales de creación de las entidades paraestataJes.

. La. Ley Orgánica anterior a esta reforma estableció que el Poder EjecutIvo se auxiliará, en los términos de las disposiciones legales correspondientes, de las siguentes entidades que forman la Administración Púhhca Paraestatal: I. Orgamsmos. descentralizados; 11. Empresas .de participación. estatal, instituciones nacionales de crédito, de seguros y fIanzas, y 111. FIdeIcomisos [art, 3º).

En la legislación mexicana anterior no existía un título genérico con el que se denominaran los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal (Leyes de 31 de diciembre de 1947, 1965 Y 1970). Actualmente se ha expedido la Ley Reglamentaria de Entidades Paraestatales que regula ya, y en forma concreta, la organización, funcionamiento y control de las mismas (*D. O.* de 14 de mayo de 1986).

En algunas legislaciones extranjeras la expresión paraestatal se ha considerado como un vocablo que carece de valor jurídico y que sólo se usa con un valor de nomenclatura (Ranelletti Ist. de Dir. Puhl, 1931, T. 1, pág. 180; D'Alessio, Dir. Amm, 1932, T. 1, pág. 201; Vitta, Dir. Amm, 1933, T. 1, pág. 126; Zanobini, Dir. Amm, 1936, T. 1, pág. 147). Al usarse esa expresión en la ley mexicana, se aparta del origen etimológico de la misma, pues de acuerdo con él se significa "algo que no se confunde con el Estado. .. camina lado a lado del Estado, paralelamente al Estado" (Cretella, Diccionario de Adm., Sao Paulo, p. 64; M. María Díaz, D. D. Adm., Buenos Aires, T. 1, pág. 81) yen el caso las entidades que se comprenden en aquella designación no caminan allado del Estado, sino que son parte integrante del Estado. También se aparta del sentido que da la ley al vocablo de la definición que adopta el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (1970) al consignar la palabra "paraestatal" refiriéndola a los organismos y centros que por delegación del Estado cooperan a los fines de éste sin formar parte de la administración pública, ya que la ley conserva a las entidades paraestatales como parte de la Administración Púhlica Federal.

Además, en la ley vigente la expresión "Administración Púhlica Paraestatal" carece tamhién de un contenido jurídico, pues en ella se comprenden entidades de naturaleza muy diversa, como lo es la de los organismos descentralizados, la de las empresas de participación estatal, la de las Instituciones de Crédito, Seguros y Fianzas y la de los fideicomisos.

Por todo ello, habrá de concluir que la expresión "paraestatal" no corresponde al contenido de la sección en que se emplea y que sólo debe tomársele como una expresión cómoda, aunque arbitraria y a veces inexacta, para denominar los organismos que aún formando parte de la administración estatal, no son considerados como los tradicionales elementos de la Administración Centralizada.

160. La descentralización administrativa. La descentralización administrativa representa una corriente que día a día va tomando mayor incremento en los Estados contemporáneos y que en términos generales consiste en confiar algunas actividades administrativas a órganos que guardan con la administración centralizada una relación diversa de la de jerarquía, pero sin que dejen de existir respecto de ellas las facultades indispensables para conservar la unidad del Poder.

La descentralización administrativa se distinzue de la descentraliza-

ción política que se opera en el régimen federal. porque mientras que la primera se realiza exclusivamente en el ámbito del Poder Ejecutivo, la segunda implica un régimen especial de los Poderes estatales frente a los Poderes federales.

Además, en tanto que la descentralización administrativa es creada por el Poder central, en la descentralización federal los Estados miembros son los que crean al Estado federal, participan en la formación de la voluntad de éste y su competencia no es derivada, como es la de los órganos administrativos descentralizados, sino que por el contrario es originaria en el sentido de que las facultades no atribuidas expresamente al Estado federal se entienden reservadas a los Estados miembros.

La descentralización administrativa ha obedecido, en unos casos, a la necesidad de dar satisfacción a las ideas democráticas y a la conveniencia de dar mayor eficacia a la gestión de intereses locales, para lo cual el Estado constituye autoridades administrativas cuyos titulares se eligen por los mismos individuos cuyos intereses se van a ver comprometidos con la acción de dichas autoridades. En otros casos, la naturaleza técnica industrial o comercial de los actos que tiene que realizar la Administración, la obliga a sustraer dichos actos del conocimiento de los funcionarios y empleados centralizados y los encomienda a elementos que tengan la preparación suficiente para atenderlos. Por último, ocurre con frecuencia que la Administración se descarga de algunas de sus labores, encomendando facultades de consulta, de decisión o de ejecución a ciertos organismos constituidos por elementos particulares que no forman parte de la misma Administración.

Correspondiendo a esos tres propósitos, la descentralización ha adoptado tres modalidades diferentes, que son:

*a)* Descentralización por servicio;
*b)* Descentralización por colaboración, y
*c)* Descentralización por región.

En esos tres tipos de descentralización no hay caracteres idénticos y uniformes, pues a diferencias de la centralización, aquel régimen constituye más que una forma única de organización, una tendencia de al. canees muy variables para conciliar dos situaciones contrarias como son, por un lado, la centralización absorbente del Estado y por el »tro, la gestión independiente de determinados intereses colectivos.

Se ha pretendido que es característica esencial de la descentralisación, la existencia de una personalidad jurídica especial y de un. patrio monío propio de los organismos descentralizados.

.Sin negar que estos organismos gocen de personalidad jurídica y de patrimonio propio, no puede afirmarse que siempre que existen la perso-

nalidad y el patrimonio, se está frente a un órgano descentralizado, como sucede con el caso del Departamento del Distrito Federal que, a pesar de tener aquellas características, conserva su calidad de órgano centralizado.

El otorgamiento de la personalidad y del patrimonio puede obedecer a alguno de estos dos motivos: el de dar a un organismo determinado una simple autonomía técnica o el de concederle una verdadera autonomía orgánica.

La autonomía técnica consiste en que los órganos administrativos "no están sometidos a las reglas de gestión administrativa y financiera que, en principio, son aplicables a todos los servicios centralizados del Estado".

Buttgenbach, de quien tomamos la definición anterior, afirma que en algunos casos las normas generales de gestión administrativa, financiera y contable resultan poco adecuadas a las exigencias de una gestión racional de ciertas empresas estatales, y que para tal evento el legislador autoriza derogaciones al régimen general y adopta fórmulas de organización administrativa o financiera que se aproximan generalmente a los métodos practicados por las empresas privadas *(Dr. Adm.,* pág. 86).

Pues bien, cuando esa derogación al régimen general obedece simplemente a la necesidad de dar flexibilidad y facilidad a la gestión que se encarga a un organismo determinado, pero sin desligarlo de los vínculos de jerarquía respecto a los órganos superiores de la Administración central, entonces no habrá una descentralización, sino solamente una "administración personalizada" que seguirá formando parte de la Administración central del Estado.

En cambio, cuando, además de la autonomía técnica existe la autonomía orgánica, se tendrá una verdadera descentralización.

"La autonomía orgánica, dice Buttgenhach, supone la existencia de un servicio público que tiene prerrogativas propias, ejercidas por autoridades distintas del poder central y que puede oponer a éste su esfera de autonomía." *(op. cit.,* pág. 87.)

El mismo autor que hemos venido citando nos previene contra una posible confusión que puede ocurrir pensando que los organismos descentralizados (y también las "administraciones personalizadas"), por el hecho de tener una personalidad y un patrimonio especial, constituyan personas distintas del Estado con un patrimonio también distinto del patrimonio del Estado, y al respecto indica que las nociones civilistas de la unidad necesaria del patrimonio y de la indivisibilidad de la personalidad, son extrañas al derecho público; que, en consecuencia.sno tratándose de una propiedad de derecho civil del Estado, éste puede, por medio de la personificación jurídica, realizar la afectación de una parte de sus bienes, que seguirán siendo bienes del Estado, a las necesidades propias

del servicio personalizado, limitando así la responsabilidad del propio Estado a la persona que constituye el patrimonio especialmente afectado; y finalmente, que al decir que el organismo descentralizado obra en su propio nombre se significa solamente que obra en nombre y por cuenta de un patrimonio especial del Estado por oposición al patrimonio general de este, último, en el concepto de que el propio Estado tiene obligación de respetar la esfera de autonomía que por su voluntad soberana ha otorgado a aquel organismo. (Buttgenbach, *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique,* págs. 180 y ss.]

161. La propia Ley considera como organismos descentralizados a "las instituciones creadas por disposición del Congreso de la Unión o en su caso por el Ejecutivo Federal con personalidad jurídica y patrimonio propios, cualquiera que sea la forma o estructura legal que "adopten" [art. 45). Desde el punto del régimen administrativo de estos organismos deben considerarse todos aquellos elementos que fijan vinculación con la Administración central. Esos elementos pueden reducirse a los siguientes:

*A)* Naturaleza de las atribuciones que realiza el organismo.

*B)* La creación de la organización descentralizada.

e) Su extinción.

*D)* Los poderes de la Administración central sobre el personal y sobre los actos del organismo.

*a)* Desde luego el organismo descentralizado constituye un organismo encargado de realizar atribuciones que al Estado corresponden.

En segundo lugar, la atribución que realiza debe ser una atribución de carácter técnico, pues "para los servicios que tienden a garantizar la seguridad en el interior y la protección en el exterior, cuya gestión no demanda conocimiento técnico particular sino solamente una dirección unitaria y enérgica, no existe ninguna razón para dar a los agentes mismos encargados del servicio la dirección, la impulsión; habría tal vez plena dirección del servicio" (Duguit, *op. ca.,* t. 111, p. 83).

Por último, la atribución que se ejercita por medio del organismo, es, por las razones mismas que fundan su disgregación de la Administración central, una atribución especial, de tal modo que el establecimiento encargado de realizarla tiene limitada su competencia a la especialidad de la atribución que le corresponde.

En la Ley para el control por parte del Gobierno Federal de los organismos descentralizados publicada el 31 de diciembre de 1970 que en parte se considera vigente y se establece que "su objeto y fines sean la prestación de un servicio público o social, la explotación de bienes o recursos propiedad de la Nación, la investigación científica y tecnológica

o la obtención y aplicación de recursos para fines de asistencia o seguridad social" (art. 2º).

*b)* El organismo descentralizado tiene, de conformidad con los lineamientos de la legislación, una personalidad jurídica, que se crea por una ley del Congreso de la Unión o por decreto del Ejecutivo Federal. El artículo 90 constitucional establece que el Congreso fijará las bases generales de creación de estos organismos,

Respecto de la autoridad facultada para crear un organismo descentralizado, se suscita la duda de si puede serlo el Ejecutivo de la Unión, pues de acuerdo con nuestra tradición jurídica, la personalidad moral sólo puede otorgarse por una Ley del Congreso y no por disposición del Ejecutivo.

El artículo 25 del Código Civil Federal confirmando esa tradición establece expresamente los únicos casos de reconocimiento de la personalidad jurídica y en ninguno de ellos se encuentran los organismos de que se viene tratando.

También surge la cuestión de determinar si el Ejecutivo tiene facultades legales para constituir el patrimonio del organismo descentralizado cuando al crearlo destina fondos públicos, pues debe tenerse presente que tal disposición sólo puede autorizarse en el presupuesto de egresos o en ley posterior según el artículo 126 de la Constitución Federal.

*e)* De la misma manera que la creación constituye un acto que emana del Estado, la resolución de extinción debe tener el mismo origen. El artículo 14 de la Ley respectiva determina que la extinción o liquidación del organismo deberá ser resuelta por el Presidente de la República cuando no cumpla sus fines u objeto o cuyo funcionamiento no sea ya conveniente para la economía o interés nacionales.

Para el caso de extinción, la ley de Bienes Nacionales considera que entran al dominio privado de la Federación, los bienes que hayan formado parte de entidades paraestatales que se extingan, en la parte que corresponda a la Federación, (art. 3º. frac. IV).

*d)* Respecto de los poderes que la Administración central tiene sobre los funcionarios y empleados del establecimiento y sobre los actos que realizan, se presenta la diversidad de grados a que en un principio nos referimos.

El personal que integra el establecimiento tiene los caracteres generales que corresponden al personal que presta sus servidos en la Adminostración central del Estado, salvo determinación especial de la ley que en algunos casos ha sometido a dicho personal a la legislación general en materia de trabajo, como ocurre tratándose de los trabajadores petroleros y de los ferrocarrileros.

Los poderes de dicha Administración central, en lo que hace al nombramiento de los directores del establecimiento, pueden variar grandemente, pero en la legislación mexicana salvo unas cuantas excepciones, esos directores son nombrados por el Presidente de la República.

161 bis. Por 10 que hace al régimen patrimonial y financiero de los organismos descentralizados la Ley establece las siguientes normas: que en principio a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público corresponde proyectar y calcular los ingresos y egresos de esos organismos y a las Secretarías y Departamentos Administrativos encargados de la coordinación de los sectores en que se habrán de distribuir dichos organismos corresponde planear, coordinar y evaluar la operación de ellos así como vigilar su regular funcionamiento [art.s 32, 50, 51 Y 52) Y que a la Secretaría de Hacienda corresponde todo lo que se refiera a la autorización de los financiamientos que han de constituir la deuda pública de tales organismos. (Ley General de Deuda Pública).

Finalmente en la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público se determina que el presupuesto de egresos de la Federación comprenderá las previsiones de gasto público que habrán de realizar los organismos descentralizados y que dichos organismos deberán informar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público antes del día último de febrero de cada año el monto y características de su deuda pública flotante o pasivo circulante al fin del año anterior y sujetarse a las reglas para el ejercicio y contabilidad de las propias instituciones (arts. 2, 16, 17, 24 Y siguientes).

Las demás facultades de control del poder central sobre los organismos descentralizados se examinarán más adelante junto con las que tiene para otros organismos paraestatales.

162. Las empresas de participación estatal. Juntamente con los orgamsmos descentralizados, la Ley incluye en la que denomina Administración Pública Paraestatal a las empresas de participación estatal mayoritaria.

Desde hace muchos años la legislación mexicana ha aceptado el sistema hoy tal en boga de la asociación del Estado con intereses particulares en la forma de sociedades mercantiles sujetas en principio a las normas del derecho privado y así fue como se constituyó en México la antigua compañía de los Ferocarriles Nacionales de México. Tales empresas llamadas empresas de participación estatal son las que en legislaciones extranjeras y en la doctrina se denominan empresas de economía mixta.

En la Ley Orgánica de la Administración Pública se consideran como dichas empresas de participación estatal aquellas que satisfagan algunos de los siguientes requisitos:

*a)* Que el Gobierno Federal, el Gobierno del Distrito Federal, uno o más organismos descentralizados, otra u otras empresas de participación estatal, una o más instituciones nacionales de crédito u organizaciones auxiliares nacionales de crédito, una o varias instituciones nacionales de seguros o de fianzas, o uno o más fideicomisos a que se refiere la fracción III del artículo 3º de la Ley, considerados conjunta o separadamente, aporten o sean propietarios del 50% o más del capital social;

*b)* Que en la constitución de su capital se hagan figurar acciones de serie especial que sólo puedan ser suscritas por el Gobierno Federal; o

e) Que al Gobierno Federal corresponda la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración, junta directiva u órgano de gobierno, designar al presidente, al director, al gerente, o cuando tenga facultades para vetar los acuerdos de la asamblea general de accionistas, del consejo de administración o de la junta directiva u órgano de gobierno equivalente (art. 46).

La Ley dispone además que se asimilan a las empresas de participación estatal mayoritaria las sociedades civiles así como asociaciones civiles en las que la mayoría de los asociados sean dependencias o entidades de las mencionadas en el inciso *a)* anterior, o alguno o varios de ellos se obliguen a realizar o realicen las aportaciones económicas preponderantes (art. 47).

Por lo que se refiere a las empresas de participación estatal minoritaria o sea en que las acciones que posean los otros organismos paraestatales representen menos del 50% y este el 25% del capital, la vigilancia de tal participación estará a cargo de un comisario designado por el titular de la Secretaría Coordinadora del sector correspondiente, escuchando la opinión del Secretario de la Contraloría General de la Federación (art. 48).

Con relación a estas drversas sociedades existe un vacío en la legislación, pues no se determinan los casos en que deben crearse o adoptarse y aunque se forman según los modelos del derecho privado, no existen las normas que concilien su carácter privado con las funciones públicas que tienen que desempeñar al ser auxiliares del Gobierno Central.

De la misma manera hay omisión de las disposiciones que se requieren por la alteración que en esas empresas se produce por el accionariado de los órganos públicos, como es el caso de las acciones inalienables del Gobierno. "Hablar de acciones inalienables es incurrir en una flagrante contradicción en los términos. La acción por esencia es enajenable." En otros casos el Estado es el único socio y conforme a nuestra legislación mercantil para la constitución y subsistencia de la sociedad

se requiere de un mínimo de cinco socios, "sin contar los problemas que surgen en lo que se refiere a la asamblea de sucios y constitución de los consejos de administración".

Por esas razones el distinguido mercantilista Dr. Roberto Mantilla Malina, de quien son las observaciones anteriores, concluye sugiriendo la conveniencia de ampliar el contenido de la legislación sobre empresas públicas para no limitarlo a establecer un control, sino fijar las formas jurídicas que tales empresas puedan revestir, declarar las normas de la legislación común que les sean aplicables y dar las que correspondan a su naturaleza pública (Sociedad de Estado. *Estudios de Derecho Público Contemporáneo,* Fondo de Cultura Económica y U.N.A.M., 1972).

163. Los fideicomisos. Por último los fideicomisos que se establezcan por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público Federal como formando parte de la Administración Pública Paraestatal. No se cree fundada esta incorporación a la Administración Pública desde el momento en que los fideicomisos constituyen de acuerdo con la legislación mexicana (Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y Ley de Instituciones de Crédito) simples operaciones de crédito en las que sólo pueden intervenir como fiduciarias las Instituciones expresamente autorizadas para ello y que con tal carácter son las que tienen la personalidad requerida para llevar adelante el fideicomiso. Si por tanto tales fideicomisas son simples medios para realizar atribuciones del Poder Público, difícilmente se les puede considerar como órganos de la Administración.

Conforme a la reforma a la Ley de Administración Pública Federal (D.O. de 21 de febrero de 1982) la Secretaría de Hacienda y Crédito PÚblico es la que representará al Gobierno Central como comitente único (artículo 49).

164. El control de las empresas de participación estatal y de los fideicomisos se ejerce como con los organismos descentralizados por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a la que corresponde aprobar los proyectos de presupuestos de dichas entidades; autorizar expresamente los catálogos de cuentas y girar instrucciones sobre la forma y términos en que deben llevar su contabilidad. Además la propia Secretaría es el conducto para que el Ejecutivo autorice la participación estatal en las empresas, sociedades y asociaciones civiles o mercantiles, ya sea en su creación, aumento de capital o patrimonio o la adquisición de todo o parte de éstos (Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasta Público (arts. 2º, 16, 17, 24 y 28). Por su parte a la Secretaría de Hacienda corresponde la autorización de los financiamientos que han de constituir la deuda pública de tales organismos (Ley General de Deuda Pública, artículo 4).

Para llevar a cabo los programas de Gobierno, lograr una mayor coherencia operativa, evitar duplicaciones o contradicciones y con objeto de coordinar, planear y evaluar las operaciones de las entidades de la administración paraestatal, el Presidente de la República está autorizado para agruparlas por sectores definidos a efecto de que sus relaciones con el Ejecutivo se realicen a través de la Secretaría de Estado o Departamento Administrativo que al efecto designe (arts. 50 y 51).

Por decreto publicado en el *Diario Oficial* de 21 de lebrero de 1992, se hizo la distribución sectorial de dichas entidades, quedando facultada la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para someter a la consideración del Ejecutivo, previa la opinión del cordinador del sector correspondiente, la modificación, fusión o liquidación de aquéllas cuando no cumplen sus fines u objeto social o cuyo funcionamiento no sea ya conveniente para la economía nacional o para el interés público.

Finalmente, también el Congreso de la Unión tiene ciertas facultades respecto de los organismos paraestatales, pues además del control general en materia de ingresos y de egresos del Gobierno Federal, por virtud de las reformas al artículo 93 constitucional *(D. O.* de 31 de enero de 1974 y 6 de dic. de 1977) se le otorgó la facultad de citar a los directores y administradores de las entidades paraestatales para que informen cuando se discuta una Ley o se estudie un negocio concerniente a su respectivo ramo y también para que cuando lo pida una cuarta parte de los miembros de la Cámara de Diputados y la mitad de la de Senadores se integren comisiones para investigar el funcionamiento de dichas entidades, y para poner en conocimiento del Ejecutivo el resultado de sus investigaciones.

165. Después de la amplia exposición que antecede, queda pendiente por examinar la cuestión de la congruencia de los organismos paraestatales con el sistema político y constitucional vigente en México.

Desde luego puede afirmarse que la existencia de tales organismos y por tanto su integración a la estructura de la Administración pública ha sido reconcida constitucionalmente en las disposiciones de los artículos 123, fracción XXXI *(D. O.* de 18 de nov. 1942) y 93 *(D. O.* de 31 de enero 1974, y 6 dic. 1977) del Código Político, el primero al encargar a las autoridades federales la aplicación de las leyes de trabajo cuando se trata de empresas que sean administradas en forma directa o descentralizada por el Gobierno Federal, y el segundo facultado al Congreso para citar e investigar aquellas entidades.

Sin embargo, tales preceptos no son más que de reconocimiento de la existencia de ellas, pero no significan que autoricen su creación y conservación si violan otrospreceptos constitucionales.

Este problema surge por razón de que el sistema político, económico y jurídico del país, no es ya un sistema individualista, ni de carácter totalitario, sino de economía mixta en que por tanto la ampliación de la actividad del Estado se traduce en merma de la actividad de los particulares, como ocurre en la creación, no ya de simples organismos para realizar y completar la acción administrativa, llamada de policía del Estado, sino de verdaderas empresas públicas de carácter industrial, comercial o agrícola, pues con éstas se limita y se compite a la actividad privada. Es pues necesario que la propia Constitución proporcione el fundamento para la creación de tales empresas, ya que siendo su sistema de facultades expresas y limitadas es indispensable un texto que autorice su creación.

Ahora bien, recorriendo sus preceptos no se encuentra ninguna disposición expresa al respecto, pues la simple orientación que de ellos se desprende al concebir la democracia como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo (art. 3º) y al establecer un régimen de garantías sociales al lado de los derechos individuales, no es bastante para concluir que el requisito antes indicado esté satisfecho.

Tampoco es bastante que el artículo 90 constitucional establezca la administración paraestatal, pues no indica ni crea las organizaciones correspondientes y sólo se limita a señalar que el Congreso por medio de una ley fijará las bases de su creación.

Sin embargo se pueden encontrar ya en la Constitución algunas disposiciones que son base para la creación de ciertos organismos, Así el artículo 27 constitucional, al facultar a la Nación para establecer reservas minerales, para explotar en forma exclusiva el petróleo, minerales, radioactivos y combustibles nucleares, para la generación y distribución exclusiva de la energía eléctrica como servicio público, para el mejoramiento de vida de la población rural y urbana y para el fomento de la agricultura, al consignar esas facultades está autorizando la creación de organismos tales como la Comisión de Fomento Minero y Consejo de Recursos Minerales, Petróleos Mexicanos, Comisión Federal de Electricidad, Instituto Nacional de Investigaciones Nucleares, Uramex, Conasupo, Productora de Semillas, Comisión del Maíz, Café y otras. En el artículo 73, fracción XVI, se faculta a la autoridad sanitaria para establecimiento de hospitales e institutos médicos. En el artículo 123 se autoriza la creación del Instituto Nacional de la Vivienda y demás Institutos médicos y los de Seguridad Social.

Aparte de todas esas facultades expresas se ha considerado aún en los regímenes de más extremado liberalismo que el Estado debe por su propia

naturaleza satisfacer necesidades colectivas en el caso en que la actividad sea tan general, de tal magnitud o tan desprovista de una compensación adecuada, que no hay empresa privada que pueda interesarse en realizarla. En este caso se encuentran comprendidos todos los organismos cuyo objetivo es la prestación del servicio de defensa nacional, de policía, de crédito (agrícola, de obras públicas), de seguros y fianzas y en general de infraestructura, como son comunicaciones y transportes, servicios portuarios, marítimos y aéreos, de irrigación, de protección a indígenas, de aprovechamiento de zonas áridas, etc., etc.

Sin embargo, los Gobiernos se han guiado en otros muchos casos por razones prácticas como son acelerar el desarrollo nacional, aumentar la productividad y propiciar el empleo, abrir fuentes de crédito, diversificar las fuentes de ingresos, reducir el excesivo aumento de importaciones, etc., pero el jurista y los gobernantes no pueden dejar de tener presente el régimen constitucional del Estado Federal Mexicano.

## CAPÍTULO VII

## LA DESCENTRALIZACION POR COLABORACION

166. Sus diferencias con los otros dos tipos de descentralizacién-e-dé'[. Los diversos casos de colaboración.-I68. Las Cámaras de Comercio y las de Industria.-169. Asociaciones Agrícolas.-170. Escuelas particulares incorporadas.-171. Caracteres generales de la descentralización por colaboración.-172. La autorización administrativa.-173. Las facultades de vigilancia y control.

166. La descentralización por colaboración constituye una modalidad particular del ejercicio de la función administrativa con caracteres especificos que la separan notablemente de los otros dos tipos de deseentralización que hasta aquí hemos estudiado.

La descentralización por colaboración se origina cuando el Estado va adquiriendo mayor injerencia en la vida privada y cuando, como consecuencia, se le van presentando problemas para cuya resolución se requiere una preparación técnica de que carecen los funcionarios políticos y los empleados administrativos de carrera. Para tal evento, y ante la imposibilidad de crear en todos los casos necesarios organismos especializados que recargarían considerablemente la tarea y los presupuestos de la Administración, se impone o autoriza a organizaciones privadas su colaboración, haciéndolas participar en el ejercioio de la función administrativa.

De esta manera, la descentralización por colaboración viene a ser una de las formas del ejercicio privado de las funciones públicas.

Ahora bien, la teoría que sobre el particular se ha formado (Donati. *Dir, Am.*, pág. 57), establece que dos son los elementos que caracterizan esa institución: 1º el ejercicio de una función pública, es decir, de una actividad desarrollada en interés del Estado; 2º el ejercicio de dicha actividad en nombre propio de la organización privada.

De estos caracteres se desprende la diferencia que separa la descentralización por colaboración de la descentralización por región y de la descentralización por servicio.

En estas dos últimas la actividad pública que tiene encargada la realizan en nombre y en interés del Estado, porque como hemos explícado anteriormente, siendo el Estado una persona moral, requiere personas físicas que expresen su voluntad y, al expresarla, lo hacen como órganos del propio Estado, es decir, a nombre y en interés de éste.

Pudiera decirse que, en la descentralización por región, más concretamente, en el municipio, las funciones públicas que a éste se encomiendan, se ejercitan principalmente en interés del mismo municipio, tal como lo expusimos en su lugar oportuno. Sin negar que tal cosa ocurre, debe sin embargo recordarse que en el propio lugar indicamos que el interés del municipio era al mismo tiempo interés del Estado, coincidía con éste, con la única circunstancia de que se trata de un interés del Estado localizado territorialmente.

Resulta pues de lo dicho que la descentralización por colaboración se caracteriza frente a los otros dos tipos de descentralización por no constituir parte integrante de la organización administrativa, por realizarse mediante organismos privados que al ejercitar una función pública colaboran con aquella organización, constituyen, según la expresión de B. Geny instituciones colocadas en los límites del derecho público y del derecho privado, que descargan a la Administración de una parte de sus tareas sin atenuar de manera apreciable su energía y su autoridad sobre los administrados. *(La colaboratioti des particuliers avec l'Administration;* págs. 137 y 178.)

167. De muy variada índole son las instituciones que colaboran con la Administración, pero pueden ser clasificadas en tres grupos principales tomando como punto de partida el elemento de la función administrativa cuyo ejercicio les está encomendado.

Si en dicha función pueden reconocerse tres etapas sucesivas como en otros lugares lo hemos hecho notar, separando la preparación, la decísióny la ejecución, La Iegislación positiva al hacer participar a las organizaciones privadas en alguna o algunas de esas operaciones mediante .Ia

descentralización que nos ocupa, hace posible la división entre organizaciones que colaboran en la función consultiva (de preparación), en la función de ejecución y en la función de decisión.

Así, las Cámaras de Comercio e Industria y las Asociaciones Agrícolas, tienen facultades que principal, aunque no exclusivamente, son de consulta; las empresas concesionarias, los contratantes en contratos administrativos y los establecimientos incorporados de enseñanza, están colaborando en la ejecución de la función administrativa, y por último, los Comisariados Ejidales establecidos por la legislación agraria, constituyen organismos asociados a las funciones de decisión y ejecución.

Aunque sea a grandes rasgos, nos ocuparemos del régimen legal de esas diversas instituciones.

168. Las Cámaras de Comercio e Industria, las Uniones de Comerciantes Ambulantes y las Uniones de Comerciantes de Mercados Públicos Municipales y del Distrito Federal constituyen un tipo intermedio entre la organización descentralizada por servicio y la descentralización por colaboración de que nos estamos ocupando en este capítulo. Algunos rasgos que la ley actual ha acentuado parecen acercarlas a la primera de las organizaciones citadas, pues se ha pretendido hacer de las Cámaras, auxiliares del Poder público, que se formen no por el ejercicio de la libertad de asociación sino en virtud de una obligación que se impone a los comerciantes; pero, por otra parte, como la iniciativa de creación queda de todos modos en manos de los particulares, resulta que también participan las Cámaras de los caracteres de las organizaciones que colaboran con la Administración en la forma descentralizada que ahora nos ocupa.

La legislación mexicana ha regulado sucesivamente en las leyes de 12 de junio de 1908, 18 de agosto de 1936 y 2 de mayo de 1941 *(D. O.* de 26 de agosto de 1941) reformada esta última por las de 11 de enero de *1960 (D. O.* de 16 del mismo), de 5 de noviembre de 1965 *(D. O.* de 24 de diciembre del mismo) y de 30 de diciembre de 1974 *(D. O.* de esa fecha) las organizaciones conocidas con el nombre de Cámaras de Comercio e Industria; pero no fue sino hasta la de 1941 cuando hubo una preocupación muy especial para definir el carácter de tales organizaciones. La exposición de motivos correspondiente se expresa sobre el particular en estos términos: "es indudable la enorme importancia que tiene la clasificación de las Cámaras de Comercio y de Industria en las categorías conocidas de instituciones públicas o privadas... La ley de 18 de agosto de 1936 adopta sobre esta trascendental cuestión un' criterio vago al expresar en su artículo 1º que las Cámaras de Comercio e Industria son 'instituciones autónomas de carácter público', redacción que se

ha prestado a una interpretación ambigua, pues las Cámaras han estimado .. , que el citado precepto no las considera como instituciones públicas. El sistema de la presente leyes, pues, crear esos organismos públicos como auxiliares del Estado, con las funciones que les son propias ... De acuerdo con la doctrina y con los datos del derecho comparado. . . es innegable que las Cámaras de Comercio y de Industria, por su finalidad misma de representar los intereses generales del comercio y de la industria y por ser órganos de consulta para el Estado, no son instituciones privadas, sujetas a la voluntad libre de los particulares. Por ello se ha precisado su naturaleza al declararse en el artículo 1º del proyecto de ley que son 'instituciones públicas' conservándose al mismo tiempo su carácter de autónomas, es decir, no supeditadas a determinados órganos del Estado, ni incluidas en los mismos en cuanto a su organización y funcionamiento", y más adelante dice la misma exposición de motivos: "en el presente proyecto de ley se abandona el principio de asociación y se acepta un criterio institucional, estableciéndose en forma terminante, en diferentes preceptos, que las instituciones representativas de los intereses generales del comercio y de la industria estarán integradas por todos aquellos comerciantes e industriales sobre los que recae la obligación de inscribirse en el registro respectivo que se lleve por la Cámara correspondiente o por sus delegaciones. Esta inscripción es obligatoria, causa el pago de ciertas cuotas. .. y atribuye plenamente a los comerciantes inscritos los derechos para participar en las asambleas generales de la Cámara correspondiente, para ser designados en todos los cargos de la misma, y para utilizar los servicios establecidos en beneficio de sus miembros". (v. S. ]. *de la F.,* t. LXXXVIII, pág. 3321.)

Para la constitución de las Cámaras es necesario: que lo solicite un grupo no menor de cincuenta comerciantes domiciliados en una misma plaza, si se trata de una Cámara de Comercio, o de veinte industriales si se trata de una de Industria; que en el lugar no exista otra Cámara y que la Secretaría de Industria y Comercio apruebe la constitución de la Cámara y sus estatutos (art. 9º).

La ley dispone que los comerciantes y los industriales cuyo capital manifestado en la Secretaría de Hacienda sea de mil quinientos pesos en adelante, deberán inscribirse anualmente en el registro especial que se llevará en la Cámara correspondiente o en sus delegaciones y cubrir una cuota anual que no excederá de quinientos pesos (art. 59).

Las funciones de Ias Cámaras son, en general, representar los intereses generales del comercio o de la industria de su jurisdicción; fomentar el desarrollo del comercio y de la industria nacionales; participar en la

defensa de los intereses particulares de los comerciantes o industriales; ser órgano de consulta del Estado; actuar, por medio de comisiones, como árbitros o arbitradores; desempeñar sindicaturas en las quiebras de sus miembros; establecer museos; organizar ferias, etc. (arts. 4º Y 19).

Como un organismo de concentración y representación de las Cámaras, la ley establece la Confederación de las Cámaras de Comercio y la Confederación de las Cámaras de Industria, con funciones similares y equivalente a las de las Cámaras particulares (arts. 23 a 25).

Finalmente, la disolución de las Cámaras tiene que ser resuelta por la Secretaría de Industria y Comercio, cuando el número de miembros es menor que el mínimo exigido por la ley para la constitución de la Cámara, o cuando no tengan recursos bastantes para sostenerse.

169. La Ley de 19 de agosto de 1932, sobre Asociaciones Agrícolas establece para ellas un régimen en el cual pueden precisarse las siguientes bases:

1. Pueden ser, de acuerdo con su comprensión, Asociaciones Agrícolas locales que se forman por un número no menor de diez productores agrícolas especializados, o sea aquellos dedicados preferentemente a un cultivo o a una rama especial de la economía rural (arts. 4º, 5º Y 10); Uniones Agrícolas Regionales formadas de tres o más Asociaciones Agrícolas locales (art. 8º), y Confederación Nacional de Productores Agrícolas Mexicanos, formada, también por lo menos, de tres Uniones Regionales (art. 9º).

2. Las bases de constitución, organización y funcionamiento de las Asociaciones Agrícolas, deberán sujetarse a la ley y ser autorizadas pot la Secretaría de Agricultura y Ganadería (art. 14).

3. Esta autorización reviste a las Asociaciones de personalidad legal (art. 14), y considerando que su funcionamiento es de interés público, el Estado debe prestarles su apoyo (art. 18).

4. El uso indebido del nombre de alguno de los organismos establecidos por la ley, da lugar a una multa, y en caso de reincidencia, a la consignación ante las autoridades judiciales (art. 18).

5. Las finalidades de las Asociaciones son las de promover en general el desarrollo de las actividades agrícolas de la Nación, así como la protección de los intereses económicos de sus agremiados (art. 3º), y en cuanto a su participación en las funciones 'públicas, el artículo 16 la consigna en estos términos: "El Estado considerará a las Asociaciones Agrícolas como organismos de cooperación y, en consecuencia, éstas estarán obligadas a proporcionar todos los informes que les solicite la Secretaría de Agricultura y Fomento, relativos a los servicios agrícolas."

170. A primera vista podría parecer extraño que consideremos, entre las empresas particulares que colaboran por descentralización en el ejercicio de la función administrativa, a los establecimientos particulares de enseñanza primaria, secundaria y normal, cuyos estudios y títulos son reconocidos por el Gobierno.

Sin embargo, esa consideración será explicable si se tiene en cuenta que el artículo 3º constitucional previene que sólo el Estado impartirá educación primaria, secundaria y normal, y que los particulares que deseen impartirla en cualquiera de esos grados, podrán hacerlo, pero sólo mediante una autorización del Poder público. Así es, pues, que si empresas particulares realizan esos actos, están colaborando con la Administración y descargan a ésta de la tarea que había de corresponderle. Por esta razón estimamos que es exacta la clasificación que damos a las instituciones privadas a que venimos haciendo referencia.

El acto por virtud del cual se otorga la autorización a instituciones particulares para colaborar con el servicio de enseñanza primaria, secundaria y normal, y por consecuencia, para conceder a los diplomas, títulos y certificados que extiendan dichas instituciones la misma validez que a los expedidos por las escuelas oficiales, es el que, en las disposiciones legales relativas recibe la denominación de acto de incorporación.

Los requisitos fundamentales de incorporación pueden reducirse a los siguientes:

*a)* Apego estricto de la enseñanza a las disposiciones del artículo 3º constitucional y leyes relativas, y consecuentemente exclusión de todo elemento religioso en la dirección, profesorado, enseñanza, tendencia del establecimiento y origen de los fondos con que se sostiene el mismo.

*b)* Sumisión de los métodos de enseñanza, planes de estudios y programas de desarrollo de labores, a la aprobación del Estado.

e) Cumplimiento de determinadas condiciones para seleccionar el personal de dirección y el docente del establecimiento.

La incorporación determina la facultad de parte de la Administración central de ejercer sobre el establecimiento incorporado la vigilancia necesaria para lograr el cumplimiento de los requisitos y condiciones que establecen las normas legales respectivas. El Estado se reserva la facultad de revocar la incorporación y la de retirar el reconocimiento de validez oficial de los estudios hechos en planteles particulares. (Ley Federal de Educación de 27 de rioviembre de 1973. *D. O.* de 29 del mismo.)

Forma semejante a la que acaba de expresarse se consigna en nuestro sistema legal para la determinación de validez de estudios y títulos expedidos en las Escuelas Libres Universitarias.

En ese caso es también fácil de apreciar la colaboración que dichos establecimiento prestan al Estado. En efecto, conforme al artículo 59 constitucional, la ley debe determinar las autoridades que deben expedir títulos para las profesiones que lo exijan conforme a la propia ley. Si es, pues, una facultad de la autoridad expedir títulos, la enseñanza que precede a la expedición viene a constituir un acto de preparación o de ejecución de la función administrativa de impartir enseñanza, como requisito previo para la obtención del título.

171. El examen precedente, que se refiere a algunos de los principales casos, en que, de acuerdo con nuestras leyes, existe colaboración por descentralización, nos pone en aptitud de desprender los caracteres generales de esa forma de ejercicio de la función administrativa.

Como se ha visto, no se trata de organizaciones privadas que por iniciativa propia ejerzan funciones públicas, ni tampoco de que ese ejercicio lo lleven a cabo libremente sin ninguna intervención del Poder público.

Si así fuera, propiamente se produciría, no una simple descentralización, sino una organización especial del Estado en la que el Gobierno no sería el único encargado de realizar las atribuciones del Estado, sino que frente a él, y sin ninguna conexión, existirían otros elementos a quienes estaría encomendada una parte de dichas atribuciones, lo cual contraría fundamentalmente la concepción de la unidad esencial del Estado moderno.

Así es que, para conservar dicha unidad, el Estado se reserva las facultades necesarias para garantizarla, a saber: la autorización de las instituciones admitidas a colaborar y el ejercicio del control y vigilancia necesarios para mantener la colaboración dentro de los límites legales.

172. La autorización del Poder Público constituye un elemento fundamental de la descentralización por colaboración.

El ejercicio de la función pública no puede originarse en las normas de derecho privado; constituye una facultad exorbitante de esa rama del Derecho, y si el particular, sin autorización otorgada de acuerdo con las normas del derecho público, se atribuye facultades que corresponden al Poder, llega hasta a cometer delito, sujeto a las sanciones que establece la ley.

Pero hay aún más. En efecto, como dice B. Geny, "es inadmisible que los ciudadanos organicen sistemáticamente, fuera del Gobierno y contra su voluntad, la gestión de los intereses colectivos, e impongan esta organización a los Poderes públicos sin su asentimiento. Esto es inadmisible, o al menos, si esto se realiza es que se trata, no de un servicio público, sino solamente de iniciativas que se ejercen paralelamente y en concurrencia con un servicio público anteriormente organizado, hipótesis

que se clasifica no en la colaboración por descentralización, sino en la colaboración por actividad paralela" *(op. cit.,* pág. 208).

Al hacer el estudio de la legislación sobre las instituciones que colaboran por descentralización, tuvimos oportunidad de señalar para todas ellas el requisito de aprobación, autorización, incorporación o reconocimiento que significa la condición necesaria para que se les considere investidas de las facultades excepcionales que implica su colaboración a la función administrativa. Vemos que no basta que la ley determine cuáles instituciones pueden colaborar, sino que, además, es necesario que en cada caso concreto se autorice la colaboración.

Importa precisar la naturaleza jurídica del acto de autorización, término en que para abreviar englobamos todos los que usan las leyes, examinando principalmente si es un acto unilateral o un acto bilateral; cuáles son los efectos de derecho que engendra y con qué requisitos puede ser modificado o revocado.

Respecto a la clasificación del acto, por razón de las voluntades que en él concurren, nos parece indudable que en todos los casos reseñados se trata de una decisión unilateral de la Administración. Es cierto que, para que ella pueda emitirse, es necesaria la solicitud de la parte interesada; pero la voluntad de ésta así manifestada no tiene ninguna eficacia sobre la creación del efecto jurídico del acto. Este efecto se origina por la sola aplicación de la ley, condicionada por la decisión unilateral-de la Administración. Si a esto se agrega que la situación jurídica que se origina no es una situación jurídica individual sino la general establecida en forma abstracta y permanente por la ley, se comprenderá cómo el acto no puede reputarse de naturaleza contractual.

Así es que podemos afirmar que el acto de autorización constituye un acto administrativo, puesto que es un acto condición que determina la aplicación de una situación jurídica general creada de antemano, a un caso particular.

El acto de autorización determina, volvemos a repetirlo, una situación jurídica general que sólo puede ser modificada o revocada por otro acto administrativo, cuando la ley así lo prevenga y precisamente en los términos en que ella lo establezca. De manera que una modificación o revocación fuera de esos términos constituye una violación a la ley, objetable en la vía y forma establecidas en la legislación para tal clase de violaciones. Pero si esto es indudable, también lo es que el Poder público puede en cualquier momento modificar la situación jurídica general creada por la ley anterior, suprimiéndola por completo o sujetándola a diversa regulación.

No podría oponerse a esa modificación legislativa la autorización concedida al amparo de la ley anterior, porque dicha autorización no crea, en la materia, derechos que sean de mayor duración que la ley que los otorga, ya que para ello habría que considerar el acto de incorporación, no como un simple acto condición, sino como un acto que por sí solo e independientemente de la ley, establece determinada situación jurídica.

Además, y en vista de que no se da nacimiento a ninguna situación jurídica individual, considerar inafectable el acto de autorización por una ley posterior, sería tanto como reconocer que dicho acto ha maniatado al Poder Legislativo y que éste no puede establecer para lo futuro las modificaciones exigidas para dar mayor eficacia a la realización de las atribuciones del Estado.

En suma, de acuerdo con lo que indicamos anteriormente, de no aceptar las tesis que se vienen sosteniendo, se llegaría al absurdo de que, no obstante la voluntad contraria del Estado expresada en la nueva norma legal, la institución particular que gozaba de autorización, podría imponer al Gobierno su colaboración y ejercitar una función pública sin el asentimiento del Estado, lo cual equivaldría también a admitir que éste puede abdicar irrevocablemente de las funciones que le son propias.

173. El segundo elemento fundamental en la descentralización por colaboración está constituido, según dijimos, por la facultad de vigilancia y de control que se reserva la Administración central respecto de las instituciones colaboradoras.

El fundamento de esa reserva es el mismo que sirve de apoyo a la facultad de autorización. En efecto, si el Estado debe ser el árbitro para determinar a quién otorga ciertas funciones públicas, la responsabilidad por el ejercicio de éstas lo obliga a cuidar que las instituciones privadas hagan uso de ellas dentro de los límites legales.

Esa facultad, según se expone por la doctrina que se conforma al sistema de nuestra legislación, implica el poder de retirar la autorización, de vigilar la selección del personal y de comprobar de una manera continua el funcionamiento de la institución colaboradora.

El ejercicio de estos poderes varía según el grado de importancia de la función autorizada. El mínimo más allá del cual se pierde toda vinculación con la autoridad, está constituido por el poder de retirar la autorización, poder que constituye propiamente un poder de policía.

Al hacer el estudio de la legislación respectiva llamamos la atención acerca de la facultad del Ejecutivo para revocar la incorporación de las escuelas primarias, secundarias y normales, y si en los otros casos estudiados la legislación respectiva no consigna expresamente tal facultad, no por ello debe desconocerse, pues, como acabamos de indicar, consti-

tuye el mínimo de intervención que el Poder público debe ejercer, más abajo del cual no hay ya colaboración por descentralización, sino ruptura de la unidad del Estado.

También vimos que en todos los casos previstos en nuestro sistema legal, el Poder público ejerce control sobre la selección del personal que integra las instituciones, para comprobar que reúne las condiciones fijadas por la ley. La intervención que se da al Gobierno no significa que los miembros de esas instituciones se conviertan en funcionarios o empleados de la Administración, pues el examen de sus requisitos no puede tener los efectos del acto de nombramiento creador de la relación del servicio.

Sin embargo, es de notarse que las leyes establecen mayores requisitos para el personal asociado en las funciones más importantes, requiriendo no sólo que tengan una actividad especial, como la de comerciante o agricultor, tratándose de las Asociaciones correspondientes, sino que, además, se exige una capacidad especial dentro de esa actividad, como sucede con el profesorado en las escuelas incorporadas. (Ley Federal cit., arto 35.)

Pero, además, mientras mayor importancia reviste la función descentralizada, no sólo tiene la Administración el poder de retirar la autorización y de vigilar la selección del personal, sino el de comprobar de una manera continua el funcionamiento de la institución autorizada.

Así, mientras que respecto de las Cámaras de Comercio, colaboradoras principalmente de la función consultiva, la facultad de vigilancia es reducida, tratándose de instituciones de enseñanza incorporada, se establece una inspección permanente sobre su gestión interna para vigilar el cumplimiento de los requisitos legales y para cerciorarse de la eficiencia del servicio desempeñado. (Ley cit., arto 35.)

Por último, en aquellas instituciones asociadas al ejercicio de la decisión y de la ejecución, que es el grado mayor de descentralización, las facultades de la Administración central son todavía más amplias, pues no sólo se tienen los poderes de retiro de autorización, selección de personal y vigilancia de gestión, sino que se llega hasta un control que faculta a la autoridad para revisar los actos del organismo colaborador.

## CAPÍTULO VIII

## LA DESCENTRALIZACION POR REGION

174. Propósitos de esta forma de descentralización. Ventajas e inconvenientes. -175. El Municipio en la Constitución mexicana.-176. Los caracteres del régimen municipal en la doctrina clásica. La tesis de la escuela realista.-177. La tesis de la Ley. La libertad del Municipio.-178. Los órganos de representación del Municipio.-179. Las facultades de los Municipios.-l80. La Ley General de Asentamientos Humanos.-181. La municipalización de los servicios públicos.

174. La descentralización por región consiste en el establecimiento de una organización administrativa destinada a manejar los intereses colectivos que corresponden a la población radicada en una determinada circunscripción territorial.

Las razones que han conducido a este régimen de descentralización por región consisten fundamentalmente en que él se adapta de una manera más efectiva a las aspiraciones democráticas, ya que da oportunidad a los interesados de hacer la designación de las autoridades que han de manejar los negocios que les son comunes y, por lo mismo, de ejercer sobre dichas autoridades un control por la vía de la opinión pública, que unida a la posibilidad que tienen todos los vecinos de la circunscripción territorial de llegar a ser electos, constituye una participación del pueblo en los negocios públicos que le afectan.

Además, desde el punto de vista de la Administración, la descentralización por región significa la posibilidad de una gestión más eficaz de los servicios públicos, y, por lo mismo, una realización más adecuada de las atribuciones que al Estado corresponden. La organización centralizada implica una organización en la cual el despacho de los asuntos es forzosamente lento y complicado, y que no tiene los elementos suficientes para conocer con detalle las necesidades de cada localidad, inconveniente que no presentan las autoridades constituidas por vecinos de dicho lugar.

Se han señalado algunos inconvenientes al régimen de descentralización que fundamentalmente consisten en que dicho régimen debilita al Poder central, disminuye su fuerza y le impide, en un momento dado, atender eficazmente a la satisfacción de las necesidades colectivas, porque no tiene facultad dicho Poder central respecto de las autoridades descentralizadas para írlas adaptando a las necesidades de orden práctico con la misma facilidad que adapta la organización centralizada.

También se señala como uno de los inconvenientes el de que la descentralización administrativa por región coincide con una descentraliza-

ción política, siendo los mismos los órganos administrativos y los órganos políticos, lo que trae como consecuencia la intervención de factores de esa índole en la Administración, con perjuicio de ésta.

Por último, dándose cabida a factores políticos se ha demostrado en la práctica que en las organizaciones descentralizadas por región, el personal se nombra dentro de los elementos políticos o que tienen relaciones con ellos, sin preocuparse por la competencia para los cargos, lo cual, naturalmente, trae como resultado un deficiente funcionamiento de los servicios.

175. Siendo la organización municipal la forma en que la legislación mexicana ha adoptado la descentralización por región, nos vamos a referir en particular a ella, por más que debernos tener presente que, a partir del establecimiento del Departamento del Distrito Federal, desapareció el municipio de la organización administrativa de la Federación. Dada la importancia que tiene dentro del sistema constitucional, hemos creído conveniente estudiar, aunque sea a grandes rasgos, los principales caracteres del régimen municipal, principalmente ahora en que se le ha dado especial importancia por ser concurrente con la Federación y los Estados en materia de asentamientos humanos (frac. XXIX-C, arto 73, Consto Fed.},

El municipio no constituye una unidad soberana dentro del Estado, ni un Poder que se encuentra al lado de los Poderes expresamente establecidos por la Constitución; el municipio es una forma en que el Estado descentraliza los servicios públicos correspondientes a una circunscripción territorial determinada.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 115 de la Constitución [reformado y adicionado *D. O.* de 3 de febrero de 1983), la base de la división territorial y de la organización política y administrativa de los Estados de la Federación es el municipio libre.

176. Muy discutido es en doctrina el problema relativo al origen de los poderes que implica la organización municipal.

Se ha pensado que los derechos de las colectividades locales son derechos propios, atribuidos a una personalidad jurídica constituida por acto colectivo.

También se ha pensado que el Estado, para obtener la colaboración de los particulares en servicios públicos, puede establecer, o bien la obligación de prestar esos servicios o bien el derecho de intervenir en las funciones estatales; que esos derechos y obligaciones pueden atribuirse a individuos o a.grupos, y que entre esos grupos existe uno de orden social y con organización semejante a la de una asociación de derecho civil.

En efecto, se dice, la asociación de vecinos que constituye un municipio podrfa concebirse dentro de los lineamientos del derecho civil, pues

en realidad los motivos de su formación son los de administrar los intereses de la localidad, la conservación del orden de esa localidad, y la admisión o exclusión de ciertos miembros de la asociación; pero como para la realización de esos fines no bastan las atribuciones que el derecho civil reconoce, el Estado proporciona a la colectividad ciertas prerrogativas de orden público, de tal modo que es al derecho público al que le corresponde dar fisonomía especial al municipio, porque sólo con la concesión de esas prerrogativas se hace posible que él maneje sus propios intereses. Las prerrogativas otorgadas son propiamente prerrogativas de autoridad para que los representantes de la colectividad puedan imponer sus decisiones, y las mismas prerrogativas pueden entenderse, bien como derechos en favor de la asociación o como obligaciones a cargo de la misma y en favor del Estado, que en esa forma se descarga, como antes habíamos dicho, de la necesidad de atender a los intereses meramente locales.

-Esta concepción del municipio ha llevado a la teoría clásica a señalar como caracteres de la descentralización por región, cuyo tino más importante lo constituye, según dijimos, la organización municipal, los cuatro siguientes:

1º En primer lugar, la existencia de una personalidad jurídica;

2º La concesión por el Estado de derechos públicos en favor de esa personalidad;

3º La creación de un patrimonio cuyo titular es la propia personalidad, y, por último

4º La existencia de uno o varios órganos de representación de la persona moral.

Para la escuela realista, que no admite ni el concepto de personalidad ni la existencia de la soberanía como un derecho subjetivo que pueda transmitirse, los caracteres que distinguen a la descentralización por región son los siguientes:

1º La existencia de un vínculo de los funcionarios de la organización descentralizada con la región;

2º El nombramiento de los propios funcionarios mediante elecciones, y

3º La existencia de un patrimonio autónomo que garantice la libertad de acción del organismo descentralizado frente a la Administración central.

También dentro de la escuela realista se ha tratado de precisar aún más el carácter esencial del régimen de descentralización por regi6n, y se ha considerado que en realidad en ésta, más que el origen de los poderes que ejerce, le es peculiar el modo de ejercicio de los propios poderes. Con-

sidera que existen analogías entre la descentralización y la representación, y que, a semejanza de la representación política que no implica transo misión jurídica de poderes en la forma que ocurre tratándose de la relación del mandato sino que dichos poderes los tiene el representante por disposición de la ley, así tratándose de la descentralización, el origen de los poderes sólo debe hnscarse en las disposiciones de la ley que los otorga.

Pero si la representación política implica un control de los electores sobre sus representantes, también en la descentralización la circunstancia de que los representantes del organismo descentralizado sean designados por medio de elección implica, como natural consecuencia, que la opinión pública obra sobre el ejercicio del poder discrecional de los representantes.

De tal manera que, mientras que en la organización centralizada los funcionarios o empleados en el ejercicio del poder discrecional que la ley puede otorgar, están sujetos a la acción de la autoridad superior, los funcionarios descentralizados se encuentran en el ejercicio de sus poderes discrecionales sometidos a la opinión pública de la colectividad que los ha elegido.

Bonnard, que sostiene estas ideas en su tratado de *Derecho Administrativo* (pág. 174), caracteriza en la forma siguiente el ejercicio de los poderes de las autoridades descentralizados: "1º por una acción de la opinión pública de la colectividad local; 2º por una cierta autonomía del poder local; 3º por una limitación de esta autonomía a causa de la acción que el poder central puede ejercer sobre las autoridades locales."

177. Creemos que nuestra legislación se ha inspirado en las ideas de la doctrina clásica, pues el sistema constitucional establece como bases de la organización municipal las siguientes:

1ª Los municipios serán investidos de personalidad jurídica para todos los efectos legales (Const. Fed., arto 115, frac. JI, *D. O.* febrero 1983).

2ª El municipio libre constituye la base de la división territorial de los Estados de la Federación y de su organización política y administrativa (art. 115).

3ª Los Municipios administrarán libremente su hacienda, la cual se formará de las contribuciones que señalen las Legislaturas de los estados y que en todo cáso serán las suficientes para atender a las necesidades municipales (art. 115, frac. IV).

4ª Cada municipio será administrado por un Ayuntamiento de elec. ción popular directa (art. 115, frac• I).

Como se ve, las bases enumeradas coinciden sensiblemente con los caracteres que la escuela clásica ha señalado como esenciales del régimen de descentralización; pero no obsta para que podamos utilizar el punto de vista realista que examinamos anteriormente para caracterizar nuestro régimen municipal, ya que en último extremo ese punto de vista no constituye otra cosa sino una apreciación especial sobre los mismos hechos que sirven de base para la construcción que ha realizado la escuela clásica.

Además en el propio artículo 115 constitucional las fracciones IV y V que se adicionaron en febrero de 1976 actualmente fracciones V y VI *(D. O.* de febrero 3 de 1983), para concurrir con la Federación y las entidades federativas en la regulación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros urbanos. (Ley General de Asentamientos Humanos, *D. O.*. abril, 1976).

Las bases constitucionales sobre el municipio autorizan a concluir que éste debe su existencia a la ley, dejando a salvo la cuestión de si es o no anterior al Estado y si al establecerlo se limita a reconocer los derechos de los municipios o es el propio Estado el que crea tales derechos. La circunstancia de que el municipio constituye una unidad incorporada a la estructura del Estado impone la necesidad de que dentro de la organización legal de éste quede incluida esa institución básica con definidos caracteres que sólo la ley puede precisar.

En consecuencia, el municipio así considerado tiene en la ley que lo crea o lo reconoce su Carta Constitutiva. De ella deriva su situación dentro del Estado, su organización interna, sus atribuciones y los medios de que dispone para actuar.

Es punto de trascendental importancia jurídica y política el que consigna la Constitución al establecer la libertad del municipio. Esa libero tad, a nuestro modo de ver, debe entenderse como una autonomía de la organización municipal frente a la organización central del Estado, y en los términos de la propia Constitución debe basarse, por una parte, en el sistema de elecciones que se establece para designar a los representantes del municipio y, por otra, en el relajamiento de los vínculos de la autoridad municipal respecto a las autoridades centrales. La elección que hacen los administrados de los órganos de representación del municipio, trae por consecuencia el control que la opinión pública ejerce sobre los actos discrecionales de las autoridades que designa, en forma tal, que dicho control se sustituye al que en el régimen centralizado realizan las autoridades superiores respecto de las inferiores.

Además, la propia autonomía descansa, según las beses apuntadas, en el relajamiento de los vínculos que unen a la organización municipal con la organización central del Estado. La injerencia directa y despótica que las autoridades centrales llegaron a tener en la administración muo

nicipal por medio de los prefectos políticos, determinó un movimiento de reivindicación en favor de la libertad del municipio, que se ha cristalizado en las disposiciones del artículo 115 constitucional, en el cual se previene, como antes indicamos, que no habrá ningún intermediario entre el municipio y el gobierno del Estado. De tal modo que, en esta forma, las relaciones entre la organización central y la descentralización no están sujetas o no son ya las de fiscalización absoluta que los prefectos políticos realizaban, sino sólo las que derivan del control que los Poderes que constituyen el gobierno de cada Estado ejercen para conservar la unidad interna del mismo en los términos que las leyes establecen.

Ese control se ejerce por el Poder Legislativo local, que fija el estatuto de las municipalidades determinando su organización y su funcionamiento, y que, además, de acuerdo con las fracciones II y IV del artículo 115, señala las contribuciones que forman la hacienda de los municipios.

El Poder Ejecutivo también controla los actos realizados por los municipios, y así no son extrañas en las leyes correspondientes disposiciones por virtud de las cuales ciertos actos de los ayuntamientos deben ser sometidos a la aprobación del Gobierno del Estado, como ocurre en los casos en que se otorgan concesiones o se celebran contratos que tengan una larga duración.

Por último, el Poder Judicial del Estado realiza también sus funciones jurisdiccionales respecto de los actos del municipio.

178. El municipio con personalidad moral requiere de órganos que lo representen.

De acuerdo con el sistema de la legislación mexicana, los órganos de representación del municipio están constituidos por el Ayuntamiento y por el Presidente Municipal, ambos de elección popular directa, en los términos de la fracción I del artículo 115 de la Constitución.

El Ayuntamiento constituye un cuerpo deliberante con facultades no sólo de carácter consultivo, sino principalmente con facultades de decisión. El Presidente Municipal viene a ser el órgano ejecutivo por medio del cual se realizan los acuerdos del Ayuntamiento.

179. Procurando resumir los rasgos generales de la legislación mexicana en materia municipal, podemos decir que el municipio tiene facultades que se pueden agrupar en tres categorías:

1' Facultades para la administración de los intereses locales del municipio;

2' Facultades para el manejo de la hacienda municipal;

3' Facultades que tiene el Ayuntamiento como primera autoridad polftica del lugar.

De dicha legislación es difícil desprender un criterio para distinguir cuáles sean los intereses locales cuya atención está encomendada al municipio y en qué casos debe proceder a hacerse cargo directo de la atención de las necesidades locales.

Propiamente, respecto de la primera cuestión, las leyes arbitrariamente hacen la separación de los intereses que reputan locales para encargarlos al municipio. De tal manera que en la duda sobre si un interés determinado debe estar a cargo del municipio, habrá que considerar que, como el régimen de éste es de carácter excepcional, debe existir disposición expresa que consigne la facultad para poderla incluir dentro de las atribuciones municipales.

180. La reciente Ley General de Asentamientos Humanos *(D. O.* de 26 de mayo de 1976) ha venido a señalar, de acuerdo con la adición de las fracciones IV y V al artículo 115 constitucional, importantes atribuciones a los Municipios al determinar su concurrencia con los Estados y la Federación para la ordenación y regulación de tales asentamientos en el territorio nacional y al efecto les ha facultado para que en el ámbito de su jurisdicción dicten las disposiciones pertinentes a fin de que las tierras, según su aptitud, aguas y bosques sean utilizados conforme a los planes respectivos y en general proveer a la exacta observancia de la planeación urbana (arts, 1º, 9º y 17).

Por lo que hace al segundo punto, o sea el que consiste en determinar los casos en que el municipio debe encargarse directamente de la satisfacción de las necesidades locales, pueden señalarse dos tendencias claramente definidas: una que tiende a la municipalización de los servicios públicos de la localidad, y otra que sostiene que, cuando la satisfacción de los intereses locales pueda realizarse por medio de empresas que se organicen sobre una base comercial, debe dejarse a los particulares la atención de esos intereses locales.

181. La municipalización de los servicios públicos realizada en la práctica respecto de algunos de ellos, como son los de provisión de aguas, alumbrado público, etc., presenta ventajas desde el punto de vista económico para los municipios, puesto que tales servicios constituyen fuentes de ingresos. Esa municipalización constituye, además, una de las pretensiones de los regímenes socialistas, porque por medio de ella la comunidad recibe directamente la utilidad por la explotación de los servicios que, en otra forma, iría a parar a manos de contratistas o concesionarios que sólo intervienen por motivos de lucro. Sin embargo, en contra de tales razones se ha objetado que la intromisión política en el manejo de empresas que oueden organizarse comercialmente ha sido experimentado en la práctica con funestos resultados para los servicios que. en la mayoría de los casos,

lejos de obtener utilidades arrojan déficits de consideración que tienen que soportar los contribuyentes, y sin que sea tampoco una razón de menor importancia la de que esos mismos intereses políticos no son suficiente garantía para la continuidad y la regularidad de los servicios, ni constituyen motivo de impulsión para el mejoramiento de los propios servicios.

El segundo grupo de facultades que corresponde al municipio es, como antes dijimos, el constituido por todas las que se refieren al manejo de su patrimonio.

El municipio, de acuerdo con el sistema constitucional, goza de personalidad jurídica para todos los efectos legales. Es, pues, propietario de bienes y tiene o puede adquirir derechos sobre los propios bienes y celehrar contratos de muy diversa naturaleza.

Las facultades relativas al manejo del patrimonio del municipio naturalmente tienen que estar en relación con los bienes que formen dicho patrimonio.

El tercer grupo de facultades de los Ayuntamientos está formado por las que se les atribuyen como primera autoridad política del lugar, carácter que les está reconocido por la legislación constitucional.

Como primeras autoridades locales, los Ayuntamientos auxilian a las autoridades centrales en el cumplimiento de las disposiciones que a éstas interesan. Este auxilio lo prestan tratándose, por ejemplo, de la organización de las elecciones para Poderes Públicos del Estado o de la Federación para la integración de los jurados, para la aplicación y ejecución de leyes que dicta el Poder Central.

En el ejercicio de esas atribuciones, el municipio no obra con la autonomía que tiene respecto de los otros dos grupos de atribuciones a que nos hemos referido, y sobre el particular puede considerarse que los Ayuntamientos actúan ya dentro del sistema de centralización, quedando, por lo mismo, sometidos a las facultades que hemos visto que las autoridades superiores tienen respecto a las inferiores en dicho régimen.

Además, con su carácter de autoridad política, el Municipio es el encargado del mantenimiento del orden dentro de su jurisdicción territorial; de formular los reglamentos de gobierno y de las actividades comerciales, industriales, culturales y de salubridad, etc., etc., y de vigilar su cumplimiento.

# LIBRO CUARTO

## *EL ACTO ADMINISTRATIVO*

# *TITULO PRIMERO*

# LA CREACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

## CAPÍTULO I

## LOS DIFERENTES ACTOS ADMINISTRATIVOS

182. La función administrativa y el acto administrativo. Clasificación de los actos administrativos.-183. Los actos materiales y los actos jurídicos.-184. Los actos simples, los actos colegiados y los actos complejos.-185. Los actos obligatorios y los actos discrecionales.-186. Los actos internos y los actos externos.-187. Los actos principales y los actos instrumentales.-188. Los diversos actos administrativos de acuerdo con su contenido y efectos jurídicos.-189. Los actos de admisión.-190. Los actos de aprobación.-191. Los permisos y licencias.-192. Las concesiones.-193. Las órdenes.—194. La expropiación.-195. Las sanciones.-196. Las certificaciones y registros.

182. De acuerdo con lo que indicamos en el primer capítulo de esta obra la actividad administrativa realiza dentro de su esfera la finalidad principal del Estado, que es la de dar satisfacción al interés general por medio de la policía que comprende las medidas necesarias para salvaguardar el orden público, o sea, la tranquilidad, seguridad y salubridad públicas; por medio de intervenciones tendientes a regular y fomentar la actividad de los particulares; por medio de los servicios públicos que otorguen prestaciones para satisfacer las necesidades colectivas y por la gestión directa en la vida económica, cultural y asistencial.

Ahora bien, como esas actividades se realizan en forma de función administrativa y como ésta consiste en la ejecución de actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales, es necesario hacer, aunque sea en una forma somera, la caracterización de los actos administrativos más importantes.

Los criterios que se usarán para esa caracterización serán *a)* el de la naturaleza misma de los actos; *b)* el de las voluntades que intervienen en su formación; *e)* el de la relación que dichas voluntades guardan con la ley; *d)* el del radio de aplicación del acto; y *e)* el de su contenido y efectos jurídicos.

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

El estudio de los actos materiales implica consideraciones acerca de la técnica de los mismos que es ajena al derecho. Por lo mismo, sólo haremos referencia a ellos en el curso de esta obra en cuanto impliquen condición para la validez de un acto jurídico, sean elementos que integren el procedimiento de formación de otros actos administrativos o constituyan un medio de ejecución de los mismos.

184. Desde el punto de vista de las voluntades que intervienen en la formación del acto, pueden dividirse los actos administrativos en actos constituidos por una voluntad única y actos formados por el concurso de varias voluntades.

Esta clasificación también nos es ya conocida por haberse hecho referencia a ella al estudiar la teoría general del acto jurídico *(supra,* núm. 20), y por eso ahora sólo nos limitaremos a adaptarla a los actos administrativos.

El acto simple, o sea el formado por una sola voluntad, conserva ese carácter, aun cuando en el procedimiento previo a su emanación se hagan necesarios otros actos de voluntad, tales como opiniones, consultas, juicios técnicos, etc.

Pero cuando esas voluntades intervienen en la formación misma del acto, se pasa a algunas de las siguientes categorías;

*a)* El acto colegial, que es el que emana de un órgano único de la administración constituido por varios miembros. Tal es el caso, por ejemplo, de los actos emanados de los diversos Consejos o Comisiones, Juntas, Cuerpos Municipales que forman parte de la organización administrativa. En tal caso habrá diversas voluntades físicas, pero la voluntad administrativa es una sola.

*b)* El acto complejo o colectivo, que se forma por el concurso de voluntades de varios órganos de la Administración. Dentro de esta categoría encontramos, entre otros muchos, los actos del Presidente de la República, que, en los términos del artículo 92 de la Constitución, requieren el refrendo de un Secretario de Estado o de un Jefe de Departamento Administrativo. Igualmente pueden citarse todos aquellos actos colectivos en que es necesaria la concurrencia de varias Secretarías de Estado para formar un solo acto, como ocurre en el caso de un acuerdo presidencial que afecta a diversos ramos de la Administración pública y que, por lo mismo, exige el refrendo de todos los Secretarios de Estado encargados de cada uno de esos ramos.

Cuando las diversas voluntades que concurren no se funden en un solo acto, sino que dan nacimiento cada una de ellas a actos que sucesivamente se condicionan, entonces se tiene otro tipo diferente del de actos complejos a que acabamos de referirnos, pues en tales circunstancias existe no un solo acto, como ocurre en el acto complejo, sino una serie de actos con caracteres propios cada uno de ellos, entrelazados y aun condicionándose uno a otro y susceptibles de ser impugnados por vías diferentes.

Otra variedad semejante está representada por esa serie de actos administrativos emanados de un órgano determinado, y cuyos efectos no se producen sino hasta que los propios actos son aprobados por medio de otro acto especial, emanado de un órgano diferente. En este caso, el acto posterior condiciona la eficacia del anterior.

*e)* El acto unión es otra categoría de actos que se define también por la intervención de varias voluntades pero en las cuales ni su finalidad es idéntica, como en los actos colectivos, ni su efecto es el de dar nacimiento a una situación jurídica individual, como en los contratos. El ejemplo típico de este acto es el del nombramiento de un empleado público.

*d)* El contrato constituye otro tipo de acto jurídico en el cual existe la concurrencia de varias voluntades. Sin embargo, los caracteres del contrato que hemos explicado con anterioridad *(supra,* núm. 20) impiden que sea considerado como un acto administrativo tal como a éste lo hemos definido (v. núm. 49) y ni mucho menos como un acto propio de la función administrativa; pero en vista de la posibilidad de que existan contratos administrativos *(in/ra,* núm. 326), debe concluirse que si no es un acto administrativo, sí puede ser un acto de derecho administrativo (Zanobini, *DiT. Am.,* t. 1, pág. 297).

185. Partiendo de la relación que guarda la voluntad creadora del acto con la ley, los actos administrativos se clasifican en dos categorías: el acto obligatorio, reglado o vinculado, y el acto discrecional. El primero es el acto que constituye la mera ejecución de la ley, el cumplimiento de una obligación que la norma impone a la Administración cuando se han realizado determinadas condiciones de hecho (Zanobini, *op. cit.,* t. 1, pág. 297). En esta clase de actos la ley determina exactamente no sólo la autoridad competente para actuar sino también si ésta debe actuar y cómo debe actuar, estableciendo las condiciones de la actividad administrativa de modo de no dejar margen a diversidad de resoluciones según la apreciación subjetiva que el agente haga de las circunstancias del caso. (Vitta, *Dir. Am.;* t. 1, pág. 288.) Este tipo de actos es el que en la jurisprudencia y doctrina de los Estados Unidos de América se conoce con el nombre de actos ministeriales y constituye la hase para determinar la proceden-

cia del *writ 01 mandamus.* (James Hart. *An Introduction to Administrative Laui,* pág. 142. Freund, *Administrative Pouer ouer persons and property,* Cap. V.)

Por el contrario, el acto discrecional tiene lugar cuando la ley deja a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse o en qué momento debe obrar o cómo debe obrar o en fin qué contenido va a dar a su actuación. Por lo general, de los términos mismos que use la ley podrá deducirse si ella concede a las autoridades una facultad discrecional. Así, normalmente, cuando la ley 'use términos que no sean imperativos sino permisivos o facultativos se estará frente al otorgamiento de un poder discrecional. Igual cosa ocurrirá en todos aquellos casos en que la ley deje a la autoridad libertad de decidir su actuación por consideraciones principalmente de carácter subjetivo tales como las de conveniencia, necesidad, equidad, razonabilidad, suficiencia, exigencia del interés u orden público, etc., lo mismo que cuando en la ley se prevean dos o más posibles actuaciones en un mismo caso y no se imponga ninguna de ellas con carácter obligatorio.

Entre el acto obligatorio y el acto discrecional no existe una línea perfecta de separación. Entre ellos existe una infinita variedad en la que concurren los caracteres de uno y de otro en grados muy diversos. Esto se explica porque al concederse por ley facultades discrecionales a la autoridad encargada de realizar un acto, dichas facultades normalmente se refieren, más que a la realización del acto en su integridad, solamente a algunos de los elementos del mismo, tales como el motivo o el objeto del acto. De esta manera puede muy bien ocurrir que la ley otorgue discreción para juzgar si existe motivo bastante que provoque la intervención de la autoridad pero que obliga a ésta a realizar un acto determinado una vez que discrecionalmente se ha llegado a la conclusión de que el motivo existe, o bien por elcontrario que siendo la ley la que fije los motivos se deje en libertad a la autoridad competente para determinar el contenido mismo de su actuación.

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

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

186. Desde el punto de vista del radio de acción de los actos administrativos, éstos se pueden clasificar en actos internos y actos externos, según que sólo produzcan sus efectos en el seno de la organización administrativa o trasciendan fuera de ella.

Ese último grupo de los actos internos comprende toda una serie de actos, unos de naturaleza jurídica y otros de naturaleza material aunque conformes a las reglas de derecho, que constituyen la vida interna de la Administración. Comprenden medidas de orden y disciplina para el funcionamiento de las unidades burocráticas, tales como el señalamiento de las labores que a cada empleado corresponden dentro de una oficina, de la conducta que los mismos empleados deben observar, la fijación de horas en que informan a los superiores, la fijación de sistemas de contabilidad para oficinas con manejo de fondos, etc. Igualmente abarcan las reglamentaciones para los procedimientos o trámites que deben observarse en el despacho de los asuntos, imponiendo la necesidad de estudios previos, de consulta a los departamentos legales, médicos y, en general, a los departamentos técnicos, etc., etc.; pero debe tenerse bien presente que esos actos de procedimiento sólo tienen el carácter de actos internos, cuando ellos no estén establecidos como una garantía para los particulares, sino solamente estén prescritos en interés del buen orden administrativo.

Finalmente deben considerarse como actos internos todas las circulares, instrucciones y disposiciones en las que las autoridades superiores ilustran a las inferiores en la aplicación de la ley, en su interpretación o en el uso de las facultades discrecionales que la misma ley otorga, siempre que tales circulares, instrucciones y disposiciones no agreguen nada nuevo al orden jurídico establecido por las leyes y reglamentos generales y siempre, por lo tanto, que no confieran ni lesionen algún derecho. (Rivero, *Les mesures d'ordre intérieur,* París, 1934.) Entre estos actos pueden considerarse los Manuales de Organización y Procedimientos a que antes se hizo referencia *(supra,* núm. 145).

Dentro de la categoría de actos externos quedan comprendidos los actos administrativos por medio de los cuales se realizan las actividades fundamentales del Estado, o sean las de prestar los servicios que son a su cargo, las tendientes a su mantenimiento y conservación del orden público, las de ordenar y controlar la acción de los particulares y las de gestión directa.

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

El primer grupo, o sea el de los actos preliminares y de procedimiento, lo mismo que el tercero, o sea el de los actos de ejecución, está constituido por todos aquellos actos que no son sino un medio, un instrumento para realizar los actos (las resoluciones y decisiones) que constituyen el principal fin de la actividad administrativa. Por esa razón pueden también llamarse actos instrumentales en contraposición a la categoría de actos principales, representados por los últimos citados.

Entre los actos preliminares se encuentran todos aquellos actos que son necesarios para que la Administración pueda realizar eficientemente sus funciones y constituyen en su mayor parte la exteriorización de determinadas facultades del Poder público que pueden llegar a afectar muy seriamente la libertad de los particulares. Esas facultades son las que se tienen para exigir la presentación de libros, papeles, manifestaciones, declaraciones, estados de contabilidad, etc., para la práctica de visitas domiciliarias con el objeto de comprobar el cumplimiento de las disposiciones sanitarias y de policía, y en general todos los actos y formalidades que, como garantía de los particulares, establecen las normas legales al organizar los procedimientos administrativos de que más adelante habremos de ocuparnos.

Finalmente, los actos de ejecución están constituidos por todos aquellos, unos de orden material y otros de orden jurídico, que tienden a hacer cumplir forzadamente las resoluciones y decisiones administrativas, cuando el obligado no se allana voluntariamente a ello. Como actos típicos de ejecución podemos señalar los que se realizan en uso de la facultad económico-coactiva para hacer efectivos los impuestos y otras obligaciones fiscales.

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

1ª Actos directamente destinados a ampliar la esfera jurídica de los particulares.

2ª Actos directamente destinados a limitar esa esfera jurídica, y

3ª Actos que hacen constar la existencia de un estado de hecho o de derecho.

Dentro de la primera categoría se encuentran, entre otros, los actos de admisión, la aprobación, la dispensa o condonación, las licencias, permisos o autorizaciones, las concesiones y privilegios de patente.

De la segunda categoría forman parte las órdenes, los actos de expropiación, las sanciones y los actos de ejecución.

En la tercera categoría se catalogan los actos de registro, de certificación, de autentificación, las notificaciones y las publicaciones.

189. Los actos administrativos de admisión son los que dan acceso a un particular a los beneficios de un servicio público. Estos actos de admisión tienen lugar cuando se trata de servicios que sólo se prestan a un número limitado de personas, o a personas que se encuentran en determinadas condiciones, a diferencia de otros servicios que sólo requieren el cumplimiento de determinadas exigencias legales. Así, mientras que el goce de servicios de correos, telégrafos, bibliotecas y museos no requiere un acto administrativo de admisión, el ingreso a instituciones públicas de enseñanza o de asistencia sólo puede lograrse mediante un acto administrativo especial que es precisamente el acto de admisión.

La naturaleza de los derechos que engendra el acto de admisión depende de las disposiciones que en cada caso adopte la ley respectiva, existiendo una tendencia bien marcada que coincide con el desarrollo de ideas sociales acerca de las atribuciones del Estado, en el sentido de dar a los particulares un verdadero derecho para exigir las prestaciones de los servicios públicos a que han sido admitidos.

190. Los actos de aprobación son los actos por virtud de los cuales una autoridad superior da su consentimiento para que un acto de una autoridad inferior pueda producir sus efectos.

El acto de aprobación, aunque posterior a la emisión del acto que por medio de aquél es aprobado, constituye un medio de control preventivo dentro de la misma Administración que tiende a impedir que se realicen actos contrarios a la ley o al interés general.

Múltiples ejemplos de actos de aprobación se establecen en las leyes que regulan la organización administrativa. En ellas se encuentran desde la exigencia de aprobación para todas las resoluciones, o bien sólo para casos en que concurran circunstancias particulares. Así, mientras la Comisión Nacional Bancaria no puede llevar a efecto sus determinaciones en tanto no sean aprobadas por la Secretaría de Hacienda (art. 163 de la Ley General de Instituciones de Crédito), el Jefe del Departamento del Distrito Federal sólo en casos especiales señalados en la ley necesita de la aprobación expresa del Presidente de la República, como ocurre tratándose del nombramiento de determinados empleados del Departamento [art. 12 de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito).

El acto de aprobación produce el efecto jurídico de dar eficacia a un acto válido anterior. Es decir, que el acto aprobado tiene desde el momento de su emisión todos los caracteres que la ley exige para su validez, pero no puede producir efecto hasta que viene el acto de aprobación.

De aquí se desprende que el acto aprobado y el acto de aprobación son dos actos jurídicos sucesivos diferentes, en los que la voluntad de los dos órganos que los realizan no coinciden en cuanto al objeto y fin de sus respectivos actos, puesto que mientras el objeto y fin del acto aprobado es el que se manifiesta en su contenido, el objeto y fin del acto aprobatorio tiende normalmente a mantener la regularidad en el funcionamiento de la Administración y a preservar intereses más amplios que los que afecta en forma directa el acto aprobado. De esta manera hay que concluir que el particular adquiere derechos o contrae obligaciones por virtud del acto aprobado, respecto del cual el de aprobación no es elemento integrante, sino simplemente complementario. (Vitta, *op. cit.*, t. 1, pág. 324.)

El acto de aprobación se usa también en nuestro sistema para manifestar la conformidad de la Administración con un acto de un particular que condiciona una actividad posterior de éste. Así es frecuente encontrar la necesidad de obtener la aprobación de planos, proyectos, condiciones sanitarias, etc., etc.

La dispensa es el acto administrativo por virtud del cual se exonera a un particular de la obligación de cumplir una ley de carácter general o de satisfacer un requisito legal.

Ejemplos de actos de esta clase son los de dispensa de edad para contraer matrimonio (Cód. Civ., arto 151) o para que el tutor contraiga nupcias con la persona que ha estado a su guarda (Cód. Civ., arto 159); el acto por virtud del cual se concede una prórroga para el pago de un crédito fiscal, se condona o se reduce dicho crédito o bien se releva a un particular de la obligación de asegurar el interés del Fisco para suspender el cobro de un crédito a favor de éste. (Cód. Fiscal, arts. 12,20, 30, 31)

El acto de dispensa sólo puede realizarse cuando lo autoriza la ley y constituye un medio por el cual se da a la norma legal una elasticidad que permite aplicarla con mayor equidad, tomando en cuenta circunstancias personales que no pueden ser previstas en una regla general.

191. La autorización, licencia o permiso, es un acto administrativo por el cual se levanta o remueve un obstáculo o impedimento que la norma legal ha establecido para el ejercicio de un derecho de un particular. En la generalidad de los casos en que la legislación positiva ha adoptado el régimen de autorizaciones, licencias o permisos, hay un derecho preexistente del particular, pero su ejercicio se encuentra restringido porque puede afectar la tranquilidad, la seguridad o la salubridad públicas o la economía del país, y sólo hasta que se satisfacen determinados requisitos que dejan a salvo tales intereses es cuando la Administración permite el ejercicio de aquel derecho previo.

Así es, pues, que la autorización, la licencia y el permiso constituyen actos que condicionan para un particular el ejercicio de algunos de sus derechos.

La doctrina ha subrayado los caracteres de la autorización contraponiéndolos a los de la concesión, porque ésta se emplea para aquellos casos en los que no hay ningún derecho previo del particular a la materia que es objeto de la concesión, en que ninguna facultad le corresponde, en que ninguna actividad puede desarrollar si no es por virtud de la propia concesión que es la que crea directamente tales derechos o facultades.

Esta distinción es fácilmente apreciable en el ejemplo más comúnmente usado: el de la licencia de construcción y el de la concesión minera. Mientras que en el primer caso el propietario por razón misma de su derecho de propiedad tiene la facultad de elevar en su terreno una construcción y sólo se restringe el ejercicio de esa facultad hasta el momento en que la licencia se otorga; en el segundo caso el que obtiene una concesión no tiene antes de ella ningún derecho, ni siquiera limitado, a la explotación de la mina.

En nuestra legislación no existe tan precisa distinción entre las dos instituciones que nos ocupan, pues en ocasiones se llama permiso a lo que, según la doctrina, es una verdadera concesión (permisos de caza, de pesca, entre otros), o bien se llama concesión a lo que no es más que una autorización o bien se llama permisos o concesiones indistintamente a actos que tienen el mismo contenido y los mismos efectos jurídicos. (Leyes de Vías Generales de Comunicación y de Bienes Nacionales.]

Pero prescindiendo de estas anomalías, fácilmente explicables por otra parte, ya que la terminología en el derecho administrativo está todavía bien lejos de ser exacta, lo cierto es que dentro de nuestro régimen legal predomina el uso del sistema de licencias, autorizaciones y permisos con el alcance que a él le reconoce la doctrina a que antes nos hemos referido, y así, las licencias o permisos son exigidos como medios de restricción o reglamentación de la propiedad o de la libertad de los individuos, como ocurre, entre otros, en los siguientes casos: para la explotación forestal de propiedades privadas (Ley Forestal); para la vigilancia de Ias autoridades del Distrito Federal de acuerdo con el Reglamento General para establecimientos mercantiles y espectáculos públicos en el mismo Distrito. Este Reglamento vino a sustituir todos los reglamentos parciales anteriores sobre las mismas materias. Para sus efectos se considera como licencia el documento que permite el funcionamiento de los giros y espectáculos que allí se regulan y como autorización el documento expedido

con carácter provisional y por tiempo determinado o en sitio específico. [Art, 21, Regl. *D. O.* de 26 de enero de 1981.)

En todos los casos señalados, la licencia, el permiso y la autorización constituyen medios adecuados para el ejercicio de las funciones de policía, entendiendo por ésta la atribución del Estado que lo faculta para afectar los derechos de los particulares a fin de asegurar principalmente la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas, sin las cuales no es posible la vida en común *(inira,* núm. 350). Es indudable, pues, que atendiendo a su finalidad queda plenamente justificado el sistema legal de restringir el ejercicio de los derechos de propiedad y de libertad por medidas preventivas, como son las licencias, permisos o autorizaciones. Lo que sí constituye un problema es la determinación de si tales restricciones pueden también ser justificadas legalmente frente a los textos constitucionales que consagran la libertad y la propiedad de los individuos.

Por lo que hace a la propiedad, parece fácil encontrar un fundamento adecuado en el artículo 27 constitucional, conforme el cual "la Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público" *(in/m,* núm. 310); pero por lo que hace a la libertad, principalmente a la libertad de trabajo; se hace necesaria una labor de interpretación. En efecto, el artículo 5º dispone que "a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ataquen los derechos de la sociedad . . . "

Como se ve, en esta disposición existe la posibilidad de restricción en estos tres casos: cuando la profesión, industria o comercio son ilícitos; cuando se ataquen derechos de tercero, y cuando se ofendan derechos de la sociedad. Dentro de la primera posibilidad parece que más que una restricción existe una negación del derecho; pero como la ilicitud depende de que la actividad contraríe una ley de orden público o las buenas costumbres (tesis sustentada por el artículo 1830 del Código Civil), resulta entonces que, por lo menos en parte, la cuestión depende del legislador, el cual puede declarar, o bien la ilicitud completa, cuando el orden público así lo exija, o bien declarar la ilicitud sólo parcialmente, en forma de que la libertad quede restringida en términos de hacerla compatible con ese orden público.que consiste como antes se dijo en satisfacer, entre otros intereses, el de la tranquilidad, seguridad y salubridad públicas.

Para aclarar el sentido del texto constitucional en lo que se refiere a esta primera posibilidad, no debe olvidarse que al discutir el referido artículo 4º dentro del Congreso Constituyente, se propuso que se empleara en su redacción la palabra "lícito" en vez de las de "útil y honesto" que usaba el mismo precepto de la Constitución de 1857, porque se estimó que aquélla era más precisa y exacta que éstas, y se propuso igualmente que se declararan ilícitos el comercio de bebidas embriagantes y la explotación de casas de juego (primer dictamen sobre el artículo 4º, leído en la sesión de 6 de diciembre de 1916); que posteriormente se suprimió la declaración de ilicitud del comercio de bebidas embriagantes y la explotación de casas de juego, por considerar que ella es materia de reglamentación que tiene cabida en las facultades del Congreso para legislar acerca del comercio (segundo dictamen sobre el arto 4º, leído en la sesión del 18 de diciembre de 1916) y porque no es por medio de un precepto constitucional como se combatirá el alcoholismo, sino por medio de una ley perfectamente estudiada en donde pueden caber "muchas excepciones y particularidades" (punto de vista de la comisión dictaminadora sostenido por uno de sus miembros en la misma sesión). De estos antecedentes se desprende que el sentido de la Constitución de 1917 no difiere de la Constitución de 1857, sino sólo expresa con mayor precisión lo que en ésta significaba con los términos "útil y honesto"; que la ilicitud corresponde declararla al legislador secundario y que éste puede consignarla con muchas excepciones y particularidades, de acuerdo con las circunstancias del caso; de todo lo cual se llega a la conclusión de que el legislador ordinario puede declarar con el criterio que inspira el precepto constitucional que una actividad sólo será lícita cuando se someta a la reglamentación y a las medidas de control (autorización, licencia o permiso) que tiendan a evitar una afectación del orden público.

Esta conclusión se corrobora con las otras posibilidades que el precepto legal autoriza, o sean las de vedar el ejercicio de la libertad cuando se ataquen derechos de tercero o los derechos de la sociedad. Aunque aparentemente estas posibilidades se dan como medidas represivas, o sea posteriores a la violación de tales derechos, una interpretación tradicional impone una solución contraria, como se demuestra, en materia de relaciones privadas, con los interdictos de retener, de obra nueva o de obra peligrosa, y en tratándose de relaciones públicas, con toda la legislación de policía preventiva que, sin discusión y de tiempo inmemorial, rige en nuestro país.

192. Finalmente, entre los actos destinados directamente a ampliar la esfera de acción de los particulares, se encuentra la concesión administrativa; pero como respecto de ella se hace una amplia exposición en ca-

pítulo especial, nos remitimos a lo que allí decimos sobre el particular *(inira,* núms. 197 a 218).

193. Pasando ahora al estudio de los actos destinados directamente a restringir la esfera jurídica de los particulares, encontramos, en primer término, las órdenes administrativas. Estas constituyen actos administrativos que imponen a los particulares una obligación de dar o hacer o de no hacer, llamándose, según el caso, mandatos o prohibiciones *(in/ra,* núms. 347-350).

Las órdenes se distinguen de las advertencias, porque en éstas simplemente se llama la atención sobre una obligación preexistente, así como de los apercibimientos, ya que éstos implican una amenaza de sanción para el caso de incumplimiento de una obligación preexistente.

194. Por lo que hace a la expropiación por causa de utilidad pública, debemos decir que constituye un acto por medio del cual el Estado impone a un particular la cesión de su propiedad por causa de utilidad pública, mediante ciertos requisitos, de los cuales el principal es la compensación que al particular se le otorga por la privación de esa propiedad *{inira,* núms. 309-318).

195. Las sanciones y la ejecución forzada constituyen actos administrativos por medio de los cuales la autoridad administrativa ejercita coacción sobre los particulares que se niegan a obedecer voluntariamente los mandatos de la ley o las órdenes de la referida autoridad *(inira,* núms, 238·241).

Una parte muy importante de la actividad administrativa son los actos de sanción por virtud de los cuales se castiga la infracción de las leyes o de las órdenes administrativas.

Con motivo de la forma en que está redactado el artículo 21 constitucional, se ha discutido la competencia de la autoridad administrativa para sancionar la falta de cumplimiento de las leyes administrativas. En efecto, se dice que mientras en el texto del mismo artículo de la Constitución de 1857 se atribuía a la autoridad judicial sólo la imposición de las penas propiamente tales, o sean las que correspondían a infracción de una ley penal, dejando a la autoridad política la sanción de las infracciones de otras leyes, en el texto vigente se declara que "la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial"; lo que, a falta de la calificación que se hacía en el texto anterior, parece referirse a toda clase de penas, y más si se tiene en cuenta que el mismo texto vigente sólo deja a la autoridad administrativa la competencia para el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía.

La cuestión así propuesta ha sido ignorada por la legislación administrativa, que en una forma invariable sigue atribuyendo al Poder ad-

ministrativo la facultad de imponer las sanciones .que las mismas leyes establecen. Por su parte, los tribunales no han llegado a penetrar al fondo de la argumentación, pero de un modo uniforme han reconocido la competencia de la autoridad administrativa.

Doctrinalmente la cuestión puede ser resuelta en los mismos términos en que la han resuelto la legislación y la jurisprudencia ya que en realidad el artículo no ha cambiado fundamentalmente de espíritu a pesar de la diversa redacción que ha tenido en las dos Constituciones sucesivas. En el texto actual vuelve a reconocerse como de la competencia de la autoridad judicial la imposición de las penas; pero la referencia inmediata que se hace en el propio artículo a la persecución de los delitos por el Ministerio Público y la Policía Judicial, dan a entender que el precepto se está refiriendo en su primera parte a las penas por comisión de un delito, o sea a las penas propiamente tales de que hablaba el texto de la Constitución de 1857. La competencia que se deja a la autoridad administrativa para castigar las infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, no quiere decir que se modifiquen otros textos constitucionales en que se atribuye o se reconoce competencia a la autoridad administrativa para imponer sanciones por violación de leyes cuya ejecución compete a la misma autoridad administrativa. Tales son las disposiciones del artículo 89, fracción 1, que fija la competencia del Poder Ejecutivo, y las del artículo 23, también constitucional, que ha sido interpretado por jurisprudencia de la Suprema Corte en el sentido de no ser necesaria la intervención de la autoridad judicial cuando se hace aplicación de bienes para el pago de impuestos o multas.

196. Para concluir la clasificación de los actos por razón de su contenido, debemos hacer referencia auna categoría especial de actos por virtud de los cuales la Administración hace constar la existencia de un hecho, de una situación o el cumplimiento de requisitos exigidos por leyes administrativas.

Entre esos actos hay unos que consisten en la recepción de declaraciones de los particulares o en la inscripción que hace la autoridad administrativa de personas, bienes o cualidades de unas o de otros, como en el caso de los padrones, del catastro, etc. Dentro de este primer grupo se encuentran toda una serie de actos a que hemos aludido antes *(supra,* núm. 14), por cuyo medio la administración interviene para dar autenticidad, validez, publicidad o certidumbre a determinadas relaciones de la vida civil de los particulares, tales como los actos de registro civil, de registro de la propiedad, de registro de comercio, etc.

Otro grupo dentro de la misma categoría consiste en la expedici6n de constancias por la autoridad administrativa respecto a las cualidades de

personas o bienes, o respecto al cumplimiento de determinados requisitos exigidos por las leyes para realizar o ser objeto de actividades que las mismas leyes prevén. Así pueden citarse como ejemplos los certificados de conducta, de enseñanza, de sanidad, de pesas y medidas, etc., etc.

Los actos de registro, lo mismo que los de certificación, no en todos los casos producen los mismos efectos jurídicos, pues mientras que algunos tienen efectos constitutivos respecto de la relación misma, tales como el matrimonio civil, el registro de sociedades comerciales, otros se limitan a constituir una prueba del hecho o de la relación, como el registro de nacimiento o defunción o los certificados que se expiden para servir de base a otro acto administrativo.

Finalmente, a todos los actos anteriores se pueden agregar los actos de notificación y los de publicación, cuyo objeto es dar a conocer resoluciones administrativas fijando el punto de partida para otros actos o recursos.

## CAPÍTULO II

## LA CONCESION DE SERVICIO PUBLICO

197. La concesión de servicio público y la de explotación de hienes del Estado. Los caracteres del servicio púhlico.-198. La legislación mexicana.-199. Los principios de continuidad, de adaptación y de igualdad.-200. Los diversos servicios púhlicos.-201. La naturaleza jurídica de la concesión de servicio público. Tesis contractual.-202. Antecedentes en México.-203. La tesis del acto mixto.-204. El otorgamiento de la concesión.-205. La publicación de la concesión.-206. La ejecución de la concesión.-207. La expropiación.-208. La propiedad del coneesionario.-209. El régimen financiero de la concesión. Las tarifas.-210. La legislación mexicana.-211. La fuerza mayor.-212. La agravación de las cargas por la autoridad concedente. La agravación por medidas legislativas.-213. La agravación por causas anormales. La teoría de la imprevisión.-214. Las relaciones del concesionario con el público. La tesis de la legislación mexicana.-215. La duración de las concesiones. El rescate.-216. El derecho de reversión.-217. La cesación del objeto de la concesión.-218. La caducidad y la rescisión.

197. De los actos administrativos que hemos estudiado en el capítulo anterior hay algunos que. requieren consideración especial por su naturaleza y sus efectos jurídicos. Entre ellos se encuentra la concesión administrativa que es el acto por el cual se concede a un particular el manejo y explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del Estado. De la primera nos ocuparemos en este capítulo dejando para más adelante el estudio de la concesión de explotación de bienes del Estado.

Ahora bien, como la naturaleza y efectos de la concesión derivan del objeto de la misma, es indispensable fijar los caracteres del servicio público

Desde el primer capítulo de esta obra indicamos que el servicio público constituye sólo una parte de la actividad del Estado al lado de la de policía que limita y regula la actividad de los particulares y la de fomento, vigilancia y control de la misma.

El servicio público considerado como una parte tan sólo de la actividad estatal, se ha caracterizado como una actividad creada con el fin de dar satisfacción a una necesidad de interés general que de otro modo quedaría insatisfecha, mal satisfecha o insuficientemente satisfecha, y aunque la idea de interés público se encuentra en todas las actividades estatales y la satisfacción de los intereses generales no es monopolio del Estado, lo que distingue al servicio público es que la satisfacción del interés general constituye el fin exclusivo de su creación (Laubadére, *D. Adm.* 4ª edición, pág. 538. Vedel, *op. cit.,* pág. 810. Waline, *Précis de D. Adm,* 1969, pág. 457. Rivero, *D. Adm.* pág. 372. Garrido Falla, *op, cit.,* t. I1, pág. 317).

198. Dentro de la legislación mexicana no se encuentra un criterio único para definir al servicio público, pues mientras que en algunos preceptos como los artículos 3º, 73, frac. XXV y 123, fracs. XVIII y XXIX de la Constitución Federal se habla de la educación como servicio público, de las huelgas en los servicios públicos y de los servicios explotados o concesionados por la Federación, en los artículos 5º y 13 de la misma Constitución los servicios públicos se equiparan a los empleos públicos y en los artículos 27, frac. VI y 132 constitucionales ,y 2º, frac. V y 23 de la Ley de Bienes Nacionales y 217, 218, 220 y 222 del Código Penal relativo a los delitos cometidos por funcionarios públicos, la expresión de servicio público se encuentra usada con el sentido de organismo u oficina pública.

Sin embargo, en otras leyes como es la de 29 de diciembre de 1970, hoy derogada, ya se precisa y define el servicio público como "la actividad organizada que se realiza conforme a las disposiciones legales o reglamentarias vigentes en el Distrito Federal con el fin de satisfacer en forma continua, uniforme y regular necesidades de carácter colectivo" (art. 65).

199. Con el mismo criterio de esta ley y dada la finalidad que se persigue con la creación del servicio público, la doctrina también ha considerado como principios esenciales comunes a todos los servicios el de su continuidad en razón de la permanencia de la necesidad que se pretende satisfacer; el de adaptación, o sea la posibilidad de modificarlo a medida que vaya variando dicha necesidad y el de igualdad que significa

que no debe discriminarse el goce del servicio a ningún particular que llene las condiciones legales.

200. La doctrina jurídica ha clasificado los servicios públicos de acuerdo con diversos criterios, pero tal vez los más importantes son los que los dividen por la forma como satisfacen las necesidades generales y los que los separan por la forma de gestión de los mismos.

Desde el primer punto de vista se distinguen en: *a)* servicios públicos nacionales, es decir destinados a satisfacer necesidades de toda la Nación sin que los particulares obtengan individualmente una prestación de ellos, tales como el servicio de defensa nacional; *b)* servicios púhlicos que sólo de manera indirecta procuran a los particulares ventajas personales, tales como los servicios de vías generales de comunicación, los servicios sanitarios, los de puertos y faros, etc., y e) los servicios que tienen por fin satisfacer directamente a los particulares por medio de prestaciones individualizadas. Dentro de esta categoría se encuentran los servicios de enseñanza, de correos, de telégrafos, radiocomunicación, transportes, etc., etc., y también los servicios públicos sociales como son los de asistencia pública, los de previsión, los seguros sociales, los de la vivienda barata, etc.

Desde el segundo punto de vista o sea la forma de gestión de los servicios públicos se separan aquellos que son manejados directamente, y en algunos casos como monopolios por el Estado o por organismos creados por el mismo Estado, de los que se explotan por medio de concesión que se otorga a individuos o empresas particulares.

Este último medio de gestión, la concesión administrativa, es el que nos va a ocupar en el presente capítulo.

201. Por mucho tiempo, y no sólo en nuestro país, se ha considerado que la concesión de servicio público tiene la naturaleza de un simple acto contractual. Sin embargo, a pesar de las cláusulas contractuales de la concesión, el Estado se consideró facultado para adoptar medio das de policía que a veces significaban variaciones en la explotación del servicio, pero que eran necesarias para proteger la seguridad y el orden públicos. De la misma manera, el propio Estado, multiplicando las causas de caducidad, tenía un arma para obligar al concesionario a aceptar frecuentes modificaciones a su concesión para que pudiera conservarla.

202. Muy pronto se fue fortaleciendo la idea de que el manejo de un servicio público no puede dejarse sujeto a los pactos inmutables de un contrato y ya en la Ley de Instituciones de Crédito de 19 de marzo de 1897 se consideró que aparte del derecho adquirido por el concesionario para que se le respete todo lo que se refiere a la subsistencia de la concesión, bases constitutivas de la sociedad que la explota y a los

alicientes de exención o reducción de impuestos, no puede pretender lo mismo respecto a las prescripciones de carácter general que establecen y reglamentan los derechos y obligaciones del Banco para con el público o para el Gobierno, "porque esta legislación, como todas las demás, no puede permanecer inmutable ni debe contener restricciones que impidan al Poder Público alterarla cuando y como lo juzgue conveniente al bienestar general" (Exposición de Motivos de la Ley). Con igual criterio la Ley sobre Ferrocarriles de 29 de abril de 1899 declaró que sus preceptos reglamentarios de la explotación del servicio "no constituyen derechos adquiridos para las empresas de ferrocarriles y que en consecuencia, ellos podrán ser en todo tiempo modificados o derogados".

203. Esta clara y temprana concepción de la naturaleza de las concesiones de servicio público recibió más tarde su franca consagración por gran parte de la doctrina jurídica contemporánea que ya considera que la concesión es un acto mixto compuesto de tres elementos: un acto reglamentario, un acto condición y un contrato.

El acto reglamentario fija las normas a que ha de sujetarse la organización y funcionamiento del servicio y dentro de él quedan comprendidas las disposiciones referentes a horarios, tarifas, modalidades de prestación del servicio, derechos de los usuarios.

Teniendo el carácter de un acto reglamentario este primer elemento de la concesión, la Administración puede variarlo en cualquier instante, de acuerdo con las necesidades que se satisfacen con el servicio, sin que sea necesario el consentimiento del concesionario, pues no se trata de modificar una situación contractual.

El segundo elemento de la concesión, el acto condición, es el que como su nombre lo indica, condiciona la atribución al concesionario de las facultades que la ley establece para expropiar, para gozar de ciertas franquicias fiscales, para ocupar tierras nacionales, etc.

Finalmente, existe en la concesión un tercer elemento cuya finalidad es proteger los intereses legítimos del particular concesionario, creando a su favor una situación jurídica individual que no puede ser modificada unilateralmente por la Administración.

Pensamos que el elemento contractual de la concesión está constituido, además de las cláusulas que conceden ciertas ventajas pecuniarias al concesionario, pero las cuales pueden dejar de existir, en un derecho para el concesionario de mucha mayor importancia jurídica, puesto que representa para él la verdadera protección de sus intereses y la garantía más firme para sus inversiones. Ese derecho es el que el concesionario tiene a que se mantenga el equilibrio financiero de la empresa.

Vedel, al tratar este aspecto de la concesión se expresa en los siguientes términos: "el concesionario se encuentra así en una situación paradójica. Esta situación consiste en que, por una parte, tiene derecho a esperar la realización de beneficios, pero que, por otra parte está sometido en interés general, a obligaciones que pueden ser modificadas. ¿Cómo resolver esta antinomia? La solución la proporciona la idea del equilibrio financiero. " Esta idea se justifica desde luego porque es la expresión de la voluntad de las partes, porque ella se encuentra en la base del contrato. .. Es, por consecuencia, normal admitir que ni la tarifa ni las cláusulas relativas al funcionamiento del servicio son intangibles con tal de que el equilibrio inicial que las ligaba entre sí sea salvaguardado. La segunda razón que justifica la idea del equilibrio financiero es la de que este equilibrio debe existir en interés del servicio mismo. Es evidente que si la Administración usase de su poder de modificación de las obligaciones de concesionario sin concederle indemnización o si no se interesase por el funcionamiento financiero de la concesión, la persistencia de los deficientes podría llevar al concesionario a la cesación del servicio. La idea del equilibrio financiero liga los dos polos de la concesión; es ella la que asegura la síntesis entre el hecho de que se trata de un servicio público y el de que al mismo tiempo se trata de una empresa privada. .. La idea del equilibrio financiero debe ser combinada con otra: la de que en todo contrato-concesión hay una alea normal ..." *(op. cit.,* pág. 843. Laubadére, *op, cit.,* t. l. pág. 564).

204. Para el otorgamiento de la concesión, el régimen legal relativo se inspira en ciertos principios que tienden a garantizar por una parte que el Poder Público pueda ejercer sin tropiezos el control que le corresponde sobre el objeto de la concesión, y por la otra, a asegurar que el concesionario tenga la competencia y los medios adecuados para la explotación de la concesión. Existen, además, para algunas concesiones, preceptos que tienden a evitar que con su otorgamiento puedan causarse perjuicios a terceros.

El artículo 12 de la Ley sobre Vías Generales de Comunicación y el artículo 11 de la Ley Minera previenen que las concesiones regidas por dichas leyes sólo pueden otorgarse a mexisanos o a sociedades mexicanas, y la segunda de las leyes citadas exige además que las sociedades tengan la mayoría de su capital suscrito por mexicanos.

La Ley Federal de Radio y Televisión, dispone que las concesiones para usar comercialmente canales de radio y televisión únicamente se otorgarán a ciudadanos mexicanos o a sociedades cuyos socios sean mexicanos y si se trata de sociedades por acciones éstas deberán ser nominativas.

Como consecuencia de las mismas disposiciones se previene en todas las leyes de la materia que las concesiones sólo podrán ser traspasadas a otra persona con la aprobación de la autoridad concedente, en el concepto de que la falta de dicha aprobación, así como la cesión o traspaso total o parcial de la concesión a un Gobierno o Estado extranjero, se consideran por dichas Leyes como causas de caducidad o de nulidad del acto de traspaso (art. 52 de la Ley Minera, arto 139 de la Ley de Aguas; arts. 18 y 20, fracs. IV y V, de la Ley de Vías Generales de Comunicación).

205. Aunque hasta ahora no se ha parado mientes en ello, estimamos que debe considerarse como un requisito esencial para que las concesiones de servicio público surtan sus efectos, que las mismas, una vez otorgadas, se publiquen en el, *Diario Oficial,* puesto que la referida concesión contiene verdaderas disposiciones legales, de acuerdo con las cuales se regula la situación del concesionario, la de los terceros usuarios del servicio y las bases del funcionamiento del servicio.

206. Pasando ahora al estudio del régimen aplicable a la ejecución de la concesión, importa desde luego hacer hincapié en la obligación estricta del concesionario de ejecutar personalmente las obligaciones impuestas por el acto, o sean las de construir las obras autorizadas y las de encargarse de la gestión del servicio.

Esta obligación debe entenderse como la consecuencia natural del cuidado que el legislador impone a la Administración para seleccionar al concesionario con las condiciones de idoneidad moral y económica exigidas por la seriedad e importancia del objeto de la concesión. Como lo indicamés en el punto anterior, esa obligación impone la necesidad de que la autoridad apruebe todo traspaso o cesión de la concesión y de que se considere como causa de caducidad el traspaso que se haga sin esa autorización o la circunstancia de que se haga en favor de un gobierno o Estado extranjero.

Existen, sin embargo, casos en los cuales la misma Ley reconoce la posibilidad de que el concesionario traspase la concesión a una sociedad organizada conforme a las leyes del país (Ley de Vías Gen. de Com., arto 13).

207. La obligación'del concesionario de ejecutar personalmente la concesión, implica,además, la de aportar todos los elementos pecuniarios indispensables para la ejecución de las obras y explotación del servicio.

El Estado también puede concurrir en la aportación de elementos para la empresa. Esto lo hace por vía de subvenciones, garantizando determinado interés a los capitales invertidos o concediendo otra clase

de ayuda, como son franquicias fiscales, derecho de ocupación de bienes nacionales para el objeto de la concesión, etc.

Sin embargo, el Estado, estimando de utilidad pública el objeto de la concesión, ha considerado casi en todos los casos que es procedente la expropiación forzosa de los bienes necesarios para la instalación de las obras autorizadas.

La justificación del sistema reposa en la circunstancia de que el concesionario no puede ni debe considerarse como un empresario privado que esté en la misma condición que el que ejerce su libertad de contratación y de comercio. El concesionario viene a ser un colaborador del Poder público en la realización del servicio autorizado por la concesión.

Las diversas leyes sobre concesiones organizan el procedimiento para la expropiación. Fundamentalmente consiste en la determinación de los bienes necesarios, en la práctica del avalúo de los mismos, en el depósito o afianzamiento previo del monto de la indemnización y en la declaración de la autoridad concedente acerca de la procedencia de la expropiación. (Ley Minera, arts. 37 y sigs.; Ley de Vías de Com., arto 21.)

Esas mismas leyes, también por regla general, establecen el derecho del expropiado para reivindicar la cosa expropiada, cuando no se utilizare en el uso para el que se expropió o cuando la concesión respectiva ha sido declarada en estado de caducidad. (Ley Minera, art. 41; Ley de Vías de Com., arto 23.)

208. El concesionario es el propietario de los bienes afectados a la explotación del servicio concesionado. La Ley de Vías Generales de Comunicación expresamente lo establece así en su artículo 89, según el cual "las vías generales de comunicación que se construyan en virtud de concesión, con sus servicios auxiliares, sus dependencias y demás accesorios, son propiedad del concesionario durante el término señalado en la misma concesión...".

Sin embargo, existen tantas limitaciones a ese derecho del concesionario que en realidad se ha dudado que pueda ser un verdadero derecho de propiedad.

En efecto, el derecho del concesionario sobre los bienes afectados a la concesión tiene no una duración indefinida, sino que, por virtud del llamado derecho de reversión, pasan al Estado sin compensación alguna al término de la concesión (Ley de Vías de Com., art. 89; Ley del D. F., arto 72, frac. III). De igual manera las hipotecas y demás gravámenes que lleguen a afectar dicha propiedad, sólo pueden establecerse con la aprobación de la autoridad concedente y subordinados al derecho de reversión, de tal manera que dichos gravámenes se extinguirán al pasar

los bienes al Estado. (Ley de Vías de Com., art. 92; Ley del D. F., arto 72, frac. II.)

Finalmente, el concesionario está obligado a mantener en buen estado los bienes durante el plazo de la concesión, llegándose hasta autorizar al Gobierno para intervenir la empresa si durante la última parte de la vigencia de la concesión el concesionario no mantiene los bienes en buen estado. (Ley de Vías de Com., arto 89; Ley del D. F., arto 72, frac. VIII.)

209. El régimen financiero del servicio concesionado, es independiente del régimen financiero del Estado.rde tal manera que el concesionario debe obtener los fondos indispensables para la instalación del propio servicio y mantener para éste un presupuesto fuera del control de la Administración concedente. (Ley del D. F., arto 72, frac. V.)

Sin embargo, a pesar de que el concesionario soporta el riesgo de la empresa, él no controla ni las cargas ni los provechos de la misma, ya que por una parte, es la Administración la que regula unilateralmente el funcionamiento del servicio y, por la otra, es la propia Administración la que debe también aprobar las tarifas que constituyen la remuneración de los gastos de organización y funcionamiento.

Estudiaremos, pues, para formar una idea del régimen financiero de la concesión, el carácter de las tarifas del servicio y, en seguida, la forma de compensar la agravación de las cargas en la ejecución de la concesión.

Las tarifas constituyen, como dice Comte *(op. cit.,* pág. 79), el elemento esencial de la economía financiera de la explotación. Su naturaleza jurídica es muy discutida. Se ha sostenido que la regulación de las tarifas constituye uno de los elementos contractuales de la concesión, de tal manera de considerar que el concesionario tiene un verdadero derecho para percibir las cuotas que se fijen convencionalmente y para que aquella regulación no se modifique sino por medio de otro acto contractual.

En nuestro concepto las tarifas no forman parte de las cláusulas contractuales de la concesión, porque ellas constituyen un elemento esencial de la reglamentación del servicio público concedido; pero tampoco podemos admitir que las cuotas que las mismas consignan sean establecidas en forma arbitraria y discrecional que sólo haya de guiarse por el propósito de hacer más barato el uso del servicio, sino que tiene que considerarse controlado o limitado por la necesidad de mantener el equilibrio financiero de la concesión y, consecuentemente, por la necesidad de que el servicio subsista, y de que subsista en las mejores condiciones para beneficio del público.

Para este caso la doctrina ha llegado a la conclusión de que el concesionario debe seguir ejecutando la concesión, pero sólo tendrá derecho a ser compensado si la medida general, de que se trata equivale "a una modificación directa del acto de concesión, porque las condiciones de ésta han sido establecidas teniendo en cuenta y tomando, entre otras, por elemento la situación legal o reglamentaria que ha sido modificarla" (Bonnard, *op, cit.*, pág. 565).

213. Finalmente, puede ocurrir que acontecimientos externos, que no dependen de ninguna manera de las partes, vengan a hacer más onerosa la situación del concesionario.

La solución que impone la tesis contractual cuando se produce la ocurrencia señalada, es la de. que el concesionario, no estando frente a una causa de fuerza mayor, continúa obligado a la ejecución de sus compromisos sin ningún derecho a compensación por las pérdidas sufridas.

Sin embargo, el nuevo concepto de la concesión y principios bien claros de equidad han hecho que sobre todo la doctrina y la jurisprudencia francesas construyan para el evento que se examina toda una teoría que ha sido llamada la "teoría de la imprevisión".

Conforme a ella, cuando ocurren acontecimientos excepcionales y anormales, imprevisibles y extraños a las partes, que vienen a hacer más onerosa la situación del concesionario al grado de romper la 'economía de la concesión, entonces se produce propiamente un estado extracontractual, es decir, que ya no es la situación prevista por la concesión, y que produce las consecuencias siguientes: obligar al concesionario a continuar haciendo funcionar el servicio y a darle derecho a cierta como pensación de parte de la Administración, no por la ganancia omitida, sino por las pérdidas sufridas por él a consecuencia del trastorno de la economía de la concesión; pero sin que sea la Administración la única que reporte las cargas excepcionales, bastando sólo con que haya una repartición razonable de ellas (Bonnard, *op. cit.*, págs. 567 y ss.).

De acuerdo con la misma doctrina esta teoría se justifica jurídica. mente porque, por una parte, el concesionario no puede dejar la explotación del servicio sino por una causa de fuerza mayor, y por la otra, porque no podría evidentemente ser la intención de las partes la de que si esos acontecimientos externos y anormales se verifican, subsistiera íntegramente el régimen de la concesión primitiva.

214. El concesionario de un servicio público tiene relaciones jurídicas no sólo con la Administración concedente sino también con el público que se aprovecha de las prestaciones de dicho servicio.

La tesis de nuestra legislación no es muy clara al respecto. Por una parte, existen disposiciones que establecen expresamente la obligación

del concesionario de prestar el servicio a todo el que lo solicite, sin preferencia alguna, y la de prestarlo en términos uniformes a todos los que se encuentran en las mismas condiciones; pero, por otra parte, también existen disposiciones que parecen admitir que las relaciones del concesionario con el usuario se regulan por los contratos privados que celebren.

Así, por ejemplo, la Ley de Vías Generales de Comunicación previene en sus artículos 57 y 61, que las tarifas se aplicarán observando perfecta igualdad de tratamiento, quedando obligadas las empresas a aplicarlas sin variación alguna, y, en sus artículos 62 y 63 establece que, una vez que una empresa haya sido autorizada para iniciar la explotación y tenga aprobados sus horarios, tarifas y demás documentos relativos, no podrá rehusarse a prestar el servicio solicitado, en el concepto de que no debe dar preferencias que no estén autorizadas por la ley. Por otra parte, la misma ley, en su artículo 66, previene que las empresas, al recibir mercancías para su transporte, extenderán al remitente carta de porte o conocimiento en los términos que establezcan la propia ley o su reglamento, y en su defecto, las disposiciones del Código de Comercio.

En la Ley orgánica del D. F., se establece la obligación del concesionario de respetar estrictamente el principio de uniformidad igual. dad que debe regir en beneficio de los usuarios [art, 72, frac. *I-h},*

215. La concesión es, por su misma naturaleza, de un carácter temporal. Ya se trate de las concesiones para aprovechamiento de bienes nacionales, o bien de las de servicio público, ellas se conceden salvo algunos casos excepcionales por tiempo determinado.

El principio fundamental que domina la fijación de un término de duración de las concesiones, sobre todo las de servicio público, es el de que durante su vigencia pueda el concesionario no sólo obtener una utilidad razonable sobre sus inversiones, sino también recuperar el importe de éstas por medio de las cuotas que los usuarios paguen por el servicio. (Ley del D. F., arto 72, frac. IX.)

Habiendo, pues, una íntima relación entre la recuperación de los capitales invertidos y la duración de la concesión, ocurre preguntar si este elemento forma parte de las estipulaciones contractuales que no pueden ser modificadas sino por otro acto también de naturaleza contractual, o si, por el contrario, es uno de los elementos reglamentarios de la concesión que puede ser modificado en cualquier instante por un acto unilateral.

Creemos que la duración de la concesión puede ser un pacto contraetual, y sin embargo, reconocerse la posibilidad del rescate de las concesiones.

En efecto, nos parece indudable que el Poder público tiene la facultad de cambiar el procedimiento de la concesión como medio de explotar un servicio público, y sustituirlo por otro que considere más adecuado. En tal caso, creemos que la concesión puede terminar anticipadamente; pero precisamente porque se reconoce al concesionario un derecho al plazo de la concesión, procede que se le indemnice tal y como si se tratara de una expropiación. (Ley del D. F., arto 72, frac. IV.)

216. Como el plazo señalado para la duración de la concesión es fijado para que el concesionario recupere sus inversiones, es un principio admitido casi universalmente, el de que a la expiración de dicho plazo el Estado pasa a ser propietario de todas las instalaciones y obras efectuadas, en virtud del llamado derecho de reversión.

El derecho de reversión se halla consignado en nuestra legislación para diversos servicios públicos, como son los de comunicación [art. 89 de la ley respectiva), y para los servicios públicos concedidos por el Departamento del Distrito Federal (art. 72, frac. IV).

217. Las concesiones pueden concluir antes de la expiración del término que en ellos se estipula, cuando cesa el objeto para que fueron otorgadas, o cuando el concesionario deja de cumplir algunas de las ohligaciones que impone la propia concesión.

218. Sin embargo, no todas las faltas de cumplimiento dan lugar a la extinción de la concesión. Algunas pueden provocar únicamente la imposición de una sanción administrativa o penal, o bien dar lugar a una responsabilidad civil. Otras pueden constituir causas de rescisión o de caducidad.

Es difícil señalar un criterio para poder distinguir las causas de rescisión de las causas de caducidad, y es aún discutible si existiendo señaladas en la ley causas de caducidad, puede existir, a falta de disposición legal o de cláusula especial, la cláusula resolutoria implícita en los contratos.

La Ley de Vías Generales de Comunicación, establece que "la falta de cumplimiento de la concesión o del contrato, en los casos no señalados como causas de caducidad en el artículo 29 o en los mismos contratos, que no tengan sanción en la ley, dará lugar a la rescisión judicial de la concesión o del contrato ..." (art. 37).

Como se ve, en esa ley no se da más que un criterio formal para distinguir las causas de rescisión de las de caducidad, pero no se explica la diferencia que entre ellas puede existir.

Dentro de los estudios doctrinales de mayor importancia en nuestro país, podemos citar la opinión del Gobierno Federal en el precitado juicio que le entabló la Compañía Agrícola de Tlahualilo. Allí se trató de

cuestiones de rescisión y de caducidad, y a propósito se dijo lo siguiente: "Independientemente del derecho de rescisión por falta de cumplimiento, que en los contratos administrativos compete tanto al Ejecutivo Federal como al concesionario, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1421 del Código Civil, ha sido práctica constante en nuestro derecho administrativo la estipulación de ciertas causas de caducidad consignadas en el mismo contrato. Se trata, generalmente, de violaciones que afectan por modo sustancial los objetos o propósitos de la concesión o el interés público. .. desde que en un contrato administrativo se lee una cláusula de caducidad, se debe considerar, en primer lugar, que los casos en que es aplicable esa sanción, recaen sobre un objeto esencial de la concesión; en segundo lugar, que las demás cláusulas de ésta están sancionadas solamente por el derecho de rescisión..." (Alegatos, párrafo 503).

El criterio propuesto en la doctrina anterior suscita varias observaciones, ya que parte de una base imprecisa porque, a falta de un punto de partida definido, se presta a una mayor arbitrariedad la definición de cuáles son las violaciones sobre puntos esenciales y cuáles no lo son.

Sin embargo, parece bien fundada la teoría que considera que en realidad la autoridad tiene en sus manos el poder de sanción que le es indispensable para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos y que entre las posibles sanciones por la falta de cumplimiento de las obligaciones del concesionario está precisamente la declaración de caducidad de la concesión. Aparte existe el poder de rescisión que "no es sino un aspecto del poder de modificación unilateral del contrato. Su fundamento es el interés público que, en un momento dado puede no tener necesidad de las prestaciones convenidas". (Lauhadére, *op, cis.*, t. 1, páginas 317 y 569.)

## CAPÍTULO III

## EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

219. El procedimiento administrativo, el legislativo y el judicial.-220. El procedimiento administrativo en la legislación mexicana.-22l. Los antecedentes sobre la sistematización del procedimiento administrativo.-222. Los elementos básicos para esa sistematización.-223. Procedimientos de oficio y á petición de parte. El silencio de la Administración. La garantía de audiencia y de legalidad.-224. Las formalidades esenciales del procedimiento.-225. La conclusión del procedimiento.-226. El procedimiento de oposición.-227. Otros procedimientos.

219. El acto administrativo requiere normalmente para su formación estar precedido por una serie de formalidades y otros actos intermedios que dan al autor del propio acto la ilustración e información necesarias para guiar su decisión al mismo tiempo que constituyen una garantía

de que la resolución se dicta, no de un modo arbitrario. sino de acuerdo con las normas legales.

Ese conjunto de formalidades y actos que preceden y preparan el acto administrativo es lo que constituye el procedimiento administrativo, de la misma manera que las vías de producción del acto legislativo y de la sentencia judicial forman respectivamente el procedimiento legislativo y el procedimiento judicial.

El carácter común de estos tres tipos de procedimientos de constituir el medio de realizar las tres funciones del Estado, no obsta para que entre ellos existan diferencias, debidas, unas, a que la técnica del procedimiento se ha desarrollado grandemente en cuanto a la función judicial, y otras, a la diversidad de objeto de cada una de aquellas tres funciones. En efecto, dado el carácter abstracto e impersonal del acto legislativo, el procedimiento correspondiente no exige forzosamente colaboración alguna de los particulares, en tanto que los procedimientos judicial y administrativo están dominados por la necesidad de dar intervención a los particulares cuyos derechos pueden resultar afectados por la sentencia judicial o por el acto administrativo. Es cierto que no en todos los casos la función administrativa afecta a los particulares, ya que dentro de ella quedan como prendidas múltiples actividades de orden material o bien actividades jurídicas que no tienen carácter imperativo, como son las relacionadas con la gestión de parte del patrimonio del Estado; pero, en realidad, estas actividades sólo exigen procedimientos de carácter técnico, que no interesan directamente al derecho, o bien sólo tienen trascendencia en el dominio de éste dentro de la esfera de la propia Administración, y aunque en amo bos casos no puede negarse que la autoridad está obligada a seguir ciertas normas, su actuación no suscita problemas de interés legal especial.

220. -Pero excluyendo ese radio de la actividad administrativa, el procedimiento adquiere una importancia grande cuando el acto que se va a realizar tiene un carácter imperativo y afecta situaciones jurídicas de los particulares. En tales casos, el derecho positivo ha adoptado estas tres posiciones: o bien no ha regulado ningún procedimiento, o bien se ha inspirado en los principios del procedimiento judicial, o, en fin, ha organizado un procedimiento diferenciado del procedimiento judicial.

La primera posición, o sea la falta de regulación de procedimíento, es una fenómeno muy explicable dentro del derecho administrativo, pues en él ha ocurrido que, a diferencia de otras ramas del Derecho tan bien elaboradas ya como la del derecho civil, la legislación positiva se ha conformado con establecer el derecho sustantivo, omitiendo la regulación de las vías que conducen a la producción del acto administrativo correspendiente, tanto por la imprecisión que todavía existe en las nociones del

derecho administrativo, como por la circunstancia de que, en nuestro régimen legal, los principios constitucionales predominantemente liberales que rigieron con la Constitución de 1857 reducían las intervenciones del Estado en la vida de los particulares a un grado en que no era muy sensible la falta de reglas de procedimiento administrativo.

La segunda posición, o sea la del procedimiento administrativo inspirado en el procedimiento judicial, constituye una cara tendencia de los administrados, quienes desearían que en todos los casos la autoridad observara fielmente todas y cada una de las formalidades tutelares del procedimiento judicial.

Esta tendencia no es sino un trasunto de otra a que en páginas anteriores *(supra,* núm. 73) nos referimos, que consiste en asimilar las instituciones del derecho público a las del derecho privado y que trata de explicar las primeras por los principios que rigen a las segundas, tendencia que hemos criticado por las consecuencias fatales que prácticamente se producen si el Estado ha de subordinarse a normas inspiradas fundamentalmente en la salvaguardia de intereses privados, y no en la debida conciliación del interés privado con las exigencias del interés público que la Administración tiene que satisfacer mediante su actuación. Además, y sin desconocer que la adopción por la Administración de las normas del procedimiento judicial ordinario es conveniente y aconsejable cuando trata de objetos similares, se ha criticado la equiparación ilimitada de ambos tipos de procedimiento, el administrativo y el judicial, porque carecería de sentido que la Constitución estableciera UD Poder independiente, el Poder Administrativo, con {unciones propias, si éste estuviera obligado a proceder en los mismos términos que el Poder Judicial (Merkle, *Teoría general de D. Adm.,* pág. 284).

Existe otra razón que se opone a la equiparación del procedimiento administrativo al judicial, y es la que deriva de la naturaleza misma del acto administrativo y de la sentencia judicial, pues mientras que esta última supone la existencia previa de un conflicto de derechos, que es precisamente lo que va a resolver la sentencia, y el que explica que las partes en el conflicto sean las que animen todo el procedimiento judicial, en la actuación administrativa, por el contrario, el conflicto de derecho no surge sino hasta que se dicta la resolución, o sea precisamente desp.iés de que se ha seguido todo el procedimiento administrativo. Ahora bien, es natural que el procedimiento se vea influido por su objeto y que será más eficaz cuanto mejor sirva al propósito perseguido, de donde se desprende que si el objeto y los propósitos del procedimiento administrativo son diferentes de los del procedimiento judicial, no es posible trasladar la aplicación de éste al dominio de la Administración. El mis-

mo procedimiento judicial ha necesitado diversificarse para adaptarlo a las diversas exigencias de las relaciones jurídicas que pueden entrar en conflicto, y así, la vía ordinaria, la vía sumaria, la vía ejecutiva, el procedimiento mercantil, etc., son ejemplos elocuentes de que, aun en el dominio propio de la función jurisdiccional, no puede existir un procedimiento único.

Finalmente, la última posición adoptada por nuestro régimen legal consiste, como hemos dicho, en organizar procedimientos especiales adecuados al acto que ha de realizarse, separándose de los moldes del procedimiento judicial ordinario. Esta posición ha obedecido como se acaba de decir, a la necesidad de acomodar la manera de actuar de la Administración a las necesidades que ella tiene que satisfacer, reconociendo así que el procedimiento para ser útil y eficaz debe ser impuesto por los objetivos especiales de la actividad administrativa.

Entre esos procedimientos especiales podemos señalar como ejemplos los establecidos para la determinación de los créditos fiscales, para fijar las bases de las obligaciones tributarias a cargo de cada causante, para la obtención de concesiones de explotación de bienes de la Nación (aguas, minas, tierras) o de servicios públicos (vías de comunicación, transportes, energía eléctrica, etc.); para la obtención de patentes de invención o registro de marcas y avisos comerciales; para la naturalización de extranjeros; para la autorización de escuelas privadas de enseñanza primaria, secundaria y normal; para la expropiación por causa de utilidad pública, etc., etc.

221. Sin embargo, con la rápida multiplicación de las intervenciones estatales se viene acentuando la necesidad de un ordenamiento general que sin excluir algunos procedimientos especiales sirva también como legislación supletoria, en materia de personalidad, de notificaciones, forma de computar los términos legales, audiencia de las partes, medios de prueba y de impugnación, silencio administrativo, etc.

En el Congreso del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas celebrado en Varsovia en el año de 1936 se señalaron las siguientes bases como fundamentales para todo procedimiento administrativo: "primero, el principio de audiencia de las partes; segundo, enumeración de los medios de prueba que deben ser utilizados por la Administración o por las partes en el procedimiento; tercero, determinación del plazo en el cual debe de obrar la Administración; cuarto, precisión de los actos para los que la autoridad debe tomar la opinión de otras autoridades o consejos; quinto, necesidad de una motivación por lo menos sumaria de todos los actos administrativos que afecten a un particular; sexto, condiciones en las cuales la decisión debe ser notificada a los particulares y

como reglas generales complementarias, la declaratoria de que todo quebrantamiento de las normas que fijen garantías de procedimiento para el particular deben provocar la nulidad de la decisión administrativa y la responsabilidad de quien las infrinja".

Leyes de procedimientos administrativos se han expedido en diversos países siendo una de ellas la ley española de 17 de julio de 1958. En esta última, según su propia exposición de motivos se ha atendido en primer lugar a un criterio de unidad, procurando en lo posible reunir las normas de procedimiento en un texto único aplicable a todos los departamentos ministeriales, agregándose que la Ley toma en cuenta que la necesaria presencia del Estado en todas las esferas de la vida social exige un procedimiento rápido, ágil y flexible que permita dar satisfacción a las necesidades públicas sin olvidar las garantías debidas al administrado.

222. Como en nuestro país se viene sintiendo el vacío que existe en esta materia en la legislación positiva, creemos pertinente señalar los elementos principales que deben tenerse en cuenta para la sistematización del procedimiento administrativo.

En primer término, ese procedimiento debe ser el resultado de la conciliación de los dos intereses fundamentales que juegan en la actividad administrativa estatal: por una parte, el interés público que reclama el inmediato cumplimiento de las leyes exige normalmente que el procedimiento se inicie de oficio y que él permita dictar las resoluciones respectivas con el mínimo de formalidades indispensables para la conservación del buen orden administrativo, el pleno conocimiento del caso y el apego a la ley. Por otra parte, el interés privado exige que la autoridad se limite por formalidades que permitan al administrado conocer y defender oportunamente su situación jurídica para evitar que sea sacrificado en forma ilegal o arbitraria.

En segundo término, el procedimiento debe comprender la regulación de las formalidades para la formación, ejecución y revisión dentro de la esfera administrativa de los actos de la Administración, así como las normas para la presentación, tramitación y resolución de las impugnaciones que se dirijan contra esos actos cuando sean definitivos por no ser susceptibles de revisión por órganos de la Administración activa, lo cual significa que la ley debe regular el procedimiento que se denomina procedimiento administrativo simplemente, o procedimiento de la Administración activa, y el procedimiento llamado procedimiento contencioso-administrativo o de justicia administrativa.

En tercer término, la irregularidad o incumplimiento de las formalidades y trámites de procedimiento exige consideración muy variada que

puede ir de la simple aplicación de sanciones disciplinarias cuando se omiten algunas de las medidas .de orden interno encaminadas a mantener el buen orden administrativo, hasta la nulidad misma del acto administrativo cuando en su formación no se han seguido las normas establecidas para garantía de los derechos de los particulares, tal como se previene en el Código Fiscal de la Federación en su artículo 228, al establecer como una causa de nulidad "la omisión o incumplimiento de las formalidades que legalmente deba revestir la resolución o el procedimiento impugnado".

Por su parte la Suprema Corte .ha sostenido que si en el procedimiento no se llenan las formalidades exigidas por la ley que se aplica, con ello se violan las garantías individuales del interesado. *(jurisp. de la S.* C. *de* ¡. 1917-1%5. Segunda sala. tesis 213.)

223. Como consecuencia de lo que se ha indicado, las normas de procedimiento deberán ser diferentes según que se trate de una actuación espontánea de la Administración o de una actuación que ésta realice por instancia de un particular.

En el mismo caso y siempre que no se llegue a producir lesión en los derechos o intereses privados, deberá existir un mínimo de disposiciones, como son las que fijan el órgano competente, los motivos para iniciar el procedimiento y las medidas de orden interno tales como las informaciones que deben recabarse y la intervención de órganos técnicos de carácter consultivo, cuyas opiniones deban o no seguirse obligatoriamente.

Cuando ei procedimiento se inicia a petición de parte, la ley debe de regular los requisitos que ha de llenar la instancia inicial, la forma de acreditar la personalidad en caso de que se actúe por medio de representante, los documentos que deben acompañarse al primer escrito, el lugar de presentación y los medios de subsanar la falta de los requisitos exigidos, así como los medios de prueba y las normas para su apreciación.

Ya en leyes especiales se ha acostumbrado regular esas cuestiones y así entre otras, por ejemplo la Ley de Invenciones y Marcas (D. O., 10 de febrero de 1976) establece que la solicitud de patentes, marcas y demás actos regulados por esa ley deberá hacerse por escrito en idioma español con los tantos que señalen los instructivos respectivos; que podrá formularse por conducto de mandatario; que satisfechos los requisitos formales se correrá traslado a la contraparte y que transcurrido el término para formular objeciones y en su caso desahogadas las pruebas se dictará **la** resolución que proceda (arts. **189 a 2(0).**

El procedimiento administrativo se caracteriza, según hemos indicado, por la carencia de solemnidades y consecuentemente por su mayor rapidez.

Es por tanto indispensable que la ley venga a establecer las medidas adecuadas para evitar dilación o paralización del procedimiento. Esas medidas tienen que ser la fijación de plazos breves obligatorios para las autoridades y para los interesados, la forma de computarlos, la responsabilidad de los funcionarios o empleados que no obedezcan esos plazos, y los medios para reclamar la negligencia y la responsabilidad consiguientes.

Pero sin duda la medida más importante que puede y debe adoptarse es la de establecer que el transcurso de un término sin que la autoridad resuelva, determine presuntivamente que se considere resuelto el asunto en sentido positivo o en sentido negativo, es decir, deberá aplicarse la teoría que más adelante se estudia (núm. 234) sobre el silencio de la Administración.

A pesar de la carencia de solemnidades y de la rapidez que deben caracterizar al procedimiento administrativo, en los casos en que se puedan afectar derechos o intereses de los particulares deben establecerse las formalidades mínimas indispensables para evitar el desconocimiento o la afectación arbitraria de esos derechos.

En nuestro sistema legal el problema de las formalidades del procedimiento que tienden a garantizar el derecho de los particulares, se debe de estudiar no sólo dentro de los límites del derecho administrativo, sino también desde el punto de vista constitucional, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley Fundamental.

Dice así el precepto citado en su segundo párrafo, que es el que por el momento nos interesa: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los Tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho."

Pues bien, a pesar de la interpretación literal y tradicional de ese precepto que no se está refiriendo a la autoridad administrativa sino a la judicial, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, en forma gradual ha llegado a la conclusión de que dicha autoridad administrativa no sólo debe respetar la garantía de legalidad sino también la garantía de audiencia que establece el precepto constitucional.

En la ejecutoria de 10 de marzo de 1942 *(S. I, de la F.*, tomo LXXI, pág. 4156, Amparo Cía. Industrial de Guadalajara), se afronta el problema de si una ley secundaria es contraria al artículo 14 consti-

tucional cuando no organiza ningún procedimiento en que se dé audiencia al interesado. Respondiendo a esta cuestión, la Corte dijo: "Debe estimarse que si algún valor tiene la garantía del artículo 14 constitucional, debe ser, no solamente obligando a las autoridades administrativas a que se sujeten a la ley, sino obligando al Poder Legislativo para que en sus leyes establezca un procedimiento adecuado en que se oiga a las partes." Y más adelante agrega: "salvo en determinados casos de excepción que en la misma Constitución se establecen, las leyes deben señalar la posibilidad de audiencia y de defensa para los interesados, en todos los casos administrativos. .. La idea de la Constitución es que en todo procedimiento que sigan las autoridades y que llegue a privar de derechos a un particular, se tenga antes de la privación, la posibilidad de ser oído y la posibilidad de presentar las defensas adecuadas".

Este criterio quedó definitivamente precisado en sentencia de 22 de junio de 1944 en la revisión núm. 5990/43 del amparo interpuesto por María Soledad M. de Valdés *(S. J. de la F.*, tomo LXXX, pág. 3819) (v. La garantía de audiencia y el arto 14 constitucional. A. Noriega. Estudios de Derecho Público Contemporáneo, 1972.) En innumerables ejecutorias posteriores todavía se ha dado un paso más adelante pues recientemente se ha venido a sostener que "aunque la ley del acto no establezca en manera alguna requisitos ni formalidades previamente a la emisión del acuerdo reclamado, de todas suertes queda la autoridad gubernativa obligada a observar las formalidades necesarias para respetar la garantía de previa audiencia que consagra el artículo 14 constitucional. . o" (V. Jurisp, de la S. C. de J. 1917-1975, Segunda Sala. Tesis 336, pág. 564. Tesis 339, pág. 569.)

El Pleno de la Suprema Corte sostiene que en materia tributaria no rige la garantía de la audiencia previa establecida por el artículo 14 constitucional pues de otra manera podrían faltar los elementos económicos para el sostenimiento de las instituciones y de los servicios públicos y que "basta que la ley otorgue a los causantes el derecho de combatir la fijación del impuesto para que en materia hacendaria se cumpla con el derecho fundamental de audiencia consagrado por el artículo 14 constitucional, precepto que no requiere necesariamente y en todo caso la audiencia previa" *(lurisp. de la* S. C. *de J.* 1917-1975. Pleno, tesis 10, pág. 62).

Igualmente se ha sostenido que la garantía de audiencia no rige en materia de expropiación (Id. Id. Pleno. Tesis 46, pág. 112. Segunda Sala, tesis 391, 649) ni en materia de impuestos cuando la ley los establece con todos sus elementos sin dejar apreciaciones o arbitrio a las autoridades fiscales (Informe 1976. Trib. Coleg, del 1er. Circuito, tesis 36, pág. 75)

y que tampoco se requiere la audiencia cuando se trata de molestias y no de privación de derechos (Informe S. C. 1975. Tesis 50, pág. 88).

224. Admitida la necesidad de que en el procedimiento administrativo se respete la garantía de audiencia, surge inmediatamente la cuestión de determinar en qué consiste tal garantía.

El artículo 14 constitucional la hace consistir en un juicio en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento. A primera vista, pues, subsiste la idea que presidió el pensamiento original de los autores del precepto, de que la garantía de audiencia se prestara mediante el procedimiento judicial. Pero aquí también la interpretación posterior ha venido a establecer el principio de que el procedimiento administrativo en el que se cumplan las formalidades esenciales es bastante para satisfacer las exigencias del precepto constitucional.

La doctrina constitucional en nuestro país ha definido con bastante exactitud lo que debe entenderse por esas formalidades esenciales. Así, el licenciado Bassols, ex profesor de la clase de Garantías y Amparo en la Escuela Nacional de Jurisprudencia de la Universidad Nacional, dice lo siguiente en la introducción a la Nueva Ley Agraria, publicada el año 1927: " ... en la época actual, en que debemos considerar definitivamente desechadas todas las influencias sacramentales, formalistas y religiosas en los procesos judiciales, no hay razón alguna para persistir en la tendencia de organizar los juicios sobre otras bases que no sean las que impone la razón y las que se derivan de la necesidad de lograr una organización justa y garantizadora de que las leyes se aplicarán exactamente en los casos concretos que motiven la intervención del poder público", y agrega que ese procedimiento, juicio dentro del sentido de la garantía del artículo 14, reunirá en su desarrollo las formas esenciales del procedimiento si las leyes que lo organicen reúnen estos requisitos fundamentales: 1º que el afectado tenga conocimiento de la iniciación del procedimiento, del contenido de la cuestión que va a debatirse y de las consecuencias que se producirán en caso de prosperar la acción intentada y que se le dé oportunidad de presentar sus defensas; 2º que se organice un sistema de comprobación en forma tal que quien sostenga una cosa la demuestre, y quien sostenga la contraria pueda también comprobar su veracidad; 3º que cuando se agote la tramitación, se dé oportunidad a los interesados para presentar alegaciones, y 4º por último, que el procedimiento concluya con una resolución que decida sobre las cuestiones debatidas y que, al mismo tiempo, fije la forma de cumplirse.

225. De acuerdo con la doctrina constitucional invocada que coincide sustancialmente con las conclusiones del Congreso de Varsovia a

que antes se hace referencia, la ley debe prevenir de una manera precisa la forma de hacer las notificaciones a los interesados y los plazos en que dichas notificaciones surtan sus efectos.

El Código Fiscal de la Federación que aunque en una materia especial es el ordenamiento ,en que existe una mejor sistematización del procedimicnto administrativo, establece que las notificaciones se harán a los particulares personalmente, mediante oficio. entregado por mensajero o por correo certificado con acuse de recibo; por medio de edicto, cuando se desconozca el domicilio y en otros casos por medio de oficio o telegrama (arts. 98 y 99) Y se previene que las notificaciones surten sus efectos: las personales a contar de la fecha en que fueron practicadas y las demás el día siguiente a aquel en que se reciban o en que se haga la última publicación de edictos, o bien desde la fecha en que el interesado se hace sabedor del acuerdo respectivo, siempre que sea con anterioridad al día en que la notificación debe surtir sus efectos (arts. 103 y 104). Igualmente se establece un recurso de nulidad de las notificaciones que se hagan en forma distinta de la prevenida (arts. 160 y 166).

En cuanto a los medios de prueba, la práctica constante que debe ser recogida por la Ley que llegare a dictarse, consiste en admitir toda clase de pruebas, si bien también en la práctica se ha exceptuado la de confesión de las autoridades, ya que la actuación de éstas normalmente es por escrito. Como formalidad esencial del procedimiento es necesario que en los casos de afectación a particulares se fije en la ley un término adecuado para que puedan ofrecerse y desahogarse las pruebas pertinentes.

En la ley española de procedimientos administrativos se consigna el derecho de audiencia en los términos siguientes: 1. Instruidos los expedientes e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución se pondrán de manifiesto a los interesados para que en un plazo no menor de diez días ni superiores a quince, aleguen y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes. .. 3. Se podrá prescindir del trámite de la audiencia cuando no figuren en el expediente ni sean tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el interesado (art. 91).

La conclusión del procedimiento tendrá que ser el acto o la resolución administrativa expresa o presunta en caso de silencio de la autoridad respectiva, o bien el sobreseimiento por desistimiento o cualquiera otra causa.

Dictada la resolución y de acuerdo con su naturaleza debe procederse a su ejecución voluntaria o forzada o bien a hacer una revisión de ella ya de oficio o ya a petición de parte.

Se abrirán así nuevos procedimientos bien sea para la ejecución, bien para la revisión administrativa del acto o bien finalmente para la revisión del mismo cuando habiendo adquirido definitividad en el orden administrativo, el particular lo pueda impugnar por medio del contencioso-administrativo.

De estos diversos procedimientos nos ocupamos en los capítulos de esta obra relativos a ejecución, a la revisión administrativa y al contencioso-administrativo, y por tanto esos capítulos deberán considerarse como parte integrante del estudio del procedimiento administrativo.

226. Pero aparte de los anteriores, en la legislación mexicana existen otros procedimientos especiales, no sólo por referirse a una determinada materia, sino porque en ellos la Administración tiene un papel singular semejante al del juez ante el procedimiento contencioso entre particulares.

Entre ellos se encuentra el procedimiento de oposición que establecen algunas leyes, como la Federal de Aguas (art. 125) Y la Minera (arts. 69 y ss.) y que es un procedimiento previo al otorgamiento de la concesión que tiende a conocer y en su caso a respetar derechos de tercero.

En ese procedimiento, los que pueden resultar perjudicados con una concesión pueden oponerse para que la autoridad administrativa califique su oposición. En el procedimiento así establecido en las leyes indicadas, no se trata de recurrir un acto de la autoridad administrativa, pues la oposición tiene lugar antes de que dicha autoridad haya dictado alguna resolución. Se trata en él, precisamente, de evitar que se dicte ésta si se demuestra que con ella se pueden ofender derechos de tercero. Es, en una palabra, un procedimiento de carácter preventivo, con la circunstancia especial de que si el tercero no hace valer sus derechos en esa vía de oposición, no por ello los pierde, pues si la concesión llega a otorgarse al segundo solicitante, se otorga siempre dejando a salvo los derechos de tercero.

Con estos antecedentes podemos ya proceder al examen de la naturaleza de la función que el Poder Administrativo realiza al conocer y resolver las oposiciones.

La cuestión fue examinada en el seno del Congreso, al discutirse el proyecto de la Ley Minera, de 25 de noviembre de 1909, habiéndose expuesto por el diputado Calero, el punto de vista de las comisiones dictaminadoras en estos términos: "Pero se dice, todos los demás casos de oposición, fundada o infundada, se someten a la decisión arbitraria de la Secretaría de Fomento. ¿Por qué es arbitraria, señores diputados, toda decisión de autoridad administrativa que resuelva derechos controvertí-

dos? Porque conforme con nuestra Constitución, esto está confiado a los Tribunales y es arbitrario en el sentido constitucional, porque puede estar la resolución administrativa de tal manera fundada que no lo estaría mejor una ejecutoria del más alto Tribunal de la República; aun en este caso, señores diputados, la resolución sería arbitraria, no en su esencia, sino porque había habido una invasión de facultades, porque el Ejecutivo se había abrogado facultades que la Constitución da al Poder Judicial. Planteada así la cuestión'; evidentemente que sería incontestable; pero las Comisiones han sostenido el espíritu del artículo que deja a salvo los derechos del interesado, los derechos del que se ha creído perjudicado para acudir a los estrados judiciales." *(La Nueva Ley Minera,* Edición Herrero, Hnos. Sucs. 1910, pág. 176.)

De esta exposición parece desprenderse que el espíritu del legislador fue el de considerar que realmente se trata de una función judicial, cuando se acepta o desecha una oposición; pero que la ilegalidad que resulta por la invasión de Poderes, queda subsanada con dejar a salvo los derechos del que resulte perjudicado.

La opinión del Ministro Vallarta expresada en su voto en el amparo pedido por Juan Sotres contra actos de la Diputación de Minería de Guanajuato fue francamente en el sentido de considerar inconstitucional la intervención de las autoridades administrativas en el procedimiento de oposición *(Votos,* t. 11, pág. 217).

Nuestro punto de vista es que se trata de un caso que se encuentra en la línea divisoria entre la función administrativa y la función jurisdiccional y en que es bien difícil llegar a una conclusión precisa.

En efecto, no es posible desconocer que la tramitación especial dentro de **la** que se encuentra el procedimiento de oposición, tiende a garantizar los derechos de terceros constituidos antes de la solicitud; de tal manera que en dicho procedimiento, la autoridad administrativa puede conocer los derechos contra los que pugnaría la concesión en caso de otorgarse, y conociéndolos debe decidir si son o no un obstáculo para el otorgamiento de tal concesión.

Hasta aquí no se ve la necesidad de ocurrir al concepto de función jurisdiccional, puesto que ésta tiene su origen, en **la** gran mayoría de los casos, en un acto que desconozca un derecho o que viole la ley y que sea precisamente el antecedente de aquella función. En el caso ocurre la situación inversa, o sea la de que previamente al acto que pudiera ser violatorio, se examina si hay algún derecho contra el que la violación pueda cometerse. De modo que, como procedimiento preventivo, se excluye la idea de la función jurisdiccional que implica un procedimiento represivo.

Sin embargo, en contra pudiera alegarse que existe un elemento de la función jurisdiccional, que es la controversia entre el solicitante que pretende la concesión y el concesionario anterior que se opone a su otorgamiento, y es dicha controversia la que ha de resolver la autoridad administrativa.

227. Otro de los procedimientos administrativos especiales es el que se regula por la Ley de Invenciones y Marcas para dictar las declaraciones de nulidad de una patente o de una marca.

Según la propia ley el procedimiento para llegar a esas declaraciones consiste en que el interesado presente su solicitud con los documentos o comprobantes en que apoye la promoción; en que se haga conocer dicha solicitud a la contraparte, señalándole un plazo para que presente las objeciones u observaciones que estime pertinentes y una vez que haya transcurrido el término para formular objeciones y previo estudio de los antecedentes relativos se dictará la resolución administrativa que corresponda la que se comunicará a los interesados [arts, 193 a 197).

# CAPÍTULO IV

## ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

228. El sujeto y la competencia. Su diferencia con la capacidad del derecho civil.-229. La voluntad.-230. El objeto.-231. El motivo.-232. La finalidad.-233. El formalismo del acto administrativo. Su valor.-234. El silencio de la Administración.

228. Los elementos que constituyen el acto jurídico administrativo son: *a)* el sujeto; *b)* la voluntad; e) el objeto; *d)* el motivo; *e)* el fin, y *f)* la forma.

El sujeto del acto administrativo es el órgano de la Administración que lo realiza. En su carácter de acto jurídico, el acto administrativo exige ser realizado por quien tiene aptitud legal.

De la misma manera que los actos jurídicos de la vida civil requieren una capacidad especial para ser realizados, así, tratándose de los actos del Poder público es necesaria la competencia del órgano que los ejecuta.

La competencia en derecho administrativo tiene una significación idéntica a la capacidad en derecho privado; es decir, el poder legal de ejecutar determinados actos. Constituye la medida de las facultades que corresponden a cada uno de los órganos de la Administración.

A pesar de ese idéntico significado, existen entre la competencia del derecho público y la capacidad del derecho privado las diferencias sustanciales que a continuación vamos a exponer:

En primer término, la competencia requiere siempre un texto expreso de la ley para que pueda existir. Mientras que en el derecho privado la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción en el derecho administrativo rige el principio inverso; es decir, que la competencia debe justificarse expresamente en cada caso *(supra,* núm. 90).

Este principio' es sumamente interesante porque como en la actuación de los órganos administrativos se pueden realizar multitud de actos que afecten intereses particulares, se hace necesario que esos intereses se encuentren garantizados contra la arbitrariedad. La única forma de garantía es la exigencia de una ley que autorice la actuación del Poder público. El régimen de derecho de los Estados contemporáneos y el principio de la legalidad a que arriba nos hemos referido exigen que todos los actos del Estado sean realizados dentro de normas legales.

Como segunda característica de la competencia, que la distingue de la capacidad del derecho privado, se encuentra la de que el ejercicio de aquélla es obligatorio en tanto que el ejercicio de la capacidad queda

al arbitrio del particular. La explicación de esta característica radica en que la competencia se otorga para que los órganos puedan cumplir las atribuciones que el Estado tiene encomendadas, es decir, para que pueda dar satisfacción a necesidades colectivas. De tal manera que siempre que éstas lo exigen los órganos del Estado deben hacer uso de su competencia. La capacidad, por el contrario, se da en interés de la persona a quien se le reconoce, de tal modo que ésta voluntariamente decide de su eJerCICIO.

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

En el primer caso basta que concurran las condiciones de hecho previstas por la ley para que la Administración deba ejercitar los actos jurídicos cuyo cumplimiento establece la misma ley. En el segundo caso, la libertad de apreciación queda subordinada a la atención de los intereses públicos o a la eficacia de los servicios que preste la Administración, sin que puedan móviles personales o motivos diferentes influir para decidir sobre el uso de la competencia autorizada.

Una tercera característica es la de que la competencia generalmente se encuentra fragmentada entre diversos órganos, de tal manera que para la realización de un mismo acto jurídico intervienen varios de ellos. La garantía para el buen funcionamiento de la Administración pública exige la intervención de diversos órganos, que recíproca y mutuamente se controlen y que eviten que el interés particular de alguno de los titulares de esos órganos pueda ser el motivo para una actuación que afecte derechos de particulares.

Un cuarto carácter de la competencia es el de que ella no se puede renunciar ni ser objeto de pactos que comprometan su ejercicio, porque la competencia no es un bien que esté dentro del comercio, que pueda ser objeto de contrato, sino que tiene forzosamente que ser ejercitada en todos los' casos en que lo requiera el interés público.

En uno de los casos que llegó a presentarse ante la Suprema Corte de Justicia, y en cuyo fallo intervino don Ignacio L. Vallarta, éste sostuvo que: "La Legislatura no puede expedir leyes que tengan el carácter de irrevocables, porque esto sería alterar la Constitución misma de la que deriva su autoridad, supuesto que si una Legislatura, por virtud de sus leyes, pudiera restringir el poder de las subsiguientes, podría en iguales términos limitar el poder legislativo de todas las futuras, y, repitiendo este procedimiento se llegaría al extremo de que quedaran excluidos de la acción legislativa, uno a uno, todos los negocios de su competencia, nulificando así el precepto constitucional que confiere al

Congreso la facultad de legislar." (Cooley)... "Una de las más interesantes cuestiones sobre esta materia (habla de la prohibición constitucionalde alterar las obligaciones de los contratos), es la de si la Legislatura tiene facultad de restringir sus propios poderes por medio de una concesión en que se priva para lo futuro del ejercicio de algunos de los atributos esenciales de la soberanía... Si, por ejemplo, ella puede comprometerse a no ejercer el poder de taxación... respecto de ciertas propiedades o personas, y si haciéndolo así, tal compromiso sea nulo conforme al principio general de que la Legislatura no puede disminuir el poder de las subsiguientes por medio de una legislación irrevocable... pudiendo así llegar hasta destruir el gobierno mismo."

Lo que en la tesis anterior se sostiene respecto del compromiso de determinadas facultades del Poder Legislativo, no es sino un resultado de que la competencia se halla atribuida a los Poderes públicos en razón de los intereses también públicos que están llamados a satisfacer y que, siendo aSÍ, un interés privado no puede ser nunca motivo para que se le restrinja con perjuicio de la finalidad que persigue.

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

229. Como acto jurídico, el acto administrativo debe de estar formado por una voluntad libremente manifestada.

En relación con este elemento del acto administrativo se puede suscitar el problema relativo a la formación de voluntad cuando se trata de un órgano colegiado, es decir, cuando varios miembros son simultáneamente titulares de un órgano de la Administración. Normalmente, sin embargo, las disposiciones legales que instituyen tal órgano fijan los requisitos para la reunión de los titulares, para la expresión de su voto y para la determinación del número de éstos que son necesarios para considerar formada la voluntad del órgano de que se trate. Constituye, además, una regla fundamental en la materia la de que todas las decisiones deben de ser tomadas en reunión oficial de los integrantes de dicho órgano, pues de otro modo no sería este el que estaría actuando, sino individuos aislados que no tienen con este carácter ninguna competencia legal.

Por otra parte, a semejanza de lo que ocurre en el derecho privado, en el derecho administrativo se requiere que la voluntad. generadora del acto no esté viciada por error, dolo o violencia.

En la mayor parte de las leyes que regulan el funcionamiento de la Administración no se contienen disposiciones que fijen los caracteres de la voluntad para que pueda dar nacimiento a un acto jurídico; pero esin-

dudable que el concepto mismo de este acto supone necesariamente la existencia de una voluntad no viciada.

230. La existencia de un objeto constituye otro elemento fundamental del acto administrativo.

El objeto del acto debe ser determinado o determinable, posible y lícito. La licitud supone no sólo que el objeto no esté prohibido por la ley, sino que además esté expresamente autorizado por ella, salvo el caso de que la propia ley otorgue facultad discrecional a la autoridad administrativa para elegir y determinar el objeto del acto.

Pero aun en este último caso la licitud del objeto deberá calificarse de acuerdo con estas tres categorías: "que no contraríe ni perturbe el servicio público; que no infrinja las normas jurídicas; que no sea incongruente con la función administrativa". (Fernández de Velasco. *El acto administrativo,* pág. 193.)

231. El motivo del acto es el antecedente que lo provoca, es la situación legal o de hecho prevista por la ley como presupuesto necesario de la actividad administrativa.

Intimamente ligado con el concepto del motivo se encuentra el de la motivación, que sin embargo son diferentes, puesto que esta última viene a ser el juicio que forma la autoridad al apreciar el motivo y al relacionarlo con la ley aplicable.

Tanto el motivo como la motivación representan elementos que operan como garantías de la seguridad personal y real, pues como veremos más adelante, la ley constitucional los exige cuando el acto agravia a particulares.

232. Por lo que hace a la finalidad del acto, la doctrina ha sentado diversas reglas cuya aplicación en nuestro medio nos parece indudable, por lo que vamos a exponerlas a continuación (Jéze, *op. cit.,* 1. III, pág. 226):

*a)* El agente no puede perseguir sino un fin de interés general.

*b)* El agente público no debe perseguir una finalidad en oposición con la ley.

e) No basta que el fin perseguido sea lícito y de interés general, sino que es necesario, además, que entre en la competencia del agente que realiza el acto.

*d)* Pero aun siendo lícito el fin de interés público y dentro de la competencia del agente, no puede perseguirse sino por medio de los actos que la ley ha establecido al efecto.

La teoría de los motivos determinantes (como llama Jéze a los fines del acto) es, dice, "el complemento de la teoría de la competencia de los agentes públicos. Es hasta imposible separar las dos teorías. Para saber

si la competencia existe en tal caso, es necesario investigar cuál acto ha sido realizado; el motivo determinante permitirá decirlo; si el motivo determinante no es lícito, permitirá también afirmar que a pesar de las apariencias, no existía la competencia para alcanzar el fin perseguido por el agente público. Así es cómo, conocido el motivo determinante, es posible atacar por incompetencia, por exceso de poder, un acto jurídico que presenta todas las apariencias de la legalidad". *(op. cit.,* pág. 272.)

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

A diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, la forma en el derecho administrativo tiene normalmente el carácter de una solemnidad necesaria no sólo para la prueba sino principalmente para la existencia del acto y es que en esta última rama del Derecho el elemento. formal constituye una garantía automática de la regularidad de la actuación administrativa.

"Para comprender la importancia del vicio de forma, dice Hauriou, es preciso darse cuenta de que las formalidades constituyen, con la determinación precisa de la competencia, la principal condición del orden y de la moderación en el ejercicio del Poder Administrativo." *(op. cit.,* pág. 453, nota 3.)

"En derecho público, dice Jéze, al contrario de lo que pasa en derecho privado, las formas son garantías automáticas imaginadas por las leyes o los reglamentos para asegurar el buen funcionamiento de los servicios públicos, impidiendo las decisiones irreflexivas, precipitadas, insuficientemente estudiadas." *{op. cit.,* t. III, pág. 277.)

La forma del acto administrativo, aunque puede ser oral o consistente en determinados actos materiales, normalmente requiere que satisfaga ciertos requisitos cuando el acto implique privación o afectación de un derecho o imposición de una obligación. Según el artículo 16 de la Constitución "nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento...", y esto significa que el acto lesivo debe consignar por escrito el motivo que lo ha provocado y el derecho con que se procede.

En términos categóricos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha declarado que "la motivación exigida por el artículo 16 constitucional, consiste en el razonamiento contenido en el texto mismo del acto autoritario o de molestia, razonamiento según el cual, quien lo emitió llegó a la conclusión de que el acto. concreto al cual se dirige se ajusta exactamente

a las prevenciones de determinados preceptos legales. Es decir, motivar un acto es externar las consideraciones relativas a las circunstancias de hecho que se formuló la autoridad para establecer la adecuación del caso concreto a la hipótesis legal" (S. C. J. Informe 1980, 2ª Sala, tesis 132, pág. 106).

La misma Suprema Corte ha declarado que no es bastante que las decisiones administrativas contengan los preceptos legales en que se apoyen, "sino que realmente exista motivo para dictarlos y que exista un precepto de ley que los funde".

De las dos resoluciones de que se ha hecho mención y cuyo contenido se ha repetido innumerables veces, se desprende claramente que la extensión que debe tener la motivación es toda la que sea necesaria para que el afectado pueda impugnar la resolución definitiva, ya que sin conocer los motivos y fundamentos legales no puede defenderse en forma adecuada.

234. Hay casos en los cuales, aun cuando la voluntad de la Administración no se exprese en ninguna forma, se presupone su existencia. En este caso nos encontramos frente al problema que tanto ha preocupado a la doctrina sobre el silencio de la Administración.

Este silencio consiste en una abstención de la autoridad administrativa para dictar un acto previsto por la ley, y tiene como nota esencial la de su ambigüedad, que no autoriza a pensar que dicha autoridad ha adoptado ni una actitud afirmativa ni una negativa. (Massip Acevedo, J., *El silencio en el Derecho Administrativo Español.)*

Para precisar los casos en los cuales el silencio produce efectos jurídicos, se ha separado la hipótesis en que la autoridad está facultada para actuar o no actuar según su discreción, de aquella en que el ejercicio de la función constituye una obligación jurídica, y se dice que, mientras que en el primer caso no puede darse la figura del silencio con trascendencia jurídica porque la abstención es el ejercicio de la facultad conferida por la ley de no usar el poder, en el segundo el silencio sí es particularmente importante por sus consecuencias puesto que constituye la falta de cumplimiento de una obligación jurídica que de existir frente al derecho de un particular, requiere una solución satisfactoria.

En efecto, la situación del particular que ha formulado una solicitud para que se dicte en su favor un acto administrativo, o que ha interpuesto un recurso administrativo contra un acto que lo afecta, quedaría al arbitrio de las autoridades si éstas se abstuvieran de resolver las instancias que les fueran dirigidas, pues como el particular no puede recurrir administrativa o judicialmente mientras no haya un acto que niegue expresamente lo solicitado, prolongando la abstención se nulificarían prácticamente los derechos que las leyes otorgan.

Para evitar ese resultado, la doctrina se ha inclinado preponderantemente a la solución de que si en el término señalado en la ley la Administración permanece en silencio debe, a falta de disposición expresa, presumirse que hay una resolución negativa y se ha considerado que ésta es la única solución razonable puesto que con ella queda a salvo el principio de que sólo la Administración administra, de tal manera que no viniendo el acto positivo sólo resta interpretar el silencio como una negativa. De otra manera tendría que ser el particular o los Tribunales los que se sustituyeran a la Administración, presumiendo una resolución favorable, con la consecuencia de que el particular subordinaría a sus intereses privados los intereses públicos, o que los Tribunales se convertirían en administradores con violación flagrante del principio de separación de Poderes. (Massip Acevedo, op. *cit.)*

Nuestro sistema legal se ha limitado, con muy contadas excepciones, a establecer como una garantía individual la obligación de las autoridades de hacer recaer un acuerdo escrito a toda petición de los particulares formulada por escrito de manera pacífica y respetuosa, y de hacer conocer dicho acuerdo en breve término al peticionario. De esta manera el silencio prolongado de la Administración no tiene más que un remedio directo: el de pedir amparo ante la Justicia Federal, lo cual significa que hasta después de la dilatada tramitación del juicio correspondiente el particular podrá en ejecución del fallo presionar a la autoridad para que dicte SU resolución, por lo que prácticamente se le deja en una situación poco satisfactoria.

Con excepción a ese sistema general, y sin perjuicio de que el particular haga uso del juicio de amparo, el Código Fiscal de la Federación hadado una solución al silencio administrativo. En su artículo 92 dice que el silencio de las autoridades fiscales se considerará como resolución negativa cuando no den respuesta en el término que la ley fija o a falta de término establecido en el de noventa días.

Del mismo modo, en la Ley de Instituciones de Crédito se previene que las resoluciones de la Comisión Nacional Bancaria que deben sujetarse a la aprobación de la Secretaría de Hacienda, se considerarán firmes si dicha autoridad hace presente su aprobación o no ejercita su veto suspensivo o su desaprobación dentro del término de diez días de su notificación (art. 163).

Otro ejemplo puede tomarse de la misma Constitución en la que al establecer las bases para el procedimiento agrario de dotación y restitución de tierras, previene que las solicitudes se presentarán ante los Gobernadores; que éstos las turnarán para su tramitación y dictamen a las Comisiones Mixtas; que posteriormente los Gobernadores aprobarán o

modificarán el dictamen de las Comisiones Mixtas, y finalmente que el expediente pasará para resolución definitiva al Ejecutivo Federal. Pues bien, dentro de ese procedimiento, el artículo 27 dispone que "cuando los Gobernadores no cumplan con lo ordenado en el párrafo anterior (de aprobar o modificar el dictamen de las Comisiones Mixtas) dentro del plazo perentorio que fija la ley, se considerará desaprobado el dictamen de las Comisiones Mixtas y se turnará el expediente al Ejecutivo Federal", y en términos similares ordena que se proceda cuando las Comisiones no rindan oportunamente su dictamen.

Se pueden señalar otros casos en que la legislación ha aceptado que el silencio de la Administración debe reputarse como resolución favorable. Tales son los casos previstos en la Ley sobre Registro de la Transferencia de la Tecnología de 29 de diciembre de 1981 en la que se dispone (art. 12) que si la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial no resuelve sobre la procedencia o improcedencia de la inscripción dentro de 90 días de haberse solicitado, el acto, convenio o contrato deberá inscribirse en el Registro creado por la misma ley. También previene que si la reconsideración que procede contra las resoluciones de la autoridad en la materia, no se falla en un término que no exceda de 60 días, dicha reconsideración se tendrá por resuelta en favor del promovente (art. 13).

Como se ve, ya en nuestra legislación existen algunos casos en que el silencio se presume como una manifestación de voluntad y surte los efectos de acto declarado.

Tratando de fijar la significación jurídica del silencio, Fernández de Velasco expresa que "en derecho administrativo el silencio significa sustitución de la expresión concreta del órgano, por la abstracta prevenida por la ley". *(op. cit.,* pág. 206.)

En realidad es exacta esa significación, puesto que en los casos que la ley prevé, debe entenderse que la aplicación de ella está subordinada bien a un acto jurídico declarado o al silencio durante determinado tiempo; es decir, que este hecho negativo debe entenderse como la condición para que la ley se aplique en un caso concreto, exactamente como el acto positivo condiciona también dicha aplicación.

# CAPÍTULO V

# LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

235. La fuerza obligatoria y la presunción de legitimidad del acto administratívo, La modificación del orden jurídico existente. Carácter personal de los derechos y obligaciones que el acto produce. Naturaleza de dichos derechos de acuerdo con el régimen a que están sometidos.-236. Los derechos reales administrativos. 237. Los efectos con relación a terceros. El concepto de tercero en el derecho civil y en el derecho administrativo.

235. Habiendo estudiado en los capítulos anteriores el procedimiento de formación y los elementos del acto administrativo, es oportuno estudiar ahora la naturaleza de los efectos que dicho acto produce.

Desde luego debe decirse que una vez que el acto administrativo se ha perfeccionado por haber llenado todos los elementos y requisitos para su formación, adquiere fuerza obligatoria y goza de una presunción de legitimidad que significa que debe tenerse por válido mientras no llegue a declararse por autoridad competente su invalidez, es decir, que se trata de una presunción *iuris tantum.* Esa fuerza obligatoria del acto administrativo impone la necesidad de estudiar su trascendencia en la situación de los particulares a quienes pueda referirse.

Ya al ocuparnos de la definición del acto administrativo hicimos notar que su efecto consiste en generar, modificar o extinguir una situación jurídica individual o condicionar para un caso particular el nacimiento, modificación o extinción de una situación jurídica general. También nos referimos al clasificar los actos admnistrativos a la división que entre ellos puede hacerse, por razón de su contenido, en actos destinados a amo pliar la esfera jurídica de los particulares, actos destinados a restringir esa esfera jurídica, y actos que se limitan a hacer constar un estado de hecho o de derecho.

Pues bien, los derechos y las obligaciones se generan por virtud del acto administrativo especial en favor o en contra de determinada persona y en atención a su situación particular. De donde se desprende que dichos derechos y obligaciones tienen, en principio, un carácter personal e intransmisible, y por tanto sólo pueden ser ejercitados o cumplidos por la persona a la cual el acto se refiere.

Sin embargo, en múltiples ocasiones los derechos que engendra un acto administrativo constituyen ventajas pecuniarias que entran al patrio monio de los particulares, y para esos casos la legislación ha moderado el principio de intransmisibilidad y permite en la mayor parte de ellos con autorización del Poder público que se celebren operaciones respecto de tales derechos por actos y contratos civiles o mercantiles. Así no son ex-

trañas en nuestras leyes las disposiciones que autorizan contratos respecto a los derechos que otorgan las concesiones de aguas, de ferrocarriles, de minas, las patentes de invención, etc., etc.

Con ese motivo se ha pretendido que tales derechos originados en actos administrativos son susceptibles de incorporarse a las clasificaciones del derecho común y que, en consecuencia, podrán tener el carácter de derechos reales o personales.

Indudablemente es exacto que un acto administrativo, además de crear relaciones entre el Poder público y el particular, origina derechos que entran al patrimonio del mismo particular y que pueden, en consecuencia, ser objeto de contratos y otros actos civiles.

Hauriou en su obra antes citada (pág. 48) sostiene que el derecho administrativo "es creador de situaciones jurídicas, es decir, de situaciones estables que constituyen bienes que se agregan a los bienes de la vida civil (estado de concesionario, de pensionado, de indigente socorrido ... ). Estos estados se resuelven o bien en derechos administrativos, o bien en intereses legítimos a que la situación no sea modificada ... y que constituyen todo un mundo jurídico nuevo superpuesto al mundo jurídico del derecho común" y el mismo autor continúa su exposición diciendo lo siguiente: "por eso, el derecho administrativo está llamado a desempeñar un papel social considerable, pues no es dudoso que el Estado moderno tenga por tarea crear situaciones jurídicas ventajosas y nuevas formas de bienes en provecho de los individuos, que no pueden acceder a las antiguas formas de propiedad, y estas situaciones jurídicas serán forzosamente administrativas".

De la opinión anterior se desprende claramente que los actos administrativos sí son capaces, como antes se dijo, de modificar el patrimonio de los particulares; pero al mismo tiempo se deduce igualmente que esas ventajas pecuniarias que el particular adquiere constituyen, como dice Hauriou, "nuevas formas de bienes", y que las situaciones jurídicas correspondientes son "forzosamente administrativas".

La conclusión anterior es además un corolario de la división de los derechos de los individuos en derechos públicos y en derechos privados, cada uno de ellos con un origen y un régimen jurídico diferentes.

Ahora bien, si el derecho del particular es un derecho público administrativo en razón de que el acto de donde emana es un acto jurídico de derecho público, es indudable que, salvo determinación expresa en la Ley administrativa correspondiente, ese derecho público administrativo que puede considerarse como un bien que se agrega al patrimonio del particular, no está sujeto por regla general a la clasificación de los bienes y de los derechos de orden civil.

Fleiner, en su tratado de *Derecho Administrativo,* expone sobre el particular importantes ideas, que por ser indudablemente aplicables dentro de nuestro medio jurídico vamos en seguida a copiar:

"Pertenecen al patrimonio de una persona, dice, las relaciones de derecho público cuyo fin inmediato es proporcionar al particular un crédito frente al Estado o imponerle una deuda pecuniaria en favor del mismo. La característica del concepto jurídico de patrimonio es el valor pecuniario; pero es indiferente el origen de un derecho singular; es decir, si ha sido motivado por el derecho privado o por el derecho público" (pág. 126). Y en otra parte expresa que "la delimitación del derecho público con respecto al derecho civil ofrece algunas dificultades. " Para decidir si una relación jurídica está sometida al derecho privado o al derecho público han de tomarse por base los siguientes principios: ante todo ha de consultarse el texto de las leyes. Desde el momento en que la ley misma imprime a una relación jurídica el sello de pública o privada, ya se tiene resuelta la cuestión" (pág. 41).

Con los datos anteriores podemos ya llegar a una conclusión sobre el punto que examinamos, y es la de que sólo cuando la ley administrativa se remite a la legislación común para el efecto de que sea ella la que defina y clasifique la naturaleza de los derechos administrativos de carácter patrimonial, deberá prescindirse de la regla general de que tales derechos sólo pueden ser regulados por dichas leyes administrativas y como éstas se apartan de las clasificaciones que la ley civil establece, por regla general habrá que considerar a los derechos nacidos de un acto administrativo como nuevas clases de bienes que se agregan a los bienes de la vida civil.

Esta solución ha sido admitida por la Suprema Corte de Justicia, la cual, en sentencia de 21 de enero de 1942 *(S. l. de la F.* Tomo LXXI, pág. 931), sostiene lo siguiente: "La clasificación más amplia y general de los derechos de los individuos es aquella que los divide en derechos públicos y derechos privados. Cada una de estas categorías de derechos tiene un origen y un régimen jurídico diferente, pues en tanto que los primeros se generan por actos del Estado y se rigen por el derecho público, los segundos .naeen de actos de particulares y están regulados por el derecho privado. Es natural, por tanto, que la naturaleza jurídica de cada uno de esos derechos sea definida por la ley que los norma, de tal manera que será a las leyes de derecho público a las que corresponda determínar la naturaleza de los derechos públicos, y a las leyes civiles a quienes compete clasificar y distinguir a los derechos privados. Es cierto que el derecho público eximiéndose de definir los derechos que regula, puede remitirse a la ley común para que los agrupe en sus clasificaciones genéri-

cas; pero para que esto suceda, se requieren necesariamente disposiciones expresas que vengan a cumplir el doble cometido de autorizar la aplicación de las leyes civiles y de circunscribir su radio de acción." (v. en contra licenciado Eduardo PalIares, *Los derechos de patente, ¿son reales?* "El Universal" de 7 de febrero de 1942.)

236. A pesar de lo anterior, se ha sostenido que algunos actos administrativos dan nacimiento a derechos que guardan gran semejanza con los derechos reales de naturaleza civil.

Sin embargo, no se llega a afirmar que exista una identidad completa entre los derechos reales administrativos y los derechos reales civiles, pues se reconoce tratándose de los derechos de los ocupantes sobre el dominio público, que son los que se consideran como derechos reales administrativos, que si bien con respecto a tal dominio rige la regla de la inalienabilidad, ésta sólo significa que los bienes respectivos quedan sustraídos del comercio de la vida administrativa y que dentro de ésta se desarrolla una gran variedad de derechos reales, cuyo carácter, especialmente administrativo, consiste esencialmente en la "precaridad", es decir, en la naturaleza temporal, revocable o rescatable de esos derechos reales, que los hace compatibles con el régimen de inalienabilidad. (Hauriou, *op, cit.,* págs. 401, 622 Y 688.)

Esta tesis ha sido criticada diciéndose que es inadmisible atribuir a los concesionarios o permisionarios del dominio público, derechos reales, aun agregando que son de naturaleza administrativa; que el concepto de derecho real ha sido inventado para el régimen de propiedad privada, y que haciéndolo salir de ese régimen da lugar a contradicciones y a dificultades irresolubles, y que "o bien la situación del permisionario o concesionario constituye un derecho real y entonces no hay para qué agregar el epíteto, o bien es una situación administrativa que no tiene nada de derecho real, y entonces, ¿para qué emplear esta expresión?" (Duguit, *op, cü.,* t. III, pág. 357.)

Examinando nuestra legislación al respecto, encontramos por una parte expresamente descartada la existencia del derecho real derivado de los permisos y concesiones. El artículo 20 de la Ley General de Bienes Nacionales establece que: "Las concesiones sobre los bienes de dominio público no crean derechos reales. Otorgan simplemente, frente a la Administración y sin perjuicio de terceros, el derecho de realizar las explotaciones o los aprovechamientos que las leyes respectivas regulen, a condición de que su titular cumpla con las obligaciones que se le impongan", y el artículo 16 de la misma Ley determina que "ninguna servidumbre pasiva puede imponerse, en los términos del derecho común, sobre los bienes de dominio público. Los derechos de tránsito, de luces, de derra-

mas y otros semejantes sobre dichos bienes, se rigen exclusivamente por las leyes y reglamentos administrativos".

Como se ve en este precepto, aunque se descarta el tipo de la servidumbre del derecho común, se admiten ciertos derechos sobre los bienes regulados por las leyes y reglamentos administrativos.

De aquí podemos concluir que, en realidad, el concepto de derecho real civil es inaplicable tratándose de bienes de dominio público y que los derechos administrativos que sobre ellos pueden establecerse corresponden a una categoría jurídica diferente. Examinados a fondo, no son otra cosa sino tolerancias que la Administración puede conceder cuando no se infringe la regla de la inalienabilidad.

237. Estudiados los efectos jurídicos del acto administrativo respecto a las partes que en él intervienen, es necesario definir ahora los que se producen respecto a los individuos que han sido ajenos a él.

En el derecho común, tratándose de derechos patrimoniales, se hace una separación entre los autores del acto jurídico y sus causahabientes por una parte, y los terceros por la otra, y se dice que el acto produce efectos para los autores y causahabientes y no respecto a los terceros.

Dentro de estas ideas, el autor del acto es el que ha sido parte en él; sus causahabientes son los que reciben de él un derecho por transmisión universal o particular. Se sostiene que los causahabientes están representados por el autor del acto en la realización de éste y que, por tanto, los efectos de él les son oponibles.

El tercero, por oposición al causahabiente, no está representado por el autor del acto cuando lo verifica, y por lo tanto no puede recibir ni perjuicio ni beneficio del propio acto. No es posible que sufra perjuicio, porque el autor del acto no tiene derecho de disponer del bien de otro. No recibe beneficio, porque la intención del autor es aprovechar personalmente los efectos del acto. Sin embargo, se admite que no hay razón que se oponga a que el beneficio se produzca en favor del tercero, cuando esto es posible y cuando hay voluntad expresa en tal sentido.

Por último, se reconoce que fuera de los derechos patrimoniales, los actos relativos al estado y capacidad de las personas producen efecto *erga omnes,* y no sólo en provecho sino también en contra de las partes; que así el matrimonio, la adopción, la emancipación, etc., tienen efecto absoluto. (Colin y Capitant. *Dr. Civ.,* t. 1, pág. 209.)

Tratándose de los actos administrativos se puede afirmar que el principio que regula sus efectos es precisamente contrario al que rige en materia civil, es decir, que la regla general es que las situaciones jurídicas creadas por el acto administrativo son oponibles a todo el mundo. Así el nombramiento de un funcionario obliga a todos los administrados a

reconocerlo como tal; el otorgamiento de una concesión da al beneficiario un carácter especial frente a todos los individuos; la obtención de un permiso para ocupación de una vía pública, impone a todos la obligación de respetar la ocupación.

Esta regla general se explica y justifica teniendo en cuenta ,que en el derecho administrativo el Estado realiza actos que tienden a la satisfacción de necesidades colectivas, y difícilmente podría llegarse a conseguir ese fin si se exigiera que los actos a él encomendados no pudieran oponerse a todos los miembros de la colectividad, estén o no representados en el momento de la realización del acto. De manera que, mientras en el derecho civil la regla es que los actos sólo producen efectos para las partes, en el derecho administrativo lo es la de que los actos tienen una eficacia *erga omnes.*

Sin embargo, esa regla general tiene su excepción. Existen derechos de los particulares que la Administración está obligada a respetar, o que sólo puede afectar mediante ciertos requisitos. De tal manera que, cuando realiza un acto administrativo, éste es oponible a todos siempre que observe aquel respeto o cumpla con los requisitos legales establecidos para afectar el derecho. Lo cual, en otras palabras, quiere decir que el acto administrativo no puede violar derechos anteriores creados por otro acto administrativo o por un título especial de derecho público o de derecho privado.

De aquí resulta que el concepto de tercero en el derecho administrativo, es decir de persona a quien no es oponible un acto de autoridad, comprende al particular que tiene un derecho público o privado que puede resultar afectado por la ejecución de un acto administrativo. Es, por lo mismo, dicho derecho, motivo de limitación de la actividad administrativa.

Hauriou da en estos términos su idea. sobre lo. que debe entenderse por tercero: "Los derechos de la Administración, dice, están estrictamente limitados a lo que es necesario para la ejecución de las operaciones administrativas; cuando esta ejecución choca con los derechos privados de quienes han sido partes en la operación, estos administrados, tomados individualmente, son terceros para la Administración: la operación administrativa es, frente a ellos, *res inter alios acto,* y no debe perjudicarles como en derecho privado, los terceros no tienen que sufrir por una operación privada ejecutada entre dos partes. Sin duda la Administración hace una gestión de negocios, pero es la gestión de los negocios del pública; el dueño del negocio es la entidad colectiva: el público; es decir.itodo el mundo. Cada uno de los administrados tomado individualmente, en tanto que la operación lo afecta especialmente en sus intereses privados, es un tercero." *(op. cit.,* pág. 36.)

Como se ve en esta opinión, fuera de las peculiaridades inherentes a la doctrina del autor, se considera también que el derecho del particular es un límite para la actividad de la Administración, y que en tanto que puede resultar afectado por un acto de ésta, se configura el concepto especial de tercero; pero sólo se toma en cuenta para formular dicho concepto la existencia de un derecho privado, sin considerar que los derechos públicos, los derechos provenientes de un acto administrativo anterior pueden también calificar al "tercero", puesto que deben ser respetados.

Algunos ejemplos servirán para aclarar nuestra idea sobre lo que debe entenderse por "tercero".

Cuando el Poder público otorga una concesión de aguas o de minas, la actividad de la Administración está limitada por derechos que el mismo Poder haya creado por virtud de otra concesión anterior sobre las mismas aguas y fundos, y como esos derechos tienen que ser respetados a su titular no puede oponérsele la nueva concesión: es un tercero respecto de ella. Cuando se otorga un título de terrenos nacionales, la propiedad privada que se encuentre dentro de los linderos señalados, no puede ser afectada por esa transmisión; su titular es frente a ésta un tercero.

## CAPÍTULO VI

## LA EJECUCION DEL ACTO ADMINISTRATIVO

238. El procedimiento para la ejecución de las resoluciones administrativas. La ejecución en materia civil y la ejecución en materia administrativa.-239. El procedimiento de acción directa frente al régimen de separación de Poderes y a los artículos 14 y 17 constítucíonales.c-Síü. La acción directa en la legislación positiva.-24l. Los medios indirectos de ejecución.

238. El acto administrativo perfecto produce sus efectos a partir del momento en que ha quedado formado y una vez que se cumplan ciertos requisitos que las leyes pueden establecer para que el propio acto sea conocido, tales como los relativos a la notificación mediante comunicación personal, o mediante publicación en algunas de las formas que las mismas leyes disponen.

Pero puede ocurrir, y esto principalmente cuando se trata de actos que imponen a los particulares alguna obligación o de actos de la Administración que puedan afectar la esfera jurídica de los mismos particulares, que el acto no sea voluntariamente obedecido. Entonces surge el problema de cómo debe proceder el Poder público para la ejecución de sus resoluciones.

Con objeto de comprender este problema conviene examinar lo que ocurre en las relaciones civiles cuando un particular pretende ejercitar sus derechos o exigir de otro particular el cumplimiento de sus obligaciones.

El derecho común en este aspecto está dominado por la necesidad de evitar la anarquía social que resultaría si se permitiera que los particulares pudieran por medio de acciones directas proceder al ejercicio de sus derechos y ha establecido la exigencia de que el Poder público se constituya en intermediario para decidir con su autoridad y mediante procedimientos adecuados, los conflictos que surjan por falta de cumplimiento voluntario de las obligaciones civiles. De otro modo dicho, el derecho común está dominado por el principio, elevado en nuestro régimen a la categoría de precepto constitucional, de que nadie puede hacerse justicia por su propia mano, ni ejercer violencia para reclamar su derecho (Const., art. 17). De manera, pues, que, por regla general, serán los Tribunales los intermediarios indispensables para que el particular ejercite sus derechos.

Cuando se trata de resoluciones administrativas dictadas dentro de la esfera del derecho público, la solución doctrinal es contraria a la que preside en la vida civil, y consiste, por lo tanto, en admitir que la Administración está capacitada para proceder en forma directa, esto es, sin intervención de los tribunales, a la ejecución de sus propias resoluciones. Esta posibilidad de acción directa constituye lo que en la doctrina se conoce con el nombre de carácter ejecutorio de las resoluciones administrativas y se funda en la necesidad de que las atribuciones del Estado que la legislación positiva ordena se realicen en forma administrativa no estén sujetas a las trabas y dilaciones que significarían la intervención de los tribunales y el procedimiento judicial. Reposa además sobre la presunción de legitimidad de las resoluciones dictadas por los órganos del Estado dentro de la esfera de su competencia, presunción que a su vez se basa en la idea de que esos órganos son en realidad instrumentos desinteresados que normalmente sólo persiguen la satisfacción de una necesidad colectiva dentro de los mandatos de las normas legales. Se piensa que estas consideraciones obligan a concluir que la situación del Poder público es bien diferente de la de los particulares, pues éstos no tienen ni desinterés en sus actos ni el control que puede existir dentro de la organización administrativa.

En la jurisprudencia angloamericana la acción directa de la Administración se considera como excepcional. Freund dice lo siguiente al respecto: "La expresión de 'poder sumario' se usa para designar el poder administrativo de aplicar coacción o fuerza contra las personas o las propiedades a fin de obtener un propósito legal, sin que tal acción se autorice por un mandamiento judicial. En la jurisprudencia angloamericana, tal

poder constituye una anomalía desde el momento en que normalmente la vía de coacción se desarrolla a través de los tribunales." *(Administrative powers over persons and property,* pág. 196.) Sin embargo, el mismo autor admite que ese poder sumario existe en extensión considerable dentro del sistema legal de los Estados Unidos, abarcando desde el secuestro provisional hasta la destrucción de la propiedad, y que tiene su campo de aplicación en materia de correos, de navegación, de impuestos y del poder de policía *(police power).*

239. En nuestro sistema legal, la acción directa de la autoridad administrativa para ejecutar sus propias resoluciones no puede admitirse lisa y llanamente, pues, a falta de una disposición constitucional que expresamente la reconozca, su procedencia dependerá de la compatibilidad que guarde con el sistema general de la Constitución y con algunos de sus preceptos especiales que aparentemente la rechazan.

En efecto, el régimen constitucional de separación de Poderes puede ser un serio obstáculo para admitir el carácter ejecutorio de los actos administrativos, ya que a primera vista la resistencia al cumplimiento de una obligación crea un conflicto que debe someterse a la resolución del Poder Judicial. Sin embargo, esa aparente incompatibilidad no existe realmente, pues como lo ha sostenido un distinguido profesor de derecho constitucional, "la doctrina (de separación de Poderes) no representa otra cosa que una forma de distribuir entre los diversos órganos del Poder público las diversas tareas encomendadas al Estado, y por lo tanto, *el* único derecho o garantía individual de los miembros de la sociedad consiste en que la distribución de las funciones se haga por las leyes constitutivas, de tal suerte que las autoridades tengan bien definida la esfera de su competencia y obren solamente dentro de ella, sin invadir atribuciones encargadas a otras ramas del Poder". (Bassols. *La nueva ley agraria,* pág. 81.)

Estas mismas ideas las hemos sostenido en otra parte de esta obra, al reconocer que el principio de separación de Poderes no ha sido admitido en nuestra Constitución en su pureza ideal, ya que las necesidades de la vida práctica han impuesto la atribución a un mismo Poder de funciones de naturaleza diferente; de manera que no debe buscarse en un caso como el presente, si existe oposición con el sistema puro de división de Poderes, sino relacionar la cuestión con el régimen que la legislación positiva ha admitido para la separación de funciones entre los tres Poderes del Estado. Por eso el mismo autor antes citado concluye su exposición diciendo: " ... siendo un problema de división del trabajo, la única cuestión por dilucidar en cada caso es la de saber a qué autoridad le encargó la ley constitutiva una función determinada, y resuelto este punto, deja

de intervenir toda idea relativa a supuestos derechos privados de la división de Poderes. En resumen, se trata únicamente de interpretar los textos constitucionales para saber quién es competente conforme a ellos."

Por otra parte, esa misma resolución es la que deriva del artículo 16 constitucional, puesto que al referirse a que nadie puede ser molestado en su persona ni en sus bienes, sino mediante orden de autoridad competente, se está refiriendo a la competencia que constitucionalmente se ha atribuido a cada uno de los Poderes, de donde resulta que el problema queda reducido a determinar si la facultad de qué se trata está o no dentro de la esfera de acción atribuida al Poder Ejecutivo.

Pero antes de entrar a ese estudio, y sabiendo de antemano que dentro de la enumeración de facultades de este Poder no existe consignada en forma expresa la de acción directa a que nos estamos refiriendo, debemos examinar si no ha quedado comprendida en alguna de las atribuidas al Poder Judicial, y para tal efecto examinaremos los argumentos que se derivan de los artículos 17 y 14 constitucionales.

El que se sustenta en el primero de los citados consiste en la afirmación de que como ninguna persona puede hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho, la Administración, lo mismo que los particulares, no puede usar de la coacción para llevar adelante sus propias resoluciones. Este argumento ha sido ya destruido desde hace tiempo cuando Vallarta lo estudió en relación con la constitucionalidad de la facultad económico-coactiva. En esa ocasión se expresó en estos términos: "Llamar violencia al ejercicio de las atribuciones que la ley concede a las autoridades, es sublevarse de tal modo, no ya contra toda noción jurídica, sino contra las simples indicaciones del buen sentido, que si como doctrina esa réplica llegara a establecerse, sería sólo sobre las ruinas del orden social. .. y para contestar directamente la objeción se puede decir que la jurisprudencia no tolera que como violencia se repute el apremio que una autoridad emplea en los términos de la ley para hacer cumplir sus mandatos, porque la violencia está precisamente caracterizada por una idea contraria del todo a esa falsa noción. Una antigua ley española la define así: 'cosa que es fecha a otro torticieramente de que no se puede amparar al que la recibe' (Ley 1ª, tít. 10, parto 7ª), y todas las legislaciones han considerado como esencial elemento de la violencia, la injusticia, la falta de derecho y el abuso de la fuerza del que la emplea. Suponer, pues, que una autoridad hace violencia cuando obedece la ley, es subvertir todos los principios..." *(Estudio sobre la constitucionalidad de la facultad económica-coactiva,* 1885, pág. 51.)

Y aunque bastada esta transcripción para demostrar que el artículo 17 constitucional no es un obstáculo para la acéión directa de la Adminis-

tración, nos parece sumamente ilustrativo para definir el alcance de la regla que contiene el citado precepto traer a colación las interesantes observaciones que hace Hauriou al referirse a la acción de oficio de la Administración. Dicho autor indica que la acción directa conserva un amplio campo en las relaciones internacionales (guerra, bloqueo, represalias, etcétera) ; en las constitucionales en donde los Poderes públicos y los partidos políticos se hacen justicia a sí mismos; en las industriales en que se admiten como lícitas la huelga, la coalición y la acción sindical y aun en las civiles, sobre todo tratándose de ejercicio de derechos de familia (autoridad paterna) y de propiedad (facultades de cercar, construir, no construir, etc.), y concluye diciendo que la acción directa de la Administración no puede considerarse, por lo tanto, como una prerrogativa aislada, sino que hay que tomarla como una prerrogativa natural de todos los que en la vida social poseen una vida autónoma *{op, cit.*, pág. 355).

El argumento que deriva del artículo 14 de la Constitución se ha hecho consistir en que ese precepto dispone que nadie puede ser privado de sus propiedades, posesiones o derechos sino por los tribunales previa. mente establecidos; es decir, que es al Poder Judicial y no al Ejecutivo al que corresponde intervenir cuando se trate de llevar a cabo aquella privación. De tal manera, que este precepto legal se opone al reconocimiento de competencia de la Administración para emplear la acción directa en ejecución de sus propias resoluciones.

Sin embargo, el argumento no es concluyente por varios conceptos. Uno, el de que los actos administrativos no son en todos los casos privativos de derechos de los particulares, y por lo mismo no reza respecto de ellos la prescripción constitucional. Otro, consiste en que hay casos en que la Constitución autoriza expresamente al Poder Ejecutivo para hacer la referida privación, que es lo que ocurre cuando establece el régimen de la expropiación por causa de utilidad pública, las dotaciones y restituciones agrarias, la delimitación de terrenos comunales, la revisión de concesiones que haya traído por consecuencia el acaparamiento de tierras, aguas y riquezas naturales (art. 27) ; en los casos de conflictos de trabajo (art. 123); en los de expulsión de extranjeros cuya permanencia en el país se juzgue inconveniente (art. 33), y en los casos de salubridad general en los que de una manera expresa se declara que la autoridad sanitaria será ejecutiva, lo cual no puede significar cosa diferente de que sus resoluciones podrán ejecutarse directamente por ella misma (art. 73, fracción XVI).

Estas limitaciones a la aplicación del artículo 14 son por sí solas bastantes para dejar un amplio campo a la acción directa del Poder Administrativo en la ejecución de sus propias resoluciones; pero, además,

pueden agregarse otras razones que consisten principalmente: *a)* en la carencia de facultades del Poder Judicial para intervenir normalmente en la ejecución de los actos administrativos; *b)* en la inutilidad de la creación constitucional del Poder Ejecutivo si no puede llevar a .cabo sus determinaciones más que por conducto del Poder Judicial.

Efectivamente, dentro de la competencia del Poder Judicial, su intervención en actos del Ejecutivo sólo tiene lugar en las controversias que se susciten: *a)* cuando violan garantías individuales o invaden la soberanía de los Estados (Const., arto 103); *b)* cuando la Federación es parte (Const., arto 104, frac. 111), y e) según algunos autores, cuando verse sobre aplicación y cumplimiento de leyes federales (Const., arto 104, frac. 1) y en ninguno de ellos puede encajarse la facultad de intervenir para ejecutar resoluciones administrativas. El juicio de amparo, que es el procedimiento para el primer caso, no puede por su naturaleza concluir con un mandamiento de que se ejecuten dichas resoluciones. La competencia, en los casos en que la Federación es parte, ha quedado determinada jurisprudencialmente en el sentido de que ella se refiere a las controversias diversas de las que surgen con motivo de la ejecución de resoluciones administrativas. Y finalmente, la facultad de dirimir las controversias que se susciten con motivo de aplicación de leyes federales, aunque en nuestro concepto sólo puede referirse a casos civiles o criminales, según los términos de ley, y no a casos administrativos, aun considerándola aplicable a estos últimos, haría necesaria, de acuerdo con autorizadas opiniones, una ley reglamentaria que nunca ha existido, lo que implicaría paralización de la actuación del Poder Administrativo hasta que esa ley se expidiera y hasta que ella pudiera considerar como controversia judicial la simple falta de voluntad de los particulares para cumplir una resolución administrativa.

Por otra parte, la segunda razón que arriba se enunció constituye un argumento poderoso para reconocer al Ejecutivo competencia para la ejecución directa de sus actos, pues si se sostiene que sólo el Poder Judicial puede intervenir en esa ejecución, sería letra muerta la facultad atribuida al Ejecutivo para ejecutar la ley y para proveer en la esfera administrativa a su exacta observancia. Esta tesis ha llegado a ser admitida por .nuestros tribunales, y así en el amparo de la Sucesión de Luz Fenochio, la Suprema Corte, en su sentencia de 28 de agosto de 1933 *(S. l- de la F.* Tomo XXXIII, pág. 2960), sostuvo lo siguiente: "... como el Estado lleva a cabo el cobro de impuestos determinados por las leyes, no en uso de una facultad sometida al régimen del derecho privado, sino en ejercicio de un conjunto de atribuciones que las leyes fiscales reglamentan y que indiscutiblemente tiene el carácter de autoritarias, en cuanto que son

manifestaciones claras de soberanía material del propio Estado, es notorio que dicho cobro de impuesto no tiene que hacerse judicialmente, sino mediante disposiciones ejecutivas y unilaterales, que si bien pueden ser sometidas a una revisión jurisdiccional posterior a solicitud de los afectados, no requieren tales disposiciones para su validez la sanción previa de los tribunales,"

240. A pesar de la exposición anterior, que lleva a la conclusión de que en términos generales y desde el punto de vista constitucional es perfectamente admisible el reconocimiento de la acción directa de la autoridad administrativa para ejecutar sus decisiones sin necesidad de que intervenga la autoridad judicial, nuestro régimen legal se ha resistido en principio a admitir la existencia de esa facultad, pues ha considerado, por una parte, que no es de la esencia del acto administrativo el que sea dictado y ejecutado por la misma autoridad, y por otra, que no hay inconveniente constitucional alguno en que la ley secundaria reglamentando alguna de las facultades del Poder Judicial (la consignada en la fracción 1 del artículo 104, a que antes nos referimos) encomiende a este último el procedimiento de ejecución del acto administrativo.

Ahora bien, y dada la interpretación que se ha dado en la forma anterior a los preceptos constitucionales, principalmente al artículo 16 constitucional, repetimos que la facultad de la Administración para ejecutar sus resoluciones sin intervención de ningún otro Poder encuentra su origen y fundamento en el artículo 89, fracción 1 de la Constitución, ya que en ella se otorga al Ejecutivo la facultad de ejecutar' las leyes que expida el Congreso de la Unión y como esa ejecución se realiza por medio de los actos administrativos es natural que se entienda que el propio Poder es competente para imponer el cumplimiento de los mismos,

241. La ejecución forzosa no es el único medio legal para obtener el cumplimiento de las resoluciones administrativas, ni en muchos casos es ella posible, como ocurre cuando el acto impone al particular una prestación personal, es decir, una obligación en la que el sujeto pasivo no puede ser sustituido.

Para estos casos, los medios de ejecución tienen que ser forzosamente indirectos, ya que ellos tenderán a provocar al obligado a cumplir su obligación. Estos medios indirectos pueden reducirse a las penas personales o pecuniarias que siguen al apercibimiento que hace la autoridad al exigir el cumplimiento.

Los medios coactivos tienen un carácter administrativo y se distinguen claramente por su finalidad de las sanciones que la ley penal establece para el caso de desobediencia a un mandato legítimo de la autoridad (Cód. Penal, art. 178), puesto que esta última clase de sanciones

sólo se propone castigar la desobediencia, en tanto que las primeras tienden a lograr la ejecución, a vencer la resistencia del obligado.

Sin embargo, en aquellos casos en que ni la ejecución directa sustituyéndose al obligado ni la sanción puedan conseguir el fin propuesto, entonces la legislación ha admitido los medios de coacción física que sean más adecuados para evitar que la obligación quede incumplida, como por ejemplo, en los casos de vacunación, de tratamiento de determinadas enfermedades, etc.. etc.

# *TITULO SEGUNDO*

# LA EXTINCION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

## CAPÍTULO I

## LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS IRREGULARES. INEXISTENCIA

242. Grados de invalidez en el derecho civil.-243. Teoría de la invalidez en el derecho administrativo.-244. La inexistencia. Sus causas. La inexistencia por falta de voluntad.-245. La inexistencia por falta de objeto.-246. La falta de competencia.-247. La omisión de formas como causa de inexistencia.

242. La validez de los actos administrativos depende de que en ellos concurran los elementos internos y externos que han sido motivo de nuestro estudio en las páginas anteriores.

En el caso de falta absoluta o parcial de algunos de dichos elementos, la ley establece sanciones que pueden consistir desde la aplicación de una medida disciplinaria sin afectar las consecuencias propias del acto, hasta la privación absoluta de todo efecto de éste.

La doctrina del derecho común ha formulado no sin vivas discusiones una teoría general de las nulidades de los actos civiles irregulares. Dentro de ella se reconocen varios grados de invalidez. Estos grados son, según la doctrina clásica admitida por nuestra legislación civil, la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa. (Cód. Civ., arts. 2224 y 2242.)

El acto inexistente es concebido, según los datos y citas que aporta el señor licenciado M. Borja Soriano en su estudio sobre la *Inexistencia* y *nulidad de los actos según la doctrina francesa,* "como el que no reúne los elementos de hecho que supone su naturaleza o su objeto y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia'). *(Curso de D. Civil Francés,* por C. Aubry y Rau.) O en otros términos, "un acto jurídico es inexistente cuando le falta uno o más de sus elementos orgánicos, o quizá más exactamente, específicos Estos elementos son de dos clases, elementos de orden psicológico y elementos de orden ma-

terial. .. En la base de este acto se encuentran en efecto: 1º. una manifestación de voluntad; 2º, un objeto; 3º. según los casos, un elemento formalista ... Símbolo de la nada, el acto inexistente, se comprende que no puede ser el objeto de una confirmación, ni el beneficiario de una prescripción extintiva que haga desaparecer con el tiempo el vicio de que está manchado ... si eventualmente el acto jurídico inexistente se invoca en juicio, el tribunal no puede sino registrar su inexistencia". (Bonnecasse. *Suplo al Tr, Teórico Práctico de D. e.,* por Baudry Lacantinerie y sus colahoradores.] (Borja Soriano. *Tratado de las obligaciones,* título lII.)

Coincidiendo con estas ideas, el artículo 2224 del Código Civil, dispone que: "El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que puede ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado."

Al lado del acto inexistente se encuentra el acto nulo. "La nulidad de un acto se reconoce en que uno de sus elementos orgánicos, voluntad, objeto, forma, se ha realizado imperfectamente, o en que el fin que perseguían los autores del acto está directa o expresamente condenado por la ley, sea implícitamente prohibido por ella porque contraría el buen orden social... aceptamos la noción de la nulidad absoluta tal como ella (la doctrina clásica) la enseña, a saber: que una nulidad de esa naturaleza puede ser invocada por todos los interesados, que no desaparece ni por la confirmación ni por la prescripción, que una vez pronunciada por sentencia no deja ningún efecto detrás. .. es relativa toda nulidad que no corresponde rigurosamente a la noción de la nulidad absoluta así enunciada." *[op, cit.)*

y para concluir con la doctrina a que venimos haciendo referencia, sólo haremos una cita más que completa las nociones que son necesarias para nuestro caso: "... mientras que el acto jurídico inexistente no es posible en ningún caso de engendrar como acto jurídico un efecto de derecho, cualquiera que sea, sucede de otra manera con el acto nulo, aun atacado de nulidad absoluta, por la buena y sola razón de que este acto es una realidad mientras que no ha 'sido destruido por una decisión judicial."

Igualmente se encuentra la adopción de estas ideas en los artículos siguientes, que copiamos del Código Civil.

"Art. 2225. La ilicitud en el objeto, en el fin oen la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley."

"Art. 2226. La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella

puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción."

"Art. 2227. La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos."

Dentro de los casos de nulidad relativa, se consideran por el mismo Código Civil la falta de forma, cuando el acto no es solemne, el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad (art. 2228). Se establece además que la nulidad puede ser parcial si las partes del acto pueden subsistir separadas [art. 2238).

243. Desgraciadamente, en el derecho administrativo no es posible formar una teoría de la invalidez de los actos jurídicos que pueda presentar lineamientos tan marcados como la que acabamos de exponer.

Gastón Jéze, entre otros autores que lo han intentado, llega a la conclusión de que la teoría de las nulidades debe ser muy matizada para poder armonizar los intereses que se ponen en juego con motivo de la actividad del Poder público, y cuyos intereses no siempre exigen las mismas soluciones; que así, el interés general exige la ineficacia del acto irregular, porque el cumplimiento de los requisitos que la ley establece es una garantía de orden social; pero al propio tiempo, ese mismo interés reclama la estabilidad de las situaciones que un acto irregular ha hecho nacer. De la misma manera el interés de los patrimonios individuales o administrativos, en unos casos reclama que se prive de efectos a un acto irregular, mientras que en otros exige que subsistan, porque el perjuicio de la ineficacia es más grave que el que pueda producir la falta de sanción de la irregularidad. Por último, el interés de los terceros, en unos casos, también requiere la invalidez del acto que lo afecta, en tanto.que en otros tiende a que se sostenga el acto irregular sobre el cual se han desarrollado otras situaciones jurídicas.

Fernández de Velasco ha resumido las diversas sanciones que resultan posibles dentro de la teoría de Jèze, formando la siguiente escala: 1º Inexistencia: el acto carece de efectos jurídicos; 2º Nulidad radical: el acto existe, pero gravemente viciado; posee alguna eficacia jurídica; pero muy precaria y cualquiera puede invocar su nulidad, aunque mientras no se imponga, el acto mantiene su eficacia; 3º Nulidad menos radical; puede pedirse por todos los interesados y por excepción alegarse en cualquier instante; el juez resolverá la nulidad; 4º Irregularidades que producen una nulidad relativa: puede alegarse por pocos interesados y tanto por vía de acción como de excepeién, en cierto plazo; 5º Irregularidades de sanción más leve; pueden invocarse en cierto plazo por contadas personas, convalidarse por ratificación y el jues abstenerse de imponerla,

dosificando los intereses en juego; 6º Irregularidad cuya sanción no es la nulidad, sino que la ineficacia del acto no se alcanza más que frente a ciertas personas, siendo para las restantes perfecto; se ha de alegar en cierto plazo transcurrido el cual la irregularidad desaparece; 7º Acto irregular, solamente en relación con algunos de sus efectos; 8º Acto irregular, que manteniendo frente a los terceros toda su eficacia, es motivo de que el agente emisor sufra una sanción pecuniaria; 9º Irregularidad sin sanción jurídica. *(El Acto Administrativo,* pág. 215.)

En vista de todo lo anterior sólo puede afirmarse que la teoría de las nulidades en derecho administrativo, fuera de los casos en que exista disposición expresa en la ley, sigue cauces diferentes de los que sigue la teoría en derecho privado y que en muchas ocasiones no basta comprobar una irregularidad para nulificar un acto, sino que de acuerdo con los intereses en juego el acto podría sostenerse originando tan sólo responsabilidad para su autor.

244. Se ve, por todo lo que llevamos expuesto, la dificultad tan seria que existe para llegar a formular una teoría de la invalidez de los actos administrativos.

Esta dificultad se agrava en nuestro país por la falta de uniformidad en la legislación y en la jurisprudencia. De modo que sólo en una forma muy elemental señalaremos algunos lineamientos que puedan servir para formar un criterio sobre las sanciones a las irregularidades de los actos administrativos.

*Inexistencia.* La inexistencia de los actos administrativos constituye una sanción especial que no requiere estar consagrada en la ley, sino que tiene que operar como una necesidad lógica en aquellos casos en que faltan al acto sus elementos esenciales.

"En nuestra concepción (dice Bonnecasse), o más exactamente, en la doctrina clásica, la suerte de la noción de la inexistencia de los actos jurídicos, no está ligada a la consagración expresa de ésta. . . esta noción domina los textos, más que estar subordinada a ellos."

Pero si esto es así, queda por determinar cuáles son los elementos cuya falta origina la inexistencia. Para autores como Lauhadére las irregularidades que determinan la inexistencia jurídica de un acto son aquellas que llegan a una gravedad tal como la que ocurre en la usurpación de funciones o de invasión de las atribuciones de una autoridad por otra de diverso orden o cuando los actos en cuestión no se comprenden en ninguna facultad de la Administración *(op, cit.,* 1967, t. 1, pág. 219). Según este autor, se colocan en general en la categoría de actos inexistentes aquellos en los cuales hay "incompetencia grosera, es decir, en los casos de usurpación de funciones, acto verificado por un simple par-

ticular o por un organismo sin existencia legal o también por una invasión de un agente administrativo en las atribuciones del Poder Legislativo o del Poder Judicial". (op. *cit.,* pág. 212.)

A nuestro modo de ver, la inexistencia puede producirse en los siguientes casos: *a)* cuando falta la voluntad; *b)* cuando falta el objeto; c) cuando falta la competencia para la realización del acto, y *d)* cuando hay omisión de las formas constitutivas del acto.

Un ejemplo muy importante del primer caso lo encontramos en los actos de una Administración usurpadora.

En efecto, como lo indica un autor: "Desde el punto de vista político conviene declarar desprovisto de toda existencia jurídica el acto realizado por un individuo no investido regularmente de la función. En un Estado civilizado y ordenado, lo que da a los agentes públicos la autoridad y el prestigio necesario a la buena marcha de los servicios públicos es la circunstancia de obrar en virtud de la ley y conforme a sus prescripciones. Reconocer un valor cualquiera a lo que fuera de la ley se hace es abrir las puertas a la violencia, a la revolución y a la anarquía. Poco importa la pureza de las intenciones, El orden sólo descansa en el respeto a la ley." (Jéze, *op, cit.;* pág. 287.)

Y el mismo autor categóricamente afirma: "La inexistencia jurídica de esos actos (los provenientes de un usurpador) no es discutible ni discutida, háyanse realizado en época normal o en tiempo de crisis política o social."

La tesis de la jurisprudencia americana está orientada en el mismo sentido. En ella se ha sostenido que "cuando sin ninguna apariencia de autoridad, asume un individuo un cargo, actuando como funcionario, si el público conoce el hecho o razonablemente está informado de que dicho individuo es un usurpador, los actos que éste realiza son ahsolutamente nulos a todos respectos. La mera circunstancia de que, abstracción hecha de la usurpación, sus actos oficiales, por decirlo así, eran leales y honrados, no puede conferirles ni validez ni eficacia". (Goodnow, *Cases on Administrative Laso.)*

245. Siendo imposible concebir que un acto pueda producir algún efecto, si las situaciones jurídicas, si los derechos que está destinado a engendrar, no tienen objeto sobre el cual recaigan, parece que también debe admitirse la inexistencia de los actos administrativos por falta de objeto.

Creemos encontrar dentro del derecho mexicano esta causa de invalidez, como se desprende del fallo de la Suprema Corte de Justicia en que declaró que "para que pueda otorgar y subsistir una de las llamadas concesiones confirmatorias de derechos petroleros, es requisito indispensable

que existan los derechos cuya confirmación se pide; pues de otra manera no habría derecho que confirmarse, y tanto el acuerdo en que se ordenara la confirmación como el título que se expidiera, serían inexistentes jurídicamente hablando. . . Es inconcuso que al haberse declarado caduco el contrato que el causante del quejoso celebró para colonizar los terrenos, volvieron al dominio de la Nación los derechos que se habían transferido al concesionario y, entre ellos, el relativo al subsuelo petrolífero; y en consecuencia, el quejoso no puede tener derecho alguno sobre el subsuelo petrolífero, o en otros términos, carece de derechos que pudieran confirmarse; y la confirmación de un derecho inexistente que se haga o se pretenda hacer, resulta legalmente imposible, y el acuerdo que la ordene es inexistente en absoluto ..." (Amp. promovido por W. Craig Hulme. Sent. de 25 de mayo de 1932, citado en el informe del Presidente de la Corte al terminar el año de 1932.)

Dentro de la misma categoría de actos inexistentes por razón del objeto se pueden clasificar aquellos en que el objeto no es posible ni lícito; por ejemplo un título de baldíos expedido señalando una extensión que rebase la parte de tierra firme del territorio o los límites de éste, caso que no por absurdo ha dejado de presentarse en la práctica.

Cuando el Poder público, por medio de un acto enajena una facultad de la soberanía, comprometiéndose, por ejemplo, a no legislar, a no realizar funciones de policía, etc., el acto no tiene ninguna existencia legal.

Cuando la Administración celebra un contrato obligándose a designar a una persona determinada para un puesto público que pueda cubrir discrecionalmente o que debe hacerlo mediante ciertos requisitos (aptitud, examen, etc.), o bien se compromete a pagar mayor sueldo del que señala el Presupuesto para el cargo, indudablemente está realizando un acto cuyo objeto es incompatible con la norma jurídica respectiva, faltando, en consecuencia, un elemento esencial para que pueda surtir algún efecto.

246. Es también una causa de inexistencia la falta de competencia. La falta de competencia constitucional viene a traducirse en una falta de la voluntad creadora del acto jurídico.

Si, por ejemplo, fuera de cualquiera posible excepción al sistema de separación de Poderes, el Congreso o el Ejecutivo resolviera un litigio civil sobre divorcio, o si el Poder Judicial otorgara una concesión de aguas, de petróleos o de minas, o expidiera una ley, indudablemente que ninguno de esos actos necesitaría de una resolución judicial para privarlos de sus efectos, pues ninguno de orden jurídico podrían producir, y cuando más, si hubiera algún efecto material que se derivara de esos actos, sería motivo, no de un procedimiento de nulidad, sino de un juicio de responsabilidad civil o penal según el caso.

Pero al lado de esa incompetencia, cuyo carácter se deriva de una prescripción constitucional, existe la que puede provenir de la violación de las esferas de competencia que se establecen dentro del mismo poder administrativo.

En el caso de que haya incompetencia que pudiera llamarse de orden administrativo, creemos que debe adoptarse la misma solución que cuando se trata de incompetencia constitucional, porque, en efecto, el funcionario que realiza el acto, obra sin representación, su voluntad no es ya como órgano de la Administración, sino como simple particular.

Así, por ejemplo, si la Secretaría del Trabajo otorgara una franquicia en materia de impuestos, aun en caso de que ésta pudiera ser concedida conforme a la ley por la Secretaría de Hacienda, aquella franquicia no podría tener efecto legal alguno. No necesitaría de un juicio para que se declarara sin valor, y pudiera la Secretaría de Hacienda hacer efectivo el impuesto, objeto de la repetida franquicia.

Igual cosa ocurriría si el Jefe del Departamento del Distrito Federal dictara un acuerdo estableciendo alguna carga u obligación para los propietarios urbanos de una población situada fuera de los límites de dicho Distrito.

247. Por último, creemos que puede señalarse como una causa de inexistencia la omisión de las formas que de acuerdo con la ley debe revestir el acto, o cuando se usa forma diferente de la que se establece como un elemento solemne del acto. (Hauriou, *op. cit.*, pág. 453.)

ASÍ, suponiendo que la Secretaría de Agricultura diera verbalmente un título de propiedad de tierras baldías o nacionales, o que la Secretaría de Recursos Hidráulicos otorgara en la misma forma una concesión de aguas, indudablemente que, además de la dificultad de la prueba, aun admitiendo que ésta pudiera ofrecerse, el acto no tendría ninguna eficacia, sería judicialmente inexistente.

## CAPÍTULO 11

## NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

248. Caracteres de la nulidad en derecho administrativo.-249. Causas principales de nulidad. Vicios de voluntad. Irregularidad u omisión de formas.-2S0. Inexistencia de motivos o defectos en su apreciación.-251. Ilegalidad de los fines del acto.-252. ¿A qué autoridad compete declarar la nulidad? Efectos del acto viciado de nulidad.

248. Al lado de los actos inexistentes que como hemos visto son los que carecen de sus elementos esenciales y que, por tanto, no pueden engendrar ningún efecto jurídico, es indudable que en derecho adminis-

trativo existen otros actos afectados de otra irregularidad diferente de la que produce la inexistencia, como son aquellos en los cuales hay un vicio en alguno de sus elementos constitutivos.

El primer problema que en esta materia surge es el de si basta la existencia de ese vicio para que se considere nulo el acto. Como el acto viciado es un acto contrario a la ley, cabe preguntar si es aplicable el precepto contenido en el artículo 8º del Código Civil Federal, que dispone que "los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario".

Tratando esta cuestión referida a un precepto similar de la legislación civil española, Garrido Falla rechaza la aplicación de ésta a los actos administrativos irregulares, pues sostiene que "además de que todo acto administrativo viciado lo es porque se ha realizado en contra de la ley y entonces no habría que pensar, como lo hace la doctrina, en diferentes sanciones pues en todo caso la única sanción sería la nulidad absoluta, el referido precepto está pensado fundamentalmente para el ámbito jurídico privado; es justamente el límite que la ley impone a la esfera de disponibilidad jurídica privada, a la 'autonomía de la voluntad'. Es el límite del 'lícito jurídico' de los particulares. Precisamente por esto la sanción en estos casos es, con las salvedades que la doctrina señala, la nulidad absoluta, pues no de otra forma se puede sancionar en Derecho la falta de acuerdo entre ciertos actos ejecutados en interés privado y las normas que se han dictado para proteger el interés público lo cual no es el caso cuando la Administración actúa". *(Dr. Adm,* t. 1, pág. 414.)

En corroboración de esa opinión se pueden señalar, como ya lo hemos hecho antes *(supra,* núm. 243), los esfuerzos doctrinales para enumerar las diversas sanciones que puedan aplicarse a los actos viciados, esfuerzos que no tendrían sentido si se aplicara la norma civil, pues en tal caso la solución sería bien simple ya que todos los actos viciados y por lo mismo contrarios a la ley, estarían afectados de una nulidad absoluta.

Ahora bien, el examen de la legislación positiva en los casos en que es expresa, demuestra que en muchas hipótesis la sanción de los actos irregulares no reúne todos los caracteres de la nulidad absoluta, que son: poder ser invocada por todo interesado y no desaparecer por la confirmación o la prescripción.

Así, existen en primer término actos cuya nulidad sólo puede demandarse por determinadas personas y que pueden legalizarse por prescripción.

Por ejemplo, la ley sobre terrenos baldíos de 26 de marzo de 1894, establecía que los títulos y composiciones de tierras, así como las declara-

ciones de que determinada propiedad no contiene baldíos, excedencias ni demasías, sólo pueden ser nulificados por causa de error o dolo que alegue la Hacienda Pública (arts. 63 y 64).

Claramente se desprende de la ley citada que al establecer la acción de nulidad por esos vicios del consentimiento limitaba el ejercicio de la acción a la Hacienda Pública.

Además, conforme al artículo 44 de la misma ley, los defectos de un título pueden desaparecer mediante prescripción en los términos de la ley civil, pudiendo adquirirse en virtud de dicha prescripción hasta cinco mil hectáreas de terrenos baldíos.

En segundo término, existen actos en que la nulidad sólo puede pedirse por determinadas personas y en que el consentimiento de éstas los purga de todo vicio.

Cuando se otorga una concesión que perjudica derechos de tercero, sólo a éste corresponde pedir la nulidad, pero también sólo a él corresponde dar su consentimiento con dicha concesión, caso en el cual desaparece el vicio de nulidad.

Se pueden señalar, en tercer lugar, actos en los que la nulidad sólo puede pedirse por determinadas personas, pero que no desaparece por confirmación o prescripción.

Así, por ejemplo, la nulidad de las disposiciones, resoluciones y operaciones que priven total o parcialmente de sus tierras a las corporaciones de población, sólo puede ser reclamada por los miembros de éstas; pero la nulidad no desaparece por confirmación, ni por prescripción. Esta última opera en términos muy reducidos. (Const. Fed., arto 27.)

Finalmente, en un buen número de casos, la nulidad puede ser demandada por todo interesado, pero sólo dentro de un término breve.

De la enumeración anterior resulta que es difícil que coincidan en un mismo caso de nulidad de acto administrativo todos los caracteres que en el derecho civil se asignan a la nulidad absoluta ni tampoco los que corresponden a la nulidad relativa.

Si a esto se agrega la multiplicidad de intereses que juegan y la diversidad de valores que cada uno de ellos tiene según el caso, resulta imposible definir de antemano qué extensión y qué carácter ha de tener la nulidad de cada' irregularidad jurídica.

Por último, si se tiene en cuenta que "la nulidad absoluta y la anulabilidad (nulidad relativa) no se distinguen por sus efectos, sino solamente por la manera como se realiza la eliminación de la disposición irregular" (Fleiner, *op, cit.*, pág. 131), se comprenderá que no se pueden trasladar al derecho administrativo 108 conceptos básicos del derecho

civil en materia de nulidades y que ni siquiera puede aceptarse la separación de dos clases de nulidades, la absoluta y la relativa.

249. Sentados estos precedentes, conviene señalar algunas de las principales sanciones a los actos administrativos irregulares.

*Vicios de la voluntad.* Puede ocurrir que el acto se haya realizado, por error, dolo o violencia. En ese caso el acto se encuentra viciado, y en consecuencia es irregular. Se pueden citar algunas disposiciones legales que en una forma expresa han hecho referencia a las consecuencias que originan los vicios de la voluntad. Así, en la Ley General de Bienes Nacionales se faculta al Ejecutivo Federal para anular administrativamente los acuerdos, permisos y concesiones dictados u otorgados por error, dolo o violencia. La Ley Orgánica del Departamento del D.F., considera que el error, dolo o violencia hacen anulables los acuerdos, concesiones, permisos o autorizaciones que se dicten con esos vicios de voluntad. La Ley de Invenciones y Marcas establece la nulidad de las patentes y marcas cuando se expidan las primeras o se registren las segundas por error, inadvertencia, carencia de datos, etc.

*Irregularidad u omisión de la forma.* Anteriormente indicamos que existen casos en los cuales la forma se encuentra establecida como una solemnidad del acto y que, por tanto, la omisión de dicha forma constituye una causa de inexistencia. En otros casos la forma del acto existe pero es irregular.

Pues bien, cuando la forma se infringe, debe concluirse que el acto debe ser nulificado, siempre que aquélla se encuentre establecida no sólo como una garantía de que las decisiones son correctas, sino como una garantía para el derecho de los particulares.

Pero, además, pueden existir irregularidades de forma que no tienen influencia sobre el acto, como por ejemplo cuando la formalidad se encuentra establecida sólo en interés de la Administración.

En este caso, la conclusión debe ser la de que la sanción de la irregularidad no es forzosamente la nulidad, pues, o bien sólo es ineficaz la parte irregular del acto, o la irregularidad puede ser corregida sin que el propio acto se afecte sustancialmente.

En las escasas disposiciones que hemos encontrado en la legislación positiva creemos ver una confirmación de lo expuesto.

Por su parte la Ley Minera establece las siguientes disposiciones que fijan el procedimiento para subsanar algunas irregularidades de forma en las concesiones. El artículo 7, fracción XI, dispone que la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal podrá "Corregir administrativamente los errores que encuentre en el título de concesión o de asigna-

ción, previa audiencia al titular y sin perjuicio de tercero" (D.O. de 26 de junio de 1992).

y en el artículo 18 establece "cuando la Secretaría encuentre que los datos consignados en un título de concesión o de asignación mineras son erróneos o no corresponden al terreno que legalmente deba amparar, lo comunicará a su titular para que, dentro de un plazo de 30 días naturales, manifieste lo que a su derecho convenga y proporcione los datos y documentos que sean requeridos.

La Secretaría dictará resolución con base en la contestación del interesado y las constancias del expediente y, de proceder, ordenará la corrección del título, así como su inscripción en el Registro Público de Minería."

El artículo 29 de la Ley de Radio y Televisión de 8 de enero de *1960 (D. O.* de 19 del mismo), declara nulas las concesiones y los permisos que se obtengan o se expidan sin llenar los trámites o en contravención con las disposiciones de la ley y sus reglamentos.

En el Código Fiscal se señala como una causa de nulidad "la omisión de los requisitos formales exigidos en las leyes que legalmente deba revestir la resolución o el procedimiento impugnado" (art. 228,: inc. *b.* Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del D. F.).

*250. Inexistencia de los motivos o defectos en la apreciación de su valor.* Todo acto jurídico supone motivos que lo provocan. Cuando esos motivos faltan, no existe la condición para el ejercicio de la competencia. Por tanto, el acto es irregular. La sanción de esa irregularidad no puede ser otra que la privación de los efectos del acto por medio de la nulidad.

Pero no basta que existan los motivos; es necesario, además, que ellos sean apreciados legalmente como antecedentes de un acto administrativo y que éste sea el que la ley determine que se realice cuando aquéllos concurren.

Tratándose de la irregularidad que pudiera existir por la apreciación inexacta del motivo o por la falta de oportunidad en la decisión, debe tomarse en cuenta, de la misma manera que respecto de las otras irregularidades que hemos estudiado, si el Poder Administrativo goza de facultad discrecional o si tiene una competencia ligada por la ley. En este último caso, la sanción tiene que ser la nulidad.

Por ejemplo, cuando se cobra una contribución a un individuo motivándola en que es propietario de una finca urbana, cuando en realidad no lo es; cuando se acepta la renuncia de un empleado que no ha dimitido; cuando se decreta una expropiación que no ha solicitado un conce-

sionario a quien la ley otorgue esa facultad, existe una falta de motivo, cuya consecuencia es la nulidad del acto.

Cuando se impone una pena disciplinaria por un hecho que no constituye propiamente una falta de esa índole; cuando se decreta la caducidad de una concesión por un acto que no ha sido realizado por el concesionario en la forma en que lo estima la autoridad decretante, hay una irregularidad en la apreciación del motivo cuya subsistencia sería injustificable.

Por último, cuando un acto del concesionario es, por ejemplo, motivo para la aplicación de una sanción pecuniaria, pero a pesar de ello se decreta la caducidad de la concesión, entonces el motivo existe, la apreciación de su ilegalidad es correcta, pero la decisión que se adopta no es la adecuada. Para este caso, como para los anteriores, debe ser procedente la nulidad, puesto que el motivo legal existente amerita la resolución que Ialey o el acto han fijado como adecuada.

*251. Ilegalidad de los fines del acto.* Esta ilegalidad es la que se conoce con el nombre de "desviación de poder", o abuso de autoridad, ya que en realidad el poder administrativo se desvía y abusa cuando persigue fines distintos de los que la ley señala.

Respecto de esta ilegalidad debe tenerse presente que la finalidad que debe perseguirse por el agente administrativo es siempre la satisfacción del interés público, no cualquiera, sino el interés concreto que debe satisfacerse por medio de la competencia atribuida a cada funcionario.

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

Sin embargo, en aquellos casos en que las circunstancias que concurran revelen cuál es el fin que con el acto se persigue, si se descubre que es un fin no sancionado por la ley, el acto debe ser privado de sus efectos.

El artículo 228, inciso *d)* del Código Fiscal señala como causa de nulidad el desvío de poder tratándose de sanciones.

252. Queda por estudiar ahora, corno un último punto en materia de nulidad, la cuestión relativa a determinar qué autoridad es la facultada para dictar la declaración que prive de sus efectos a los actos viciados por algunas de las irregularidades que hemos estudiado anteriormente.

Desde luego debe tenerse presente que en los textos legales se encuentran varias soluciones.

Así, en primer término, se pueden citar algunas disposiciones que facultan a la misma autoridad administrativa para declarar la nulidad de los actos y resoluciones irregulares que ha emitido.

La Ley de Invenciones y Marcas autoriza la declaración administrativa por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial la nulidad de patentes y registros de marcas (art. 61).

La Ley Minera faculta a la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal para declarar la nulidad de las concesiones en los casos previstos por la ley (art. 54).

La Ley de Radio y Televisión en su artículo 9º faculta a la Secretaría de Comunicaciones para "declarar la nulidad... de las concesiones o permisos. ... .

Por su parte, la Ley de Nacionalidad y Naturalización, también faculta a la autoridad administrativa, en este caso, la Sectetaría de Relaciones Exteriores, para declarar, previa notificación al interesado, la nulidad de una carta de naturalización que se hubiera expedido por la propia Secretaría, sin que se hubieran llenado los requisitos de ley o a favor de persona que no tenga derecho a naturalizarse [art, 48).

En igual forma se declaran anulables administrativamente los actos dictados por autoridad incompetente, o contrarios a la ley o viciados por error, dolo o violencia (Ley Org. del Departamento del D. F., )

En segundo término, otras leyes otorgan la facultad de declarar la nulidad bien a la misma autoridad administrativa, bien a la autoridad judicial. Tal es el caso de la Ley de Bienes Nacionales que, en sus artículos 9º y 13, declara que la nulidad de los acuerdos, concesiones, permisos o autorizaciones corresponde dictarla a la autoridad administrativa, pero si a juicio de esa propia autoridad existen motivos que lo ameriten, el artículo 10 la autoriza para que se abstenga de dictar la resolución concreta y para que ordene al Ministerio Público que someta el asunto al conocímiento de los tribunales. Es interesante hacer notar que los preceptos citados señalan como causales de la nulidad la violación de un precepto legal, o que por error, dolo o violencia se hayan dictado aquellos actos y que perjudiquen o restrinjan los derechos de la Nación sobre los bienes de dominio público o los intereses legítimos de tercero, agregándose en el artículo 13, los siguientes mandamientos que tienen singular importancia: *a)* que "cuando la nulidad se funde en error, dolo o violencia y no en la violación de la ley o en la falta de los supuestos de hecho para el otorgamiento de una concesión, ésta podrá ser confirmada por la autoridad administrativa, tan pronto como cesen tales circunstancias"; *b)* que "en ningún caso podrá anularse una concesión por alguna de las circunstancias anteriores, después de pasados cinco años de su otorgamiento",

y e) que "la nulidad de las concesiones de bienes de dominio público operará retroactivamente pero el Ejecutivo queda facultado para limitar esa retroactividad cuando a su juicio el concesionario haya procedido de buena fe". Claramente se aprecian en esas disposiciones los diversos matices que se han adoptado en los casos de nulidad siguiendo la idea de conciliar los diversos intereses en conflicto, descartando la solución automática simplista que condena a la nulidad cualquier acto irregular.

En tercer lugar, existen en materia fiscal las disposiciones del Código Fiscal de la Federación que previenen por una parte, que las resoluciones favorables a los particulares sólo podrán ser modificadas por el Tribunal Fiscal mediante juicio iniciado por las autoridades fiscales (art.94).

Finalmente, cabe citar otro criterio distinto de los que se han pasado en revista, como lo es el que sustenta la Ley de Terrenos Baldíos, Nacionales y Demasías, de 30 de diciembre de 1950, que otorga competencia a la autoridad judicial en los términos del arto 8º según el cual "ningún título expedido por autoridad competente podrá ser nulificado si no es mediante juicio seguido ante los tribunales competentes de la Federación, excepto en los casos a que se refiere la frac. XVIII del art. 27 constitucional".

Fuera de los casos en que la leyes expresa, se pueden señalar algunas orientaciones para resolver el problema relativo a la determinación de la autoridad competente para dejar sin efecto los actos administrativos viciados de alguna irregularidad.

Es indudable que si el acto es realizado por un órgano administrativo sometido a otro jerárquicamente superior, la declaración de nulidad puede decretarse por éste, a petición de parte o de oficio.

También parece indiscutible que si un acto impone obligaciones o cargas a un particular, no hay ningún obstáculo en que lo nulifique la propia autoridad que lo ha dictado.

En los casos en que el acto irregular es favorable al particular y éste se apoya en él para construir una serie de situaciones jurídicas o de hecho, nuestra legislación no da un criterio general definido, por lo cual se pueden originar graves consecuencias, ya que queda al arbitrio de la Administración determinar si las exigencias del interés público tienen o no primacía sobre el interés de la seguridad jurídica.

En algunos sistemas jurídicos, como por ejemplo el francés, se ha sostenido que "en principio, en interés de la seguridad jurídica, se deben tener por definitivos los actos que han conferido derechos y aunque es deseable que la Administración pueda anular por sí misma las decisiones ilegales que haya tomado, no se puede reconocerle poderes más amplios.

que los del juez especialmente encargado de vigilar por el respeto de la legalidad. De allí derivan las dos reglas que se acaban de enunciar: la revocación del acto debe tener por fundamento la ilegalidad que es la única que justificaría la anulación por el juez, y debe tener lugar solamente en tanto que la anulación contenciosa es posible, es decir, en tanto que el plazo del recurso contencioso no ha expirado". (Vedel, *op. cit.*, pág. 200.)

Las posiciones que sobre el particular han adoptado las resoluciones judiciales de la Suprema Corte de Justicia de México, han sido muy variables. Así, se ha sostenido que si una primera resolución creó derechos a favor de las partes interesadas, tales derechos no pueden ser desconocidos por una resolución posterior de la misma autoridad administrativa, por muy fundada que sea *(S. J. de la F.,* t. V, pág. 649, 1. XV, pág. 335, 1. XVII, pág. 926, t. XVIII, pág. 428). Aunque esta tesis parece no referirse sino al caso en que las autoridades administrativas deciden una controversia sobre las leyes que rigen en su ramo, y en que, por tanto, pudiera decirse que realizan un acto tnaterialmente jurisdiccional, sin embargo, como aun en ese caso el acto no tiene la autoridad de cosa juzgada que sólo corresponde a la sentencia judicial, existe una tendencia a hacer extensiva la tesis a otros actos administrativos.

En otros casos, la misma Suprema Corte ha resuelto que todo acto fuera de la ley no puede engendrar más que una aparente situación jurídica y que, por lo mismo, su destrucción por la misma autoridad administrativa no implica lo que en términos técnicos se denomina la privación de un derecho *(S. J. de la F.,* 1. XLIX, pág. 2629).

A propósito, cabe citar la tesis sostenida por la Corte en sentencia de 9 de septiembre de 1957, según la cual la ilegalidad de un acto no implica su inexistencia o ineficacia y de ahí que el acto ilegal -no el ilícito-- se convalide si lo consiente aquel a quien perjudica, lo cual acontece si no lo combate dentro de los términos otorgados para tal fin *(S. J. de la F.,* Sexta Epoca, Vol. m, 3ª Parte, pág. 9).

## CAPÍTULO III

## LA REVOCACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

253. La revocación y la nulidad.-254. La revocación, la condición y el término.-255. Criterios para fijar la procedencia de la revocación. ¿Las resoluciones administrativas, son esencialmente revocables?-256. ¿Son por naturaleza inmutables?-257. El cambio de presupuestos del acto original. La legalidad y la oportunidad.-258. Los posibles casos de revocación. Los actos de efectos instantáneos. Los actos obligatorios. Los derechos adquiridos.-259. Requisitos legales para la revocación.-260. La revocación expresa y la revocación implícita.-261. Los efectos de la revocación.

253. El acto administrativo se extingue también cuando es revocado. La revocación es el retiro unilateral de un acto válido y eficaz, por un motivo superveniente. (Resta. *La revoca degli atti amministrativi.* Alessi. *La revocabilitá dell'atto amministrativo.)*

A pesar de que tanto la revocación como la anulación producen el efecto de eliminar un acto del mundo jurídico, existe entre ambas instituciones una característica sustancial que las distingue. En efecto, mientras que la anulación está destinada a retirar un acto inválido o sea un acto que desde su origen tiene un vicio de ilegitimidad, la revocación sólo procede respecto de actos válidos, es decir, de actos que en su formación dejaron satisfechas todas las exigencias legales.

Además, y derivando de esta diferencia, aparecen otras que se refieren a los motivos, a la naturaleza del acto y a sus efectos y que completan el concepto tanto de la revocación como el de la anulación. Mientras que el motivo de la primera es posterior al acto original y se refiere a consideraciones de oportunidad, o sea a la coincidencia del acto en momentos sucesivos con el interés público, la anulación deriva del vicio original de ilegalidad del acto primitivo. En tanto que el acto de revocación es un acto de naturaleza constitutiva, el de anulación lo es de naturaleza declarativa y finalmente, y como consecuencia de ese diverso carácter, mientras la revocación, por regla general, sólo elimina a partir de ella los efectos del acto revocado, la anulación normalmente los elimina retroactivamente desde la fecha del acto anulado.

254. Como también la condición y el término resolutorios y la caducidad producen la extinción de un acto administrativo anterior, nos parece oportuno señalar las diferencias que guardan con la revocación, las cuales consisten, por lo que hace a la condición y al término, en que ellos son motivos previstos desde el acto primitivo e incorporados en la

manifestación originaria de la voluntad creadora del acto inicial, mientras que la revocación, como hemos dicho, obedece a un motivo superveniente que impone la necesidad de un acto posterior diferente del original.

Por lo que hace a la caducidad debe tenerse en cuenta que ella tiene lugar, cuando la ley o la voluntad prefijan un plazo para el ejercicio de un derecho y se deja pasar dicho plazo sin realizar actos necesarios para dar vida a ese derecho; por lo mismo, el contenido de la resolución de caducidad es la consecuencia de una situación prevista desde el acto primitivo y no tiene, por tanto, más que un carácter declarativo a diferencia del acto de revocación, que es constitutivo y deriva de un motivo posterior a la formación del primer acto.

255. Como la revocación se realiza por un nuevo acto administrativo que extingue otro acto anterior válido y eficaz, su procedencia tiene que examinarse en primer término frente a la estabilidad que se reconozca a las resoluciones administrativas.

La doctrina jurídica no ha llegado a fijar un criterio definitivo sobre esta cuestión, y se ha sostenido en igual forma tanto la fijeza como la precaridad de dichas resoluciones. La verdad es que, como en seguida pasamos a demostrar, no puede aplicarse una sola norma a todos los actos administrativos, sino que habrá que separar un grupo en el que se coloquen aquellos que tienen la firmeza bastante para hacerlos irrevocables, de otro en el cual se incluyan los que por circunstancias especiales estén destinados sólo a una vida transitoria porque respecto de ellos el interés público reclame que vayan adaptándose a sus exigencias.

Sin embargo, nos parece de especial utilidad, para acabar de formar un concepto claro del acto administrativo y de su revocabilidad, estudiar las corrientes doctrinales más importantes sobre la materia.

Se ha dicho, en primer término, que las resoluciones administrativas son por naturaleza precarias y, en consecuencia, esencialmente revocables desde el momento en que si la autoridad administrativa tiene facultad de crearlas debe tener al mismo tiempo la facultad de retirarlas.

Este argumento es ineficaz para demostrar la falta de estabilidad de la resolución administrativa, pues aun cuando es cierto que a la facultad positiva de crear un acto debiera corresponder la facultad contraria de destruirlo, también es cierto que el ejercicio de esa facultad negativa puede ser regulado en forma distinta del ejercicio de la facultad positiva, ya que una vez que el acto se ha producido entra en la vida del derecho como una entidad autónoma e independiente, produciendo efectos de los

cuales ya no puede disponer en forma ilimitada su autor. En último extremo, habrá que examinar cómo y cuándo puede ejercitarse la mencionada facultad negativa, lo cual equivale a determinar si el acto administrativo tiene o no estabilidad. En consecuencia, la afirmación de que el acto administrativo es de naturaleza precaria porque la Administración tiene el poder genérico de revocarlo, da por demostrado precisamente lo que trata de demostrarse. (Resta, *op, cit.,* caps. 1, V Y IX.)

Se sostiene también que la precaridad del acto administrativo se funda en que éste no tiene atribuida la autoridad de cosa juzgada tal como ocurre con la sentencia judicial. Es cierto que el acto administrativo no tiene esa autoridad, pero tampoco puede tenerla puesto que ella en su aspecto material constituye una característica especial que deriva de la naturaleza y finalidad típicas del acto jurisdiccional. Además, la conclusión que se deriva de la ausencia de ese carácter es ilógica, puesto que sería necesario que estuviera demostrado que sólo tienen estabilidad los actos dotados de la autoridad de cosa juzgada lo cual no es posible por las razones que en seguida se van a exponer.

256. La tesis contraria, o sea la que sostiene la fijeza o inmutabilidad de las resoluciones administrativas, se funda, bien en que la autoridad de cosa juzgada es un carácter común a todos los actos de derecho público, o bien en la afirmación de que es una exigencia superior de la vida social la seguridad en las relaciones jurídicas y, por consecuencia, la estabilidad de los actos que las engendran.

La primera razón de esta tesis ha quedado ya impugnada en líneas anteriores, y por lo mismo no puede ser aceptada. Además de las razones ya expuestas, se ha agregado la de que si los actos administrativos gozaran de la autoridad de cosa juzgada, ellos tendrían a su favor una presunción de legitimidad *juris et de jure,* y no *juris tantum,* lo cual sería contrario al régimen jurídico establecido para dichos actos.

La segunda razón, que indudablemente tiene una gran parte de verdad, encuentra no sólo una justificación teórica en su simple enunciado, sino un apoyo legal en el principio de irretroactividad de la ley que, entre nosotros, está elevado al rango de constitucional.

En efecto, se dice, si la legislación prohibe la retroactividad de la ley, ello se debe, por una parte, a que los actos jurídicos contienen por lo general una orden, una voluntad que tiende a producir sus efectos sólo para el porvenir, y a que, por otra parte, la vida social exige seguridad en las relaciones jurídicas. Ahora bien, se continúa diciendo, si ese principio de la irretroactividad es el normal para la interpretaci6n de la ley, es lógico que también valga para todos los actos jurídicos emanados de

leyes irretroactivas, ya que todo sistema positivo exige unidad y coherencia, es decir, ausencia de contradicciones, y éstas existirían si un criterio se aplicara para interpretar las leyes y otro para los actos que se realizan en aplicación de ellas.

De aquí se concluye, finalmente, que la inmutabilidad o fijeza es un concepto genérico válido para todos los actos jurídicos, aunque adoptando diversas denominaciones en los varios campos del derecho: írrevocabilidad en el derecho privado y en el derecho administrativo; inderogabilidad en el derecho constitucional, y -cosa juzgada (formal) en el derecho procesal (Resta, *op. cit.,* y *loco cit.}*

Como antes decimos, esta última opinión encierra una gran parte de verdad por más que ella no ha escapado tampoco a la crítica. Se ha dicho de ella, en efecto, que, si bien puede admitirse qu la irretroactividad de la ley constituye un obstáculo conceptual a la admisibilidad de la eficacia para el pasado *(ex tune)* de la revocación, no puede constituirlo para la admisibilidad del efecto normal de la revocación, que es para el porvenir *(ex nunc)* (Alessi, *op. cit.,* pág. 13). Sin embargo, queda en pie el argumento fundamental del que no es sino una aplicación positiva el principio de la irretroactividad de la ley, que consiste en afirmar que en un Estado de derecho la suerte de las relaciones jurídicas no puede dejarse al arbitrio de las voluntades que las crean y que el orden social sólo puede descansar en la estabilidad de los actos que originan tales situaciones.

257. Así, pues, el fenómeno jurídico de la revocación en el derecho administrativo, no puede basarse ni en el reconocimiento de un poder neo gativo de la Administración ni en que los actos sean precarios o inmutables, y entonces habrá que buscar el fundamento en otro factor diferente.

En nuestro concepto la doctrina más autorizada sobre el particular es la que considera que el fundamento de la revocación estriba en el cambio de uno de los presupuestos del acto jurídico original, es decir, en la mutación superveniente de las exigencias del interés público que deben satisfacerse mediante la actividad administrativa.

Para aclarar estos conceptos debe tenerse presente que los actos jurídicos que realiza la Administración deben guardar una doble correspondencia: con la ley que rige dichos actos, y con el interés público que con ellos va a satisfacerse. La conformidad del acto con la ley constituye el concepto de legitimidad. La conformidad del acto con el interés público hace nacer el concepto de oportunidad. Ahora bien, mientras que el aeto legítimo en su origen no puede convertirse más tarde en ilegítimo, puesto que una ley posterior no puede cambiar los elementos legales de

un acto que cumplió con todos los requeridos por la ley que rigió su formación, el acto que en su origen fue oportuno por coincidir con el interés público existente en ese momento, sí puede posteriormente tornarse en inoportuno, porque el interés público cambia con frecuencia, de manera que, cuando el cambio ocurre, el acto original no sirve ya para satisfacerlo, y aun puede llegar a contrariarlo.

Es en este momento en que se ha roto la coincidencia original del acto con el interés público cuando surge la cuestión de si debe preferirse la continuidad del acto o si debe preferirse la satisfacción de las nuevas exigencias del interés público. Las siguientes palabras de Fleiner condeno san el sentido de la respuesta que ha dado la doctrina jurídica. Dice así: "la actividad de la Administración no tiene por finalidad la de procurar la certidumbre jurídica --esto es misión de la sentencia civil-, sino alcanzar un resultado material útil para el Estado en los límites del Derecho. De la misma manera que el particular en la gestión de sus negocios adapta sus disposiciones a sus intereses cambiantes, así la Administración pública debe poder dar satisfacción a nuevas necesidades. Lo que es hoy favorable al interés general puede serle contrario poco tiempo después porque las circunstancias hayan cambiado en el intervalo. . . si la autoridad estuviese ligada a sus resoluciones, no podría separarse de ellas cuando el interés público exigiera que se dictara otra resolución. Ahora bien, un estado contrario al interés público no debe subsistir ni un solo día. Por esta razón la autoridad administrativa no puede estar ligada a sus propias decisiones como el tribunal a su sentencia ..." *{op, cit.,* pág. 125.)

El principio general sobre el cual ha de reposar la procedencia de la revocación de un acto administrativo debe ser, en vista de lo que llevamos expuesto, el de que la autoridad creadora del acto debe tener facultad para eliminarlo cuando en un momento posterior a la emanación se produce una divergencia o incompatibilidad entre el acto y el interés público, y de esta manera "la facultad de revocar un acto administrativo por razones de oportunidad superveniente no viene a ser sino una aplicación especial de la facultad de la Administración Pública de apreciar el interés público y de actuar para satisfacerlo ..." (Alessi, *op. cit.,* pág. 42.)

258. Determinado el fundamento de la revocación, es necesario precisar que la facultad de realizarla no puede quedar al arbitrio de la Administración, pues de ser así se contraría el principio fundamental de nuestro derecho público de que las autoridades sólo pueden actuar en viro tud de facultades que la ley les atribuye.

En consecuencia, será necesario, en primer lugar, que la ley admita la posibilidad de dejar sin efecto un acto administrativo válido.

La Suprema Corte ha sustentado la tesis de que las autoridades administrativas no pueden revocar sus resoluciones libremente, sino que están sujetas a determinadas limitaciones entre las que cuenta, de manera principal, la de que, siguiendo el principio de que la autoridad sólo puede realizar sus actos bajo un orden jurídico, la revocación de los actos administrativos no puede efectuarse más que cuando lo autoriza la regla general que rige el acto (S. C. J., Informe 1980, 2ª Sala, tesis 103, pág. 88).

Habrá desde luego algunos actos que no admiten la posibilidad de ser revocados. ASÍ, los actos que producen efectos instantáneos, esto es, que no se prolongan en el tiempo, no son susceptibles de revocación, pues respecto de ellos no puede surgir la divergencia sobreviniente con el interés público, ya que si éste cambia, el acto ha producido ya todos los efectos que estaba destinado a producir. Por ejemplo, cuando la autoridad otorga un permiso para efectuar una manifestación en la vía pública y a su amparo dicha manifestación se verifica, no habría base para que en un momento posterior se revocara el permiso y se considerara ilegal la manifestación realizada. Por tanto, la revocación sólo es posible para aquellos actos que producen efectos durante cierto tiempo, y ünicamente mientras tales efectos se están produciendo, es decir, para los actos llamados de *tracto* sucesivo o de futuro.

Se ha considerado que tampoco son susceptibles de revocación los actos obligatorios o vinculados (v. *supra,* núm. 90), puesto que la Administración, al realizarlos, está cumpliendo un mandato de la ley, y tal mandato sería ineficaz si en un momento posterior el acto se eliminara. Esta conclusión puede admitirse siempre que el acto sea obligatorio, no sólo en lo que respecta a su creación, sino también en cuanto a su conteo nido, pues si éste no lo es, entonces no habría inconveniente en que el primer acto quedara revocado por uno posterior con contenido diferente.

La opinión de que el problema de revocabilidad sólo se plantea tratándose de actos que crean derechos o intereses legítimos para los particulares y no para aquellos que les imponen obligaciones, ha sido como batida con todo acierto alegando que la revocación no está basada en el interés de los particulares, sino fundamentalmente en el interés público, y que, por lo tanto, no basta que la revocación no lesione al individuo, sino que además no debe perjudicar a la colectividad cuyas necesidades debe de satisfacer la Administración.

Dentro de las mismas ideas se ha sostenido que la revocación tiene un límite, y es por tanto inadmisihle cuando el acto original ha engen. drado derechos adquiridos o derechos patrimoniales. Sin embargo, esta opinión que ha sido acogida por algunas resoluciones judiciales implica,

según pareceres autorizados, un verdadero círculo vicioso, puesto que no pueden surgir verdaderos derechos adquiridos de un acto administrativo sino a condición de que la autoridad administrativa no tenga facultad de revocarlo. Para que pueda hablarse de un derecho adquirido es necesario que el particular tenga la facultad de exigir que su situación sea respetada y que la Administración tenga la obligación de respetarla; pero si la Administración no está obligada, bien porque expresamente se autorice la revocación, bien porque se le conceda facultad discrecional para mano tener o no el acto, no podrá hablarse de un derecho adquirido.

259. Lo que acabamos de indicar no significa tampoco que la ley pueda en forma absoluta conceder la facultad de revocar. Ella no puede autorizarla sino cuando lo exige el interés público, procurando siempre hacer compatibles con éste el respeto de las situaciones legítimas creadas al amparo de actos de la Administración.

En consecuencia, no es bastante que la ley conceda en una forma concreta o en una forma genérica o en una forma implícita la facultad de revocar, sino que es necesario que en la misma ley aparezca claramente el interés público que debe satisfacerse con la actuación administrativa, o que el ejercicio de la facultad de revocación se subordine a la existencia de condiciones precisas o de apreciación discrecional que deba tomar en cuenta la misma autoridad para determinar la oportunidad de sus relaciones en los diversos momentos en que haya de confrontarlas con el in. terés público.

260. La revocación se realiza por medio de un acto administrativo que. debe llenar todos los requisitos internos y externos del acto adminís-tratívo en general.

Sin embargo, puede darse el caso de que la revocación no se lleve a cabo por medio de un acto especial y expreso, sino que en una forma implícita un acto posterior revoque a uno anterior. Esto ocurre cuando el segundo acto es incompatible con el primero.

En efecto, en el derecho público a diferencia de lo que ocurre en el derecho privado para los actos contractuales, se considera como predominante la voluntad manifestada en el acto más reciente, y así es como se explica el principio de la derogación tácita de las leyes. De la misma manera cuando la Administración dicta dos resoluciones sucesivas sobre la misma materia y ambas son legítimas, entonces, ante la imposibilidad de que las dos produzcan efectos, la preferencia debe recaer sobre la última, es decir, se eliminará la primera y en consecuencia se producirá en esta forma Implícita una verdadera revocación.

En este caso, se ha dicho, se parte de la presunción de que la voluntad del Poder Público ha sido la de que sólo el segundo acto produzca los efectos jurídicos, y tal presunción sólo puede operar cuando los actos son sucesivos, pues en el caso de que fueran simultáneos, la imposibilidad de saber o de presumir cuál es la verdadera voluntad de la Administración tendría por efecto necesario el desconocer toda eficacia a los dos actos incompatibles.

261. El acto de revocación .tiene, según dijimos al principio de este capítulo, un carácter constitutivo o sea que viene a introducir una modificación en el orden jurídico. Por el contrario el acto de anulación es simplemente declarativo o sea que no hace más que afirmar una situación preexistente. De aquí deriva como una consecuencia natural que, mientras el acto de revocación sólo produce normalmente efectos a partir de su creación, el acto de anulación también normalmente produce efectos para el pasado, de manera que en tanto que el primero deja sub. sistentes los efectos jurídicos producidos por el acto original, el segundo tiene efectos retroactivos y suprime todos los efectos que el acto viciado haya podido producir.

# LIBRO QUINTO

## *EL REGIMEN FINANCIERO Y PATRIMONIAL DEL ESTADO*

# *TITULO PRIMERO*

# EL REGIMEN FINANCIERO DEL ESTADO

## CAPÍTULO 1

## LOS INGRESOS DEL ESTADO

262. Introducción.-263. Fuentes de ingreso.-264. Concepto constitucional del impuesto.-265. Su carácter legislativo y temporal.-266. Consecuencias.-267. La iniciativa de la Ley de Ingresos.-268. Proporcionalidad y equidad.-269. Exención de impuestos.-270. Gastos para los cuales se autoriza el impuesto.-271. Los financiamientos.

262. El sostenimiento de la organización y funcionamiento del Estado implica necesariamente gastos que éste debe atender procurándose los recursos indispensables.

Esta materia y la regulación que exige, forman parte de una sección del derecho administrativo que, por su importancia y por sus especiales relaciones con la economía, tiende a segregarse constituyendo el derecho financiero o derecho de las finanzas públicas como una rama especial y autónoma del derecho público.

Como indudablemente la actividad financiera del Estado está íntimamente vinculada con el desarrollo de las funciones públicas y como la forma que la propia actividad reviste la coloca principalmente dentro de la competencia del Poder Administrativo, no podemos prescindir de estudiarla aunque sea a grandes rasgos.

Para ello debemos precisar los diversos aspectos que en el caso nos Interesan, y a ese efecto creemos que podemos reducirlo a los siguientes:

*a)* Ingresos del Estado.

*b)* Gastos del mismo.

*e)* La contabilidad pública y el control sobre **la** actividad financiera.

263. Los ingresos del Estado se originan normalmente por los impuestos que decreta, por los derechos, los productos y aprovechamientos que obtiene por sus actividades, y excepcionalmente por los financiamientos que contrata dentro o fuera del país.

Los impuestos son considerados por el Código Fiscal vigente (D.O. de 31 de diciembre de 1981, y varias adiciones, siendo la última en el D.O. del 29 de diciembre de 1993). como las prestaciones en dinero o en especie que fija la ley con carácter general y obligatorio, a cargo de personas físicas y morales para cubrir los gastos públicos. y los derechos como las contraprestaciones establecidas> por el Poder público conforme a la ley, en pago de un servicio; los productos, como los ingresos que percibe la Federación por actividades que no corresponden al desarrollo de sus funciones propias de derecho público o por la explotación de sus bienes patrimoniales y los aprovechamientos, como los recargos, las multas y los demás ingresos de derecho público no c1asificables como impuesto, derechos o productos.

Los financiamientos provienen de la contratación de créditos, empréstitos o préstamos derivados de: 1) la suscripción de bonos o emisión de títulos de crédito o cualquier otro documento pagadero a plazo; II) la adquisición de bienes o contratación de obras o servicios pagaderos a plazo; III) los pasivos contingentes relacionados con los actos anteriores y IV) la celebración de actos jurídicos análogos a los mencionados y todos los pasivos creados por esas operaciones constituyen la deuda pública estatal (arts. 1º y 2º, Ley General de Deuda Pública, *D. O., 31* de diciembre de 1976).

264. El artículo 31 del Código Político consigna entre las obligaciones de los mexicanos, la de "contribuir para los gastos públicos, así de la Federación como del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes".

De dicha disposición se desprenden los siguientes elementos: *a)* el impuesto constituye una obligación de derecho público; *b)* el impuesto debe ser establecido por una ley; *e)* el impuesto debe ser proporcional y equitativo, y *d)* debe establecerse para cubrir gastos públicos.

265. El impuesto se establece por el Poder público ejercitando una prerrogativa inherente a la soberanía; de tal manera que la obligación de cubrirlo no constituye una obligación contractual ni regida por las leyes civiles, sino una carga establecida por decisión unilateral del Estado, sometida exclusivamente a las normas del derecho público.

En el *Estudio sobre la constitucionalidad de la facultad económico-coactiva,* el señor licenciado Vallarta sostiene la tesis que se acaba de exponer, en los términos siguientes: "Y todo eso que he sostenido hablando del servicio militar a que los mexicanos están obligados, es por completo y necesariamente aplicable al pago del impuesto que tiene que satisfacer nacionales y extranjeros. Porque fuera de discusión está puesta la verdad de que ninguna de esas dos obligaciones consagradas por el precepto constitucional trae su origen del contrato, ni está regulado por el derecho civil, ni puede asumir la forma judicial; antes por el contrario son la imperiosa exigencia de una necesidad política regida por el derecho administrativo, constituyen servicios públicos que se deben prestar aun contra la voluntad del obligado; porque así como para la autonomía de la patria es indispensable su defensa por sus propios hijos, así el pago del impuesto es precisa condición de la exigencia del Gobierno, del mantenimiento del orden público a cuya sombra reposa la sociedad civil."

Del carácter especial que tiene el impuesto como crédito y obligación de derecho público deriva la forma particular en que se exige: la vía económico-coactiva que es un procedimiento administrativo de ejecución, del cual habremos de ocuparnos posteriormente con todo detalle.

El acto unilateral por medio del que se establece el impuesto, es, según el precepto constitucional, una ley, es decir, una ley en sentido formal, pues la Constitución en los casos en que habla de la ley se refiere a disposiciones que emanan del Poder Legislativo.

La explicación racional e histórica de la necesidad de la ley se encuentra en que, como el impuesto constituye una carga para los gobernados, éstos deben ser los que intervengan en su establecimiento por medio de su genuino representante, el Poder Legislativo, y esa misma razón explica el precepto de que sea la Cámara de Diputados, es decir, la Cámara popular, la que forzosamente debe discutir, en primer término. los proyectos de leyes sobre impuestos (Const. Fed., arto 72, inc. *h)).*

. Pero antes de pasar adelante, es conveniente determinar si la ley de mgresos es también un acto legislativo desde el punto de vista material.

. Para tal efecto, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con nuestro sIst.ema legal, anualmente debe el Congreso en su período ordinario de sesrones, .decretar los impuestos necesarios para cubrir el presupuesto del año fiscal siguiente [Const. Fed.. arts. 65, 73, fr. VII y 74, fr. IV.

Ahora bien, la forma en que se decretan tales impuestos es haciendo en la ley de ingresos respectiva una simple enumeración de las diversas contribuciones que deben cubrirse durante el año, sin especificar. salvo

casos excepcionales, ni cuotas ni formas de constitución del crédito fiscal, y sólo estableciendo que los impuestos enumerados se causarán y recaudarán conforme a las leyes en vigor.

Esto da a entender que, en materia de impuestos, existen dos clases de disposiciones: las que fijan el monto del impuesto, los sujetos del mismo y las formas de causarse y recaudarse, y las que enumeran anualmente cuáles impuestos deben causarse; de modo que la ley general que anualmente se expide con el nombre de ley de ingresos, no contiene por regla general sino un catálogo de los impuestos que han de cobrarse en un año fiscal. Al lado de ella existen leyes especiales que regulan los propios impuestos y que no se reexpiden cada año cuando la primera conserva el mismo concepto del impuesto.

Con estos antecedentes, y en relación con el problema planteado acerca de la naturaleza intrínseca de las disposiciones legales en materia de impuestos, podemos afirmar que las leyes que regulan cada impuesto estableciéndolo en todos sus detalles, constituyen indudablemente leyes en sentido material, en las que se encuentran todos los elementos de los actos creadores de situaciones jurídicas generales.

266. Pero si sobre este punto no hay ninguna discusión, no sucede lo mismo respecto de la ley general de ingresos.

Se debe considerar que el Congreso no tiene dos facultades distintas para expedir, por una parte, las leyes especiales de impuestos y, por la otra, la ley general de ingresos, sino que en los términos en que están redactados los textos constitucionales, no hay más que una sola facultad.

El artículo 73, fracción VII, faculta al Congreso "para imponer las contribuciones necesarias a cubrir el Presupuesto". Y el 74, fracción IV establece como facultad exclusiva de la Cámara de Diputados "examinar, discutir y aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación y el del Departamento del Distrito Federal, discutiendo primero las contribuciones que a su juicio deben decretarse para cubrirlos".

De aquí se desprende que si anualmente deben discutirse y aprobarse las contribuciones necesarias para cubrir el presupuesto, las leyes tanto la general de ingresos como las especiales de impuestos, tienen una periodicidad de un año, al cabo del cual automáticamente dejan de producir sus efectos, a tal grado, que si en la ley de ingresos se omite un impuesto que el año anterior ha estado en vigor, por ese simple hecho se considera que en el año fiscal siguiente no debe aplicarse la ley especial que sobre el particular haya regido.

Esto significa que en realidad el Congreso sólo se vale de un procedimiento práctico para evitarse la tarea de volver a discutir y aprobar toda la legislación sobre impuestos que ha regido en años anteriores, pues si se conserva el concepto que desarrollan las leyes especiales, éstas deben entenderse incorporadas a la ley general de ingresos que anualmente les imprime su propia vigencia.

En estas condiciones esta ley general no solamente otorga una autorización, no sólo es un acto condición, sino que tiene todos los caracteres del acto legislativo desde el punto de vista de su naturaleza intrínseca, caracteres que no pierde, según tuvimos oportunidad de demostrarlo anteriormente, por el hecho de su valor temporal.

La Suprema Corte de Justicia ha sostenido la tesis contraria afirmando que "aun cuando las leyes de ingresos. .. deben ser aprobadas anualmente. . . esto no significa que las contribuciones establecidas en las leyes fiscales relativas tengan vigencia anual, ya que las leyes de ingresos no constituyen sino un catálogo de gravámenes tributarios, que condicionan la aplicación de las referidas disposiciones impositivas de carácter especial, pero que no renuevan la vigencia de estas últimas, que deben estimarse en vigor desde su promulgación hasta que son derogadas" (Jurisp. de la S. C. de J. 1917-1965. Pleno, tesis 16).

267. Para la expedición de la ley de ingresos se requiere un estudio de las condiciones particulares económicas del país y de las posibilidades que haya de satisfacer la carga del impuesto, haciendo una estimación probable de su rendimiento ya que dichos ingresos deben ser bastantes para cubrir el presupuesto de egresos.

Las Cámaras que forman el Congreso no tienen la preparación técnica ni los medios adecuados para realizar todos los actos previos para la formación del proyecto de ley de ingresos. Por esa razón la Constitución de 1857 otorgaba al Ejecutivo el derecho de iniciativa de dicha ley, considerando que el poder administrativo sí estaba dotado de todos los medios y elementos para poder hacer los cálculos y estimaciones que forzosamente implica" el proyecto de ley. De tal modo que, para que el Congreso procediera a la discusión y aprobación de la ley de ingresos, se requería en dicha Constitución la iniciativa del Poder Ejecutivo (artículo 69).

Ese precepto desapareció en la Constitución de 1917 y no quedó sino la facultad general de iniciar leyes, que se otorga al Ejecutivo en la fracción 1 del artículo 71 de la Constitución en vigor; pero sin que el Con-

greso esté obligado a esperar la iniciativa de ley de ingresos para proceder a decretar las contribuciones necesarias a cubrir el presupuesto.

Sin embargo, la reforma de 1º de diciembre de 1977 *(D. O.* de 6 de Dic.) establece claramente que el Ejecutivo Federal hará llegar a la Cámara de Diputados la iniciativa de la ley de ingresos a más tardar el día último del mes de noviembre (art. 74, fr. IV), lo que indica que se reserva a dicho Poder Ejecutivo la facultad de iniciar la ley de ingresos.

La discusión y aprobación de la ley de ingresos corresponde al Congreso general, a diferencia de lo que ocurre tratándose del presupuesto de egresos, cuya aprobación es facultad exclusiva de la Cámara de Diputados.

En la discusión y aprobación de la ley de que se trata debe observarse, según lo indicamos anteriormente, un orden que no existe para la generalidad de las disposiciones legislativas, pues respecto de ellas es indistinto que se inicien y se aprueben en cualquiera de las dos Cámaras; pero tratándose de la ley de ingresos existe disposición expresa en el sentido de que debe prevenir en el conocimiento de ella la Cámara de Diputados (art. 72, inciso *h)).*

Puede ocurrir, y de hecho ha ocurrido, que al principiar el año fiscal el Congreso no haya concluido la discusión y aprobación de la ley de ingresos, y, para ese caso, dada la periodicidad de dicha ley, surge el problema relativo a determinar si el Poder público puede exigir entre tanto los impuestos decretados en la legislación anterior.

En otros países existe, para esos casos, una solución consistente en que el Poder Legislativo otorga al Ejecutivo autorización provisional y limitada en cuanto al tiempo, para seguir aplicando la ley de ingresos del año fiscal inmediato anterior; pero en nuestro sistema tales autorizaciones provisionales no se han previsto por la circunstancia de que el período ordinario de sesiones del Congreso concluye precisamente el día anterior a la iniciación del año fiscal, de tal manera que para esa fecha ya la ley de ingresos debe estar aprobada.

En los casos en que, a pesar del sistema, el Congreso no aprueba dicha ley la conclusión única que puede aceptarse por aplicación de los preceptos constitucionales es la de que no puede hacerse cobro de ningún impuesto conforme a la ley anterior.

268. Como tercer carácter constitucional del impuesto se establece la necesidad de que sea proporcional y equitativo.

Para definir estos conceptos nos referimos nuevamente a un voto emitido por Vallarta, con motivo delnmparo interpuesto contra la con-

tribución a las fábricas de hiladosy tejidos por la ley de ingresos de 5 de junio de 1879. Dice así: "Cierto es que el impuesto sobre las fábricas recae solamente sobre los capitales invertidos en esta industria y sobre los fabricantes, pocos corno lo son de verdad en este país; pero innegable es también que la contribución predial no la pagan más que los propietarios que representan una fracción mínima de la población de la República. Y si a los quejosos valiera su argumento para eximirse de un impuesto, porque sólo gravita sobre sus fábricas, él serviría del mismo modo para iguales fines a los importadores, a los propietarios, a los mineros, a todos cuantos pagan una contribución que no afecta universalmente a todos los contribuyentes y a cuantos pueden serlo. Esto, como a la simple vista se nota, no puede ser, porque eso es el absurdo. Tan sinceras reflexiones como ésta, demuestran evidentemente, así lo creo yo, que la proporción en el impuesto no se toma de la universalidad de su pago, sino de su relación con los capitales que afecta. Los economistas por esto no reputan desproporcional a la contribución que paguen pocos o muchos, en virtud de ser muchos o pocos los dueños de los valores sobre que recaiga, sino a la que se exige sin tener en cuenta la cuantía o importancia de esos valores. Una contribución igual para todos los capitales, sin considerar la desigualdad de éstos, sería del todo desproporcionada. Vista la cuestión por esta faz, y entiendo que es como debe verse, el argumento que trato de satisfacer comienza a desplomarse falto de base." Si el Erario quisiera vivir sólo de las fábricas, razón sobraría para quejarse de un impuesto falto de equidad sin duda; pero cuando el presupuesto enumera y detalla otras muchas contribuciones que los habitantes del país que no son fabricantes tienen que pagar, no hay motivo constitucional para decir en justicia que se ha faltado a ese requisito (el de equidad), que exige el artículo 32, en el reparto del impuesto, sólo porque no se ha gravado a otras industrias que pudieran también contribuir para las atenciones del Erario..., para que este argumento de los quejosos fuera fundado..., sería preciso que existiera algún texto en la Constitución que obligara al legislador a no decretar más impuestos que los que afectan todos los ramos de la riqueza pública sin una sola excepción. y ese precepto no sólo no existe, sino que ni puede existir, porque sería absurdo... Pero nos queda viva aún otra objeción con él conexionada: la que intenta fundar la desproporcíonalidad del impuesto en la excepción de los capitales menores de quinientos pesos; excepción que establece· una desigualdad a perjuicio de los de mayor cuantía. Yo veo esta cuestión de un modo absolutamente diverso, y creo que esa excepción es, por el contrario, la prueba de que el legislador quiso cuidar la proporción conveniente entre el impuesto y el capital. Nadie puede des-

conocer la desigualdad de condiciones que hay entre los capitales pequeños y los grandes, y son obvias las razones de justicia que asisten al legislador para determinar el mínimo del valor sobre el que gravita el impuesto." *(Votos,* tomo 1I, págs. 11 y 12.)

*Como* estimamos perfectamente fundadas las apreciaciones que se contienen en la opinión transcrita, nos abstenemos de insistir más en ellas para ocuparnos de otro problema que se ha suscitado alrededor de este carácter de proporcionalidad y equidad de los impuestos.

Se discute si la apreciación de proporcionalidad y equidad del impuesto corresponde exclusiva y soberanamente al Poder Legislativo o si, por el contrario, puede ser controlada por el Poder Judicial.

En el mismo voto antes citado, Vallarta asienta esta tesis: "Es, pues, el principio general en estas materias, que toca al Poder Legislativo pronunciar la última palabra en las cuestiones de impuestos, siendo final y conclusiva su decisión sobre lo que es propio, justo y político en ellas, y sin que puedan los tribunales revisar esa decisión para inquirir hasta qué grado la cuota del impuesto es el ejercicio legítimo del poder y en cuál otro comienza su abuso. Y la excepción que ese principio sufre, tiene lugar cuando el Congreso ha traspasado los límites de sus poderes y ha decretado con el nombre de impuesto lo que solamente es expoliación de la propiedad, conculcando no sólo los preceptos constitucionales que no toleran la arbitrariedad y el despotismo, sino las más claras reglas de la justicia."

Para el caso de que se esté dentro de esa excepción, el ministro Vallarta sostiene, siguiendo la opinión del Juez Marshall, que la única garantía contra el abuso de la facultad de imponer contribuciones se encuentra en la estructura misma del gobierno que permite la renovación de los representantes del pueblo por medio de las elecciones en la forma establecida en el sistema constitucional.

Este criterio fue variado por jurisprudencia posterior en la que se sostiene lo siguiente: "De acuerdo con este precepto, es conveniente modificar la jurisprudencia de la Corte, estableciendo ahora que sí está capacitado el Poder Judicial para revisar los decretos o actos del Poder Legislativo en cada caso especial, cuando aparezca a los ojos del Poder Judicial que el impuesto es exorbitante y ruinoso, o porque se ha excedido el Poder Legislativo de sus facultades constitucionales. Esa facultad de la Suprema Corte de Justicia proviene de la obligación que tiene de examinar, cuando se ha reclamado como violación de garantías, la falta de proporción o de equidad en un impuesto; y si bien el artículo 31 de la Constitución Política, que establece en su fracción IV esos requisitos como

derecho de todo contribuyente, no está en el capítulo relativo a las garantías individuales, la lesión de aquel derecho es una violación de las garantías que protegen los artículos 14 y 16 de la Carta Magna. De suerte que si la Suprema Corte, ante una demanda de garantías dirigida contra una ley o decreto que estableciera un impuesto notoriamente exorbitante y ruinoso, resolviera negando el amparo porque no es el Poder Judicial el capacitado para poner el remedio a tal violación y dijera al quejoso que ese remedio lo encuentra mediante el sufragio popular, negándose a refrendar su voto a los legisladores torpes o injustos, y concediéndoselo a los que estime rectos, ecuánimes y patriotas, con tal razonamiento haría nugatoria la prescripción de la fracción 1 del artículo 103 de la Constitución Federal, que establece el amparo de garantías contra leyes que las violen, puesto que la misma razón podría invocarse para negar los amparos en todos los casos en que se reclamara contra leyes." (Jurisp. de la S. C. J. 1917-1975. Pleno, tesis 54, pág. 127.)

Para terminar este punto, sólo debemos agregar que el artículo 22 constitucional reconoce una gran latitud al legislador para el establecimiento de los impuestos, ya que después de prohibir la confiscación de bienes, establece que no se considerará con ese carácter la aplicación total o parcial de los bienes de una persona para el pago de impuestos.

269. Intimamente relacionada con la cuestión relativa a la proporcionalidad y equidad en el impuesto, se encuentra una materia que ha sido motivo de serios estudios en nuestro país, por las repetidas ocasiones en las cuales se ha presentado.

Toda la historia administrativa de México está llena de casos en que el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo han establecido en concesiones para muy diverso objeto cláusulas en virtud de las cuales el concesionario queda libre por un tiempo determinado de los impuestos que establecen las leyes generales.

Igualmente ha sido también una práctica dentro de nuestro sistema legal, otorgar, por virtud de disposiciones legislativas, exenciones de impuestos a algunas ramas de la actividad de los particulares por un tiempo determinado.

El estudio de esta cuestión nos lleva directamente a tratar el punto relativo a la exención de impuestos y a fijar el alcance del texto constitucional que a ella se refiere.

Conforme al artículo 28 de la Constitución Federal, "en los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios ni estancos de ninguna clase, ni

exencion de impuestos, ni prohibiciones a título de protección a la industria..."

Esta prohibición contenida en el precepto transcrito indudablemente que no puede referirse a aquellos casos en los cuales se libra a una clase determinada de individuos o de actividades del pago de los impuestos, pues de acuerdo con lo que expusimos en el número anterior, la proporcionalidad y la equidad del impuesto exige que se reconozca la desigualdad de condiciones que hay entre los individuos, no significando la proporcionalidad en el impuesto la universalidad de su pago, sino como dice Vallarta, su relación con los capitales que afecta. Por tanto, es indudable que cuando por vía de disposición general se eximen capitales que están abajo de cierto mínimo en el cual empieza a cobrarse el impuesto, no se viola la prohibición constitucional, pues en dicho caso no se concede una protección individual que venga a romper la igualdad entre los particulares ni a obstruir el libre juego de las leyes económicas sobre la concurrencia. En dicho caso, la exención tiene un carácter de generalidad, que hace que gocen de ella todos aquellos que reúnan las condiciones legales.

De aquí se desprende que lo que la Constitución prohibe es la exención para un caso individual, es decir, que se sustraiga a un caso particular de una regla general creada de antemano. En tal ocurrencia, sí existe una verdadera desigualdad entre los sujetos del impuesto, se crea una protección en favor del individuo exento y se le coloca en una situación de superioridad en la lucha económica.

Siguiendo este criterio, el artículo 13 de la Ley de Monopolios reglamentaria del artículo 28 constitucional, previene que: "se considera que hay exención de impuestos cuando se releva total o parcialmente a una persona determinada de pagar un impuesto aplicable al resto de los causantes en igualdad de circunstancias, o se condonan en forma privativa los impuestos ya causados".

Por lo que hace al otro caso de exenciones de impuestos otorgadas en virtud de una cláusula de una concesión, las opiniones no son uniformes, pues mientras en unos casos se sostiene su validez, en otros se le niega.

La doctrina que ha venido dominando a este respecto, es la de considerar que la exención de impuestos concedida en un contrato o en una concesión es válida en tanto que el particular se obligue a proporcionar determinadas ventajas al Estado que exime de impuestos; que por lo mismo, siendo la cláusula respectiva perfectamente válida y fundada en

la compensacion que recibe el Estado, una ley o acto de la autoridad administrativa que pretendiera exigir los impuestos respecto de los cuales se ha concedido la exención sería violatoria de los derechos del contratista o concesionario.

Esta teoría de la compensación se tomó de la doctrina y jurisprudencia americanas, en las que se sostiene que "un convenio celebrado por un Estado, a cambio de una compensación recibida o que se supone ser recibida, de que cierta propiedad, derecho o franquicia serán exentos de impuestos o serán impuestos con determinadas cuotas convenidas, es un contrato protegido por la Constitución", agregándose que "en todo caso, sin embargo, debe haber una compensación, de tal manera que pueda suponerse que el Estado ha recibido un beneficio equivalente; porque es admitido unánimemente que si la exención se hace solamente como un privilegio, puede ser revocada en cualquier tiempo". (Cooley, *On Constiuuional Limitations,* pág. 396.)

Por nuestra parte eremos, siguiendo en esto la opinión del ex Presidente de la Suprema Corte de Justicia, don Salvador Urbina, que la exención de impuestos en los casos a que nos venimos refiriendo es perfectamente anticonstitucional. Los motivos que fundan esta opinión son los siguientes:

En primer lugar porque en realidad cuando el Estado se compromete a no cobrar impuestos sobre los capitales que se invierten por virtud de un contrato o concesión, está contratando una de las facultades que le corresponden como Poder soberano, y es bien sabido que los atributos de la soberanía no constituyen bienes que estén en el comercio y que puedan en alguna forma ser objeto de transacciones con particulares.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, un contrato o una concesión en la forma que hemos indicado, implica que el Poder que la otorga está ligando al propio Poder para lo sucesivo, de tal manera que no puede ya hacer uso de sus facultades constitucionales.

En tercer lugar, la teoría de la compensación que las autoridades judiciales han admitido como básica para legitimar esa clase de exenciones de impuestos, es una teoría que no cuadra con nuestra organización constitucional ni con el sistema legal en materia de contratos y concesiones. Aunque el Estado reciba por virtud del contrato o concesión un beneficio, eso no quiere decir que el particular que preste dicho beneficio al Estado lo haga simplemente por razón de que se le exceptúe de contribuciones, sino que en todos los casos lo presta sobre la base de obtener una remuneración. El particular que realiza un acto que puede ser benéfico para la

colectividad, va buscando principalmente la satisfacción de sus intereses individuales sin que haya en él la idea de prestar al Estado un beneficio prescindiendo de su interés personal.

Ahora bien, no existiendo esa idea, no hay razón para que, por su parte, el Estado prescinda de sus medios de vida y beneficie con perjuicio de los demás contribuyentes el interés individual del contratista o concesionarro.

Por último, hay otras razones que son de segunda importancia para la estimación del caso, pero que de todos modos es conveniente tener presentes. Como la facultad de imposición se ejercita por períodos de tiempo marcados en la Constitución, y como los contratos y concesiones a que nos venimos refiriendo generalmente tienen una duración mayor de un año, si el Estado otorga una exención de contribuciones por toda la vigencia del contrato o de la concesión, viene a contrariar el principio de periódicidad con que deben renovarse las disposiciones fiscales.

A pesar de las razones anteriores la Suprema Corte de Justicia considera que no existe la exención de impuestos prohibida por el artículo 28 constitucional cuando a cambio de los impuestos el concesionario da alguna cosa; que en ese caso no existe la desigualdad que trata de evitarse con aquella prohibición (Jurisp. de la S. C. J. 1917-1975. Segunda Sala, tesis 158, pág. 286).

270. Como último carácter constitucional del impuesto, en los términos del artículo 31, fracción II de la Constitución Federal, se encuentra el de que dicho impuesto debe establecerse para cubrir los gastos públicos.

Al precisar la Constitución esta finalidad, descarta todas las teorías que pretenden considerar al impuesto como una contraprestación de los servicios que el particular recibe del Estado. Para la ley no existe ni debe existir ningún vínculo entre los beneficios de que goza el particular y la aportación de parte de la riqueza de éste. Estos beneficios los reciben aun los que no pagan impuesto, de tal modo que si económicamente es falso el concepto del impuesto como contraprestación, legalmente también es insostenible esa idea.

Existe cierta dificultad para precisar en términos definidos lo que deba entenderse por gastos públicos, pues aunque ellos se encuentran señalados en el presupuesto de egresos, la formulación de éstos supone que previamente ha sido resuelto el problema.

Creemos que por gastos públicos deben entenderse los que se destinan a la satisfacción atribuida al Estado de una necesidad colectiva,

quedando por tanto excluidos de su comprensión los que se destinan a la satisfacción de una necesidad iridividual. (Jurisp. de la S. C. J. 1917· 1975, Segunda Sala, tesis 184, pág. 319).

Como la cuestión relativa a los egresos del Poder público tendrá que ser motivo de un estudio especial al tratar en el capítulo siguiente sobre el presupuesto, nos limitamos a las ideas que acabamos de exponer a fin de poder pasar al estudio de otra cuestión que también tiene una gran importancia práctica en relación con las entidades para cuyos gastos se decretan los impuestos.

271. Por lo que hace a la otra fuente de ingresos a que se hizo referencia al principio de este Capítulo o sean los financiamientos que se contraen, existen disposiciones en la Constitución y en la Ley GeneraI de Deuda Pública de 29 de diciembre de 1976 *(D. O.* de 31 de Dic.).

En la Constitución se atribuyen al Congreso las facultades de "dar bases sobre las cuales el Ejecutivo puede celebrar empréstitos sobre el crédito de la nación las de aprobarlos y reconocer y mandar pagar la deuda nacional pero en el concepto de que ningún empréstito podrá celebrarse sino para la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos, salvo los que se realicen con propósito de regulación monetaria, las operaciones de conversión y los que se contraten durante alguna emergencia declarada en los términos del artículo 29 constitucional" (Const. Fed., arto 73, fr. VIII).

En la Ley General de Deuda Pública se establecen las normas para la obtención de los financiamientos que constituirán la Deuda Pública y la competencia que en la materia corresponde a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Estas cuestiones serán tratadas más adelante en el título tercero, capítulo 1, apartado 321.

## CAPÍTULO 11

## LOS EGRESOS DEL ESTADO

272. Necesidad del Presupuesto de Egresos.-273. La ley del Presupuesto.-274. Preparación del Presupuesto.-275. Iniciativa del Presupuesto. Aprobación por la Cámara de Diputados.-276. Estructura y carácter financiero del Presupuesto.-277. Su naturaleza y efectos jurídicos.

272. Una vez que se ha obtenido el ingreso de la contribución de los particulares, el Poder público debe proceder a su inversión.

De la misma manera que el sostenimiento de las actividades privadas exige un cálculo de ingresos y una previsión de gastos, el desarrollo de las actividades del Estado, que constituye la más vasta de las empresas, requiere con mayor razón tales cálculos y previsiones.

Por' lo mismo, la inversión de los fondos públicos no debe quedar al arbitrio de la Administración, ya que si así se procediera vendría un desorden perjudicial a la eficaz atención de los servicios que aquélla tiene encomendados. Para evitar esas consecuencias debe sujetarse a un programa determinado que prevea todas las necesidades que reclamen satisfacción y muy claros a la disposición del artículo 126 de la Constitución Federal, según el cual "no podrá hacerse pago alguno que no esté comprendido en el presupuesto o determinado por ley posterior".

273. Para tal efecto la ley determina que el Presupuesto de Egresos de la Federación es el que aprueba la Cámara de Diputados a iniciativa del Ejecutivo para expensar durante el período de un año a partir del 1º de enero las actividades, las obras y los servicios públicos que respectivamente correspondan al Poder Legislativo, al Poder Judicial, a la Presidencia de la República, a las Secretarías de Estado, a los Departamentos Administrativos, a la Procuraduría General de la República, a los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria y fideicomisos que se determine incluir en dicho presupuesto (Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, 29 de diciembre de 1976 *(D. O.,* 31 de Dic.).arts. 15 y 16).

Según la propia Ley el gasto público comprende las erogaciones por concepto de gasto corriente, inversión física, inversión financiera, pago de pasivo o deuda pública y se basará en las directrices y planes nacionales de desarrollo económico y social (arts. 2º y 4º).

274; Las actividades de programación, presupuestaeión, control y evaluación del gasto público federal están a cargo de la Secretaría de

Hacienda y Crédito Público a la que deben remitirse los anteproyecto: que formulen las diversas entidades que han de quedar comprendidas en el presupuesto, con excepción del Poder Judicial, que formulará su respectivo proyecto de presupuesto (art. 17).

275. El proyecto de presupuesto de egresos debe ser enviado a la Cámara de Diputados a más tardar el día 30 de noviembre (Const., art. 74, fr. IV y Ley, art. 20). del año inmediato anterior al que corresponda.

La primera cuestión que surge con motivo de la iniciativa del presupuesto consiste en determinar si al Ejecutivo corresponde exclusivamente la iniciativa del presupuesto de egresos, o si ella puede originarse en el seno mismo de la Cámara de Diputados. De otro modo dicho, si esta Cámara puede formular y aprobar independientemente el presupuesto.

Bajo el régimen de la Constitución de 1857 era claro que el Ejecutivo tenía el derecho de iniciar el presupuesto de egresos y que la Cámara de Diputados no podía de *motu propio* proceder a decretarlo.

En efecto, el artículo 69 de dicha Constitución disponía que el peno último día del primer período de sesiones, el Ejecutivo debería presentar a la Cámara de Diputados el proyecto de presupuesto del año próximo siguiente y las cuentas del anterior; que dichos documentos pasarían a una comisión que presentaría dictamen en la segunda sesión del segundo período. Además, en el texto primitivo de la fracción VII del artículo 72, se facultaba al Congreso "para aprobar el presupuesto de los gastos de la Federación que anualmente debe presentarle el Ejecutivo".

En la Constitución de 1917 desapareció dicho precepto, quedando sólo las disposiciones de los artículos 65, fracción II, y 74, fracción IV.

La primera dispone que "el Congreso se reunirá el día primero de septiembre de cada año para celebrar sesiones ordinarias, en las cuales se ocupará de los asuntos siguientes: "1 n. Examinar, discutir y aprobar el presupuesto del año fiscal siguiente " En la segunda se establece como facultad exclusiva de la Cámara de Diputados la de "aprobar el presupuesto anual de gastos...", pero en las reformas de esos dos preceptos *(D. O.,* Dic. 6, 1977), se resumió en el citado artículo 74 todo el sistema en materia presupuestal al determinar que la Cámara de Diputados deberá examinar, discutir y aprobar el Presupuesto, cuya iniciativa debe serle enviada por el Ejecutivo.

La ley orgánicadel presupuesto establece algunas restricciones a las que debe someterse la Cámara de Diputados, como son la que a ninguna proposición para modificar los proyectos del Ejecutivo se dará curso

una vez iniciada la discusión de los dictámenes de las comisiones (art. 23); que a toda proposición de aumento o creación de partidas en el presupuesto deberá agregarse la correspondiente iniciativa en materia de ingresos para evitar el desequilibrio presupuestal (art. 24).

Estas restricciones vienen, no sólo a confirmar que, en la idea de dicha ley, la iniciativa del presupuesto es exclusiva del Poder Ejecutivo, sino que ni aun la discusión y aprobación pueden llevarse a cabo sobre otros lineamientos que los que el mismo Ejecutivo ha planteado, consecuencia que implica un problema de carácter constitucional sobre si la ley secundaria puede restringir en esa forma la actuación de los miembros de la Cámara de Diputados.

276. Se han señalado como reglas fundamentales que presiden la estructura del presupuesto las siguientes: *a)* universalidad; *b)* unidad; *c)* especialidad, y *d)* anualidad.

*a)* La universalidad del presupuesto consiste en que todas las erogaciones y gastos públicos deben ser considerados en él. El precepto legal que la establece es el artículo 126 constitucional, al que hemos hecho alusión y que, como se recordará previene que no puede hacerse ningún gasto que no esté autorizado en el presupuesto.

*b)* La unidad implica que haya un solo presupuesto y no varios, siendo dicha unidad exigible por ser la forma que permite apreciar con mayor exactitud las obligaciones del Poder Público, lo cual constituye una garantía de orden en el cumplimiento de ellas.

Esta regla no es, sin embargo, absoluta, pues el mismo artículo 126 constitucional previene que un gasto no sólo en el presupuesto puede aprobarse, sino también en una ley posterior. Parece dudoso constitucionalmente que la ley autorice al Ejecutivo para asignar los recursos que se obtengan en exceso de los previstos en el presupuesto, a los programas que considere convenientes (art. 25), pues de esta manera no se cumple el mandato de dicho artículo 126.

*c)* La especialidad significa que las autorizaciones presupuestales no deben darse por partidas globales, sino detallando para cada caso el monto del crédito autorizado.

La finalidad de esta regla es no sólo establecer orden en la administración de los fondos públicos sino también dar la base para que el Poder Legislativo pueda controlar eficazmente las erogaciones.

Difícilmente podría ejercerse esta facultad si el presupuesto se limitara a dar autorizaciones globales, sin precisar los objetos en que concreta y detalladamente pudieran utilizarse. La única excepción que la Constitución admite es la que consigna el tercer párrafo de la fracción IV del articulo 74 constitucional, en estos términos: "no podrá haber otras

partidas secretas fuera de las que se consideren necesarias con ese carácter en el mismo presupuesto, las que emplearán los Secretarios por acuerdo escrito del Presidente de la República".

Puede ser muy variable el grado de especialidad que se adopte en los presupuestos, por más que la tendencia es llevarlo hasta donde sea realmente factible.

De acuerdo con nuestro sistema legal, el presupuesto se clasifica en primer término por ramos, comprendiendo en ellos a los Poderes de la Federación, Presidencia de la Hepública, a las Secretarías de Estado, a los Departamentos Administrativos y Procuraduría General de la Hepública, Deuda Pública y Organismos descentralizados y Empresas de participación estatal mayoritaria.

Una consecuencia de la regla de especialidad del presupuesto es la prohibición de hacer transferencia de partidas, es decir, de la aplicación de un crédito señalado para objeto especial a otro que no quepa dentro del que se ha consignado expresamente. Sin embargo el artículo 25 de la Ley autoriza al Ejecutivo para hacer los traspasos de partidas cuando sea procedente.

Además, la especialidad en el presupuesto implica, no sólo la necesidad de que se señale un objeto determinado en el cual han de invertirse los fondos públicos, sino también la de que fije la suma que representa el crédito que para dicho objeto se autoriza.

Sin embargo, existen erogaciones cuyo monto no es posible prever desde el momento de la formación del presupuesto: Para evitar el inconveniente que traería una limitación rígida a determinada cantidad, la ley ha previsto un sistema de adicionar el crédito correspondiente por medio de un procedimiento de ampliación automática que viene a ser una derogación del principio general sobre reforma del presupuesto en los casos en que no sea posible hacer previsión adecuada como ocurre con las erogaciones por diferencia de cambio, situación o traslado de fondos, pagos de defunción de funcionarios, participación a denunciantes, pago de intereses contingentes (art, 25).

*d)* Por último, es una regla que preside la formación del presupuesto, la de que la autorización que él implica sólo tiene duración por el término de un año, de tal manera que las prevenciones que contiene deben referirse a las necesidades que dentro del propio año sea necesario satisfacer.

La regla de anualidad del presupuesto está fijada por la Constituiión, en la fracción IV del artículo 74 constitucional.

De la regla de anualidad del presupuesto se desprenden ciertas consecuencias de una gran importancia jurídica y práctica.

Así, en primer término, la Cámara de Diputados no puede conceder al Ejecutivo una autorización permanente para hacer erogaciones, sino que debe renovarla cada año. La única excepción que puede señalarse a esta primera consecuencia, es la que se consigna en el artículo 75 de la misma Constitución, según el cual, cuando el presupuesto omite señalar retribución a un empleo que está establecido por la ley, debe entenderse por señalada la que hubiera tenido fijada en el presupuesto anterior o en la ley que estableció el empleo.

Esta excepción, como puede apreciarse, no llega a destruir el principio de anualidad de la autorización presupuestal, pues su sentido es el de que, constitucionalmente, debe considerarse renovada automáticamente la autorización que se dio al expedirse la ley o en el presupuesto anterior, sin que para nada intervenga en la decisión la Cámara de Diputados.

En segundo lugar, y también como una consecuencia derivada de la anualidad forzosa de la autorización presupuestal, debe consignarse la consistente en que el Poder público no puede válidamente contraer compromisos de desembolso de fondos que se extiendan a un período mayor del de la vigencia del presupuesto que rige en la época en que se celebra el compromiso, pues si el presupuesto del año siguiente omite la autorización para el gasto respectivo, éste no podrá ejecutarse por la Administración ni demandarse por el particular.

En corroboración de esas afirmación deben citarse algunos pasajes de uno de los votos de Vallarta, emitido con motivo de la ejecución de sentencia contra el Erario por devolución de contribuciones *(Votos,* t. 1, pág. 182). En dicha opinión se sostiene entre otras cosas lo siguiente: "La lógica sola, sin necesidad de ley alguna, deduce estas consecuencias de esos preceptos: luego los tribunales no pueden alterar los presupuestos incluyendo en el de egresos, pagos o devoluciones que no autorice ninguna de sus partidas; luego los tribunales no pueden mandar pagar ni todo y ni siquiera una parte de la deuda nacional, sin que el Congreso así lo disponga, después de calcular si ese pago es compatible con la retribución de otros servicios que ningún país puede posponer a otras atenciones..." y más adelante sigue diciendo: "luego los tribunales cometerían un doble atentado contra esos preceptos, aumentando, por una parte, el Presupuesto de Egresos con un gasto que él no comprende y mano dando, por otra parte, pagar una parte siquiera mínima de la deuda, porque esto no se puede hacer, según la Constitución, sino por el Congre-

so. Terminante y absoluto como es ese precepto constitucional, nadie, ninguna autoridad, puede mandar pagar deudas más que el Congreso".

Sin embargo, la Ley de Presupuesto previene que en casos excepcionales y debidamente justificados, la Secretaría de Programación y Presupuesto podrá autorizar que se celebren contratos de obras públicas, de adquisiciones o de otra índole que rebasen las asignaciones presupuestales aprobadas para el año pero que en estos casos loscompromisos excedentes no cubiertos quedarán sujetos para su ejecución y pago a la disponihilidad presupuestal de los años subsecuentes (art. 30).

Por último, la misma regla de anualidad del presupuesto implica como tercera consecuencia la de que las autorizaciones que comprende no pueden destinarse a cubrir conceptos originados en ejercicios fiscales anteriores o que deban originarse en ejercicios posteriores, con excepción de las partidas relativas a deuda pública, que por su naturaleza misma tienen que referirse a obligaciones contraídas con anterioridad a la vigencia del presupuesto o en el caso arriba citado que autoriza el artículo 30 de la Ley.

Nuestros tribunales han considerado que "si en el presupuesto del año en vigor no hay partida para cubrir un adeudo en contra del Estado, debe tomarse dicho adeudo para incluirlo en el presupuesto de egresos del año siguiente, a fin de pagarlo" (Iurisp. de la S. C. J. 1917·1965. Segunda Sala, tesis 114).

277. Habiendo estudiado hasta aquí el carácter financiero del presunuesto, como un programa general de la Administración, y habiendo señalado los diversos elementos que caracterizan la preparación, aprobación y estructura del mismo, creemos estar ya en posesión de todos los datos que han de servirnos para precisar su naturaleza y efectos jurídicos.

Al tratar de este mismo punto en relación con la ley de ingresos, tuvimos oportunidad de señalar el sentido de las opiniones de la doctrina extranjera que equiparan la naturaleza jurídica de dicha ley y la del pre·supuesto, considerando que ambos tienen el carácter de un acto administrativo, opinión que no aceptamos por considerar que la ley de ingresos tiene jurídicamente los caracteres de un acto legislativo, no sólo desde el punto de vista formal, sino también desde el punto de vista material.

Por lo que hace al Presupuesto de Egresos, es evidente que formalmente constituye un acto legislativo, por tener su origen en uno de los órganos del Poder encargado de dictar las leyes, y que ese carácter lo conserva aun admitiendo que es un acto en el cual existe una colaboración forzosa de parte del Ejecutivo, pues en tal hipótesis, el acto de

aprobación, que es el que le da fuerza legal, es exclusivo de la Cámara de Diputados.

Ese carácter legislativo formal, da al presupuesto una autoridad formal también, cuyas consecuencias ya hemos estudiado al indicar la necesidad de que en las reformas que sufra intervenga nuevamente la Cámara, siendo excepcionales los casos en que el Poder Administrativo puede proceder a efectuarla sin necesidad de tal intervención.

Pero la dificultad surge cuando se trata de determinar la ,naturaleza intrínseca del acto. Para poder llegar a una conclusión sobre el particular es necesario conocer a fondo los efectos jurídicos que produce el presupuesto.

De lo que hemos expuesto con anterioridad podemos reducir dichos efectos a los siguientes:

*a)* El presupuesto constituye la autorización indispensable para que el Poder Ejecutivo efectúe la inversión de los fondos públicos. [Const. Fed., art. 126.)

*b)* El presupuesto constituye la base para la rendición de cuenta: que el Poder Ejecutivo debe rendir al Legislativo. (Const.Fed., art. 74. frac. IV.)

e) El presupuesto, consecuentemente, produce el efecto de descargar de responsabilidad al Ejecutivo, como todo manejador de fondos se descarga cuando obra dentro de las autorizaciones que le otorga quien tiene poder para disponer de esos fondos.

*d)* A su vez, el presupuesto es la base y medida para determinar una responsabilidad, cuando el Ejecutivo obra fuera de las autorizaciones que contiene (arts. 7º y 17 de Ley Org. de la Contaduría Mayor de Hacienda).

El primero de los efectos jurídicos señalados, del que son un corolario los demás, es el que en realidad viene a dar la clave nara la solución del probJema que tenemos planteado. Otorgar una autorización no es otra cosa sino realizar la condición legal necesaria para ejercer una competencia que no crea el mismo acto de autorización, sino que está regulada por una ley anterior.

Tan es exacto eso, que la Cámara de Diputados no podría dar su autorización a otro órgano del Estado que no sea el Ejecutivo, y esto porque, de acuerdo con nuestro régimen constitucional, dicho Poder es el competente para el manejo de los fondos públicos (art. 89, fr. T).

No puede, por tanto, decirse que la Cámara, por medio del presupuesto, dé nacimiento a una situación jurídica general, condición índis-

pensable para que haya acto legislativo, en tanto que sí debe afirmarse que, como determina la aplicación de una regla general a un caso especial en cuanto al concepto, al monto y al tiempo, está realizando un acto administrativo, con todos los caracteres que a éste reconocimos en su lugar oportuno.

A pesar de lo anterior no es extraño que en el presupuesto además de las partidas de gastos que autoriza, se contengan disposiciones de carácter general para su aplicación, en cuyo caso, tales disposiciones sí tendrían el carácter de actos legislativos materiales aunque por razón de su contenido sigan siendo de la competencia de la Cámara de Diputados.

## CAPÍTULO III

## LA EJECUCION DE LA LEY DE INGRESOS Y DEL PRESUPUESTO DE EGRESOS

278. Organos de ejecución.-279. La ejecución de la Ley de Ingresos. Facultad econémico-coactiva, Su constitucionalidad.-280. Concentración de fondos.-281. Ejecución del Presupuesto de Egresos.-282. Control administrativo.-283. Contabilidad de la Federación.-284. Control legislativo. Contaduría Mayor de Hacienda.

278. Habiendo precisado los lineamientos generales de los actos que constituyen la base de la actividad financiera del Estado, es llegado el momento de hacer una exposición también a grandes rasgos de las modalidades que reviste de acuerdo con la legislación la ejecución de esa actividad.

La ejecución de la ley de ingresos y del presupuesto de egresos se lleva a cabo por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y por la Tesorería de la Federación, regida esta última por su ley orgánica de 19 de diciembre de 1959. *(D. O.* de 24 del mismo.]

279. La ejecución de la ley de ingresos se descompone en varias operaciones fundamentales, a saber: la determinación de los créditos fiscales, su recaudación, cobro coactivo y concentración.

La determinación y liquidación de los créditos fiscales corresponde a los causantes, salvo disposición expresa en contrario.

En caso de que no se satisfaga el crédito fiscal las oficinas recaudadoras administrativas proceden, después del emplazamiento y reque-

rimiento de pago, al embargo, al remate y a la aplicación del producto, actos que constituyen el procedimiento administrativo de ejecución

Ese procedimiento administrativo de apremio es el que en nuestra legislación constituye el ejercicio de la llamada facultad económico-coactiva.

Mucho se ha discutido acerca de la constitucionalidad de la facultad económico-coactiva, pues los causantes la han objetado considerando que su ejercicio es violatorio de las garantías que otorgan los artículos 14, 16, 17 Y 22 de la Constitución Federal.

La jurisprudencia invariablemente ha sostenido la legalidad de tal ejercicio y los estudios doctrinales que sobre él se han hecho han llegado a igual conclusión. (Ignacio L. Vallarta, *Estudios sobre la constitucionalidad de la facultad económico-coactiva.)*

Podemos resumir en la forma siguiente las opiniones contradictorias que existen al respecto.

1º Se dice que se viola el artículo 14 de la Constitución, porque éste ordena que nadie puede ser privado de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

De los argumentos que se han expuesto en contra del ejercicio de la facultad, indudablemente el que se basa en el citado precepto es el que tiene mayor fuerza, dados los términos tan amplios en que está concebido.

Sin embargo, han preponderado los argumentos que sostienen que como la obligación de pago del impuesto no es una obligación de carácter civil que esté regulada por el derecho común, sino una imperiosa exigencia de una necesidad política que la constituye en un servicio público, que debe prestarse aun contra la voluntad del obligado, no puede dicha obligación asumir la forma judicial. De modo que el artículo 14 que se alega en su contra no puede abarcarlo dentro de sus disposiciones. "Sería preciso, dice Vallarta, pretender que éstos (los jueces) puedan administrar, porque administrar es justamente cuidar de que los servicios públicos se presten en la forma que lo ordenan las leyes, pare atribuirles la jurisdicción que se intenta darles; sería forzoso, en fin, confundir las facultades de los Poderes públicos, alterando la naturaleza de los asuntos que a ellos corresponden, para insistir en que el apremio necesario para el cumplimiento de los deberes políticos, administrativos, debe ser judicial, contencioso." *(op. cit.,* pág. 41.)

2º La violación del artículo 16 se hace consistir en que la autoridad administrativa no es una autoridad competente, que pueda fundar y motivar la causa legal de un procedimiento por el que se moleste a una persona en sus posesiones.

En realidad, si se admite el argumento sustentado por el ministro Vallarta al que acaba de hacerse mención, debe concluirse en el sentido de que la facultad económico-coactiva sí forma parte de las funciones administrativas, y que, por lo mismo, el Poder Ejecutivo es autoridad competente para poder ejecutarla.

3º Se dice que dicha facultad contraría lo dispuesto en el artículo 17 constitucional, porque si éste prohibe hacerse justicia por sí mismo y ejercer violencia para reclamar el derecho, disponiendo que los tribunales estén siempre expeditos para administrar justicia, el Poder Ejecutivo, al exigir en la vía de apremio el pago de un adeudo fiscal, en realidad se está haciendo justicia a sí mismo y ejerciendo la violencia que prohibe el precepto de que se trata.

Esa misma objeción que se presenta contra la acción directa para la ejecución de las resoluciones administrativas en general, la hemos estudiado en su oportunidad (v, *supra,* núm. 239) y nos referimos a la opinión del mismo ministro Vallarta, que ahora repetimos: "Si el Poder Administrativo, dice, ejerciera violencia exigiendo los servicios públicos que la ley impone a los ciudadanos, de la manera proporcional y equitativa que la misma ley ordena; si a ese Poder le estuviera prohibido obligar al particular aun por la fuerza a que preste los servicios públicos que le tocan, él sería imposible, y estaría de sobra aquel de los tres Poderes a quien la Constitución encarga que provea en la esfera administrativa a la exacta observancia de las leyes, supuesto que para cada uno de sus actos, aun para exigir una multa por infracción de bandos de policía, necesitaría el auxilio de un juez que legitimara estas violencias. .. todas las legislaciones han considerado como esencial elemento de la violencia, la injusticia, la falta de derecho y el abuso de la fuerza del que la emplea. Suponer, pues, que una autoridad hace violencia cuando obedece la ley, es subvertir todos los principios." *(op. cit.,* págs. 51 y 52.)

4º Por último, se afirma que existe violación del artículo 22 constitucional *con* el ejercicio de la facultad económico-coactiva, pues al hablar éste de que no se considerará como confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los que corresponden a una persona para el pago de impuestos o multas, indica que esto ocurre siempre que esa aplicación sea hecha por la autoridad judicial, lo que viene a significar que

es dicha autoridad la que debe intervenir para el cobro de tales impuestos y multas.

La Suprema Corte de Justicia ha interpretado el artículo 22 que se cita en el sentido de "que si bien el legislador quiso que la aplicación de los bienes de una persona para el pago de la responsabilidad civil provenientes de la comisión de un delito, sea hecha exclusivamente por la autoridad judicial, no exige lo mismo cuando se trata del pago del impuesto o multas; siendo este criterio enteramente lógico, agrega, porque lo establece con toda claridad el precepto transcrito, cuanto porque la tributación es inherente al ejercicio de la soberanía que proviene de la misma Constitución y nada hay más consecuente con ella como que el Poder Ejecutivo, a quien la propia Constitución impone la obligación de proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de las leyes, tenga las facultades legales necesarias para hacer efectiva aquella función de la soberanía recaudando el impuesto". (*S. C. J. F.*, t. XXV, pág. 1596.)

En los términos anteriores se ha planteado la controversia sobre la legalidad de la facultad económico-coactiva.

Por nuestra parte, sin desconocer la fuerza que encierra el argumento basado en el artículo 14 de la Constitución, pero convencidos también de la absoluta necesidad de que el Poder Administrativo sea el que tenga en sus manos la posibilidad de hacer efectivos los impuestos, pues de otra manera el Estado se vería en apuros para poder realizar las atribuciones que le están encomendadas, creemos conveniente apuntar algunas ideas acerca de ciertos elementos de la cuestión que no han sido estudiados de una manera suficientemente amplia.

En efecto, no basta decir que se trata de una obligación política y no civil, para concluir que es el Poder Administrativo y no el Judicial el que debe intervenir, pues esto supone la demostración previa de que el Poder Judicial sólo interviene tratándose de casos civiles.

Estimamos conveniente para resolver algunas de las observaciones hechas, examinar los diversos momentos del procedimiento administrativo, para poder determinar si ellos constituyen actos que por su naturaleza deban ser conocidos por la autoridad administrativa o por la autoridad judicial.

Ya desde luego, en líneas anteriores, indicamos que la liquidación del adeudo no puede considerarse como un acto que sea de naturaleza judicial, sino que, por los efectos que produce, debe reputarse como un acto administrativo.

El requerimiento de pago también constituye un acto netamente administrativo, que aun en el dominio de las relaciones civiles no exige la

intervención judicial, sino que puede llevarse a cabo por medio de un notario o de un corredor o simplemente ante dos testigos.

El embargo de los bienes del causante, si bien es cierto que en las leyes civiles no puede hacerse sin la intervención de la autoridad judicial, no por eso adquiere el carácter de un acto que sea por su naturaleza intrínseca, jurisdiccional, pues los procedimientos de ejecuciónv.aun de resoluciones judiciales, no son, de ninguna manera, actos judiciales, sino actos materiales para los que la autoridad judicial ocurre al Ejecutivo, en los casos en que hay oposición a la acción expedita de los miembros del Poder Judicial.

De tal manera, que si en los casos judiciales la ejecución puede hacerse por el Poder Administrativo, no vemos motivo para que tratándose de una resolución administrativa no pueda hacerse el embargo también por la misma autoridad administrativa.

Por último, respecto del remate, no implica tampoco ninguna operación que pueda ser de carácter esencialmente judicial, y sólo queda la aplicación de bienes en donde ocurre verdaderamente la privación de la propiedad del causante.

En ese particular, hay que convenir en que, aunque la privación no constituye un acto que por la naturaleza intrínseca del mismo tenga los caracteres del acto jurisdiccional, en el sistema adoptado por la Constitución se ha puesto bajo la salvaguarda de los tribunales el derecho de propiedad, de tal manera que de él no puede ser privada ninguna persona sin que aquéllos intervengan.

Hasta este momento, pues, del procedimiento, surge el conflicto entre el artículo 14 constitucional y el artículo 89, fracción 1, que faculta al Ejecutivo para ejecutar las leyes y para proveer en la esfera administrativa a su exacta observancia, y en la duda, este conflicto ha sido resuelto en el sentido más conforme con la necesidad de que el Estado pueda realizar eficazmente sus atribuciones.

La Suprema Corte de Justicia ha declarado que "el uso de la facultad económico-coactiva no está en pugna con el artículo 14 constitucional" *(Lurisp, de la* S. C. *I,* 1917-1975, Segunda Sala, tesis 160, página 289).

280. Finalmente, la Tesorería realiza la concentración de los ingresos una vez que han sido recaudados.

Como la recaudación se verifica en distintas partes del territorio, es necesario hacer la concentración para formar un fondo común, a fin de poder atender los desembolsos autorizados por el presupuesto de egresos.

La ley orgánica respectiva establece la obligación de todas las oficinas recaudadoras de concentrar la totalidad de la recaudación en la Tesorería de la Federación (art. 12), y obliga a la misma Tesorería para depositar diariamente los fondos recaudados y concentrados en el Banco de México, S. A., para que los abone a su cuenta general de cheques (art. 14).

281. Por lo que hace al procedimiento de ejecución del presupuesto de egresos, la ley establece un procedimiento complicado en el que da intervención, para cada erogación, a autoridades de diversa naturaleza, de tal manera que esa complicación de procedimiento y esa diversidad de autoridades constituye un control para evitar desembolsos indebidos.

En términos generales debe decirse que el pago se ordena por el Jefe del Poder o dependencia considerados en cada ramo del presupuesto; se autoriza por la Secretaría de Programación y Presupuesto, siempre que la órden esté documentada de acuerdo con la ley y el reglamento, que el funcionario que lo ha ordenado sea competente, y que el pago no sea violatorio de las disposiciones presupuestales o sobre manejo de fondos públicos en vigor.

En caso de irregularidades se suspende la tramitación de la orden de pago, mientras aquéllas no se corrijan.

Expedida la orden y autorizado el pago en los términos anteriores, éste debe efectuarse por las oficinas pagadoras, dependientes de la Tesorería de la Federación. (Ley cit., art. 18.)

282. Para garantizar la regularidad de las operaciones financieras de la Administración pública no es suficiente que se prevenga que ellas deben sujetarse a las disposiciones de la ley de ingresos y a las autorizaciones del presupuesto de egresos, sino que es indispensable establecer un régimen de control administrativo que sea eficaz para evitar las irregularidades que pretendan cometerse, reprimir las que se hayan cometido y en su caso, fincar las responsabilidades por los daños y perjuicios que sufra la Hacienda Pública (Ley del Presupuesto, arts. 45 y sigs.).

El control que la Secretaría de Programación y Presupuesto y la Tesorería ejercen en el curso de las operaciones y al que nos hemos referido en los puntos anteriores, tiene por objeto satisfacer la primera finalidad indicada, o sea, la de evitar violaciones a los preceptos legales respectivos.

283. La Ley del Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal previene que cada entidad debe llevar su propia contabilidad de acuerdo

con los catálogos de cuentas y demás instrucciones aprobados por la citada Secretaría y que esta consolidará las contabilidades parciales y será responsable de formular la cuenta anual de la Hacienda Pública para su presentación a la Comisión Permanente del Congreso de la Unión en los términos del artículo 74 constitucional dentro de los diez primeros días de junio del año siguiente al que corresponda. El propósito de la ley ha sido que la cuenta pública vaya acompañada de una información integral y oportuna que permita ejercer de una manera más completa la revisión que constitucionalmente realiza la Cámara de Diputados.

284. El sistema constitucional establece un control legislativo sobre el manejo que la Administración realiza de los ingresos y egresos que autorizan las leyes y presupuestos así como en general sobre la actividad financiera y patrimonial durante cada año fiscal. Como lo dijimos en su oportunidad (supra 54) la Cámara de Diputados tiene entre sus facultades exclusivas la de revisar la Cuenta Pública Anual (Const. arto 74 fr. IV).

Esta facultad la realiza la Cámara por medio del órgano que la misma Constitución establece: la Contaduría Mayor de Hacienda (art. 73 fr. XXIV) cuya ley ha sido publicada en el *Diario Oficial* de 29 de diciembre de 1978.

Según esta ley la Contaduría Mayor de Hacienda es el órgano técnico de la Cámara de Diputados que tiene a su cargo la revisión de la Cuenta Pública Federal y la del Departamento del Distrito Federal (art. 1º) Y considera que para los efectos legales la Cuenta Pública de dichas Entidades está constituida por los estados contables y financieros y demás informaciones que muestran el registro de las operaciones derivadas de la aplicación de las leyes de ingresos y presupuestos de egresos, de su incidencia en el activo y pasivo totales y patrimonio de las Haciendas Públicas Federal y del Departamento, así como los resultados y los estados detallados del ejercicio, de operaciones en los organismos de la Administración Pública Paraestatal y relativos a la Deuda Pública (art. 14).

La Contaduría a cuyo frente está el Contador Mayor de Hacienda, designado por la Cámara, se encuentra sujeta al control de la Comisión de Vigilancia de la Cámara de Diputados, y a ella le serán turnadas las Cuentas Públicas que presente el Presidente de la República dentro de los diez primeros días de junio del año siguiente al que corresponda (art. 74 fr. IV).

La Contaduría está facultada para ejercer funciones de contraloría y verificar si las operaciones en general se realizaron con apego a las

leyes y presupuestos respectivos y si se ajustaron a los programas aprobados, en el concepto de que debe hacerse una revisión legal, económica y contable del ingreso y del gasto y verificar la exactitud y justificación de los cobros y pagos hechos de acuerdo con los precios y tarifas autorizados o de mercado (arts. 3º y 19).

La Contaduría debe rendir un informe previo a la Comisión de Presupuestos y Cuenta de la Cámara dentro de los diez primeros días de noviembre siguiente a la presentación de la Cuenta Pública, a reserva del informe definitivo a la misma Cámara sobre el resultado de la revisión en los diez primeros días de septiembre del año siguiente a su recención (art. 3°-II-b).

En el caso de aparecer discrepancias entre las partidas gastadas y las partidas de los presupuestos respectivos, o no existiere exactitud o justificación de los gastos hechos se determinarán y fincarán las responsabilidades consiguientes (Const. arto 74 fr. IV y Ley arts. 20 y 7º fr. X).

Para los efectos de la ley incurre en responsabilidad toda persona física o moral que intencionalmente o por negligencia causa daño o perjuicio a la Hacienda Pública Federal o a la del Departamento del Distrito y tales responsabilidades -tienden a cubrir en dinero tales daños o perjuicios, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y penales (arts. 27 y sigs.), estableciéndose que tales responsabilidades civiles y administrativas prescribirán al fin de los cinco años posteriores a aquel en que se hayan originado [art. 37).

# *TITULO SEGUNDO*

# EL REGIMEN PATRIMONIAL DEL ESTADO

## CAPÍTULO I

## BIENES DE DOMINIO PUBLICO Y BIENES DE DOMINIO PRIVADO DE LA FEDERACION

285. División de los bienes conforme a las leyes mexicanas. Jurisdicción sobre elIos.-286. La propiedad sobre los bienes de uso común.-287. Clasificación de los bienes de uso común.-288. Distinción entre dominio natural y dominio artificiaI.-289. Inalienabilidad. Su alcanee.-290. Bienes destinados a un ser. vicio público.-291. Los bienes de dominio privado.-292. Los muebles del dominio de la Federación.

285. El conjunto de bienes materiales que de modo directo o indirecto sirven al Estado para realizar sus atribuciones constituye el dominio o patrimonio del propio Estado.

En los términos de la Ley General de Bienes Nacionales *(D. O.*, enero 8 de 1981), el patrimonio nacional se compone de:

1. Bienes de dominio público de la Federación, y

II. Bienes de dominio privado de la Federación (Art. 1º).

Los bienes de dominio público son:

1. Los de uso común;

11. Los señalados en los artículos 27, párrafos cuarto y quinto, y 42, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

Hl. Los enumerados en la fracción Il del artículo 27 constitucional, con excepción de los comprendidos en la fracción 11 del artículo 3º de la Ley;

IV. El suelo del mar territorial y el de las aguas marítimas in. teriores;

V. Los inmuebles destinados por la Federación a un servicio público, los propios que de hecho utilice para dicho fin y los equiparados a éstos, conforme a la Ley;

VI. Los monumentos históricos o artísticos, muebles e inmuebles, de propiedad federal;

VII. Los monumentos arqueológicos muebles e inmuebles.

VIII. Los terrenos baldíos y los demás bienes inmuebles declarados por la ley inalienables e imprescriptibles;

IX. Los terrenos ganados natural o artificialmente al mar; ríos, corrientes, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional.

X. Las servidumbres, cuando el predio dominante sea alguno de los anteriores;

XI. Los muebles de propiedad federal que por su naturaleza no sean normalmente sustituibles, y

XII. Las pinturas murales, las esculturas y cualquier obra artística incorporada o adherida permanentemente a los inmuebles de la Federación o del patrimonio de los organismos descentralizados, cuya conservación sea de interés nacional (Art. 2º).

Son bienes de dominio privado:

1. Las tierras y las aguas no comprendidas en el artículo 2º de esta Ley, que sean susceptibles de enajenación a los particulares;

11. Los nacionalizados conforme a la fracción 11 del artículo 27 constitucional, que no se hubieren construido o destinado a la administración, propaganda o enseñanza de un culto religioso;

TII. Los bienes ubicados dentro del Distrito Federal, considerados por la legislación común como vacantes;

IV. Los que hayan formado parte de corporaciones u organismos de carácter federal, que se extingan en la proporción que corresponda a la Federación.

V. Los bienes muebles al servicio de las dependencias de los Poderes de la Unión, no comprendidos en la fracción XI del artículo anterior.

VI. Los demás inmuebles y muebles que por cualquier título jurídico adquiera la Federación [art. 3º).

VII. Los bienes muebles e inmuebles que la Federación adquiera en el extranjero.

La ley establece que los bienes de dominio público estarán sometidos a la jurisdicción exclusiva de los Poderes federales, desde la fecha que otorgue su consentimiento la Legislatura local de la Entidad en que estén ubicados, salvo que se trate de bienes adquiridos por la Federación antes del 1º de mayo de 1917 o que la Constitución los haya nacionalizado, y en el concepto, de que si la legislatura no da su oonsentimiento, los inmuebles quedarán en la situación jurídica de los de dominio privado nacional.

Como consecuencia de la jurisdicción federal se previene que los Estados no podrán gravar los bienes de dominio público nacional en ninguna forma, ni tendrán eficacia alguna, respecto de ellos, las disposiciones generales o individuales que emanen de cualesquiera de sus autoridades, a menos que obren por encargo o en auxilio de las autoridades federales [art. 59).

Igualmente dispone la Ley que salvo lo que dispongan las leves que rijan materias especiales, corresponde a la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, la representación del Gobierno Federal en todos los actos y operaciones relacionados con los bienes referidos y que sólo los Tribunales de la Federación serán competentes para conocer los juicios civiles, penales o administrativos, así como de los procedimientos judiciales no contenciosos que se relacionen con bienes nacionales, sean de dominio público o de dominio privado (arts. 7º y 8º).

286. Respecto de los bienes de uso común, las legislaciones modernas han adoptado diversos criterios que pueden agruparse en estas dos orientaciones: una, que los considera como bienes sometidos al derecho de propiedad, y otra, como insusceptibles de tal derecho.

Dentro de la primera orientación, y reconociéndose en todos los casos que el uso es público y, por lo mismo, regulado por prescripciones de derecho público, se pueden reconocer dos sistemas: el de la propiedad privada del Estado o de los particulares, y el de la propiedad pública del Estado o de otras entidades públicas.

Dentro de la segunda orientación, la que niega que los bienes del dominio público sean susceptibles de propiedad, también pueden señalar. se dos sistemas: uno, que sostiene que ni el Estado ni los particulares tienen derecho patrimonial alguno sobre los bienes que forman aquel dominio y que el Estado sólo tiene respecto de ellos el carácter de un fiduciario con las facultades de vigilancia y policía necesarias para garantizar el uso común; otro, que negando la existencia de la propiedad como un derecho subjetivo afirma que el dominio público constituye un patrimonio afectado a un fin de interés colectivo que no necesita de ningún titular.

Creemos que la legislación mexicana puede colocarse dentro de la orientación que reconoce que los bienes de dominio público son susceptibles del derecho de propiedad. Mientras que la legislación colonial estableció respecto de algunos bienes la propiedad privada con la servidumbre legal necesaria para garantizar ciertos usos comunes, como sucedía con las aguas, que reportaban la servidumbre en favor del uso común de abrevadero de ganados y consumo de las poblaciones (Vera Estañol, *Cuest. Jurídico-constitucionales,* pág. 23), la legislación que rige en la

actualidad, por lo menos a partir del año de 1902, fecha de la primera Ley de Inmuebles Federales, consigna la propiedad del Estado sobre los bienes de dominio público o uso común.

En efecto, el artículo I? de dicha ley, establece que "el patrimonio nacional se compone de: I. Bienes de dominio público o de uso común ....

En segundo lugar, la prohibición que implica la inalienabilidad que para estos bienes se consigna en el artículo 16 de la ley, sólo se explica en tanto que existe una propiedad y un propietario a quien se dirija la prohibición.

Además, al establecer el mismo artículo que los bienes de dominio público que mediante los requisitos legales se desincorporen de tal dominio pueden ser enajenados, está indicando claramente que existe un propietario de ellos pues de otro modo no podría hablarse de esa posibilidad de enajenar.

Por último, el Código Civil del Distrito Federal, al clasificar los bienes por razón de las personas a quienes pertenecen, considera que los bienes que al Estado corresponden son de dos clases; una de ellas es precisamente la formada por los bienes del dominio público o de uso común.

287. Los bienes de uso común pueden clasificarse desde dos puntos de vista diferentes: 1º desde el punto de vista de la naturaleza de los propios bienes, y 2º desde el punto de vista de la forma de su incorporación al dominio público.

Partiendo del primer criterio, se pueden agrupar los bienes en las siguientes categorías:

*a)* Dominio público aéreo. La incorporación del espacio aéreo situado sobre el territorio y mares territoriales, ha sido impuesto por el desarrollo de las comunicaciones aeronáuticas.

Si hubiera seguido siendo reconocido como de propiedad particular, además del poco interés que para el propietario del suelo representa a la altura en que es atravesado por las aeronaves, se crearía un obstáculo para las comunicaciones aéreas, pues éstas sólo serían factibles mediante permisos de los propietarios del suelo.

Si se considera como *res nullíus* y se declara la libertad del aire, como se reconoce la de los mares, el Estado se vería expuesto a no poder impedir los vuelos de reconocimiento de posiciones de defensa militar, o simplemente de estudio de configuración geográfica del territorio para fines de agresión, y además, tampoco podrían prevenirse los daños que pueden sufrir las propiedades.

Aunque la Ley General de Bienes Nacionales considera al espacio aéreo nacional dentro de la categoría de los bienes de uso común (art. 29) la reforma de 5 de enero de 1960 al artículo 27 de la Constitución, le quitó ese carácter al declarar que "corresponde a la Nación el dominio directo de. " el espacio situado sobre el territorio nacional en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional", y ese mismo carácter de dominio directo, y no de bien de uso común, le da el artículo 1o de la Ley Federal de Radio y Televisión de 8 de enero de 1960.

*b)* Dominio público marítimo.

Dentro de esta categoría se catalogan:

1. El mar territorial hasta una distancia de doce millas (22,224 metros) contadas desde la línea de la marea más baja. En caso de que la costa del territorio nacional tenga profundas aberturas y escotaduras o en que haya una franja de islas a lo largo de la costa situadas en su proximidad inmediata, el mar territorial empezará a partir de las líneas que unan los puntos más adentrados en el mar;

Además por virtud de la adición al artículo 27 constitucional (D. O. de 6 de febrero de 1976) se resolvió que la Nación ejerce derechos de soberanía y las jurisdicciones que determinen las leyes (D. O. de 13 de febrero de 1976) en una zona económica exclusiva de doscientas millas náuticas medidas a partir de la línea de base desde la cual se mide el mar territorial.

2. Las aguas marítimas interiores o sean las situadas en el interior de la línea de base delmar territorial o de la línea que cierra las bahías;

3. Las playas marítimas, entendiéndose por tales las partes de tierra que por virtud de la marea cubre y descubre el agua desde los límites de menor reflujo hasta los límites de mayor reflujo anuales;

4. La zona federal marítima terrestre o sea la faja de veinte metros de ancho de tierra firme, transitable, contigua a las playas del mar y a las riberas de los ríos desde las desembocaduras de éstos en el mar hasta el punto río arriba donde llegue el mayor reflujo anual;

5. Los diques, muelles, escolleras, malecones y demás obras de los puertos, cuando sean de uso público (art. *IB,* fracs. 11, 111, IV, V YXI), Y

6. Los puertos, bahías, radas y ensenadas (art. 29, fr. I a V y XI).

*e)* Dominio público terrestre. Está constituido por los cauces de las corrientes y los vasos de los lagos, lagunas y esteros de propiedad nacional; por las riberas y zonas federales de las corrientes; por los caminos, carreteras y puentes que constituyan vías generales de comunicación; por las presas, diques, y sus vasos, canales, bordos y zanjas construidos para la irrigación, navegación y otros usos de utilidad pública con sus zonas de protección y derechos de vía o riberas; las plazas, paseos y parques públicos cuya construcción o conservación esté a cargo del Gobierno Federal; los monumentos artísticos e históricos y las construcciones levantadas por el Gobierno Federal en lugares públicos para ornato o comodidad de quienes la visiten; los monumentos arqueológicos; inmuebles (art. 18, fracs. VI, VII, IX, X, XII, XIII y XIV).

288. Desde el punto de vista de la forma de incorporación de los bienes al dominio público, se pueden clasificar en dos categorías: los que constituyen el dominio natural y los que constituyen el dominio artificial.

Los primeros son aquellos que por su naturaleza misma quedan incorporados al dominio público, mientras que los segundos son los que se incorporan por una disposición expresa de la ley.

Esta distinción tiene una gran importancia, porque los bienes del dominio público artificial pueden ser retirados del uso común y en tal caso deja de serles aplicable el régimen especial que se creó en la ley para los bienes de dominio público [art. 16).

289. Los bienes de uso común lo mismo que todos los bienes de dominio público, están sujetos al régimen jurídico de inalienabilidad e imprescriptibilidad (art. 16).

La inalienabilidad, de la que es una consecuencia la imprescriptibilidad, debe ser estudiada en cuanto a su fundamento para poder determinar su alcance.

La inalienabilidad significa que los bienes de dominio público no están sujetos a acción reivindicatoria o de posesión definitiva o provisional y que los particulares y las instituciones públicas sólo podrán adquirir sobre el uso, aprovechamiento y explotación de estos bienes los derechos regulados en la propia Ley.

Sin embargo, se declara que pueden establecerse sobre los bienes de dominio público aprovechamientos accidentales o accesorios compatibles con la naturaleza de tales bienes en cuyo caso tales aprovechamientos se regirán por el derecho común, pero los derechos de tránsito, de vista, de luz de derrames y otros semejantes se regirán exclusivamente por las leyes y reglamentos administrativos.

Todavía pudiera objetarse que la inalienabilidad es contraria a la facultad de disponer que se ha reconocido como elemento característico de la propiedad, tal como se organiza por las legislaciones que derivan directamente de la romana; pero este argumento sólo sería válido si no se conociera más que ese tipo de propiedad y si no fuera notoria la evolución del concepto primitivo de ésta considerada como derecho subjetivo, al de la propiedad como función social en la que el régimen correspondiente se basa, no en modelos invariables, sino en la necesidad de favorecer la realización de los fines a que los bienes están afectados.

Así, tratándose de los de dominio público, nos encontramos con mi conjunto de bienes que están destinados a satisfacer necesidades colectivas, de tal manera que, si el régimen que les fuera aplicable permitiera su libre enajenación como cuando se trata de una propiedad que sólo satisface necesidades particulares de su titular, se haría imposible la sao tisfacción de los intereses colectivos.

Pero, además, como la satisfacción de tales intereses constituye una de las atribuciones del Estado, la propiedad que a éste se reconoce sobre los bienes de dominio público debe estar sujeta a un régimen adecuado a su finalidad, y que sólo estableciendo la prohibición de enajenar se puede impedir que el Estado deje de cumplir eficazmente sus atribuciones.

De aquí también se desprende que, como el régimen de los bienes de dominio público está íntimamente vinculado al cumplimiento de las atribuciones del Estado, dicho régimen, de acuerdo con las nociones expuestas en la primera parte de esta obra, forma parte del derecho público.

Precisada la naturaleza del régimen de la propiedad sobre los bienes de dominio público, es fácil explicar el alcance que la ley atribuye a la regla de inalienabilidad.

Esta tiene un carácter absoluto cuando se trata de bienes que por su naturaleza se incorporan al dominio público. Por el contrario, cuando han sido afectados al uso común por disposición de la ley, el carácter de inalienables sólo se les reconoce mientras no varíe su situación jurídica (art. 16).

La Ley de Bienes Nacionales previene que las concesiones sobre bienes del dominio público no crean derechos reales; otorgan simple. mente, frente a la Administración, y sin perjuicio de terceros, el derecho de realizar los usos, aprovechamientos o explotaciones, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes (art. 20).

Igualmente se establece que dichas concesiones, acuerdos, permisos o autorizaciones son anulables por incompetencia de las autoridades otor-

gantes o por violación de un precepto legal o por error, dolo o violencia que perjudiquen o restrinjan los derechos de la nación o los intereses legítimos de un tercero (art. 17) pudiendo cuando exista motivo que lo amerite someter el asunto al conocimiento de los tribunales (art. 18).

También se previene que las concesiones podrán rescindirse por causa de utilidad o interés público, mediante indemnización, cuyo monto será fijado por peritos (art. 26).

290. Al lado de los bienes de uso común, la Ley de Bienes Nacionales considera como bienes de dominio público a los destinados a un servicio público y a los equiparados a éstos (art. 2º. frac. III).

Corresponden a esta clase de bienes todos los inmuebles afectados al uso de oficinas públicas y sus dependencias; los predios rústicos utilizados directamente por los servicios de la Federación; los establecícimientos fabriles del Gobierno Federal; los inmuebles de propiedad federal destinados al servicio de los Estados y Municipios dentro de sus respectivas jurisdicciones; los que constituyan el patrimonio de los organismos públicos creados por la ley federal, y los otros adquiridos por medios de derecho público salvo los nacionalizados (art. 34).

En la misma Ley se declaran equiparados a los anteriores los templos y anexidades cuando estén legalmente abiertos al culto público; los afectos, mediante convenio que se publicará en el *Diario Oficial* de la Federación, a actividades de organizaciones internacionales de que México sea miembro y los afectos, mediante decreto, a actividades de interés social a cargo de asociaciones o instituciones privadas que no persigan propósitos de lucro (art. 35).

La forma establecida por la ley para afectar un bien propio al servicio público, es la de un decreto que así lo determine y que se expida por el Ejecutivo, por conducto de la Secretaría de Asentamientos Humanos y y Obras Públicas (art. 37).

Igual procedimiento se establece para el cambio de destino o desafectación del inmuebles de que se trate (art. 37).

El decreto que en ambos casos se requiere, constituye un acto administrativo desde el punto de vista material, puesto que es la condición necesaria para que se aplique o deje de aplicarse a un caso concreto el régimen general creado por la ley para los bienes afectados a un servicio público y para los que! dejan de tener esa utilización. El decreto, por sí solo, no crea ninguna situación jurídica, ni general, ni individual; sólo hace aplicable la que la ley establece.

El régimen jurídico aplicable a esta clase de bienes es igual al que corresponde a los bienes de uso común, pues mientras se encuentran afee-

tados al servicio, no pueden ser enajenados ni prescritos, prohibiéndose respecto de ellos todo gravamen real.

Sin embargo, la ley previene que los bienes que constituyan el patrimonio de organismos públicos creados por la ley federal, excepto los que por disposición constitucional sean inalienables, pueden gravarse siempre que el Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas lo autorice en forma expresa [art. 41).

291. Los inmuebles de dominio privado están sujetos en todo lo no previsto por la Ley General de Bienes Nacionales, al Código Civil Federal y en las materias que dicho Código no regule, a las disposiciones de policía, de urbanismo, así como a las referentes al plano regulador, vigentes en el lugar de su ubicación. De todas maneras, estos inmuebles son inembargables y aunque pueden adquirirse por prescripción, ésta sólo se completa duplicando los términos establecidos por el Código Civil Federal (arts. 4º y 60).

Los inmuebles de dominio privado pueden ser enajenados a título gratuito o a título oneroso. Lo primero, cuando se destinen a los servicios públicos de los Estados de la Federación y Municipios o a instituciones o asociaciones privadas, cuyas actividades sean de interés social y no persigan fines de lucro. Lo segundo, se hará mediante venta en subasta a los precios que determine la Comisión de Avalúos de Bienes Nacionales, o fuera de subasta, pero al precio que fije dicha Comisión, en el caso en que el Ejecutivo lo autorice mediante acuerdo a la Secretaría (artículos 57 a ..).

Forman parte de la legislación civil especial las disposiciones de la Ley en las que se fijan las condiciones de los contratos que celebre la Administración respecto de los bienes propios y los derechos que el Estado se reserva de los mismos, tales como las relativas a que ninguna venta se hará sin que se entregue en efectivo cierta suma y su pago total sea a corto plazo (art. 66).

Por último, la Ley declara que los bienes de dominio privado pueden ser objeto de todos los contratos que regule el derecho común con excepción de los de comodato y las donaciones no autorizadas por la ley.

292. En capítulo especial la Ley se ocupa de los muebles de dominio privado, los cuales se sujetarán a los sistemas de inventario y estimación de su depreciación y al destino y afectación que pueda dárseles de acuerdo con las normas que fije la Secretaría de Comercio. A dicha Secretaría corresponde la adquisición de los bienes muebles para el servicio de las distintas dependencias del Gobierno Federal y la enajenación

de dichos muebles, cuando por su uso o aprovechamiento o estado de conservación, no sean ya adecuados para el servicio. De la misma manera, las Secretarías o Departamentos de Estado, con aprobación de la Secretaría de Comercio, podrán donar bienes muebles de propiedad federal a los Estados, Municipios o instituciones de beneficencia, educativas o culturales, a quienes atiendan la prestación de servicios sociales, a beneficiarios de escasos recursos de algún servicio asistencial público, a las comunidades agrarias y ejidos y entidades paraestatales que los necesiten para sus fines, siempre que el valor de los bienes no exceda de $ 10,000.00 o si excediere se requerirá acuerdo presidencial (art. 81).

Por último se declara que los muebles de dominio privado son inembargables pero pueden los particulares adquirirlos por prescripción duplicando los términos establecidos por el Código Civil (art. 80), siempre que el valor de los objetos donados no exceda de cinco mil pesos. También se prevé la posibilidad de que el Gobierno Federal done bienes muebles a Gobiernos e instituciones extranjeras o a organizaciones internacionales, mediante Acuerdo Presidencial refrendado por las Secretarías de Relaciones Exteriores, por la de Comercio y por aquélla en cuyos inventarios figure el bien (arts. 57 a 62 reformados en 29 de diciembre de 1979, *D. O.* de 15 de enero de 1980).

## CAPÍTULO 11

## BIENES DE PROPIEDAD ORIGINARIA

293. Disposiciones del artículo 27 constitucional.-294. La propiedad de las tierras. Antecedentes históricos.-295. La revisión de títulos y otros caracteres de la propiedad colonial.-296. El concepto colonial de la propiedad de las tierras.-297. El régimen de esa propiedad desde la Independencia hasta la Constitución de 1917. La Ley de terrenos baldíos y nacionales.

293. Fuera de los bienes regulados dentro de la Ley de Bienes Nacionales, encontramos otro grupo de bienes que según esa misma Ley están sujetos a una legislación especial. Entre estos bienes se encuentran los comprendidos en el párrafo primero del artículo 27 constitucional.

El párrafo primero del artículo 27 dice así: "La propiedad de las tierras yaguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada."

294. Las características especiales de la propiedad originaria de la Nación que consagra ese primer párrafo del artículo 27 de la Constitución vigente, no pueden ser debidamente comprendidas y apreciadas sin conocer los precedentes singulares de la propiedad territorial en México, los cuales datan de la época de la Colonia.

El principio base de toda la construcción jurídica de la propiedad colonial fue el de que la conquista no constituye el origen de la propiedad, pues ella no es más que un medio para tomar posesión de las tierras

descubiertas., ya que desde antes de serlo tenían como titular a los reyes de España.

Estos habían adquirido su derecho a todas las tierras descubiertas y por descubrir, entre otros títulos, por la Bula de Alejandro VI de 4 de mayo de 1493, según la cual se da, concede y asigna perpetuamente a los Reyes de Castilla y de León y a sus sucesores, "con libre, llano y absoluto poder, autoridad y jurisdicción", "todas las Islas y tierras firmes, halladas y que se hallaren descubiertas y que se descubrieren hacia el Occidente y Mediodía, fabricando y componiendo una línea del Polo Artico, que es el Septentrión, al Polo Antártico, que es el Mediodía; ora se hayan hallado Islas y tierras, ora se hayan de hallar hacia la India o hacia otra cualquier parte, la cual línea dista de cada una de las Islas que vulgarmente dicen de los Azores y Cabo Verde, cien leguas hacia el Occidente y Mediodía y de cuyas tierras no hubiere tomado posesión ningún otro rey o Príncipe Cristiano hasta el día de Navidad del año de 1492".

Además, la donación se entendió en su tiempo no en favor del Estado Español, sino directamente en beneficio de la Corona de España. (Ley 1, tít. 1, Lib. III, y Ley XIV, tít. XII, Lib. IV. Recopilación de Indias.]

Así es que, como una consecuencia de que la propiedad de las tierras descubiertas correspondía a los Monarcas Españoles, ningún particular pudo tener derecho alguno sobre ellas sin un título que emanara de la Corona marcándose así una profunda diferencia entre la propiedad que estableció la legislación colonial española y la reconocida por las legislaciones que aceptaron el concepto de la propiedad romana, diferencia que se acentuó con otras características peculiares que asumió la propiedad colonial.

En efecto, la propiedad mercedada no fue una propiedad absoluta. Estaba sujeta a la condición suspensiva de su ocupación y a varias condiciones resolutorias, como eran las de no tener pobladas y cultivadas las tierras y la de enajenar dichas tierras a iglesias, monasterios o personas eclesiásticas. (Leyes, 1, 111 y X, tít. XII, Lib. IV. Rec. de Indias.)

295. Fue también característica del régimen colonial de la propiedad la posibilidad constante de revisión de los títulos que la amparaban. Pasada la primera preocupación de las autoridades de poblar y poner en producción las tierras descubiertas, se trató de ordenar la titulación de la propiedad que había llegado a un alto grado de confusión, por la multiplicidad de autoridades que intervenían en los repartos y mercedaciones y para tal efecto se expidieron diversas disposiciones, de las que sin duda la más importante es la consignada en la Real Instrucción de 15 de octubre de 1754 que precisó las autoridades que deben de intervenir en la venta y composición de las tierras y baldíos pertenecientes a la Corona

y que estableció las bases para determinar la legalidad de los diversos títulos que hubieren sido extendidos antes y después de la propia Real Instrucción.

Una característica muy importante del régimen que se viene examinando consistió en la preocupación tomada por los monarcas españoles para limitar la extensión de las tierras que podía concederse por virtud de mercedación real, para evitar la concentración de las mismas en pocas manos y la amortización de la propiedad raíz, como lo demuestran las leyes en las que se prevenía que las tierras se repartieran "sin exceso"; que ellas no podían transmitirse, pena de perderlas "a iglesias ni monasterios ni a otra persona eclesiástica" y que no se podían repartir en otro lugar, si no fuere dejando la primera residencia y pasándose a vivir a la tierra que de nuevo se poblare, salvo si en la primera hubiese vivido los cuatro años que tienen obligación para el dominio. (Ley 11, Tít. XII, Lib. IV, Rec. de Indias.]

Especial cuidado mereció dentro de la legislación colonial el régimen de propiedad de las tierras de los indios, come lo demuestran las múltiples disposiciones que se dictaron al respecto.

Ellas pueden clasificarse en dos grupos: las que se referían a las propiedades que los indios tenían desde antes de la conquista y las que proveían a la formación de nuevas poblaciones.

Respecto del primer grupo, es notable el celo que pusieron los gobernantes para que en todos los casos, aun en los de formación de nuevos poblados de españoles, se tuviera especial cuidado de respetar y conservar la propiedad de los indios. (Ley V del ru, XII, Lib. IV, Rec. de Indias.]

En la Ley IX del mismo Título de la citada Recopilación, se afirma la protección dada a la propiedad de los indios, al disponer "mandamos que las estancias y tierras que se dieren a los españoles sean sin perjuicio de los indios y que las dadas en su perjuicio y agravio se vuelvan a quien de derecho pertenezcan".

En forma que no deja lugar a duda respecto de la intención del Gobierno español sobre la protección que merecía la propiedad de los indios, la Ley XVIII del mismo Título, Libro y Recopilación ordenó: "que la venta, beneficio y composición de tierras, se haga con tal atención, que a los indios se las dejen con sobra todas las que les pertenecieren, así en particular como en comunidades, y las aguas y riegos y las tierras en que hubieren hecho acequias u otro cualquier beneficio, con que por industria personal suya se hayan fertilizado, se reserven en primer lugar y por ningún caso se les puedan vender ni enajenar".

En cuanto al segundo grupo, o sea el de las disposiciones legales que proveyeron a la formación de nuevas poblaciones, fue preocupación es-

pecial del Gobierno español que los grupos de naturales que no tenían asiento definido, fueran reducidos a poblaciones fijas empleando para ello "la mayor suavidad y dulzura", a fin de evitar que viviesen separados por las tierras y los montes, privados de todo beneficio espiritual.

Para la formación de los nuevos pueblos, se dispuso que ellos fueran dotados de un fundo legal y de las tierras necesarias para sus habitantes.

En este sentido, la Ordenanza de 26 de mayo de 1567, expedida por el virrey Marqués de Falces, dispuso que los pueblos tuvieran su fundo legal, es decir, el espacio para construir las habitaciones, fijándolo en una extensión de quinientas varas por cada viento, a contar desde la puerta de la iglesia, y aunque hubo varias modificaciones en la medida y forma de fijarlos, se estableció en definitiva que el fundo legal tuviera una amplitud de seiscientas varas contadas desde el centro de los pueblos, es decir, desde la iglesia de ellos y no desde la última casa.

Además, la Ley VIII, Título rn del Libro VI de la Recopilación oro denó que "los sitios en que se han de formar pueblos y reducciones tengan comodidad de aguas, tierras y montes, entradas y salidas, labranzas y un ejido de una legua de largo donde los indios puedan tener sus ganados sin que se revuelvan con otros de españoles".

Por último, durante la época de la dominación española los pueblos recibieron donadas por la Corona otras extensiones de tierras que se llamaron tierras de parcialidades o de comunidades de indígenas, que siguieron poseyendo en común después de la Independencia y, aunque en forma excepcional, se llegaron a constituir propiedades particulares en favor de algunos indios.

296. El rápido bosquejo que aquí se ha hecho de la legislación colonial demuestra que ella adoptó un avanzado concepto del derecho de propiedad sobre la tierra, con caracteres bien definidos para distinguirlo del concepto de propiedad romana adoptada por otras legislaciones.

En efecto, mientras que en éstas la propiedad se concebía como un derecho absoluto únicamente instituido en favor de su titular y que le otorgaba la facultad amplísima de usar, disfrutar y disponer libremente de aquélla, en la propiedad colonial, "sobre el dominio individual flotó siempre el dominio del Monarca", en forma tal que la propiedad de las tierras constituía una verdadera función social, puesto que ella sólo se conservaba mediante el cumplimiento de determinadas obligaciones, entre otras, las de hacer producir y poblar las tierras, que eran impuestas para preservar el interés general.

297. Al consumarse la Independencia, se consideró que la propiedad territorial que constituyó parte del Real Patrimonio fue adqui-

rida por la Nación Mexicana, y el régimen establecido para dicha propiedad en la legislación colonial subsistió en sus términos fundamentales, aunque, por razones de la' organización política, las atribuciones para otorgar las mercedes se encontraron en manos de los diversos Estados de la Federación.

Esta situación, que produjo una enorme confusión en la titulación de la propiedad territorial de la República, subsistió hacia la Constitución de 1857, en la cual se declaró materia federal la legislación relativa a tierras baldías.

En el año de 1863 fue expedida la primera legislación completa en materia de terrenos baldíos, y en dicha legislación se conservaron los caracteres fundamentales de la propiedad en el régimen colonial, y así, la titulación de la tierra debería de hacerse por la Nación; se estableció la obligación de los adquirentes de tierras de poblarlas y de cultivarlas y se limitó la extensión que podía ser adquirida por una sola persona a la cantidad de dos mil quinientas hectáreas.

Este régimen subsistió hasta el año de 1894, en el que la ley de 26 de marzo vino a transformar en forma completa, el concepto de propiedad territorial que tradicionalmente se había establecido.

La ley de 26 de marzo de 1894 sobre terrenos baldíos suprimió el límite fijado por las leyes anteriores para que los particulares pudieran adquirir tierras, y por eso dicha ley, juntamente con la de colonización de 1893, fue la que dio base para los acaparamientos de tierras que se operaron en la'República.

Esa misma ley suprimió la obligación impuesta por las leyes anteriores de cultivar y poblar los baldíos que se transmitieran en propiedad a los particulares, viniendo a dejar a éstos con la facultad de disponer de su propiedad en la forma que conviniera a sus intereses, contra el régimen de la legislación colonial en donde el particular tenía que aprovechar la tierra que se le mercedaba en forma benéfica para los intereses de la colectividad.

Por último, la ley de 1894 suprimió la posibilidad de revisión de la titulación de la propiedad de las tierras, y prohibió al Poder público molestar a los particulares intentando revisar los títulos expedidos.

En pocas palabras, puede decirse que la ley de 1894 colocó el régimen de la propiedad territorial en la República en situación semejante a la de la propiedad romana, a la de la propiedad absoluta que no puede ser en ninguna forma afectada por el' Poder público, sino que dejaba su manejo al interés individual; vino a establecer las bases de un sistema completamente diverso del que imponía la tradición española.

La ley de 1894, con varias modificaciones y estando suspendida en parte, vino rigiendo hasta el año de 1917, en que la Constitución Federal estableció un régimen para la propiedad que significa una regresión a la legislación colonial, puesto que en su artículo 27 establece el principio de que a la Nación corresponde originariamente la propiedad de las tierras yaguas del territorio y .que ellas sólo pueden ser adquiridas mediante título que la propia Nación otorgue; concede a la Nación la facultad de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público; al sancionar los procedimientos de dotación y restitución de tierras en favor de las corporaciones de población que carezcan de ellas. Vino también a restituir el régimen implantado por la legislación colonial respecto del cuidado que ésta tuvo para que los indios obtuvieran y conservaran las tierras que les fueran necesarias y finalmente establece la facultad de revisar todos los contratos y concesiones hechos por los gobiernos anteriores desde el año de 1876, que hayan traído como consecuencia el acaparamiento de tierras, aguas y riquezas naturales de la Nación por una sola persona o sociedad, y la facultad del Poder Ejecutivo para declararlos nulos cuando impliquen perjuicios graves para el interés público, siendo esa facultad la consagración del sistema tradicional implantado por la legislación española, que constantemente estuvo expidiendo disposiciones con el objeto de legitimar la titulación de la propiedad, fundándose en que el dominio del Rey no se extinguía con la merced, sino que "flotaba al lado del dominio individual".

Así pues, la Constitución de 1917 no ha hecho más que volver el régimen de la propiedad a la situación que le impone su origen mismo, reconociendo que la propiedad territorial mexicana tiene una tradición jurídica diversa de la propiedad romana y que, por lo mismo, constituyendo un tipo diverso de ésta, no puede ser juzgado con el criterio que dan las instituciones jurídicas derivadas directamente del derecho romano.

La propiedad originaria que la Nación tiene sobre las tierras del territorio de la República, que constituye un elemento de su patrimonio, se rige actualmente por la ley sobre terrenos baldíos y nacionales de 30 de diciembre de 1950 *(D. O.* de 7 de febrero de 1951).

De acuerdo con esta ley, los terrenos propiedad de la Nación se dividen en tres categorías: *a)* baldíos, *b)* nacionales, y *e)* demasías, siendo los primeros los que no han salido del dominio de la Nación por título legalmente expedido y que no han sido deslindados ni medidos. Los nacionales son los deslindados y medidos, los provenientes de las demasías cuyos poseedores no las adquieran y los que recobre la Nación por nulidad de títulos, con excepción de aquellos cuyos títulos se nulifiquen de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Constitución.

Finalmente las demasían son los terrenos poseídos por particulares con título primordial en extensión mayor de la que éste determine, pero dentro de los linderos .demarcados por el título y por lo mismo, confundidos en su totalidad con la superficie titulada (arts. 3º, 4º, 5º Y 6º).

La ley establece la posibilidad de enajenar a título oneroso o gratuito, de arrendar los terrenos nacionales y para entrar en composición con los poseedores de las demasías, pero prohíbe cualquiera de esas operaciones respecto de los terrenos baldíos (art. 7º). Además, determina que la adquisición de los baldíos, nacionales y demasías sólo puede efectuarse en los términos y requisitos que señala la ley y que en ningún caso podrán prescribirse ni ser objeto de embargos ni de procedimiento alguno de adjudicación por parte de los particulares, de los gobiernos locales o de las autoridades municipales (arts. 86 y 89).

Las enajenaciones a título oneroso se harán sólo por el máximo de superficie que la ley fija, sobre la base de los precios de avalúo comercial, mediante contratos de compraventa, y en caso de que el pago se haga a plazos, el título se expedirá cuando haya sido cubierto el precio total y el comprador compruebe que tiene el terreno acotado y lo está aprovechando en un 30% por lo menos de la superficie susceptible de aprovechamiento [arts. 10 a 14).

Las enajenaciones a título gratuito se autorizan en favor de mexicanos, mayores de edad, con capacidad física para la agricultura y legal para contratar, que carezcan de tierras y no tengan elementos para comprarla. Igualmente se autoriza al Ejecutivo de la Unión para hacer cesión gratuita de terrenos nacionales para el fundo legal y para los servicios públicos de las nuevas poblaciones que se erijan en la República, así como para el establecimientos de viveros, campos experimentales, postas zootécnicas, campos de ensayo y experimentación agrícola, etc. (arts. 26, 36 y 77).

## CAPÍTULO III

## BIENES DE DOMINIO DIRECTO

298. Sistemas adoptados en legislaciones extranjeras sobre la propiedad minera.-299. Sistemas, de las leyes mexicanas.-300. Naturaleza jurídica del dominio directo.-301. La propiedad de las aguas.

298. Ahora nos vamos a ocupar de la determinación de los caracteres jurídicos que reúne otro de los elementos del patrimonio del Estador-el dominio directo que el artículo 27 establece en favor de la Nación respecto de las sustancias minerales, incluyendo en éstas los carburos de hidrógeno.

El párrafo cuarto de dicho precepto establece: "Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales y orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, y el espacio situado sobre el territorio nacional en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional."

Para poder estudiar la naturaleza de este dominio directo es necesario examinar, aunque sea en términos generales, los diversos sistemas adoptados en otras legislaciones respecto a la propiedad minera.

Esas legislaciones pueden dividirse en dos grupos: unas excluyen la intervención del Estado, y otras le conceden dicha intervención.

Dentro de las que excluyen la intervención del Estado pueden formarse dos categorías; una, que considera a las sustancias minerales como una accesión de la propiedad del suelo, y otra que considera dichas sustancias *res nullius.*

En el sistema de la accesión, el propietario del suelo tiene derecho sobre los productos minerales que en él se encuentren o que yacen en el subsuelo y por tanto la explotación puede realizarse sin autorización especial del Estado.

Consideradas las sustancias minerales como *res nullius* también se excluye la intervención del Estado, reconociéndose la posibilidad de que el primer ocupante las haga de su propiedad y pueda proceder a su explotación.

Dentro del grupo de legislaciones en que se reconoce una intervención al Poder público, también es fácil encontrar diversas modalidades: o bien se considera que las sustancias minerales son *res nullius,* pero su aprovechamiento sólo puede hacerse mediante título que el Estado otorga al que descubre esas sustancias, o bien se considera que las sustancias minerales no corresponden al dueño del suelo por virtud de la accesión ni al primer ocupante, sino que son propiedad del Poder público.

Todavía, dentro de esta última modalidad, pueden señalarse las que establecen la propiedad privada del Estado sobre las sustancias minerales y las que sancionan el régimen de dominio público.

299. En nuestro país deben separarse dos períodos: uno que comprende la legislación colonial, que rigió hasta el año de 1884, y otro que parte del Código de Minería expedido en dicho año.

Durante la legislación colonial, el régimen de la propiedad minera puede concretarse en las disposiciones de las Ordenanzas de Aranjuez del año de 1783, en las que se dispuso que las minas son propias de la Real Corona, así por su naturaleza y origen como por su reunión dispuesta en la Ley IV, Título XIII, Libro VI, de la Nueva Recopilación, disponiéndose que "sin separarlas de mi real patrimonio las concedo a mis vasallos en propiedad y posesión", en el concepto de que "esta concesión se entiende bajo de dos condiciones: la primera que hayan de contribuir a mi real hacienda la parte de metales señalada y la segunda que han de labrar y disfrutar las minas cumpliendo lo prevenido en estas ordenanzas, de tal suerte que se entiendan perdidas siempre que se falte al cumplimiento de aquellas en que así se previniera y puedan concedérsele a otro cualquiera que por este título las denunciare".

En el Código de Minería de 1884, se continuó reconociendo el dominio directo de la Nación sobre las sustancias minerales; pero se estableció que el dueño del suelo era el propietario y podía disponer Iíbremente de los yacimientos carboníferos y petrolíferos que se encontraren en el subsuelo.

En la ley minera de 1892, aunque se establecía un régimen semejante, sin embargo, se hizo una variación por lo que hace al petróleo, respecto del cual se declaró simplemente que el dueño de la superficie tenia el derecho de explotar el petróleo sin necesidad de concesión especial.

A su vez la ley minera de 1910 reproduce en sus términos las disposiciones de la ley de 1884, declarando que son propiedad del dueño del suelo los yacimientos petroleros del subsuelo.

De manera que mientras la legislación colonial estableció un régimen contrario al de la accesión, las disposiciones de las leyes mineras de 1884, 1892 y 1910, vinieron a reconocer, por lo que se refiere al petróleo, la unidad entre el suelo y el subsuelo.

Por último, el párrafo 4º del artículo 27 de la Constitución Federal de 1917, volviendo a la tradición española, estableció el dominio directo de la Nación sobre las sustancias minerales, incluyendo, como antes se dijo, los carburos de hidrógeno.

300. Para explicar la naturaleza de ese dominio directo han existido muy diversos criterios que con el objeto de analizarlos podemos reducirlos a cuatro fundamentales. En primer lugar, se dice que el do-

mInIO directo es un dominio eminente. En segundo lugar, se considera el dominio directo como un dominio semejante al que conserva el dueño en la enfiteusis. En tercer lugar, se considera este dominio como una facultad especial del soberano, que en la legislación española se denominaba dominio radical, y, por último, existe otra tesis que considera el dominio directo como un verdadero derecho de propiedad en favor de la Nación.

*a)* Considerar al dominio directo como un dominio eminente, en realidad viene a ser contrario al espíritu que se revela en el texto del párrafo cuarto del artículo 27 constitucional.

En efecto, el dominio eminente se tiene por la Nación sobre todos los bienes que están sometidos a su jurisdicción; consiste simplemente en la facultad de legislar sobre determinados bienes, en la facultad de expropiarlos cuando son necesarios para un fin de utilidad pública. En una palabra, el dominio eminente no es una forma especial de propiedad, sino un atributo de la soberanía, que consiste en ejercer jurisdicción sobre todos los bienes situados en el territorio en el que se ejercita dicha soberanía.

Por lo mismo, considerar que el dominio directo es igual al dominio eminente, equivale a considerar a las sustancias minerales en la misma situación que todos los demás bienes que están dentro de la República, e indudablemente, según antes indicamos, éste no pudo haber sido el sentido de la nacionalización operada por el artículo 27, porque en esta nacionalización, además de tenerse el propósito de establecer la jurisdicción federal sobre las sustancias minerales se determina que sobre ellas la Nación tiene una propiedad inalienable e imprescriptible.

Pero estimamos que tratándose del espacio situado sobre el territorio nacional, no puede negarse que el dominio directo sólo significa una jurisdicción especial de cada Estado cuyo alcance se determina por el Derecho Internacional.

Respecto de los demás bienes, el dominio directo tiene un contenido diferente regulado por la legislación interna.

*b)* Descartada la primera tesis respecto de esa última clase de bienes, y entrando a la segunda, que hemos expuesto en la que se trata de explicar el. dominio directo considerando que la Nación tiene sobre las sustancias minerales la misma relación jurídica que conserva el dueño de la cosa en la institución de derecho civil, la enfiteusis, debemos decir que no hay ningún precedente jurídico que pueda autorizar la identificación entre ambas instituciones y, además, como la enfiteusis es un acto

por el cual se entrega un bien, conservándose el dominio directo, a otra persona que adquiere el dominio útil a cambio de una prestación determinada, se puede comprender que en el régimen de la propiedad minera no existe de parte del Estado entrega de un bien a cambio de una prestación pecuniaria, y que las obligaciones que la concesión minera impone de ejecutar trabajos regulares para el aprovechamiento de las sustancias a que la concesión se refiere, tienden, no a hacer que el Estado reciba beneficios pecuniarios, sino a que la colectividad se satisfaga haciendo producir sus riquezas.

*e)* Una tercera explicación del dominio directo es la que considera a éste con el carácter que algunas leyes españolas dieron al dominio de la Corona sobre las sustancias minerales. En dichas leyes se hablaba del dominio radical que la Corona tenía sobre las mismas y que consistía en que ésta podía titular en favor de particulares las minas transmitiéndoles una propiedad que sólo los obligaba a la entrega de una parte proporcional de los productos y a la explotación y población de las minas; pero fuera de estas dos obligaciones, la propiedad era una propiedad equiparable a la propiedad civil y el Rey solamente conservaba una facultad para el caso de que no se cumpliera con las obligaciones antes dichas, siendo esa facultad la que constituía el llamado dominio radical.

Se ha pretendido, repetimos, equiparar este dominio radical con el dominio directo. Sin embargo, no puede afirmarse que en los términos en que está la Constitución vigente se acepte la doctrina del dominio radical, pues siendo la propiedad de la Nación inalienable e imprescriptible, el particular no puede adquirir la propiedad de la mina, sino simplemente el beneficio de un derecho para la explotación de los productos mediante un título que no es de propiedad, puesto que está sujeto a condiciones distintas de las que rigen los títulos traslativos de dominio.

*d)* Por último, existe una tesis en la cual se considera que la Nación tiene una propiedad perfecta sobre las sustancias minerales. Se dice, dentro de ella, que tratándose de sustancias minerales lo que ocurrió en la colonia fue que el Monarca español no admitía que quedaran en manos particulares, sino que, además del dominio eminente que se reservaba, las incorporaba realmente a su patrimonio, de tal manera que sobre ellas la Corona tuvo una propiedad que pudo definirse como una propiedad completa, que es la forma como está consagrada en la Constitución.

Las objeciones que se pueden presentar contra esta explicación, son las mismas que hemos estudiado cuando nos ocupamos de determinar el carácter de la relación que el Estado tiene con los bienes de dominio público, es decir, se indica que la inalienabilidad y la imprescriptibilidad

vienen a ser un obstáculo para que se hable de una propiedad perfecta, ya que ésta constituye la facultad de disponer libremente.

De acuerdo con lo que en aquel lugar indicamos, debe decirse que la inalienabilidad e imprescriptibilidad vienen a dar un carácter más enérgico a la propiedad que la Nación tiene, porque son medios de los cuales se ha valido la Constitución para garantizar que esa propiedad se conserve siempre por la Nación, a efecto de que pueda responder a los fines de interés colectivo a los cuales se encuentra afectada. Aun dentro del derecho civil mismo, la inalienabilidad no constituye un carácter contrario a la propiedad, como lo demuestra el régimen de bienes dotales y del patrimonio de familia, en donde aquella prohibición no tiene otro ebjeto sino dar mayor fuerza a la propiedad.

Así pues, creemos que la última tesis expuesta es la más aceptable para precisar el concepto del dominio directo que utiliza la Constitución, debiendo agregar que nuestro sistema legislativo puede colocarse dentro de la categoría de legislaciones que adoptan la intervención del Estado, asignándole a éste una propiedad regida por el derecho público.

En efecto, la propiedad atribuida a la Nación sobre las sustancias minerales, no es una propiedad privada regida por las normas de derecho civil, sino afectada a la satisfacción de ciertos fines sociales, como son el de garantizar una eficaz explotación de los elementos naturales y de suprimir las cargas que los propietarios del suelo representan para un aprovechamiento regulado por el interés social (v, Capítulo sig.]

301. Nos queda, por último, el estudio del carácter que tiene la propiedad que el párrafo quinto del artículo 27 de la Constitución establece sobre determinadas corrientes y depósitos de agua.

De acuerdo con dicho precepto son propiedad de la Nación:

I. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional;

11. Las aguas marinas interiores;

III. Las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar;

IV. Las de los lagos interiores de formación natural que estén Iigados directamente a corrientes constantes;

V. Las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional;

VI. Las de las corrientes constantes o intermitentes y sus afluentes directos o indirectos cuando el cauce de aquéllas en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de límite al territorio nacional o a dos enti-

dades federativas o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la República;

VII. Las de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas estén cruzados por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la República y un país vecino o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la República con un país vecino;

VIII. Las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional y las que se extraigan de las minas; y

IX. Los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fije la ley. Además se dispone que las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas, mediante obras artificiales y apropiarse por el dueño del terreno; pero cuando lo exija el interés público o se afecten otros aprovechamientos, el Ejecutivo Federal podrá reglamentar su extracción y utilización y aun establecer zonas vedadas, al igual que para las demás aguas de propiedad nacional. Cualesquiera otras aguas no incluidas en la enumeración ano terior, se considerarán como parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corran o en los que se encuentren sus depósitos pero si se localizaren en dos o más predios, el aprovechamiento de estas aguas se considerará de utilidad pública y quedará sujeto a las disposiciones que dicten los Estados.

Sobre el particular debemos decir que el dominio de las aguas del territorio tiene los mismos antecedentes que el dominio de las tierras; pero que desde la legislación colonial se hizo una separación entre las aguas que podían entrar a formar parte del dominio privado de los particulares mediante una merced real, y las aguas que reuniendo ciertos caracteres especiales eran irreductibles a dicha propiedad. En la misma legislación española se establecieron varias servidumbres aun sobre las aguas mercedadas, en favor de los aprovechamientos comunes.

De la misma manera que la propiedad de las tierras se transmitió con la Independencia a la Nación Mexicana, ésta adquirió la propiedad de las aguas, cuyo régimen estuvo regulado por los Estados de la Federación hasta la Constitución de 1857, en donde se estableció la facultad del Poder Federal para legislar sobre vías generales de comunicación.

Con fundamento en esta disposición, se expidió en el año de **1888** una ley en la que se consideraron como de jurisdicción federal todas las aguas que presentaban condiciones de navegación o de flotación que las hacían adecuadas para reputarse como vías generales de comunicación.

Pero antes de esa fecha, en el Código Civil de 1870, al definir los bienes de propiedad pública y de propiedad privada, se estableció como

de propiedad pública la de los ríos, sin exigir que éstos fueran de carácter permanente o que tuvieran alguna otra característica especial.

Posteriormente, en los años de 1894 y 1896, se expidieron las bases para el otorgamiento de concesiones sobre las corrientes consideradas como vías generales de comunicación, y ese régimen quedó completado en el año de 1902 con las disposiciones que la ley de Inmuebles Federales consignaba para los aprovechamientos exclusivos de los bienes del dominio público.

La Constitución de 1857 fue reformada en el sentido de autorizar al Congreso para definir cuáles corrientes deberían ser de jurisdicción federal, y con fundamento en tal precepto constitucional se expidió la ley de 13 de diciembre de 1910, en la que se hizo una clasificación perfectamente determinada de las corrientes que debían considerarse como federales, siguiéndose el criterio de considerar con ese carácter no solamente las flotables y navegables que había tomado en cuenta la ley de 1888, sino, además, todas aquellas corrientes o depósitos de agua que se encontraren en los límites de dos o más Estados de la Federación o que pasasen de uno a otro. En dicha ley se consideraba que las aguas de jurisdicción federal constituían parte del dominio público y eran inalienables e imprescriptibles.

Vino, por último, la Constitución de 1917 que en el párrafo quinto de su artículo 27 establece, como acabamos de ver, la propiedad de la Nación sobre las corrientes y depósitos de agua que el mismo párrafo enumera, no dejando esta tarea, como lo hizo la Constitución de 1857, a la ley secundaria, y estableciendo que la propiedad de la Nación es inalienable e imprescriptible y que sólo mediante concesión pueden hacer aprovechamientos los particulares.

Además de ese precepto, el mismo artículo 27, en su párrafo primero habla de la propiedad originaria que corresponde a la Nación sobre las tierras yaguas de la República y establece que sólo mediante título de aquélla se puede obtener su propiedad por los particulares.

De aquí se desprende que en nuestro actual sistema legislativo, las aguas están sujetas a dos regímenes: uno que permite su adquisición por particulares, y otro que establece la propiedad de la Nación con el carácter de inalienable. La misma Constitución se encarga de prevenir que las aguas que no estén dentro de la enumeración que señala en el párrafo quinto el artículo 27, se consideran como aguas susceptibles de propiedad privada.

En todo caso, el régimen sobre esta propiedad inalienable de la Nación, es, del mismo modo que la propiedad sobre las sustancias minerales, un régimen de derecho público, en el que se reconoce que hay una

afectación de los bienes a la satisfacción de necesidades colectivas, afectación que es el fundamento de la inalienabilidad establecida.

En la vigente Ley Federal de Aguas de 31 de diciembre de 1971 *(D. O.* de 11 de enero de 1972) después de señalar el objeto de la misma; los bienes que son materia de ella, se regulan las diversas explotaciones, usos y aprovechamiento de las aguas y se señala el orden de prioridad de ellos. Igualmente se regulan las asignaciones, concesiones y permisos, la distribución de las aguas y las faltas y delitos en la materia.

## CAPÍTULO IV

## LA CONCESION DE EXPLOTACION DE BIENES DEL ESTADO

302. El régimen de concesión.-303. La concesión de explotación y la concesión de servicio público.-304. Los efectos de la concesión de explotación según las leyes. La oposición.-305. Naturaleza jurídica de esos efectos. Tesis civilistas. Las tesis de derecho público.-306. La concesión y los derechos reales.-307. La solución de la última Ley de Bienes Nacionales.-30B. Examen de la naturaleza jurídica del acto de concesión de explotación.

302. El artículo 27 de la Constitución, tal como fue reformado por Ley de 6 de enero de 1960 *(D. O.* de 20 del mismo mes), establece en los términos siguientes los medios de aprovechamiento de los bienes de dominio directo y los de propiedad de la Nación a que se ha hecho referencia en los capítulos anteriores. Dice así la parte relativa a ese precepto: "En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible, y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrán realizarse sino mediante concesiones otorgadas por el Ejecutivo Federal de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes. Las normas legales relativas a obras o a trabajos de explotación de los minerales y sustancias a que se refiere el párrafo cuarto, regularán la ejecución y comprobación de los que se efectúen o deban efectuarse a partir de su vigencia, independientemente de la fecha de otorgamiento de las concesiones, y su inobservancia dará lugar a la cancelación de éstas. El Gobierno Federal tiene la facultad de establecer reservas nacionales y suprimirlas. Las declaratorias correspondientes se harán por el Ejecutivo en los casos y condiciones que las leyes prevean. Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos o de minerales radioacvos, no se otorgarán concesiones ni contratos, ni subsistirán los que se hayan otorgado, y la Nación llevará a cabo la explotación de esos productos, en los términos que señale la ley reglamentaria respectiva. Corresponde exclusivamente a la Nación generar, conducir, transformar, dístri-

huir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público... Corresponde también a la Nación el aprovechamiento de los combustibles nucleares para la generación, de energía nuclear... El uso de la energía nuclear sólo-podrá tener fines pacíficos."

Por tanto, para completar el estudio del régimen de los bienes del dominio público de la Nación, consignado en la Constitución, habremos de referimos en este capítulo al examen de las concesiones autorizadas en materia de minas y de aguas.

303. Al ocupamos de los actos administrativos, consagramos un capítulo especial a la concesión de servicio público, y con lo que allí expusimos se marca la diferencia que dicha concesión guarda con la que hoy nos va a ocupar.

En la concesión de explotación sólo se producen relaciones entre el Estado y el concesionario, en tanto que en la de servicio público existe un tercer elemento, los usuarios del servicio. Tal diferencia proviene de la diversidad de los objetos de cada una de las dos clases de concesión, puesto que una se limita a autorizar la explotación de una riqueza pública y la otra la instalación y gestión de un servicio público.

Como en el capítulo de referencia quedó ya fijada la naturaleza jurídica del acto y efectos de la concesión de servicio público, en el presente nos limitaremos a idéntico estudio respecto de la concesión de explotación y a advertir que, fuera de esa diferencia de objeto, existen características comunes entre las dos concesiones, motivo por el cual no repetimos aquí mucho de lo que ya tenemos explicado.

304. En primer lugar examinaremos los efectos que legalmente producen las concesiones de explotación para poder precisar su naturaleza jurídica.

Las concesiones de explotación organizadas por la ley minera (D. O. de 22 de diciembre de 1975) producen fundamentalmente los siguientes efectos: *a)* autorizar la apropiación y beneficio de las sustancias minerales consignadas en el título respectivo (art. 16); *b)* obligar al concesionario al trabajo de las pertenencias concesionadas y al pago del impuesto que establece la Ley respectiva (arts. 51 y 52).

La concesión de uso y aprovechamiento de aguas nacionales en servicios propios del concesionario, autoriza a éste para consumir en los usos especificados el volumen de agua que la misma concesión ampare, obligándolo a cumplir las disposiciones de la ley y de los reglamentos (art. 133 de la Ley Federal de Aguas).

Hemos omitido al hablar de las dos especies de concesión referidas otros derechos generales que se otorgan al concesionario, porque enrealidad ellos son derechos conexos con los fundamentales que hemos señala-

do y que, en razón de la utilidad pública que se reconoce a las explotaciones amparadas, tienden a facilitar la explotación y a impedir que se vea obstruida por intereses particulares. Tales son las franquicias fiscales, las facultades de expropiación, ocupación, constitución de servidumbre y las de realizar obras o instalaciones necesarias para dicha explotación.

Un examen detenido del sistema de concesiones que estudiamos nos demuestra, en primer término, que el derecho que otorgan no está establecido en interés exclusivo del concesionario, y en segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, que el aprovechamiento otorgado al concesionario tiene al mismo tiempo el carácter de derecho y de obligación.

Que el derecho que otorga la concesión no está establecido en interés exclusivo del beneficiario es fácil e inmediatamente perceptible si se tiene en cuenta que la propiedad del Estado sobre los bienes concesionados, que la llamada nacionalización de tales bienes ha obedecido a la importancia que tiene para la vida económica del país la explotación efectiva de esos bienes lo cual sólo puede lograrse evitando que un régimen de propiedad privada deje al arbitrio del propietario tal explotación. En tales condiciones, sólo la intervención del Estado puede ser una garantía de que la explotación se lleve a cabo en las mejores condiciones y con el mayor rendimiento que exigen los intereses colectivos.

Siendo esto así, al autorizar al particular para que explote los bienes de que se trata, el Estado se mueve no en vista del interés del concesionario, porque entonces volvería al régimen de propiedad privada, sino en vista de ese interés colectivo primordial que es compatible con la apropiación que el concesionario haga de los productos.

Lo anterior es al mismo tiempo una explicación de que el aprovechamiento concedido tenga el doble carácter de derecho y de obligación. Si lo que el Estado persigue al otorgar la concesión es procurar la explotación de riquezas que benefician a la colectividad y de que esa explotación se lleve a cabo en la forma más efectiva y dé mejores rendimientos, entonces, al crear el derecho para el concesionario de explotar, le impone la explotación como un deber a su cargo. Tal es el sentido del requisito establecido por las disposiciones legales a que nos hemos referido, para la subsistencia del derecho, a saber, el de que el concesionario realice trabajos regulares de explotación.

De aquí se desprende que si por un motivo legal o de hecho deja de cumplirse con la obligación de explotar, dejará de existir concomitantemente el derecho para apropiarse de los productos.

Ahora bien, la obligación de explotar que impone la concesión se

regula no sólo por las estipulaciones del acto de concesión sino por la ley y por los reglamentos sobre la materia.

Así, la Ley Federal de Aguas previene que "es causa de caducidad de las concesiones, dejar de explotar, usar o aprovechar durante dos años consecutivos las aguas objeto de las mismas" (art. 140). La Ley Minera, por su parte, impone al concesionario la obligación de ejecutar y comprobar los trabajos de explotación que señalen la ley y sus disposiciones reglamentarias [art. 6S) y considera como causa de caducidad la falta de cumplimiento de esta obligación.

Lo expuesto hasta aquí no significa que la concesión no produzca, además, una situación jurídica individual para el titular. Si el Estado se vale de la concesión como un medio para explotar las riquezas naturales en beneficio de la colectividad, no pierde de vista por ello que esa explotación se realiza por los esfuerzos y capitales que aporta el concesionario, de tal manera que para hacer atractiva la inversión se establece en beneficio de la empresa explotadora la ventaja de apropiarse los productos por un período de tiempo determinado. De esa manera se logra subsanar la imposibilidad del Estado para comprometer cuantiosos fondos en la explotación de la riqueza pública; se satisface el espíritu lucrativo del capital privado y se da satisfacción a los intereses colectivos.

No creemos, sin embargo, que la facultad del explotador para apropiarse los productos pueda considerarse como una contraprestación civil de la obligación de explotar, ni tampoco puede pensarse que el Estado quede obligado a garantizar la amortización de las inversiones y el lucro esperado, pues para ello se necesitaría que hubiera una correlación minuciosa entre el monto de las cargas que impone la concesión y las ventajas que de ella derivan. Lo que ocurre simplemente es que aun cuando frente al Estado la facultad de aprovechamiento está subordinada al cumplimiento de la obligación de explotar, frente a los terceros y en el campo de la vida económica, esa facultad representa un bien apreciable en dinero, como otros muchos bienes de esa naturaleza que se originan en el campo del derecho administrativo, y que, como dice Hauriou, se superponen a los bienes de la vida civil *{op. cit.*, pág. 48).

La ventaja, pues, de que venimos hablando representa un derecho creado en beneficio del titular por el acto mismo de la concesión. No importa que su subsistencia dependa del cumplimiento de la obligación de explotar, puesto que lo más que esto significa es que se trata de un derecho que tiene una causa de caducidad; pero mientras ésta no ocurra, aquél tiene una existencia regular.

304. Aunque toda concesión se otorga siempre sin perjuicio de derechos de tercero, en repetidas ocasiones la ley establece un proce-

dimiento previo al otorgamiento para poder conocer y, en su caso, respetar esos derechos de tercero (v. *supra,* núm. 226).

En los artículos 125 a 128 de la Ley Federal de Aguas, se establece el régimen de las oposiciones y el procedimiento para decidirlas, determinando que dentro de treinta días después de la publicación de la solicitud de concesión podrán oponerse los terceros que pudieran resultar perjudicados con la concesión pedida; que dicha Secretaría dará al solicitante conocimiento de la oposición; que la Secretaría, recabando de oficio las pruebas que estime pertinentes resolverá el recurso.

Por su parte, la Ley Minera establece en sus artículos 69 y SIguientes, que la invasión total o parcial de terrenos no libres así como la posibilidad de causar daños en bienes de público interés o afectos a un servicio público, o en propiedades privadas será motivo de oposición que la Secretaría del Patrimonio Nacional, resolverá si es o no procedente.

305. Tratando de determinar la naturaleza jurídica de los efectos producidos por el acto de concesión, encontramos que en nuestro medio jurídico se ha sostenido que la concesión produce dos clases de situaciones jurídicas: unas entre el concesionario y el Poder público, que son las que ya antes dejamos estudiadas y las cuales se rigen exclusivamente por disposiciones de derecho administrativo; otras, entre el concesionario respecto a particulares ajenos a la concesión, en virtud de que esta constituye un hien patrimonial, susceptible de diversos contratos y de ser transmitido a los herederos, y que desde ese punto de vista la concesión es un hien de derecho civil, y que tanto éste como las relaciones que con motivo de él se originan, se rigen por la legislación civil ordinaria u común que corresponda. (Trinidad García, Registro de concesiones y otros actos en materia de Minas, Petróleos y Aguas. *Rev. de Derecho y Jurisprudencia,* 1930, t. 1, pág. 337.)

Dentro de la misma tesis se considera que el concesionario adquiere un derecho real, puesto que la concesión crea una relación de derecho respecto del bien que es su objeto, relación que tiene carácter absoluto y puede oponerse por el concesionario a cualquiera persona, y se concluye que, dada la naturaleza del bien sobre que recaen, las concesiones constituyen derechos reales sobre inmuebles y son bienes inmuebles, corroborándose todo lo anterior con las disposiciones de las leyes mineras, que han regido en el país, las cuales sujetan al Código Civil y al de Comercio, según el caso, el régimen de la propiedad minera y sus desmembraciones y los contratos respectivos *(op. cit.).*

La tesis anterior no nos parece admisible, porque sin desconocer que la concesión crea ventajas patrimoniales para el concesionario y que puede ser objeto de diversos actos y contratos, ni la legislación contem-

poránea admite que se trate de un bien regido por la legislación civil, ni la naturaleza del mismo permite equipararlo a un derecho real sobre inmuebles (v, *supra,* núm. 236).

En efecto, por una parte, tanto el Código Civil de 1884 como el actualmente en vigor, han dejado expresamente a la ley administrativa la regulación de todo 10 concerniente a las minas [arts. 771 y 776, respectivamente), y aunque es cierto que ha habido leyes mineras como la de 1910 que reenviaban al Código Civil la reglamentación de la propiedad minera y sus desmembraciones, tal reenvío no se ha repetido en las leyes posteriores, sino para casos aislados (indemnizaciones, servidumbres y contratos).

De manera que en principio la concesión y los derechos que origina se regulan por la ley administrativa correspondiente y no por la legislativa civil, faltando, por tanto, la base para afirmar que aquéllos constituyen bienes de derecho civil.

Existe, por otra parte, la circunstancia fundamental de que la Constitución de 1917, en su artículo 27, declara inalienable la propiedad de la Nación, sobre los bienes que pueden ser motivo de las concesiones de que venimos hablando. Ahora bien, como la constitución de un derecho real indiscutiblemente es un acto de enajenación, la Nación no puede por medio de la concesión otorgar un derecho de esa clase, porque contraría la regla de la inalienabilidad. (Borja Soriano, *Teoría General de las Obligaciones* y *Apuntes de Teoría General de los Coturtuos.]*

306. Examinando la naturaleza de los derechos que la concesión otorga al beneficiario, se puede comprobar todavía más que la propia concesión no es fuente de ningún derecho real.

En efecto, aunque los derechos del concesionario pueden oponerse a cualquiera persona, tal cosa no significa que ellos tengan el carácter de derechos reales, puesto que la doctrina del derecho civil ha admitido en una forma inequívoca que "los derechos reales no son las únicas relaciones obligatorias que engloban como sujetos pasivos a todos los hombres, excepto al que desempeña el papel activo", y que además de los derechos reales, son absolutos los derechos de familia, los derechos políticos, los derechos públicos inherentes a la persona, tales como el derecho de trabajar, de hablar, de escribir, etc., etc. (Planiol, *Dr. Civil,* pág. 661. Colin y Capitant, *Traité élémentaire de Dr. Civil,* pág. 103.)

Además, y como se recordará, nosotros hemos sostenido que las situaciones jurídicas creadas por un acto administrativo son oporribles a todo el mundo, y esto naturalmente, no puede significar que el nombramiento de un funcionario origine en favor de éste un derecho real (v. *supra,* núm. 237).

Descartado ese primer elemento que como se ve es completamente inadecuado para demostrar que existe un derecho real, veamos ahora si la situación de concesionario puede equipararse a la situación del que tiene un derecho de propiedad, de servidumbre, de usufructo, o de uso o de habitación, que son los únicos derechos reales reconocidos por la legislación civil, y los únicos que, por tanto, pueden existir.

Parece indudable que no puede haber una situación de. propietario, porque, según se ha dicho, los bienes concesionables son inalienables; tampoco puede tratarse de un derecho de habitación, porque su mismo nombre es excluyente de la situación del concesionario. Tampoco puede hablarse de una servidumbre, porque no existe predio dominante (Cód. Civ., arto 1050) ; ni de un derecho de uso, porque éste se concede respecto de un bien para que se emplee en la medida que baste para satisfacer las necesidades del usuario y de su familia, y no puede ser gravado, ni arrendado, ni embargado (Cód. Civ., arts. 1049 y 1051).

Aunque con el usufructo pudieran encontrarse analogías, existe, por una parte, la circunstancia ya analizada de que sería inconcebible un desmembramiento de la propiedad como la que significa el usufructo, tratándose de bienes constitucionalmente inalienables, y por la otra, no debe olvidarse que tal como se expuso en el número anterior, la concesión no sólo origina el derecho de explotación sino al mismo tiempo impone la obligación de efectuarla, creando una relación jurídica directa no entre el concesionario y la cosa, sino entre el concesionario y el Poder público.

307. Corroborando todo lo expuesto el artículo 13 de la Ley de Bienes Nacionales viene a consagrar la doctrina conforme con el sistema legal, declarando que: "las concesiones sobre los bienes de dominio público no crean derechos reales. Otorgan simplemente, frente a la Administración y sin perjuicio de terceros, el derecho de realizar las explotaciones o los aprovechamientos que las leyes respectivas regulan, a condición de que su titular cumpla con las obligaciones que se le impongan".

308. El análisis que hemos realizado de los efectos que produce la concesión de explotación de bienes nacionales nos permite ya definir la naturaleza jurídica de ésta.

Desde luego es posible afirmar que dada la diversidad de efectos, tal concesión es un acto jurídico de naturaleza compleja.

En efecto, por una parte ella organiza la explotación de los bienes que ampara teniendo en cuenta el interés colectivo vinculado con el regular y mejor aprovechamiento de las riquezas naturales, o bien se limita a subordinar tal explotación a las normas legales o reglamentarias ya exis-

tentes. Desde este punto de vista, es indudable que la concesión no tiene un carácter contractual puesto que no se crea una situación jurídica individual por el concurso de varias voluntades que tengan entre sí una recíproca interdependencia. El acto jurídico que en esas condiciones existe es creador de un situación jurídica general o la condición para que una situación de esta naturaleza se aplique a un caso concreto.

Por otra parte, la facultad de aprovechar los productos de la explotación sí se origina por virtud de la convención de las partes y tal facultad representa para el concesionario una situación de carácter individual. Puede, por tanto, decirse que en este aspecto, la concesión tiene un carácter contractual.

No se trata, sin embargo, de que en la concesión existan dos o más actos jurídicos diversos, independientes entre sí. Por el contrario, hay una íntima vinculación entre todos ellos en forma tal que el acto tiene perfecta unidad pues, como antes lo expresamos, aunque la obligación de explotar esté regulada por normas legales, ella guarda una íntima conexión con el derecho convencional de aprovechar los productos al grado de que este derecho sólo puede subsistir mientras aquella obligación se cumpla.

## CAPÍTULO V

## LA EXPROPIACION POR CAUSA DE UTILIDAD PUBLICA

309. Carácter de la expwpiación.-31O. La expropiación y las modalidades a la propiedad privada.-311. Bases legales de la expropiación.—312. Autoridades que intervienen en la expropiación.-313. Fijación de las causas de utilidad púo hlica.-314. Alcance y objetos susceptibles de la expropiaeión.-315. Procedímiento.-316. La indemnización. Epoca de pago.-317. Especie en que debe hacerse el pago. Su monto.-318. Autoridades llamadas a fijar la indemnización.

309. El estudio que acabamos de concluir del dominio del Estado nos demuestra que éste se integra, en primer término, por aquellos bienes que adquiridos originalmente por el Soberano por medio de la conquista, no llegaron a salir de su patrimonio en virtud de haber sido declarados inalienables; en segundo lugar, por aquellos bienes que el Estado va adquiriendo como consecuencia de sus transacciones con los particulares, y en tercer lugar, por los que el propio Estado adquiere por virtud de aplicación de determinadas leyes, como las de nacionalización y de bienes vacantes.

Pero puede suceder que el propio Estado necesite para algunas de sus atenciones, bienes que formen parte de la propiedad privada y que no pueda obtenerlos por medio de arreglos contractuales con sus dueños.

Como en tal caso el cumplimiento de las atribuciones del Estado sufriría sensiblemente si los medios necesarios sólo fueran suministrados cuando concurre la voluntad de un particular, desde tiempos remotos se ha reconocido en la legislación una forma por la que el Estado puede unilateralmente llegar a adquirir esos bienes.

La institución que para el efecto consagran las leyes es la de la expropiación por causa de utilidad pública.

La expropiación viene a ser, como su nombre lo indica, un medio por el cual el Estado impone a un particular la cesión de su propiedad por existir una causa de utilidad pública y mediante la compensación que al particular se le otorga por la privación de esa propiedad.

Aunque la expropiación como el impuesto constituye un acto de soberanía para cuya ejecución no se requiere el consentimiento del afectado, sin embargo existen entre la primera y el segundo diferencias sustanciales, pues mientras que en el impuesto, según lo dejamos indicado antes, el particular no recibe contraprestación especial por la parte de riqueza con que contribuye a los gastos públicos, en la expropiación sí existe una compensación de la propiedad de que se priva al particular. Es que la expropiación no constituye, como el impuesto, una carga que se distribuya proporcional y equitativamente entre todos los individuos. En la expropiación el Estado hace recaer todo el gravamen sobre una persona y la priva de su propiedad sin que a los demás individuos, en situaciones semejantes, los afecte en la misma forma. En esas condiciones el principio de igualdad de los particulares ante las cargas públicas se contrariaría si el expropiado fuera el único que tuviera que contribuir con su propiedad para un objeto que beneficia a toda la colectividad. Es equitativo que ésta reporte también la carga, y la forma en que la sufre es por medio del impuesto que sirve para el pago de la compensación que debe otorgarse.

310. La expropiación por causa de utilidad pública se distingue también de las modalidades que el Estado puede imponer a la propiedad privada por razones de interés público (art. 27, párrafo III, Const. Fed.).

Esas modalidades, en efecto, constituyen restricciones impuestas al ejercicio de los atributos del derecho de propiedad, de tal manera que, a primera vista, parece que el Estado, al establecerlas, está privando al propietario de una parte de su derecho, lo cual podría considerarse como un caso de expropiación.

Sin embargo, en nuestro concepto existen diferencias de forma y de fondo entre la modalidad y la expropiación. La primera constituye una medida de carácter general y abstracto que viene a integrar y a configurar, no a transformar, el régimen jurídico de la propiedad general de los

bienes en un momento y en un lugar determinados. La expropiación, por el contrario, constituye una medida de carácter individual y concreto que concentra sus efectos sobre un bien especial.

Por otra parte, mientras que con la expropiación se priva a un particular de sus bienes en tanto que esto es necesario al Estado, la modalidad sólo afecta el régimen jurídico de la propiedad imponiendo una acción o una abstención, en tanto que el ejercicio absoluto de aquélla puede causar un perjuicio a algún interés social cuya salvaguardia esté encomendada al Estado.

El Código Civil, en su artículo 830, previene que el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes, y en todo el capítulo de disposiciones generales en materia de propiedad el mismo Código señala una serie de limitaciones y modalidades que en su conjunto integran el régimen jurídico que norma la situación general del titular del derecho de propiedad. La prohibición de alterar o enajenar sin permiso de la autoridad administrativa las cosas que se consideren notables y características manifestaciones de la cultura nacional (art. 834), la obligación de cerrar o cercar una propiedad en los términos de las leyes o reglamentos (art. 842), la prohibición de edificar y plantar cerca de las plazas fuertes, fortalezas y edificios públicos, sin sujetarse a las condiciones especiales de los reglamentos de la materia (art. 843), y la obligación de no construir sino en los términos de las leyes y reglamentos sobre la seguridad y salubridad en la construcción, son junto con otras muchas de la misma índole, restricciones, modalidades que dan configuración al régimen jurídico de la propiedad.

La Suprema Corte de Justicia ha intentado hacer en los términos siguientes, la diferenciación entre el concepto de modalidad y el de expropiación: "Por modalidad a la propiedad privada debe entenderse, ha dicho, el establecimiento de una forma jurídica de carácter general y pero manente que modifique la figura jurídica de la propiedad ..., la modalidad viene a ser un término equivalente a limitación o transformación. Los efectos de las modalidades que se impriman a la propiedad privada consisten en una extinción parcial de los atributos del propietario, de tal manera que éste no sigue gozando, en virtud de las limitaciones estatuidas por el Poder Legislativo, de todas las facultades inherentes a la extensión actual de su derecho ... la finalidad que se persigue al imponerse modalidades a la propiedad privada no es otra que la de estructurar el régimen de la propiedad privada dentro de un sistema que haga prevalecer el interés público sobre el interés privado, hasta el grado en que la Nación lo estime conveniente. .. Por lo que toca a los efectos jurídicos de la expropiación, debe decirse que no supone una extinción de los derechos del

propietario, sino una sustitución del dominio o el uso, por el goce de la indemnización correspondiente. .. Ahora bien, precisados los conceptos de modalidad de la propiedad privada y de expropiación, son fácilmente perceptibles las diferencias que las separan. La primera supone una restricción al derecho de propiedad de carácter general y permanente; la segunda implica la transmisión de los derechos sobre un bien concreto mediante la intervención del Estado, del expropiado, a la entidad, corporación o sujeto beneficiados. La modalidad se traduce en una extinción parcial de los derechos del propietario; la expropiación importa la sustitución del derecho al dominio o uso de la cosa por el goce de la indemnización. En aquélla, la supresión de facultades parciales del propietario se verifica sin contraprestación alguna; en ésta se compensan los perjuicios ocasionados, mediante el pago del valor de los derechos lesionados..." *(S. l. de la F.,* t. L, pág. 2568). (S. C. J. Informe 1980, Pleno, tesis 29, pág. 543.)

311. En nuestra legislación positiva actual la expropiación tiene su base en las siguientes disposiciones consignadas en el artículo 27 constitucional.

El párrafo segundo de ese precepto dispone que "las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización".

El párrafo decimoquinto del mismo artículo establece que "las leyes de la Federación y de los Estados en sus respectivas jurisdicciones determinarán los casos en que sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada, y de acuerdo con dichas leyes, la autoridad administrativa hará la declaración correspondiente. El precio que se fijará como indemnización a la cosa expropiada, se basará en la cantidad que como valor fiscal de ella figure en las oficinas catastrales o recaudadoras, ya sea que este valor haya sido manifestado por el propietario o simplemente aceptado por él de un modo tácito por haber pagado sus contribuciones con esta base. El exceso de valor o el demérito que haya tenido la propiedad particular por las mejoras o deterioros ocurridos con posterioridad a la fecha de la asignación del valor fiscal será lo único que deberá quedar sujeto a juicio pericial y a resolución judicial. Esto mismo se observará cuando se trate de objetos cuyo valor no esté fijado en las oficinas rentísticas".

Los apartados marcados con los números X y XIV del propio artículo 27, previenen la expropiación por cuenta del Gobierno Federal del terreno que baste a satisfacer las necesidades de núcleos de población que carezcan de ejidos o no puedan lograr su restitución, consignando como único derecho de los propietarios la facultad de acudir al Gobierno Federal dentro de un año a partir de la resolución respectiva para que les sea pagada la indemnización correspondiente.

Finalmente, en el apartado XVII, se determina que si el propietario de una finca rústica se opusiere al fraccionamiento de los excedentes de la extensión máxima que pueda ser conservada de acuerdo con las leyes respectivas en cada entidad, se llevará a cabo dicho fraccionamiento por el Gobierno local, mediante la expropiación, quedando obligados los propietarios a recibir Bonos de la Deuda Agraria local para garantizar el pago de la propiedad expropiada.

Con anterioridad a la vigencia de las disposiciones constitucionales transcritas, estuvo en vigor el artículo 27 de la Constitución de 1857, así concebido: "La propiedad de las personas no puede ocuparse sin su consentimiento, sino por causa de utilidad .pública y previa indemnización. La ley determinará la autoridad que deba hacer la expropiación y los requisitos con que ésta debe verificarse."

Sobre la base de este precepto se expidieron las siguientes leyes sobre la materia: de 31 de mayo de 1882, que autorizó al Ayuntamiento de México y al Ejecutivo Federal para hacer expropiaciones por causa de utilidad pública, con sujeción a las bases consignadas en la concesión otorgada el 13 de septiembre de 1880 a la Compañía Constructora Nacional para la construcción de un ferrocarril de México al Océano Pacífico y de México a la frontera norte; de 3 de julio de 1901, adicionando la anterior, y de 3 de noviembre de 1905, autorizando al Ejecutivo para decretar y llevar a cabo la expropiación de aguas potables y terrenos para los servicios municipales en los territorios federales. Existieron, además, disposiciones especiales en las leyes de mineria,aguas, patentes, Código Federal de Procedimientos Civiles, etc., etc.

Bajo el régimen de la Constitución de 1917, también se han expedido, aparte de leyes de expropiación en materias especiales (tierras, aguas, minas, petróleo, vías de comunicación, zonificación y planificación, etc.}, algunas disposiciones de carácter general.

Así, en el vigente Código Civil Federal, se consignan los siguientes preceptos:

"Artículo 832. Se declara de utilidad pública la adquisición que haga el Gobierno de terrenos apropiados, a fin de venderlos para la constitución del patrimonio de la familia o para que se construyan casas-hahitación que se alquilen a las familias pobres, mediante el pago de una renta módica."

"Artículo 833. El Gobierno Federal podrá expropiar las cosas que pertenezcan a los particulares y que se consideren como notables y características manifestaciones de nuestra cultura nacional, de acuerdo con la ley especial correspondiente."

"Artículo 836. La autoridad puede, mediante indemnización, ocupar la propiedad particular, deteriorarla y aun destruirla, si esto es indispensable para prevenir o remediar una calamidad pública, para salvar de un riesgo inminente una población o para ejecutar obras de evidente beneficio colectivo."

Por último, con fecha 23 de noviembre de 1936, fue promulgada la Ley de Expropiación que rige en la actualidad, tanto en materia federal como local del Distrito Federal, de acuerdo con su competencia respectiva.

312. Expuestos los datos anteriores, pasaremos a estudiar.Ia expropiación en sus diversos elementos.

En primer término, debemos ocuparnos de examinar qué autoridades son competentes para intervenir en la expropiación.

En la Constitución de 1857 no se determinaban las autoridades que deberían intervenir, pues dicho Código se limitaba a expresar, como antes indicamos, que la propiedad sólo podría ser ocupada por causa de utilidad pública y previa indemnización, dejando a las leyes secundarias la fijación de las autoridades competentes para realizar los diversos actos que la expropiación implica.

La Constitución de 1917 vino a precisar cuáles son las autoridades que deben intervenir en las diversas fases de la expropiación.

En el párrafo decimoquinto del artículo 27, se indica que al Poder Legislativo corresponde la declaración de la causa de utilidad pública por la que procede expropiar, al Poder Administrativo la declaración concreta de que existe la causa de utilidad pública prevista por la ley, y la de que un bien determinado debe expropiarse para satisfacer esa utilidad.

Sin embargo, la Constitución no habla expresamente de cuál es la autoridad que debe ejecutar la expropiación, es decir, la que prácticamente debe llevar a cabo la desposesión del particular y la atribución del bien expropiado en favor del Estado.

Con motivo de esa falta de declaración expresa, se han sostenido dos opiniones contrarias: una, según la cual una vez que la autoridad administrativa ha declarado la procedencia de la expropiación, su éjecución debe realizarse por la autoridad judicial.

Para fundar esta opinión se recurre al párrafo decimosexto del mismo artículo 27, según el cual "el ejercicio de las acciones que corresponden a la Nación, por virtud de las disposiciones del presente artículo, se hará efectivo por el procedimiento judicial". Se sostiene en la opini6n que examinamos que como la expropiación constituye una de las aceiones que a la Naci6n corresponden por virtud del artículo 27, la aplicación de la parte transcrita del mismo obliga a recurrir a la autoridad judicial.

Esta opinión tiene a su favor el sistema vigente con anterioridad a la Constitución de 1917, en el que la expropiación de acuerdo con las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Civiles, se sujetaba al conocimiento de la autoridad judicial para que ésta fijara la indemnización correspondiente y para que ordenara la privación de la propiedad.

En los términos de la segunda opinión, o sea la que sostiene que no es necesaria la intervención de la autoridad judicial, se aduce como fundamento el mismo párrafo decimoquinto del artículo 27, pues en él, después de fijar que el Poder Legislativo debe declarar por qué causas de utilidad pública procede la expropiación y que el Poder Administrativo haga la declaración en cada caso concreto, no viene a dar intervención a la autoridad judicial sino en el procedimiento de indemnización, yeso sólo por lo que atañe al exceso de valor que haya tenido la propiedad particular por las mejoras que se le hubieran hecho con posterioridad a la fecha de la asignación del valor fiscal, o cuando se trate de objetos cuyo valor no esté fijado en las oficinas rentísticas. Se sostiene que como es el único momento en el cual se da intervención a la autoridad judicial, no hay base para pensar que debe intervenir en alguna otra de las fases de la expropiación.

La Ley de Expropiación siguiendo el segundo de los criterios expuestos, previene que el Ejecutivo hará la declaratoria de expropiación [art, 3º) y oportunamente procederá, sin la intervención de otra autoridad, a la ocupación del bien afectado [arts, 7º y 8º).

313. La Constitución establece que la expropiación sólo procede por causa de utilidad pública. Es, pues, indispensable examinar, en segundo lugar, qué es lo que debe entenderse por dicha causa.

Ya en un principio indicamos que, de acuerdo con nuestro sistema legal, en unos casos la misma Constitución señala las causas que considera como de utilidad pública para basar en ellas la expropiación; pero la regla general es, según también ya indicamos, que las legislaturas son las competentes para fijar en las leyes secundarias los casos en que. sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada.

Se comprende desde luego que con motivo del señalamiento de esos casos, surgen dos problemas diferentes; uno de carácter exclusivamente legal que consiste en determinar sila legislatura es soberana para señalar las causas de utilidad pública, y otro, de carácter netamente técnico que estriba en definir el criterio con el cual se debe reconocer que una causa es o no de utilidad pública.

Sobre el primer problema la jurisprudencia no ha llegado a definirse pudiendo citarse ejecutorias en sentido diferente y hasta perfectamente contrarias. En algunas de ellas se ha sostenido que es absurdo "suponer

que la Constitución diera al Legislativo de la Federación o de los Estados, en su caso, la facultad de proceder en materia tan trascendental, en términos absolutos o discrecionalmente, siéndoles permitido obrar de un modo arbitrario o caprichoso hasta el grado de ir contra la naturaleza misma de las cosas... de aceptar que la Federación y los Estados son los que con autoridad infalible han de definir lo que ha de entenderse por causa de utilidad pública, saldría sobrando, porque equivaldría a borrarlo, el precepto terminante del párrafo segundo del artículo veintisiete, que, como una preciosa garantía, exige la existencia de esa causa para que proceda toda expropiación", y concluye diciendo: "es inconstitucional la expropiación declarada, sin que medie realmente la causa de utilidad pública, y los tribunales de la Justicia Federal están capacitados para resolver sobre la constitucionalidad o anticonstitucionalidad de las leyes... que determinen los casos en que sea de utilidad pública la expropiación de la propiedad privada..." *(S. [, de la F.,* 1. IV, pág. 918.)

En sentencia posterior, la misma Suprema Corte ha sostenido que el artículo veintisiete constitucional "ha querido conceder y ha concedido a los Poderes Legislativos de los Estados, cuando se trata de bienes ubicados en su jurisdicción, una facultad soberana que ninguna otra autoridad puede invadir, no siendo susceptible, por consecuencia, de ser tratada en el juicio de garantías. De otro modo la Suprema Corte de Justicia se vería precisada a calificar cuándo existe esa utilidad pública para negar la protección federal, y cuándo no existe, para concederla, sustituyéndose así a las autoridades a quienes está encomendada esa calificación, atentos los términos del artículo veintisiete constitucional antes citado". *(S. [, de la F.,* t. XVIII, pág. 1266, y t. XLIV, pág. 3237.)

Para dar una correcta solución a la cuestión planteada creemos que es necesario definir previamente si es posible construir técnicamente un criterio sobre lo que debe entenderse en abstracto por causa de utilidad pública, o si, por el contrario, hay que resignarse a que casuísticamente y de acuerdo con el criterio cambiante de los legisladores, vayan éstos estableciendo discrecionalmente casos en los que se considere que exista esa utilidad pública.

En realidad parece que en nuestro país los Tribunales siempre se han inclinado en el sentido de considerar que sí es posible fijar abstractamente un criterio unitario de la causa de utilidad pública, y así la Suprema Corte de Justicia en una época estuvo considerando como esenciales para la existencia de la citada causa estos dos elementos: *a)* que sea impuesta por una necesidad pública y que, por consecuencia, la expropiación que con fundamento en ella se haga, redunde en provecho común, en beneficio de la colectividad, y *b)* que la cosa expropiada pase a ser del

goce y de la propiedad del Municipio, Estado o Nación, y no de simples individuos *(S. J. de la F.*, t. Il, pág. 440; t. IV, pág. 918).

Es fácil apreciar de lo anterior que, aunque uno de los elementos es bien definido, el del adquiriente del bien expropiado, el otro o sea la determinación de lo que es necesidad pública y redunde en beneficio de la colectividad, desplaza el problema hacia el de precisar si la Legislatura puede discrecionalmente apreciar si existe un caso de necesidad pública que imponga ineludiblemente la expropiación.

Resoluciones posteriores de la Suprema Corte de Justicia han venido, sin embargo, a cambiar el criterio sobre la causa de utilidad pública. En efecto, en la sentencia arriba citada, de 8 de diciembre de 1936 *(S. J. de la F.*, t. L, pág. 2568), siguiendo las ideas expuestas en la exposición de motivos de la ley vigente, y refiriéndose a la jurisprudencia de que acabamos de hablar, indica que ella 'ha sido contrariada en múltiples resoluciones, abandonándose un concepto insostenible dentro de una correcta interpretación del estatuto constitucional que rige la materia". "Ultimamente, sigue diciendo, se han precisado las ideas a este respecto, adoptándose la tesis de que la utilidad pública, en sentido genérico, abarca tres causas específicas: la utilidad pública en sentido estricto, o sea, cuando el bien expropiado se destina directamente a un servicio público; la utilidad social que se caracteriza por la necesidad de satisfacer de una manera inmediata y directa a una clase social determinada y mediante ella a toda la colectividad, y la utilidad nacional, que exige se satisfaga la necesidad que tiene un país de adoptar medidas para hacer frente a situaciones que le afecten como entidad política o como entidad internacional..." En la misma sentencia, la Corte considera que la propia Constitución contiene disposiciones que autorizan expropiaciones en las que no hay sustitución por parte de una persona de derecho público en el goce del bien expropiado, tales como las expropiaciones para dotar de ejidos a los pueblos, para fraccionar los grandes latifundios, para la constitución de nuevos centros de población agrícola, que son precisamente los casos que la sentencia considera como de utilidad social.

Después de indicarse en la propia ejecutoria que "no puede marcarse una línea que separe radicalmente lo que debe entenderse por interés público, por interés social y por interés nacional, ya que las palabras 'utilidad pública' encierran un concepto que no tiene como contrario más que el de 'utilidad privada', concluye que 'lo que la Constitución prohibe es que se hagan expropiaciones por utilidad privada, pero de ninguna manera por causas de interés social o nacional', pues 'en última instancia todo interés social es un interés nacional y todo interés nacional es un interés público' "

El nuevo criterio sustentado por la Corte en la ejecutoria referida no nos parece mejor en precisión al primero, pues, además de que viene a separar en tres causas lo que para la Constitución no es más que una, introduciendo así una complicación que en nuestro sentir es innecesaria, ya que, en última instancia, como lo dice la misma Corte, todos los intereses, social y nacional, se reducen al interés público, deja en pie la cuestión relativa a fijar los elementos con que se debe juzgar si una necesidad social, nacional o pública, debe justificar la expropiación.

Por nuestra parte pensamos que·el concepto de utilidad pública sí puede definirse en términos que reduzcan la discrecionalidad de los legisladores para fijarla. Pensamos que el concepto de utilidad pública, como todos los conceptos del derecho público debe definirse en relación con la noción de atribuciones del Estado, de tal modo de considerar que existe siempre que la privación de la propiedad de un particular sea necesaria para la satisfacción de las necesidades colectivas cuando dicha satisfacción se encuentra encomendada al Estado.

De esta manera se consigue cubrir con un criterio exclusivamente técnico todos los casos que la ejecutoria quiso amparar con una terminología imprecisa y discutible, pues, por una parte, se excluyen todos los casos de necesidades privadas, cuya satisfacción no corresponde al Estado, y por la otra, se comprenden todos aquellos en que, bien sea por adquisición del Estado, o de grupos sociales o de concesionarios que no son más que agentes del Estado, se satisface una necesidad que el Estado está obligado a atender.

Además, el criterio que sustentamos es de tal manera comprensivo que hace inútil cualquiera tesis basada únicamente en el empleo de diversos vocablos, siendo bastantes los términos "utilidad pública" para abarcar todos los casos en que el Estado tiene obligación, por razón de sus atribuciones, de dar satisfacción a una necesidad, y en el concepto de que poco importa que esos casos varíen, pues basta que el Estado esté dotado de la atribución correspondiente para que pueda considerarse que ellos son una causa de utilidad pública.

Consecuencia de lo anterior es la de que el legislador no puede considerar como causa de utilidad pública la satisfacción de una necesidad cuando el Estado no tiene conferida la atribución correspondiente para atenderla. Por último, las autoridades judiciales sí podrán examinar concretamente si el caso considerado como de utilidad pública resiste o no el análisis frente alcriterio expuesto. (V. Jurísp. S. C. de J. 1917-1975. Segunda Sala. Tesis 546, pág. 904).

Sin embargo, el propio legislador sí tiene una facultad discrecional para enumerar en la ley los casos de utilidad pública que considera pre-

ferentes en un momento determinado, a reserva de incluir en la ley otros que vayan teniendo importancia o de excluir aquellos que la hayan perdido.

Por eso, en una ley de expropiación como la que actualmente está en vigor, habrá de tenerse presente que ni agota todos los casos posibles de utilidad pública ni los que ella comprende son necesariamente inmutables.

Estudiando ya en concreto dicha ley se encuentra con que ella declara como casos de utilidad pública: I.-El establecimiento, explotación o conservación de un servicio público; II.-La apertura, ampliación, alineamiento de calles, la construcción de calzadas, puentes, caminos y túneles para facilitar el tránsito urbano y suburbano; III.-El embellecimiento, ampliación y saneamiento de las poblaciones y puertos, la construcción de hospitales, escuelas, parques, jardines, campos deportivos o de aterrizaje, construcción de oficinas para el Gobierno Federal y de cualquiera otra obra destinada a prestar servicios de beneficio colectivo; IV.-La conservación de los lugares de belleza panorámica, de las antigüedades y objetos de arte, los edificios y monumentos arqueológicos o históricos y de las cosas que se consideran como características notables de nuestra cultura nacional; V.-La satisfacción de necesidades colectivas en casos de guerra o trastornos interiores; el abastecimiento de las ciudades o centros de población, de víveres o de otros artículos de consumo necesario y los procedimientos empleados para combatir o impedir la propagación de epidemias, epizootias, incendios, plagas, inundaciones u otras calamidades públicas; VI.-Los medios empleados para la defensa nacional o para el mantenimiento de la paz pública; VII.-La defensa, conservación, desarrollo o aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de explotación; VIII.-La equitativa distribución de la riqueza acaparada o monopolizada con ventaja exclusiva de una o varias personas y con perjuicio de la colectividad en general o de una clase en particular; IX.-La creación, fomento o conservación de una empresa para beneficio de la colectividad; X.-Las medidas necesarias para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la colectividad; XI.-La creación o mejoramiento de centros de población y de sus fuentes propias de vida, y XII.-Los demás casos previstos en las leyes especiales (art. 1º).

314. Conviene ahora estudiar el alcance que puede tener la expropiación.

El artículo 2º de la Ley de Expropiación establece que en los casos de utilidad pública procederá la expropiación, la ocupación temporal, total o parcial, o la simple limitación de los derechos de dominio.

Este precepto puede inducir a pensar que la expropiación constituye una figura jurídica diversa de las otras afectaciones parciales del domínio; pero la verdad es que, de acuerdo con la doctrina general en la materia, la expropiación puede tener por objeto o el derecho de propiedad íntegramente considerado o sólo alguno de sus atributos, o cualquiera otra clase de derechos, según lo requiera la causa de utilidad pública que pretenda satisfacerse.

Por lo que hace a los bienes que pueden ser expropiados, debe reconocerse, en primer término, que el Estado no puede proceder a la expropiación del dinero en efectivo, pues, por una parte, el medio legal para obtener los recursos indispensables para el sostenimiento de los gastos públicos es el impuesto, y por la otra, como la expropiación da lugar a una indemnización en efectivo, si éste se expropiara para compensarse en la misma especie, la expropiación dejaría de cumplir su objeto.

Se ha sostenido que la expropiación dentro de nuestro sistema constitucional no puede tener por objeto bienes muebles, empresas mercantiles o negociaciones industriales, porque, como el artículo veintisiete constitucional se limita a reglamentar la propiedad territorial, es lógico pensar que al autorizar la expropiación sólo quiso referirla a esa clase de propiedad.

La interpretación legislativa y judicial ha rechazado la tesis anterior, pues considera que frente al argumento fundado en la colocación material del precepto, existen datos derivados tanto de antecedentes constitucionales, como de la redacción del párrafo decimoquinto del mismo articulo veintisiete, que no hacen el distingo necesario para considerar autorizada la exclusión de otros bienes distintos de los inmuebles. (v. discusiones de la Ley de Expropiación y sent, de 8 de diciembre de 1936, S. J. *de la F.,* t. L, pág. 2568.)

315. Por lo que hace al procedimiento para decretar la expropiación, el artículo 27 constitucional dispone que la autoridad administrativa hará la declaración correspondiente, sin que prevenga ni la audiencia de los afectados ni la intervención de la autoridad judicial. La competencia de esta última la reduce a fijar el exceso de valor o demérito posteriores a la asignación del valor fiscal de los bienes expropiados o a la fijación del valor cuando no esté fijado en las oficinas rentísticas.

La Suprema Corte ha sostenido que en materia de expropiación no rige la garantía de previa audiencia, pues el artículo 27 constitucional no establece tal requisito (Jurisp. S. C. de J. 1917-1975. Pleno. Tesis 46, pág. 112 Y Segunda Sala. Tesis 391, pág. 649). Sin embargo, la propia Corte ha reconocido que cuando la ley respectiva ordene que dentro del procedimiento se dé oportunidad al afeetado.para que presente sus defen-

sas, hay obligación de seguir ese procedimiento (Jurisp. S. Corte 1917-1954, tesis 471, pág. 902).

La doctrina está conforme con esta solución, pues considera que de la misma manera que la fijación y cobro del impuesto no requiere la intervención judicial, tratándose de la expropiación, el particular no puede exigir que se siga un procedimiento en el que se satisfagan los requisitos y formalidades del procedimiento judicial. "La autoridad para determinar en qué caso es necesario permitir el ejercicio de este poder (de expropiación) debe ser exclusiva del Estado mismo; y la cuestión es siempre de un estricto carácter político que no requiere ninguna audiencia sobre los hechos ni ninguna determinación judicial. .. Las partes interesadas no tienen ningún derecho constitucional a ser oídas sobre la cuestión, a menos que la Constitución del Estado, clara y expresamente reconozca ese derecho y dicte las providencias para respetarlo. .. El Estado no tiene ninguna obligación de dictar medidas para que una controversia judicial decida la cuestión." (Cooley, *On Consto Limit.*, pág. 777.)

La Ley de Expropiación en vigor establece que el Ejecutivo, por conducto de la dependencia competente, tramitará el expediente de expropiación y hará la declaratoria respectiva, la cual se publicará en el *Diario Oficial* y se notificará personalmente a los interesados (arts. 3º y 4º).

Los propietarios afectados podrán interponer, dentro de los quince días hábiles siguientes a la notificación del acuerdo, recurso administrativo de revocación, y una vez que éste se hubiese resuelto negativamente, o en caso de no haberse interpuesto, la autoridad administrativa que corresponda: procederá a la ejecución de la declaratoria, salvo que se trate de satisfacción de necesidades colectivas, en caso de guerra o trastornos interiores; del abastecimiento de ciudades o poblaciones de víveres o artículos de consumo necesario, o de procedimientos para combatir epidemias. epizootias, incendios, plagas u otras calamidades públicas, o bien de medidas de defensa "nacional o mantenimiento de la paz pública o de medidas para evitar la destrucción de los elementos naturales o los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la colectividad, pues en todos esos casos la ejecución de la declaratoria respectiva se hará sin esperar la interposición ni la resolución del recurso de revocación [arts, 6º, 7º Y 8º).

La Ley establece, por último, un caso en el cual se puede dejar insubsistente la expropiación y reclamarse por el afectado la reversión del bien de que se trate, y es cuando éste no se destine al fin que dio causa a la declaratoria respectiva, dentro del término de cinco años [art, 9º).

316. La Constitución establece como garantía individual la de que la expropiación s610 puede hacerse mediante indemnizaci6n.

Respecto de la época en que debe efectuarse la indemnización, el texto constitucional no la fija con precisión, pues solamente habla de que las expropiaciones se harán mediante indemnización. Este precepto es diferente del que existía en la Constitución de 1857, en el que se disponía que la propiedad privada sólo podía ser ocupada previa indemnización.

Ha existido una seria controversia sobre si los términos de la Constitución de 1917 tienen el mismo sentido que los de la Constitución de 1857, a pesar del cambio de palabras.

Para poder precisar la materia de la discusión debe hacerse una separación de aquellos casos en los cuales la solución constitucional es franca y expresa en el sentido de que la indemnización debe ser *a posteriori.*

En el caso de las expropiaciones para dotaciones y restituciones de tierras, y en el caso de fraccionamiento de latifundios, el artículo 27 establece en forma expresa, que no deja lugar a ninguna duda, que la indemnización no es previa ni simultánea a la expropiación, sino que, por el contrario, es posterior a ella.

Separado este caso, en todos los demás existe la duda que ha motivado la discusión de que hablamos.

La tesis que sostiene que la Constitución de 1917 no ha variado la época de la indemnización tal como lo establecía la Constitución de 1857, y que por lo mismo debe ser previa a la privación de propiedad, se funda en las siguientes consideraciones:

*a)* No existiendo ninguna disposición expresa en el texto constitucional, no hay motivo para considerar que la indemnización pueda ser *a posteriori.*

*b)* Como la expropiación es una venta forzada que se impone a un particular, y como la venta supone, a falta de cláusulas expresas la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones del vendedor y del comprador, el propietario no puede ser desposeído mientras el comprador, que es el Estado, no cumpla con la obligación que tiene de pagar el precio.

e) La palabra "mediante" usada por el texto constitucional, de ninguna manera significa que la indemnización pueda ser *a posteriori,* pues dicho término es empleado en otros artículos de la misma Constitución en el sentido de significar un acto previo para la realización de otro. Así, por ejemplo, cuando el artículo 14 de la Constitución dispone que nadie puede ·ser privado de la vida, de la libertad o de sus posesiones o derechos, sino mediante juicio, está significando claramente con el término "mediante" la necesidad de que el juicio sea previo a la privación que en el propio precepto se prevé.

La tesis contraria sostiene que no puede pensarse que la Constitución exija la indemnización previa, aunque se trate de una venta forzada de bienes y aunque haya otros textos constitucionales en que tenga un significado diferente la palabra "mediante", porque el cambio que al emplear esta palabra hizo el término usado por la Constitución de 1857, revela claramente que hubo el propósito de variar el requisito que dicha Constitución establecía, no siendo por lo mismo necesario que la indemnización sea previa,

La Suprema Corte de Justicia ha sostenido que como la indemnización en caso de expropiación es una garantía de acuerdo con el artículo 27 constituoional, es necesario que sea pagada si no en el momento preciso del acto posesorio, sí a raíz del mismo, por lo que la ley que fije un término o plazo para cubrirla es violatoria de garantías (Jurisp. S. C. de J., 1917-1975. Segunda Sala, tesis 380, pág. 648). También ha sostenido la Corte que cuando se trata de funciones sociales de urgente realización, el Estado puede ordenar el pago dentro de las posibilidades del Erario (Jurisp. S. C. de J. 1917-1965. Segunda Sala, tesis 93).

En nuestra opinión, el problema debe ser resuelto en el sentido de que la Constitución no establece una época precisa como requisito esencial para la indemnización; que lo único que establece con ese carácter es la indemnización; pero que en realidad corresponde a las leyes secundarias determinar la época en que debe de efectuarse, pudiendo dichas leyes establecerla como previa, como simultánea o como posterior a la expropiación pero siempre que en este último caso haya una justificación irrefutable de la necesidad de que sea posterior; de que el plazo guarde relación también justificada con las posibilidades presupuestales del Estado, y de que se dé una garantía eficaz de que la indemnización ha de efectuarse cumplidamente. De otro modo el expropiado sufrirá una afectación no compatible con el principio, que domina la materia, de igualdad de todos los individuos frente a las cargas públicas.

La ley establece que el importe de la expropiación será cubierto por el Estado o por el beneficiario, debiendo la autoridad expropiante fijar la forma y plazos en que la indemnización haya de pagarse, los que no abarcarán nunca un período mayor de diez años (arts. 19 y 20).

317. Respecto de la especie en que debe hacerse el pago, es uniforme la idea de que el Estado debe cubrir las expropiaciones en dinero.

Con este motivo ha surgido la cuestión de las indemnizaciones en bonos de la deuda pública, que las leyes previenen respecto a las expropiaciones agrarias.

En nuestro concepto, tal forma de indemnizar no es ilegal. No significaotra cosa sino que al particular expropiado se le da un titulo en el

cual el Estado se reconoce deudor por cantidad determinada de dinero, pero la obligación de pagar en esta especie indudablemente existe, a pesar de que queda aplazada la fecha del vencimiento del bono respectivo.

En todos los casos en que el Gobierno no tiene fondos para cubrir sus obligaciones, recurre al procedimiento de considerar las vencidas como formando parte de su deuda pública, sin que se haya objetado legalmente el procedimiento de otorgar a los acreedores un título de dicha deuda.

Así es que, en el caso de las expropiaciones agrarias, la objeción no es fundada si se afirma que el pago no se hace en dinero, sino que se hace en bonos, pues en realidad el Gobierno no se siente liberado con la entrega de los bonos, sino que éstosconstituyen solamente un título que tendrá que convertirse en efectivo, en los términos que la ley de la deuda pública agraria lo disponga.

La Constitución previene cuál es el monto de la indemnización que debe recibir el particular.

Conforme al artículo 27, párrafo XV, el precio que se fije a la cosa expropiada debe basarse en la cantidad que como valor fiscal de ella figure en las oficinas catastrales o recaudadoras, y sólo en el caso de mejoras o deméritos posteriores a la fecha de la asignación del valor fiscal ú cuando los valores no estuvieren fijados en las oficinas rentísticas, la propia Constitución establece el juicio pericial y la resolución judicial.

318. Por último, debemos precisar cuáles son las autoridades que intervienen en la fijación de la indemnización.

Ya en el texto constitucional a que acabamos de referirnos, se indica que la autoridad judicial solamente interviene en los casos en que haya habido mejoras posteriores a la fijación del valor fiscal, o en el de que éste no exista registrado en las oficinas rentísticas, de tal manera que se puede concluir que la autoridad que ha de fijar la indemnización, fuera de esos casos excepcionales, es la autoridad administrativa, existiendo no sólo la razón que deriva del texto constitucional, sino la circunstancia de que la fijación del monto de la indemnización no implica por su naturaleza la realización de un acto jurisdiccional.

En efecto, la decisión del Estado en la cual se reconoce obligado a pagar una suma determinada como contraprestación en el caso de expropiación, no supone la existencia de un conflicto, pues malamente puede existir una diversidad de pretensiones cuando la del Estado aún no se fija. Cuando el Estado señala la indemnización, solamente hace reconocímiento de su deuda y la fija tomando la hase que establece la ley. Propia. mente. el Estado, por medio de esa fijación crea una situación jurídica individual para el particular afectado, haciendo nacer a su favor un crédito por el monto de la suma por la que el Estado se reconoce deudor.

De manera es que puede concluirse, de acuerdo con las ideas que hemos asentado en la parte relativa a la naturaleza del acto administrativo, que el acto de fijación de la indemnización reviste tal carácter y que, por lo mismo, normalmente dehe corresponder al Poder Ejecutivo, a falta de una prevención contraria en la Constitución, que vendría a ser una excepción al principio de separación de Poderes.

El conflicto que diera lugar a la función jurisdiccional podría suscitarse después de que el Estado ha fijado el monto de la indemnización, en caso de que el particular no estuviere de acuerdo con la cantidad que se le reconoce. Para tal evento, sí dehe tener intervención la autoridad judicial.

La Ley de Expropiación, siguiendo estas ideas, establece que sólo cuando se controvierta el monto de la indemnización, se hará la consignación al juez correspondiente, ante quien las partes deherán designar peritos en un plazo de tres días y un tercero para el caso de discordia. Después de que los peritos y el tercero, en su caso, rindan su dictamen,el juez resolverá con vista de él lo que estime procedente, sin que contra su resolución quepa ningún recurso, dehiendo procederse al otorgamiento de la escritura por el afectado o en su reheldía por el juez. (Ley cit., artículos 11 a 18. Cód. Fed. de Proc. Civiles, arts. 521 a 529.)

# *TITULO TERCERO*

## CAPÍTULO 1

## LOS CREDITOS DEL ESTADO. LA DEUDA PUBLICA

319. Origen de los créditos del Estado. El Estado acreedor y deudor.-320. Prerrogativas especiales del Estado.-321. El régimen de la deuda pública.

319. En el estudio del patrimonio del Estado de que nos hemos venido ocupando, nos hemos referido exclusivamente a los bienes corpóreos; pero de la misma manera que los particulares tienen derechos y obligaciones, cuyos orígenes pueden ser muy diversos, así el Estado puede tener créditos a su favor y obligaciones a su cargo.

Los créditos del Estado pueden originarse, bien como consecuencia de un acto de soberanía, o bien como resultado de un acto en que el Estado interviene con un carácter semejante al que tiene un particular en los actos jurídicos de la vida civil.

De los créditos del Estado que tienen su origen en la manifestación unilateral de voluntad que se impone soberanamente a los particulares, se encuentra, en primer término, el crédito por concepto de impuestos.

Ya anteriormente hemos puesto de manifiesto que la obligación de pagar el impuesto no constituye una obligación de carácter civil, sino una carga impuesta y regida exclusivamente por leyes de derecho públlico. En consecuencia, el crédito del Estado por ese concepto, se rige en todas sus manifestaciones por medidas especiales exorbitantes del derecho común; pero al lado de este crédito de naturaleza especial, existen, como antes indicamos, ciertos derechos que nacen en favor del Estado con motivos de actos materiales o jurídicos, semejantes a los que dan lugar a la producción de un derecho de carácter civil. Así, por ejemplo, en todos los casos en que los administradores de fondos distraen esos fondos en objetos distintos a su destino, resultan obligados con relación al Estado, quien correlativamente adquiere un crédito en su contra. En otros casos, el Estado recibe o causa un daño o un perjuicio con motivo de los

hienes que forman parte de su dominio privado y en ellos nace también un crédito o una ohligación en favor o a cargo del Estado.

Sin emhargo, la principal fuente de derechos y de ohligaciones para el Estado, en el orden patrimonial, está constituida por los contratos que celehra y cuya naturaleza jurídica será motivo de un estudio que emprenderemos en el capítulo siguiente.

320. La situación del Estado como acreedor y como deudor, aun en los casos en que no interviene como Poder púhlico, presenta diferencias con la situación de un acreedor o de un deudor de derecho civil, diferencias que consisten en las prerrogativas especiales que al Poder público reconocen. las leyes.

Además de algunas prerrogativas especiales que la legislación civil establece, como la hipoteca legal que tiene la Hacienda Púhlica sobre los hienes de los administradores de ella, en materia judicial existen diversos privilegios en favor del Estado.

Así, el Código Federal de Procedimientos Civiles de 31 de díciemhre de 1942, aunque ha sido muy cuidadoso de conservar la igualdad de las partes en el proceso, dispone en su artículo 4º que "las instituciones, servicios y dependencias de la Administración Pública de la Federación y de las entidades federativas tendrán dentro del procedimiento judicial, en cualquier forma en que intervengan, la misma situación que otra parte cualquiera; pero nunca podrá dictarse en su contra mandamiento de ejecución ni providencia de emhargo y estarán exentas de prestar las garantías que este Código exija a las partes. Las resoluciones dictadas en su contra serán cumplimentadas por las autoridades correspondientes, dentro de los límites de sus atrihuciones..." y explicando este precepto, la exposición de motivos del mismo Código dice lo siguiente: "...Esta excepción (a la regla de la igualdad) se justifica porque no es posible que los órganos del poder se coaccionen a sí propios, y es imposible, dentro del Estado, que haya un poder superior al mismo poder estatal; y, respecto a las garantías, se juzga que el Estado es siempre solvente. pues es un principio general del derecho público, y en especial del derecho fiscal, que el Estado debe ohtener de los hahitantes del país los ingresos indispensahles para cumplir sus fines, de manera que está siempre en posibilidad de contar con un patrimonio que le permita responder, en general, de sus ohligaciones, sin necesidad de una garantía especial."

A lo anterior podemos agregar que cuando el Estado es condenado judicialmente a pagar una suma de dinero, no puede cumplir con la obligación respectiva sin que se satisfaga el requisito constitucional establecido por el artículo 126, según el cual ningún pago puede hacerse cuando no está comprendido en el Presupuesto o en una ley posterior. De tal

manera, que si fuera posible que la autoridad judicial practicara embargo o decretara aplicación de fondos, tal autoridad intervendría en el dominio financiero del Estado, invadiendo la competencia en esta materia que sólo al Poder Legislativo y al Ejecutivo reconoce la Constitución (v. supra, núm. 276).

Por otra parte, como regla general, la Hacienda Pública no entra en los juicios universales. El artículo 504 del mismo Código determina el procedimiento especial para los casos de concurso, estableciendo que: "La Hacienda Pública Federal no entra en los juicios universales. Asegurados administrativamente los intereses que persigue, responderá, ante los Tribunales Federales, de las reclamaciones que se les hagan contra la legitimidad de su procedimiento o la preferencia en los pagos de sus créditos."

Una cosa semejante sucede en los juicios de sucesión, puesto que el artículo 510 establece que: "En los juicios de sucesión, si la Federación es heredera o legataria en concurrencia con los particulares, el juez de los autos remitirá al de Distrito copia de la cláusula respectiva y demás constancias conducentes, a efecto de que haga las declaraciones que correspondan."

321. El caso más importante en que aparece el Estado contrayendo obligaciones de pasivo, directas o contingentes es sin duda cuando "se ha visto obligado a complementar con el crédito de la Nación sus recursos propios, con el fin de no diferir en perjuicio del desarrollo económico y social la producción de bienes y servicios indispensables para el bienestar de la población y el fortalecimiento de las bases del progreso nacional..." según se indica en la exposición de motivos de la Ley General de Deuda Pública publicada en el *Diario Oficial* de 31 de diciembre de 1976.

De acuerdo con las disposiciones de esta Ley la deuda pública se integra con los financiamientos consistentes en la contratación dentro o fuera del país, de créditos, empréstitos o préstamos derivados: de la suscripción o emisión de títulos de crédito o cualquier otro documento pagadero a plazo; de la adquisición de bienes, contratación de obras o servicios cuyo pago se pacte a plazos; de los pasivos contingentes relacionados con los actos mencionados y de la celebración de actos jurídicos análogos a los anteriores (art. 2º) y se establece que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público es la dependencia del Ejecutivo Federal encargada de la aplicación de la ley, de interpretarla administrativamente y de expedir las disposiciones necesarias para su debido

cumplimiento correspondiéndole la programación, contratación y manejo de la deuda pública del Gobierno Federal; la autorización para la contratación de financiamientos por entidades no comprendidas dentro del Presupuesto de Egresos de la Federación; el cuidado de la inversión que se dé a los propios financiamientos y el registro de las obligaciones financieras constitutivas de la deuda pública (arts. 3º, 4º, 9º, 19, 23 Y 27).

Además, la ley crea la Comisión Asesora de Financiamientos Externos del Sector Público como órgano técnico auxiliar de consulta de la Secretaría de Hacienda en materia de crédito externo (art. 30).

La misma ley determina que el Ejecutivo Federal al someter al Congreso de la Unión las iniciativas correspondientes a la Ley de Ingresos y al Presupuesto de Egresos de la Federación deberá proponer los montos del adeudamiento neto necesario tanto interno como externo para el financiamiento del Presupuesto Federal del ejercicio fiscal correspondiente y que el Congreso de la Unión al aprobar la Ley de Ingresos podrá autorizar al Ejecutivo Federal a ejercer montos adicionales de financiamiento cuando a juicio del propio Ejecutivo se presenten circunstancias económicas extraordinarias que así lo exijan; quedando el Ejecutivo en la obligación de informar al Congreso del uso que haga de esa autorización, así como informarle trimestralmente del estado de la deuda pública (arts. 9Q y 10).

Aunque en el referido ordenamiento no se hace alusión a lo dispuesto por el artículo 73, fracción VIII de la Constitución Federal, es indudable que las autorizaciones que otorgue el Congreso deben sujetarse a dicha disposición o sea que ningún empréstito puede celebrarse sino para la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos, salvo los que se realicen con propósitos de regulación monetaria, de conversión o las que se contraten durante alguna emergencia declarada por el Presidente de la República en los términos del artículo 29 de la propia Constitución, debiendo el propio Congreso aprobar esos mismos empréstitos.

## CAPÍTULO II

## LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

322. La colaboración voluntaria de los particulares.-323. ¿El Estado puede celebrar contratos?-324. Influencia de la intervención del Estado sobre la naturaleza jurídica del contrato.-325. Contratos civiles y contratos administrativos.-326. El régimen exorbitante del derecho civil.-327. Cuándo celebra el Estado contratos civiles y cuándo contratos administrativos.-328. Interpretación, ejecución.-329. Modificaciones y terminación de los contratos administrativos.-330. Los contratos de obras públicas.-330 bis. Los contratos de adquisiciones.

322. Es un hecho indiscutible que el Estado en el desarrollo de su actividad obtiene de los particulares prestaciones voluntarias de bienes o de servicios personales. Es así como se le ve comprando inmuebles y equipo para sus oficinas y servicios; arrendando los bienes que le son necesarios; encargando a particulares la construcción de obras públicas; obteniendo préstamos; conviniendo con empresas de transporte la conducción de correspondencia, bultos postales y mercancías; expidiendo giros telegráficos y postales; enajenando y arrendando determinada clase de bienes propios, asociándose con particulares en empresas mercantiles, etc.

Como se ve, esas diversas operaciones corresponden, por lo regular, a tipos de contratos usuales en las relaciones entre particulares, y por ese motivo, ha surgido el problema de si el Estado puede contratar y el de si, pudiendo hacerlo, los contratos que celebre son de la misma naturaleza que los contratos civiles.

323. Es indudable que el Estado no está obligado a intervenir en todos los casos imponiendo su voluntad a los particulares. En algunas ocasiones puede obtener la colaboración voluntaria de éstos y lograr de ellos por medio de un arreglo consensual la prestación de bienes o servicios personales, Existen muchos casos en los cuales hay correspondencia entre el interés del Estado y el de los particulares. Desde el momento en que tal correspondencia existe no se hace necesario el empleo del mandato imperativo de parte del Poder público para salvar el eficaz cumplimiento de sus atribuciones. Solamente cuando la realización de éstas en una forma regular y continua depende de la obtención oportuna de esos bienes y servicios y no existiere la colaboración adecuada de los particulares, el Estado tiene que proceder por la vía de mando, imponiendo unilateralmente su voluntad.

De tal manera que la primera cuestión planteada debe ser resuelta en el sentido de que el Estado sí puede contratar, dándose, por lo tanto, motivo para que inmediatamente se pase al estudio de la naturaleza jurídica de los contratos celebrados por el Estado.

324. Podría, en primer término, pensarse en una solución consistente en considerar que esos contratos tienen una naturaleza peculiar en razón de que en ellos una de las partes contratantes es el Estado, ya que la competencia de la Administración y de sus agentes se regula, no por la ley civil, sino por leyes constitucionales y administrativas; porque, además, estas últimas prescriben requisitos de forma y solemnidades especiales distintas de las que exigen las leyes civiles y, finalmente, porque las mismas leyes especiales de la Administración imponen a ésta serias restricciones en cuanto a los objetos que puedan ser materia de contratación.

En México, la noción subjetiva del contrato administrativo que eleva a esa categoría a todos los contratos que la Administración pública celebra aparece acogida en diversas.ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Sin embargo, si se hace un examen cuidadoso se puede comprender sin dificultad que la especialidad de la ley que rige la competencia de la Administración y de sus agentes, los requisitos y solemnidades y el objeto de las prestaciones que aquélla puede contratar, no bastan por sí solos para impedir que el contrato celebrado con esas limitaciones quede sustraído al régimen contractual del derecho civil.

Sucede con la Administración lo que ocurre con todas las personas morales, las que, según las disposiciones del mismo Código Civil, tienen la capacidad que la ley, la escritura constitutiva y sus estatutos les señalan, no pudiendo ejercer más derechos que los que sean necesarios para el objeto de su institución, debiendo obrar y obligarse sólo 'por medio de los órganos que las representen de acuerdo con la ley, escritura constitutiva y estatutos (arts. 25 al 28 del Cód. Civ.).

Por otra parte, un contrato no pierde su naturaleza civil por el hecho de que una ley especial prescriba una formalidad determinada. El mismo Código Civil dispone que "en los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley" (art. 1832).

De lo anterior se desprende que no existe incompatibilidad entre la existencia de un contrato de indiscutible naturaleza civil y la circunstancia de que la capacidad o competencia, el objeto y los requisitos y formalidades se determinen por una ley diferente o un acto especial. Lo único

que importa para conservar la naturaleza civil del acto es que los efectos que produce, la regulación de los derechos y obligaciones que origine y la interpretación de sus cláusulas queden subordinadas a los preceptos comunes al régimen contractual del derecho civil.

325. Si pues no basta que el Estado intervenga para que se califique la naturaleza jurídica del contrato, debemos buscar otro elemento que sirva para distinguir las dos categorías en que la doctrina más generalmente aceptada agrupa los contratos que el Estado celebra: contratos civiles y contratos públicos o administrativos.

El criterio para hacer la distinción entre esas dos categorías es de los más discutidos e imprecisos, pues varía desde la equiparación sustancial de las dos clases de contratos, con sólo diferencias de carácter formal o externo hasta la negativa de que el llamado contrato administrativo sea realmente un verdadero contrato.

La distinción entre contratos civiles y contratos administrativos tiene importancia para nosotros para señalar doctrinalmente el régimen que a cada uno conviene.

La existencia de una categoría especial de contratos, los administrativos, sólo puede justificarse por la circunstancia de que ellos están sujetos a un régimen jurídico exorbitante del constituido por el derecho civil.

La afirmación anterior podría conceptuarse como la correcta solución del problema que venimos estudiando, puesto que ella implica un criterio preciso para hacer la distinción de las dos categorías de contratos que puede celebrar la Administración: los contratos civiles y los administrativos; los primeros, sujetos al régimen de derecho civil aplicable a las relaciones privadas, y los segundos, sujetos a régimen jurídico diferente.

Pero bien vistas las cosas, el problema, aunque teniendo ya una base para su solución, queda desplazado a la investigación de las siguientes cuestiones: *a)* ¿Por qué en algunos contratos, los que llamamos administrativos, existe un régimen exorbitante del derecho civil?, y *b)* ¿En qué consiste ese régimen especial? (v. Lauhadére, *Traité théorique et pratique des Contrats Administratifs. Dr. Am.,* 1967, t. 1, pág. 295.)

326. Sin pretender agotar en una enumeración todas las opiniones que los autores han sustentado sobre el primer punto, vamos a referirnos a las que consideramos de mayor importancia histórica y doctrinal.

Se ha sostenido que la diferencia de régimen entre los contratos administrativos y los contratos civiles celebrados por la Administración obedece a que en los primeros ésta obra como Poder, mientras que en los segundos actúa como simple persona jurídica.

Fuera de que esta opinión supone la existencia de una doble personalidad en el Estado, tesis que hemos rechazado por innecesaria, ella implica un desplazamiento de la cuestión que trata de resolverse hacia esta otra: la de precisar las razones por las que en unos casos el Estado interviene como Poder y en otros como persona jurídica.

Esta misma opinión reviste una modalidad especial, cuando se sostiene que el contrato administrativo, a diferencia del civil, supone una desigualdad jurídica de las partes contratantes.

Hablar en estos términos significa que el Estado, en situación de superioridad respecto de su co-contratante, puede imponer a éste las cláusulas del convenio, no quedando al particular ni la posibilidad jurídica de discutirlas. En tales condiciones pensamos que se destruye la idea misma de contrato, pues si las dos voluntades que en él deben intervenir no contribuyen a su formación, sino que sólo una de ellas lo impone y la otra se limita a aceptarlo, porque no puede jurídicamente discutirlo, entonces no existe la bilateralidad de voluntades que al principio de esta obra dejamos señalada como un elemento esencial del acto contractual, pudiendo, entonces, decirse con Posada, que "si la Administración impone su voluntad por interés público, no contrata, manda". *(D. Adm.,* t. Il, página 264.)

De acuerdo con otras opiniones, la diferencia de régimen en las dos clases de contratos que venimos considerando, se debe a que en los administrativos el objeto es diferente al de los civiles; que en aquellos lo constituye una obra pública o un servicio público "que es, en definitiva, el interés social" (Carcía Oviedo. *D. Adm.,* t. I, pág. 287).

Las opiniones que acabamos de indicar no explican, sin embargo, por qué el objeto del contrato impone a éste un régimen jurídico especial. Para poder ser utilizadas en nuestro estudio, deberían demostrar previamente que el régimen de derecho civil es rechazado por dicho objeto.

Gastón Jèze *(Les Principes Généraux de Dr. Adm.,* t. JII, *Théorie générale des contrats de l'administration,* "Rev. de Dr. Pub.", a partir de 1930), establece como elementos del contrato administrativo, que haya un acuerdo de voluntades entre la Administración y un particular que genere una situación jurídica individual; que la prestación del particular tenga por objeto asegurar el funcionamiento de un servicio público; que "en estos contratos las partes, por una cláusula expresa, por la forma misma dada al contrato, por el género de cooperación pedido al contratante o por cualquier manifestación de voluntad ha entendido someterse al régimen especial de derecho público. Por una parte, la Administración ha creado este régimen especial; por la otra, el contratante sometiéndose voluntariamente a este régimen jurídico especial, ha renunciado

a prevalecerse de las reglas de derecho privado para la determinación de su situación jurídica".

A la teoría de Jéze se le pueden hacer dos objeciones fundamentales: una, la de utilizar el concepto de servicio público, que hemos criticado y repudiado; otra, que hace depender la existencia del contrato administrativo de que las partes hayan entendido someterse al régimen de derecho público. Esto significa que el carácter administrativo del contrato depende de la voluntad de las partes, y que en vez de que el régimen legal especial sea consecuencia de la naturaleza del acto, éste dependerá de que las partes hayan querido o no sujetarse a un régimen legal determinado.

Como se ve, el criterio de que se habla no puede ser más incierto ni menos sólido y, por lo mismo, se hace indispensable buscar otro que no tenga esos defectos.

Se ha considerado por una buena parte de la doctrina que el carácter administrativo y consecuentemente el régimen excepcional relativo, corresponde a los contratos en razón de la finalidad que persiguen, que es una finalidad pública, o según otras expresiones, de utilidad pública, de utilidad social.

Creemos que dentro de estas últimas opiniones se encuentra la solución del problema que tenemos en estudio. En efecto, así como la finalidad diferente es motivo para que dentro del mismo derecho privado se clasifiquen los contratos en civiles y mercantiles y que estos últimos queden sujetos a un régimen legal diverso del que se aplica a los primeros, así los contratos que el Estado celebra con fines especiales, distintos de los que persiguen los particulares en sus relaciones civiles o mercantiles, exigen, por la misma razón, un régimen jurídico especial.

De la misma manera que las finalidades de la vida comercial y los procedimientos en ella empleados no han podido contenerse dentro de las normas rígidas del derecho civil y han originado un derecho exorhitante de él, el derecho mercantil, en igual forma las finalidades diversas de la vida estatal y los procedimientos en ella usados, completamente diversos de las finalidades y procedimientos de la vida civil y de la mercantil, imponen la exigencia de otro régimen exorbitante para regular las relaciones que surgen en los llamados contratos administrativos.

La solución a que se llega en esa forma es perfectamente concordante con la teoría que hemos sostenido para diversificar los campos de aplicación del derecho público y del derecho privado.

Como se recordará, al tratar esa cuestión, indicamos que el Estado tiene encomendadas las atribuciones indispensahles para satisfacer por medios de que no disponen los particulares necesidades colectivas ínapla-

zables; que por consecuencia debe existir un régimen especial que es precisamente el que constituye el derecho público, que se inspira en el propósito de que las necesidades generales sean satisfechas en una forma eficaz, continua y regular.

327. Sin embargo, subsiste todavía pendiente de aclarar por qué en unos casos celebra el Estado contratos civiles y en otros contratos administrativos.

La razón de ello también creemos que se encuentra dentro de las ideas que hemos recordado, según las cuales el derecho privado se aplicará al Estado cuando los actos que éste verifique no se vinculen estrecha y necesariamente con el cumplimiento de sus atribuciones y cuando, por lo mismo, la satisfacción de las necesidades colectivas no se perjudique porque en aquellos actos el Estado no haga uso de los medios que le autoriza su régimen especial.

Por el contrario, cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones estatales de tal manera que la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales, entonces se entrará en el dominio del contrato administrativo.

Ahora bien, a pesar de que el criterio expuesto es suficientemente comprensivo, es imposible fijar *a priori* y enumeratívarnente los contratos que el Estado celebre sujetos a un régimen de derecho civil y los que queden sujetos a un régimen exorbitante, pues su caracterización tendrá que depender de las circunstancias concretas que en cada situación especial concurran.

328. Réstanos ahora examinar en qué consiste el régimen exorbitante del derecho civil a que están sujetos los contratos administrativos.

El estudio de esta cuestión sólo lo podemos hacer en una forma sumaria, tanto porque ella implica un desarrollo fuera de los propósitos de este libro, cuando porque no existe en nuestro Derecho una doctrina elaborada sobre los contratos administrativos.

Desde luego cabe afirmar que, como lo expusimos anteriormente, no basta con que existan reglasespeciales respecto de competencia, requisitos y solemnidades en la celebración de los contratos en que el Estado interviene, para configurar el tipo de contrato administrativo, pues dichas reglas no llegan a afectar la naturaleza del vínculo contractual y éste puede seguir siendo civil a pesar de que ellas sean aplicables.

Por el contrario, las reglas relativas a la ejecución, interpretación y terminaci6n del contrato, sí se afectan según el carácter que éste revista.

Gastón Jéze, a quien tanto nos hemos referido en este capítulo, plantea y resuelve, en los términos siguientes, una parte de esta cuestión: "¿En qué consisten exactamente, dice, las reglas especiales aplicables a la ejecución de las obligaciones respectivas de las partes contratantes que resultan de los contratos administrativos propiamente dichos? Se pueden a este respecto formular las proposiciones siguientes: 1º Hay principios de justicia y de equidad que dominan todos los contratos, de cualquier naturaleza que sean, de derecho privado o de derecho público. Estos principios derivan de algunas ideas fundamentales: la palabra dada debe ser respetada; el que comete una falta en la ejecución de sus obligaciones debe soportar las consecuencias; las cláusulas de un contrato deben ser interpretadas y ejecutadas razonablemente, según la intención de las partes, sin atenerse muy estrechamente al sentido literal de los términos empleados; las obligaciones de las partes no son sólo las que están formalmente expresadas en el contrato, sino todas las que resulten de la naturaleza del contrato y de los usos admitidos para estos contratos, etc. Estos principios se aplican indiscutiblemente a los contratos administrativos propiamente dichos. Sin embargo, es preciso observar que las fórmulas por las cuales los códigos de derecho privado han traducido más o menos felizmente estos principios, no se aplican a los contratos administrativos. Estas fórmulas tienen fuerza obligatoria para las relaciones contractuales a que se refieren: las que resultan de los contratos de derecho privado. Las fórmulas no rigen a los contratos administrativos, lo que les es aplicable son las ideas que expresan esas fórmulas: se podrá sacar argumento de la idea, pero no del texto.. En efecto, la idea general de justicia y de equidad puede, en las relaciones del contratante y de la Administración, implicar consecuencias diferentes de las que el derecho privado ha formulado para las relaciones de particular a particular; hay un elemento esencial que el derecho privado no tiene en cuenta: las necesidades del funcionamiento regular y continuo del servicio público (las necesidades del cumplimiento eficaz de las atribuciones del Estado, diríamos nosotros); 2º Hay reglas técnicas en los códigos de derecho privado (Código Civil, Código de Comercio) para tal o cual contrato (venta, arrendamiento, fletamiento, transportes, etc.). El derecho privado construye tipos de contratos civiles o comerciales, de convenciones celebradas en ciertas materias entre particulares. Estas reglas se aplican indiscutiblemente a los contratos celebrados por la Administración, aun para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos. Pero no hay que aplicarlos por analogía a contratos administrativos que a primera vista se asemejan a ciertos contratos de derecho privado, pero que en realidad son contratos diferentes." Y concluye diciendo: "Es pues, un error' grosero,

que un jurisconsulto no debe cometer, el querer, a causa de la analogía aparente, aplicar las reglas del derecho privado editadas para el contrato de venta, al contrato administrativo del suministro; las reglas de derecho privado editadas para el contrato de arrendamiento de obra, al contrato administrativo de trabajo público." *(Théorie générale des contrats de l'administration.* "Rev. de Dr. Pub.", 1930, págs. 605 y ss.]

Lo anterior demuestra claramente que como en el contrato administrativo existe un íntimo enlace entre las prestaciones que él impone y el cumplimiento de las atribuciones del Estado, es indispensable que la ejecución de las obligaciones contractuales quede subordinada a normas que, en todo caso, pongan a salvo dichas atribuciones aun con sacrificio dentro de la situación originada por el contrato, del interés privado del co-contratante de la Administración.

De tal manera, que la regla fundamental de interpretación en los contratos administrativos debe ser la de que, en caso de duda, las cláusulas de aquéllos deben entenderse en el sentido que sea más favorable al correcto desempeño por parte del Estado de la atribución que está comprometida.

329. Consecuencia también de la primacía que en el contrato administrativo tiene el eficaz cumplimiento de las atribuciones del Estado, es la de que cuando para lograr esa eficacia se haga indispensable la modificación de las prestaciones convenidas, aumentándolas, disminuyéndolas o poniéndoles fin, debe la Administración poder hacerlo, pues, como dice Jèze, "sería absurdo que la Administración continuase haciendo funcionar durante años un servicio público que se ha hecho inútil, o que mantuviese una organización que se ha vuelto inadecuada, o recibiese prestaciones que se han hecho inútiles para el servicio público." *(Rev. de Dr. Publ.,* 1931, pág. 73.)

Naturalmente el reconocimiento de las facultades de modificación y conclusión de los contratos administrativos no significa que el ejercicio de ellas pueda realizarse en una forma absolutamente discrecional por parte de la Administración, pues, además de que las propias facultades están, como antes se ha dicho, subordinadas al cumplimiento de las atribuciones del Estado y debe ser por lo tanto evidente que ese cumplimiento exija la modificación o conclusión de las cláusulas del contrato, el particular que ha celebrado el contrato debe, salvo convenio en contrario, ser indemnizado por las variaciones o extinción de las obligaciones contractuales, en virtud del principio de igualdad de los individuos frente a las cargas públicas.

Pudiera considerarse que las facultades que corresponden a la Administración en el contrato administrativo vienen a ser incompatibles con

la naturaleza misma del contrato, pues equivalen a que la fijación de las prestaciones y el cumplimiento de las mismas queden al arbitrio de una de las partes, que en el caso es la Administración, la cual en esa forma impondría unilateralmente su voluntad.

El argumento así presentado no deja de ser impresionante; pero bien examinado pierde su fuerza aparente. En efecto, el particular, desde el momento en que celebra el contrato administrativo, sabe que las obligaciones que contrae no tienen la misma rigidez.que las obligaciones contractuales civiles y que, como aquéllas se han convenido en tanto que son útiles al eficaz cumplimiento de las atribuciones del Estado, tendrían que quedar subordinadas a ellas e irse ajustando a las variaciones que las mismas exijan para poder dar adecuada satisfacción a las necesidades colectivas.

Finalmente, el régimen excepcional de los contratos administrativos permite considerar como válidas ciertas estipulaciones que no podrían tener efecto en el régimen de contratación civil. Dentro de este último serían contrarias al orden público y, por lo tanto, estarían viciadas de invalidez las cláusulas que invistieran a uno de los contratantes de facultades para imponer de propia autoridad a su contraparte la ejecución forzada de sus obligaciones, las sanciones estipuladas en el contrato o la extinción misma de éste.

Por el contrario, esas mismas estipulaciones en favor de la Administración dentro de los contratos administrativos se consideran como perfectamente regulares, porque ellas salvaguardan el eficaz cumplimiento de las atribuciones estatales, que de otro modo quedaría impedido si el Estado no dispusiera de medios rápidos y efectivos para poder satisfacer las necesidades colectivas. Y es que el Estado, como ya hemos dicho antes, no puede prescindir de su carácter de Poder público aun en las relaciones contractuales, y "si no impone como Poder el contrato, impone al que quiere contratar con él condiciones que dejan a salvo ese Poder".

330. La legislación mexicana ha adoptado las ideas expuestas en el presente capítulo.

Nos referimos solamente a dos de las leyes más importantes que se han expedido hasta la fecha y que tienen relación con lo anterior: una, la de Obras Públicas *(D. O.* 30 dic. 80) y otra, la de Adquisiciones, Arrendamientos y Almacenes de la Administración Pública Federal *(D. O.* 31 dic. 79).

La primera tiene por objeto regular el gasto, la planeación, programación, presupuestación, conservación y mantenimiento, demolición y control de las obras públicas que realicen los diversos organismos que integran la Administración Pública (arts. 1º y 2º).

Se establece que el gasto de la obra pública se sujetará, en su caso, a los Presupuestos anuales de egreso, a la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto público Federal y a la propia Ley de Obras Públicas (art. 4º).

La aplicación de la Ley se encomienda a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público sin perjuicio de la intervención que se atribuya a otras dependencias del propio Ejecutivo (art. 6º).

Se establece que la ejecución de las obras se hará por contrato o por administración directa (art. 28).

Sobre este punto debe tenerse presente el artículo 134 de la Constitución Federal, que dispone que "todos los contratos que el Gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas serán adjudicados en subasta, mediante convocatoria, y para que se presenten proposiciones en sobre cerrado que será abierto en junta pública". Esta disposición es reproducida en sus términos textuales en el artículo 3º de la Ley, estableciéndose además que los contratos sólo podrán celebrarse con las personas registradas en el Patrón de Contratistas de Obras Públicas (art. 19) y esto a pesar de que otro precepto de la misma ley previene que todo interesado que satisfaga los términos de la convocatoria tendrá derecho a presentar proposiciones (art. 32).

La ley declara que los contratos que se celebren con base en ella se considerarán de derecho público, siendo los tribunales federales los competentes para resolver las controversias que ellos susciten (art. 50 y Ley Orgánica del Tribunal Fiscal, arto 23, fr. VII).

Como consecuencia del carácter que se da a los contratos de obras públicas la ley establece que ellos podrán ser modificados cuando no se impliquen alteraciones de más de un 20% en el plazo o en el monto ni variaciones sustanciales en el proyecto (art. 41): que podrán ser revisados cuando durante su vigencia por circunstancias imprevistas y sin que haya dolo, culpa o negligencia o ineptitud de cualquiera de las partes, se origine un aumento o reducción en un cinco por ciento o más en los costos de los trabajos aun no ejecutados (art. 46); que por causa justificada podrá suspenderse en todo o en parte la obra contratada (art. 43) y que podrán ser rescindidos administrativamente.

La Ley establece varias excepciones al régimen general que establece cuando existan razones de seguridad nacional, o circunstancias extraordinarias o imprevisibles o cuando el costo de la obra no justifique el procedimiento ordinario, casos en los cuales previa resolución fundada, la convocatoria se hará a las personas que cuenten con la capacidad y recuro sos para respuesta inmediata. También se exceptúa el caso de que el con-

trato sólo pueda celebrarse con una determinada persona por ser titular de las patentes necesarias para realizar la obra (arts. 13 y 56).

Finalmente, se autoriza la ejecución de las obras por administración directa cuando ellas estén comprendidas en el programa de inversiones autorizado por la Secretaría de Programación y Presupuesto; cuando se tengan los estudios, proyectos, programas, etc., y siempre que las dependencias y entidades que las vayan a ejecutar posean la capacidad técnica y los elementos necesarios para el caso (arts. 29 y 51).

330 bis. En la Ley sobre adquisiciones, arrendamientos de bienes muebles y almacenes de la Administración Pública Federal *(D. O.,* 31 dic. 79), se contienen igualmente disposiciones que configuran un régimen para los contratos que con aquellos objetos se celebren y que no es el de los contratos de derecho común sino el excepcional de derecho público o sea el que los caracteriza como contratos administrativos.

En efecto, en los contratos civiles no sería admisible la intervención de una de las partes para exigir la restitución de lo pagado en exceso de los precios registrados por la Secretaría de Comercio o del convenido con otros adquirentes de la misma Administración Pública o para exigir por la propia Secretaría las correcciones necesarias respecto de la calidad pactada o el ajuste a la ley o a las normas que de ella deriven (art. 14).

Se establece además que los pedidos y contratos celebrados con proveedores no registrados en el Patrón de proveedores, que la propia ley establece, o cuyo registro no se encuentre vigente o haya sido suspendido serán nulos de pleno derecho y no surtirán efecto legal alguno (arts. 15, 26 y sig.).

# LIBRO SEXTO

## *LA SITUACION JURIDICA DE LOS PARTICULARES FRENTE A LA ADMINISTRACION*

# *TITULO PRIMERO*

# LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS PARTICULARES FRENTE A LA ADMINISTRACION

## CAPÍTULO I

## LOS DERECHOS DE LOS PARTICULARES

331. El problema. Su importancia.-332. Noción del derecho subjetivo. Opiníones doctrinales. Opinión aceptable.-333. El poder de exigir. 334. La obligación del sujeto pasivo. El poder discrecional. Su justificación.-335. El interés como condición del derecho subjetivo.-336. Clasificación del derecho subjetivo en razón de su origen.-337. Clasificación en razón del contenido.-338. Los derechos de libertad y los derechos sociales.-339. Los derechos políticos.-340. Los derechos cívicos.

331. La última parte de esta obra la tenemos destinada a precisar cuál es la situación que los particulares tienen frente a la Administración.

Ya en varias ocasiones nos hemos ocupado de este problema; pero en todas ellas ha sido en una forma parcial que no permite apreciarlo de conjunto, pues las resoluciones que se han apuntado no deben ser sino consecuencia del criterio general que se adopte con respecto al propio problema.

Creemos que la importancia de éste es de tal alcance que, en realidad, la configuración de un sistema de derecho administrativo en un país y en un momento histórico determinados, sólo puede lograrse conociendo a fondo cuáles son los derechos y garantías de que gozan los administrados frente a la actuación del Poder público.

Examinar la consistencia de tales derechos y garantías; ver hasta qué punto es real y no sólo aparente el sistema organizado para la protección contra la arbitrariedad de las autoridades, es llegar a conocer si el Estado se encuentra efectivamente sometido al Derecho, o si, por el contrario, el derecho público no es sino una ilusión inspirada por los gobernantes para dar una apariencia de legalidad a sus excesos y a sus atropellos.

Este estudio abarca el de todos los elementos o aspectos de la relación que se constituye entre la Administración y los particulares, -een motivo de la actuación de una y otros.

332. El problema de la situación de los particulares frente a la Administración implica, necesariamente, la adopción de un criterio sobre la existencia y la naturaleza de los derechos públicos de los administrados, es decir, sobre el concepto mismo del derecho subjetivo.

Este concepto se liga estrictamente con el del derecho en general, de tal modo que puede afirmarse que su determinación constituye uno de los puntos más debatidos en la doctrina jurídica universal.

Resumiendo los principales lineamientos del debate, podemos fijar estos puntos:

1. Existen dos tendencias, la que afirma y la que niega la existencia del derecho subjetivo.

II. Dentro de la tendencia afirmativa hay gran diversidad de criterios para caracterizar el derecho subjetivo. O bien se sostiene que es un poder de voluntad conferido por el ordenamiento jurídico (Windscheid), o que es un interés jurídicamente protegido (Ihering), o que es un poder de voluntad protegido y reconocido por el ordenamiento jurídico y que tiene por objeto un bien o un interés (Jellinek), o, por último, que es el poder de poner en movimiento la acción ante la justicia (Thon).

III. Dentro de la tendencia negativa, se sostiene que lo que se llama derecho subjetivo no es más que un fragmento del derecho objetivo imputado a una persona y que después de la imputación conserva los caracteres del derecho objetivo (Kelsen), o bien, que si el individuo quiere y puede una cosa, no es en virtud de un pretendido derecho subjetivo, sino en virtud de la regla de derecho, ya que no es concebible dentro de la ciencia positiva que exista una voluntad que pueda imponerse a otra (Duguit).

Por último, considerando que la noción de derecho subjetivo subsiste en la legislación y que dentro de las teorías que se han expuesto existe una parte de verdad, se ha llegado recientemente a formar un nuevo concepto del derecho subjetivo que parece escapar a las críticas en que incurren aquellas teorías. En ese nuevo concepto se considera que el derecho subjetivo está constituido esencialmente por un 'poder de exigir una prestación, poder que está condicionado por tres elementos: "1º, que haya para el sujeto pasivo una obligación jurídica resultante de una regla de derecho; 2º, que esa obligación haya sido establecida para dar satisfacción a ciertos intereses individuales; 3º, que el sujeto activo del derecho sea precisamente titular de uno de esos intereses en atención a los cuales se ha establecido la obligación (Bonnard. *op. cit.*, pág. 32)."

333. Según las explicaciones del autor de este concepto, él se descompone y se justifica en la forma siguiente:

La esencia del derecho subjetivo radica en el "poder de exigir", al cual le da fuerza el derecho objetivo y no la voluntad, como lo pretenden algunas teorías.

Afirma que la voluntad sólo podría tener el efecto de imponerse, de ser superior a otra, si la voluntad de todos los homhres no fuera de naturaleza idéntica, lo cual no puede demostrarse.

Que, además, admitiendo ese elemento, no serán posibles los derechos de los particulares contra el Estado, puesto que sería necesario reconocer a los primeros una voluntad superior a la del segundo, lo cual pugna con el concepto tradicional del Estado soherano.

334. Es necesario, en segundo lugar, para que exista el derecho que haya una obligación correlativa de ceder a la exigencia que tiene el titular del "poder de exigir".

En el derecho público, y en especial en el administrativo, no siempre la Administración está obligada a actuar.

En efecto, es fácil distinguir los casos que, a no dudarlo, constituyen la regla general, en que las autoridades tienen una competencia definida y limitada por la ley y aquellos en que las propias autoridades gozan del llamado "poder discrecional", o sea cuando la ley les deja libertad de decisión.

La doctrina del derecho administrativo ha reconocido invariablemente la existencia de la facultad discrecional de la Administración, pero no en todo tiempo se la ha apreciado desde el mismo punto de vista.

Dentro de nuestros antecedentes doctrinales cabe hacer referencia a la tesis sostenida por el ilustre jurista don Teodosio Lares, quien, en sus *Lecciones de Derecho Administrativo,* puhlicadas en el año de 1852, ya se ocupaba de esos problemas, siguiendo las tendencias que en esa época predominahan.

Así, en su Lección quinta dice lo siguiente: "Para dar a cada uno de los atributos de la Administración activa un carácter distinto y propio, la hemos dividido en poder gracioso y poder contencioso, según que ofende los intereses o hiere los derechos de los individuos. En el primer caso, la Administración ohra y razona para ilustrarse y determinar lo más conveniente a los intereses generales; en el segundo, forma averiguaciones para juzgar y decidir, comhinando el interés general con el derecho de cada uno, sin dañar este derecho o sacrificándolo si así fuere indispensahle." y más adelante agrega: "Los autores que han escrito acerca del derecho administrativo, están conformes en distinguir en la Administración, en cuanto al fondo, el poder gracioso del poder contencioso; mas no convíenen en la denominación que conviene dar al primero; ya se llame arhitrario, discrecional, gracioso; ya se le dice administración pura, adminis-

tración activa, administración voluntaria." Acaba el señor Lares por adoptar la denominación de graciosa o voluntaria, por una parte, y la de contenciosa, por la otra, asignando como campo a la primera el de los simples intereses particulares que pueden ser heridos sin recurso posible cuando la Administración pueda acordar o rehusar un acto usando del arbitrio necesario para atender las exigencias del interés público.

Como se puede apreciar fácilmente, dentro de esas ideas el poder dierecional se analizaba por la situación de los particulares frente a la Administración, siendo necesario para determinar la existencia de aquél, precisar si ellos tenían un interés a un derecho.

Pero, a la vez, para definir lo que debía .entenderse por interés y derecho, era necesario ocurrir al examen de la situación inversa, de la Administración frente al particular.

Así, Lares indica que "en materia administrativa, se llama interés aquella ventaja, comodidad o conveniencia que pueda sacar tal individuo de una medida administrativa, de la consecución de una gracia. .. Ilaniarnos derecho primitivo, agrega, al que es inherente a la cualidad de propietario de una cosa raíz o mueble, corporal o incorporal, o a la cualidad de natural o ciudadano. En todo gobierno civilizado está prohibido tocar los derechos de los nacionales por la vía discrecional".

De aquí resulta un círculo en que es difícil llegar a explicar satisfactoriamente los poderes de la Administración, por una parte, y los de *los* particulares, por la otra.

En realidad, el poder discrecional debe definirse tomando la situación de la Administración frente a la ley y no frente a los particulares *(supra,* núm. 76).

335. El interés en cuyo favor se ha establecido el poder de exigir es otra de las condiciones requeridas en el concepto de derecho subjetivo que estamos analizando.

Cuando la ley obliga a la Administración a realizar una actividad o le impone una abstención, no en favor de los individuos, considerados aisIsdamente, sino para la satisfacción del interés general, puede suceder, sin embargo, que aquella actividad redunde en beneficio de un individuo y que, por lo mismo, éste tenga un interés en su realización.

En tal caso, como el interés del particular se satisface, no por efecto directo, sino por simple acto reflejo de la norma que obliga al Poder público a la acción o a la omisión, no puede afirmarse que dicho interés sea bastante para que exista un derecho subjetivo, debiendo considerarse, por tanto, que sólo se trata de un simple interés de hecho (v. sentencias de la SUprema Corte en amparos de Artículos de Celuloide, S. A., y Tomás

Macías Landaverde, resueltos, respectivamente, en 21 de julio de 1942 y 9 de julio de 1943).

Así, por ejemplo, las leyes constitucionales que imponen la obligación de expedir leyes secundarias con determinado contenido, las que establecen la publicidad de las actuaciones de los tribunales y de las Cámaras, las que permiten el acceso público al uso común de los bienes del dominio público o afectados a un servicio público, las que organizan los servicios de defensa nacional, el diplomático, el de protección aduanera, el de policía, etc., etc., no crean, por lo general, derechos subjetivos para los individuos, a pesar de que éstos puedan tener un interés mayor o menor en que se realicen los actos u omisiones que en dichas leyes se imponen a los órganos del Estado. Todas esas leyes se dictan para proteger intereses generales, intereses de un grupo indiferenciado de individuos, no para la satisfacción de éstos considerados aisladamente.

Se podría objetar que como el interés general es la suma de los intereses individuales, satisfaciendo al primero se satisface, por consecuencia, a los segundos.

Sin negar que en algunos casos el interés individual puede coincidir con el interés general, éste comprende necesidades que rebasan las de los individuos y que se extienden en el tiempo hasta abarcar el interés de las generaciones futuras. El interés general puede definirse, como lo hace Jellinek, como "un interés compuesto resultante del contraste de los intereses idividuales sobre la base de la idea dominante en un determinado periodo de tiempo y de las condiciones especiales de cada Estado; un interés que puede presentarse a veces como extraño o como contradictorio al interés individual, y que, en ocasiones, debe necesariamente presentarse como tal" *[Sist. dei D. Publ, Subi.,* trad. ital., pág. 78).

En el amparo en revisión 2747/69 fallado por el Pleno de la Suprema Corte el 18 de enero de 1972 se afirma que el "interés no siempre puede calificarse de jurídico, pues para que sea así es menester que el derecho objetivo lo tutele" y más adelante dice "el derecho subjetivo supone la conjunción en su esencia de dos elementos inseparables: a saber una facultad de exigir y una obligación correlativa traducida en el deber jurídico de cumplir dicha exigencia..." (Informe año 1972, pág. 340).

336. Los derechos subjetivos pueden clasificarse en razón de la naturaleza del acto jurídico de donde derivan. Si ese acto jurídico es de derecho público y si uno de los sujetos de la relación es el Estado, se tendrá el derecho público subjetivo. Si el acto es de derecho privado, aunque el Estado sea sujeto de la relación, se tendrá el derecho privado subjetivo.

Tratándose de los derechos públicos, cuando el Estado es el sujeto de quien puede exigirse la prestación, surge el problema relativo a cómo

puede explicarse que el Estado tenga obligaciones con un particular a pesar de su soberanía, que consiste precisamente en la facultad de no determinarse sino por sí mismo y de no reconocer ninguna voluntad superior.

Este problema queda sin resolución si el derecho subjetivo se considera como un poder de una voluntad para imponerse a otra, pues, como acabamos de indicar, el Estado no reconoce ninguna voluntad que pueda imponérsele. Resultaría, por tanto, que habría que desechar la idea de que los particulares tuvieran derechos contra el Estado. Pero, como la tesis que hemos admitido descarta del concepto de derecho ese elemento y lo sustituye con el de poder reconocido por la ley de exigir alguna prestación, se suprime el motivo de incompatibilidad, quedando tan sólo por discutir si el Estado se encuentra sometido a la ley.

Ahora bien, esa sumisión cabe dentro de las ideas del Estado soberano, ya que entre las facultades de la soberanía se encuentra la de autolimitación, que no otra cosa es la situación del Estado ligado por el derecho que él mismo consagra. Así es como puede admitirse sin contradicción un derecho de los individuos para exigir determinadas prestaciones en contra del Poder público.

337. También pueden clasificarse los derechos públicos en razón de su contenido, es decir, tomando en cuenta lo que por medio de ellos puede ser exigido. Desde este punto de vista se pueden separar cuatro grupos:

1. Derechos de libertad, llamados también derechos del hombre y derechos o libertades individuales.
2. Derechos sociales.
3. Derechos políticos.
4. Derechos administrativos.

338. Los derechos del hombre constituyen la esfera de lihertad que se encuentra jurídicamente protegida por la obligación que el Estado se impone de abstenerse de ejecutar cualquier acto que la obstruya. La libertad por sí sola no constituye un derecho; para que éste exista es necesario que el individuo tenga el poder de exigir su respeto. El contenido, pues, de los derechos de libertad es fundamentalmente negativo, se traduce en la posibilidad de exigir una abstención.

Frente a esos derechos el Estado y, consecuentemente la Administración, quedan reducidos a una actividad limitada, la de mantener el orden para evitar que el derecho de uno entre en fricción con el derecho de los otros. Pero el Estado moderno ha adoptado otra actitud. Sin hacer a un lado el respeto a la libertad ha emprendido una acción positiva distinta de lo que más adelante examinaremos al hablar en este mis-

mo capítulo de los "derechos administrativos". Esa acción positiva que en este momento nos ocupa es la que da origen a los llamados "derechos sociales" en virtud de los cuales se reciben del Estado prestaciones o beneficios creados a favor de clases sociales que se encuentran en condiciones desfavorables en la lucha económica, y que protegen y dan seguridad al individuo en sus relaciones de trabajo y en su situación económica, física, intelectual y moral.

339. Los derechos políticos pueden definirse como poderes de los individuos, en su carácter de miembros del Estado, con una calidad especial, la de ciudadanos, para intervenir en las funciones públicas o para participar en la formación de la voluntad del Estado, bien sea contribuyendo a la creación de los órganos de éste, bien fungiendo como titulares de dichos órganos.

Conforme al artículo 35 de la Constitución, son prerrogativas del ciudadano: 1. Votar en las elecciones populares; II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las cualidades que establezca la ley; 111. Asociarse para tratar los asuntos políticos del país; IV. Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes, y V. Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.

Desde luego es de llamar la atención que el artículo constitucional referido no llama derechos, sino prerrogativas, a las facultades que otorga al ciudadano, pues precisamente fue este uno de los puntos que se tocaron en la discusión del artículo correspondiente, igual en su texto, al de la Constitución de 1857 (Zarco, *Historia del Congreso Constituyente de* 1857. Sesión del 1º de septiembre de 1856, t. I1, pág. 268).

A nuestro modo de ver, la razón del empleo del término "prerrogativas" en lugar de "derechos" obedece a que, en realidad, no todas las facultades de que se trata tienen este último carácter.

Sin embargo, debemos decir que algunas leyes como, por ejemplo, la de Extranjería de 28 de mayo de 1886, que fue formulada tomando como base el proyecto del licenciado don Ignacio L. Vallarta, da a las prerrogativas de que venimos hablando la consideración de derechos, y así dispone en su artículo 36 que "los extranjeros no gozan de los derechos políticos que competen a los ciudadanos mexicanos; por tanto, no pueden votar ni. ser votados para cargo alguno de elección popular; ni nombrados para cualquier .otro empleo o comisión propias de las carreras del Estado, ni pertenecer al Ejército, Marina o Guardia Nacional, ni asociarse para tratar de los asuntos políticos del país; ni ejercer el derecho de petición en toda clase de negocios..."

340. A diferencia de las libertades individuales, cuyo contenido es negativo, existen derechos con un contenido positivo, formando parte de ellos los derechos administrativos.

Los derechos administrativos, a diferencia de los derechos del hombre, tienen un contenido positivo, consistente en el poder de exigir del Estado las prestaciones establecidas por las leyes.

En el desarrollo normal de la actividad administrativa, esta clase de derechos es la que entra principalmente en juego, pues están comprendidos en ella todos los que tienden a obtener una prestación específica del Estado, como ocurre respecto del sueldo o de la pensión del empleado público; los que tienen por objeto la realización de actos jurídicos, como son el otorgamiento de permisos o autorizaciones para el aprovechamiento exclusivo de los bienes públicos o para la realización de ciertas actividades sujetas a aquel requisito, y por último, aquellos cuyo contenido es el goce de los servicios públicos establecidos por la Administración.

En todos estos casos, y de acuerdo con los criterios que anteriormente dejamos establecidos, debe tenerse cuidado de hacer una separación precisa entre lo que no es más que un interés y aquello que real y verdaderamente constituye un derecho.

y así, aun exponiéndose a repeticiones que estimamos justificadas en bien de la claridad, nos encontramos con verdaderos derechos subjetivos enfrente de simples intereses en los siguientes casos citados con mucha frecuencia como ejemplos en las explicaciones doctrinales sobre esta materia.

El aprovechamiento de las aguas de una corriente pública para baños puede ser disfrutado por cualquiera con sujeción a las leyes de policía y reglamentos administrativos. Ese aprovechamiento no establecido en favor de los individuos considerados aisladamente no constituye un derecho, sino un interés.

Al obtener el particular una concesión en los términos de la ley para hacer el mismo uso de las aguas, pero en una forma exclusiva, adquiere un verdadero derecho al aprovechamiento de que se trata.

Cuando el particular aprovecha el servicio de comunicaciones establecido por el Estado y realiza los actos que la ley previene como condiciones para que dicho servicio funcione a su favor, adquiere un derecho cuyo carácter es claramente diverso del interés que el mismo particular puede tener a que el servicio se amplíe para lugares diferentes dejos establecidos.

El interés del empleado público a su remuneración constituye un verdadero derecho, por la individualización y reconocimiento de dicho

interés y por la facultad de exigirla que se otorga al mismo empleado, en tanto que no dejan de ser simples intereses, que en parte forman el objeto de las demandas del servidor público para que se eleven a la categoría de derechos, el ingreso al servicio, al ascenso y la promoción, cuando dependan de la facultad discrecional del superior jerárquico.

## CAPÍTULO II

## LOS DERECHOS DE LOS PARTICULARES

*(Continuación.)*

341. Clasificación de los derechos públicos subjetivos de los administrados.-342. El derecho a la reparación de los daños causados por la Administración.-343. El sistema legal mexicano en materia de responsabilidad del Estado.-344. El derecho de los particulares al funcionamiento de la Administración y a las prestaciones de los servicios públicos administrativos.

341. En el capítulo anterior indicamos que dentro de la categoría de los derechos administrativos quedan comprendidos los derechos de los particulares frente a la Administración.

Ante la dificultad de enumerar en detalle los diferentes derechos de esta clase, la doctrina los ha separado en tres grandes grupos:

I. Derechos de los administrados al funcionamiento de la Administración y a las prestaciones de los servicios administrativos.

11. Derechos de los administrados a la legalidad de los actos de la Administración.

111. Derechos de los administrados a la reparación de los daños causados por el funcionamiento de la Administración.

342. La clasificación anterior es inobjetable. Parece encerrar realmente todos los derechos que el particular puede tener respecto de la Administración.

Sin embargo, creemos que, dentro de nuestro régimen legal, no está aceptado francamente el principio de la responsabilidad del Estado.

En efecto, dos ideas fundamentales han sido en nuestro país un obstáculo para la admisión del principio de responsabilidad a que nos venimos refiriendo.

Por una parte, el concepto de la soberanía considerada como un derecho de una voluntad jurídicamente superior de actuar sin más limitaciones que las que el propio Estado se impone, impide considerar al Estado como responsable cuando se mantiene dentro de dichas limitaciones. "Lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación."

Por otra parte, la idea de que el Estado sólo puede actuar dentro de los límites legales, es también un motivo para excluir el principio de la

responsabilidad, pues ésta se basa normalmente en la ilicitud de la actuación dañosa. Se ha considerado dentro de nuestro sistema, que si alguna actuación pública se desarrolla fuera de los límites legales, no es ya el Estado el que actúa, sino el funcionario personalmente, y por tanto, sobre él debe recaer la responsabilidad.

Así pues, se puede asentar que el principio que rige en México es el de la irresponsabilidad del Estado y que sólo excepcionalmente y por virtud de una ley expresa, puede el particular obtener una indemnización del Estado.

Entre los casos de excepción, cabe citar el de expropiación por causa de utilidad pública, que sólo puede hacerse mediante compensación; el de los daños causados por la Revolución en los términos de las leyes relativas, y el de la responsabilidad subsidiada del Estado en el caso previsto por el artículo 1928 del Código Civil.

Según este precepto "el Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios ene! ejercicio de las funciones que les están encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes pata responder del daño causado."

Este caso de excepción al principio de la irresponsabilidad del Estado viene a demostrar que, de acuerdo con las bases de nuestra legislación, el Estado no asume una obligación directa de indemnizar los daños causados por sus funcionarios sino que debe exigirse previamente a éstos en lo personal, la reparación procedente. Es decir, se tratarle un caso de responsabilidad subsidiaria del Estado.

Además, esa responsabilidad subsidiaria parece no estar establecida más que para el caso de que exista culpa de parte del funcionario, puesto que el precepto de que venimos hablando se encuentra dentro del capítulo del Código Civil relativo "a las obligaciones que nacen de los actos ilícitos".

Ahora bien, de acuerdo con la doctrina que ha inspirado al Código Civil, la ilicitud de los actos consiste en que ellos se produzcan "sin derecho, intencionalmente o por imprudencia o negligencia", y sólo quedan exceptuados, por disposición expresa, los casos de "abuso de derecho" a que se refiere el artículo 1912 y los de riesgo consignedosen los artículos 1913 y 1914.

Dentro del mismo criterio, la ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación y del Distrito Federal establece en su artículo 5º el derecho de los particulares para exigir ante los Tribunales competentes la responsabilidad pecuniaria que hubiese contraído

el funcionario o empleado, por daños y perjuicios, al cometer los hechos ti omisiones que se le imputen, aun en el caso de que se absuelva al inculpado en el procedimiento penal.

Sin embargo, de todo lo anterior parece que en la ley de 31 de diciembre de 1941, denominada Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal, existe ya un principio de admisión de la responsabilidad directa del Estado, al disponer que "cuando la reclamación se funde en actos u omisiones de los que conforme a derecho dan origen a la responsabilidad civil del Estado, no será preciso demandar previamente al funcionario o funcionarios responsables, siempre que tales actos u omisiones impliquen una culpa en el funcionamiento de los servicios públicos".

343. La situación que se acaba de exponer hace pensar fundadamente que la legislación mexicana se ha mantenido en un estado de atraso tal que bien puede decirse que no se ha logrado en nuestro país un verdadero Estado de Derecho, pues como se ha sostenido "un sistema de responsabilidad de la Administración. .. es esencial a la existencia del Estado de Derecho" (Legaz Lecambra, *El Estado de Derecho,* "Rev. de Adm. Públ." Madrid, 1951, núm. 6).

Y es que, en efecto, en todos les Estados modernos han sido repudiados los principios sobre los que tradicionalmente se fundaba la irresponsabilidad del Estado, no sólo porque esos principios no resisten un análisis serio, sino porque es necesario adoptar alguna medida frente al desarrollo incontenible de la vida estatal que ha creado múltiples riesgos que amenazan los derechos de los particulares con los cuales frecuentemente se encuentra en contacto.

Es evidente que si bien es cierto que el concepto de soberanía es incompatible con la sumisión a una voluntad extraña o a limitaciones o restricciones que fueran impuestas por un poder exterior al Estado mismo, no hay ningún inconveniente de principio en que el propio Estado, autolimitándose, se imponga restricciones y obligaciones frente a los particulares y que se someta a las reglas de derecho que él crea por su propia voluntad.

Es también evidente que la responsabilidad subsidiaria del Estado respecto de la de sus funcionarios o empleados, por estimar que el propio Estado debe responder en forma indirecta como lo hacen los patronos respecto de sus dependientes, no puede sostenerse si se .tiene en cuenta que el Estado sólo manifiesta su actividad por medio de las personas físicas que desempeñan las funciones públicas y que, consecuentemente fuera de la falta personal del empleado, aquella que pueda destacarse claramente de su actuación como titular de un órgano público, cualquiera

otra actuación que cause un daño no puede dejar de imputarse al propio Estado, considerándola como un hecho propio que genera a su cargo una responsabilidad directa (Alessi, *La Responsabilitá della Publica Amministrazione,* pág. 30), sobre todo cuando se trata de una irregularidad en el funcionamiento del servicio o de un daño causado por el funcionamiento normal del propio servicio.

Además, el establecimiento de una responsabilidad directa del empleado y subsidiaria del Estado, hace nugatoria la garantía para los administrados, pues aparte de que la complejidad de la organización administrativa con la intervención de varios funcionarios o empleados en el mismo acto hace casi imposible determinar quién de ellos es el culpable, existe la circunstancia de que normalmente los empleados públicos son insolventes, razón por la cual se ha criticado el sistema como una supervivencia de las épocas remotas en que "el Gobierno estaba en manos de personas importantes, independientes y ricas" (Robson, *Report 01 the Committee on Minister's Powers),* a todo lo cual debe agregarse que el sistema tiende a producir una inhibición a los empleados por temor a incurrir en responsabilidad.

Por último, establecer la responsabilidad directa del Estado, como lo hace la Ley de Depuración de Créditos de 1941, cuando conforme a derecho se dé origen a la responsabilidad civil del Estado, siempre que haya culpa en el funcionamiento de los servicios públicos, aunque indudablemente es un paso hacia adelante, coloca al derecho público en una situación de atraso respecto al derecho civil que reconoce la responsabilidad por riesgo creado. Por tanto, seguir conservando para el Estado un régimen de tan limitada responsabilidad prácticamente equivale a una inmunidad en su actuación.

Destruidos ya en una forma admitida universalmente los principios que con pretensión de dogmas trataron de explicar la imposibilidad de que el Estado se hiciera responsable cuando realiza sus funciones soberanas; demostrada la insuficiencia de la responsabilidad directa del funcionario y la directa del Estado sólo para los casos de culpa en el funcionamiento de los servicios públicos, y teniendo en cuenta que el Estado moderno ha invadido, como antes se dice, todos los campos de la vida social, creando con su actuación y con los servicios que ha tenido necesidad de establecer una multiplicidad de riesgos, se hace indispensable estructurar un régimen de responsabilidad que al mismo tiempo que garantice los patrimonios privados contra una carga no proporcional ni equitativa que resulte de la actuación administrativa, constituya un medio de obligar a la Administración a sujetarse estrictamente a la ley formando así otra garantía del regular funcionamiento del Poder público.

Como se ha considerado que la responsabilidad del Estado no puede ser regida por los principios tradicionales del derecho civil, en donde la insuficiencia de su teoría fundamental de la culpa, ha obligado aunque sea en forma casuística a recurrir a la teoría del riesgo, la doctrina del derecho público ha tratado de construir una teoría general que preste un fundamento sólido a la obligación del Estado de resarcir o indemnizar a los particulares por los daños que pueden sufrir en su patrimonio con motivo de la actuación del Poder público.

Sin duda una de las teorías que ha alcanzado mayor difusión, es la que adopta como base el principio de la igualdad de los individuos ante las cargas públicas, principio conforme al cual si una actuación gubernamental causa un daño a un individuo sobre quien se hace recaer todo el peso de dicha actuación, la ruptura que así se produce de la igualdad respecto de los demás administrados, obliga al restablecimiento de ella, transfiriendo la carga del daño al patrimonio público alimentado por la contribución de todos los administrados.

Ciertamente esa teoría ha sido vigorosamente impugnada (Chapus, *Responsabilité publique et Responsabilité privée,* pág. 342.-García Enterría, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa,* pág. 173) Y se han formulado otras, como las del "riesgo social" o sobre el concepto de "lesión" del patrimonio, independientemente de la actitud subjetiva del agente causante del daño.

Creemos oportuno hacer referencia a una de las más recientes construcciones que se han hecho al respecto dentro de la legislación positiva. Según datos tomados de la obra de García Enterría, antes citada, en su país se ha hecho reposar la responsabilidad del Estado en el concepto de "lesión" como distinto del de perjuicio que es de carácter económico material, en tanto que el de lesión es un concepto jurídico. Explicando estas ideas el distinguido. comentarista sigue diciendo: "Obsérvese que no decimos perjuicio causado antijurídicamente (criterio subjetivo), sino perjuicio antijurídico en sí mismo (criterio objetivo), perjuicio que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud. La nota de antijuridicidad se desplaza' desde la conducta subjetiva del agente, donde lo situaba la doctrina tradicional, al dato objetivo del patrimonio dañado *(op, cit.,* págs. 175 y ss.),"

Por su parte Garrido Falla sostiene que debe hacerse una separación entre el instituto de la responsabilidad y la teoría de la indemnización. La primera surge como consecuencia de la actividad Ilícita administrativa. La segunda tiene lugar en el campo de la actividad lícita de la Administración. Para este autor la tesis de que la responsabilidad se da

siempre que alguien soporta un hecho que no está jurídicamente obligado a soportar, en realidad excluye la obligación de indemnizar los perjuicios que causa la actividad lícita de la Administración, pues sería absurdo que siendo lícita el perjudicado no estuviera obligado a soportarla. *(D. Adm.* voL n, págs. 221 y ss.)

Por nuestra parte pensamos que, tal como dijimos, se hace cada día más urgente organizar un sistema de responsabilidad del Estado, existiendo ya una gran experiencia en otros países que, con las debidas adaptaciones y limitaciones puede ser una guía para determinar los casos de responsabilidad por falta o sin falta personal del empleado, los de responsabilidad por falta o sin falta en el servicio y la responsabilidad por riesgos que crea el funcionamiento normal de la Administración. (V. Conferencia del licenciado Antonio Carrillo Flores en la Escuela Libre de Derecho sobre la Responsabilidad del Estado en México. 8 de mzo., 1976.)

344. Pasando ahora al examen de los derechos de la primera categoría que arriba señalamos respecto al funcionamiento de la Administración y a las prestaciones de los servicios públicos administrativos, tenemos que limitarnos a expresar sólo ideas generales, pues las variantes que impone la legislación positiva obligan a examinar los términos mismos de la ley y el espíritu que la inspiró, para poder precisar en cada caso la existencia y el alcance del derecho que al administrado se le reconozca.

En este estudio volveremos a hacer una aplicación de las ideas que hemos desarrollado más arriba respecto de los elementos que integran el concepto del derecho subjetivo.

Así, desde luego, deberemos poner a un lado las situaciones que se originan cuando la ley impone a la Administración una actividad destinada a satisfacer el interés general y que sólo indirectamente, por acción refleja, satisface un interés individual. En esos casos, de acuerdo con lo que hemos expresado, el particular no puede exigir el cumplimiento de la actividad de que se trata; tiene sólo un interés pero no un derecho.

Lo mismo ocurre cuando, aunque la actividad tienda a satisfacer intereses de los individuos considerados aisladamente, la ley reserva a la Administración facultad discrecional para apreciar la oportunidad de la medida o su alcance y contenido.

Sin embargo, en esos dos casos, aunque no puede hablarse de un derecho subjetivo veremos más adelante que el interés del particular puede dar motivo para el ejercicio de ciertos medios legales, cuya finalidad viene a .ser la de que la Administración respete la ley o sea el derecho objetivo.

Por el momento habremos de referirnos principalmente a aquellos casos en que, de acuerdo con las nociones hasta aquí expuestas, se puede hablar de un verdadero derecho en favor de los individuos.

Cuando la ley previene actividades de la Administración directamente encaminadas a satisfacer intereses particulares, como cuando se establecen los servicios de correos y telégrafos, cuando se crea el servicio de patentes y marcas, cuando se determina que la Administración otorgará concesiones a los particulares para la explotación de bienes de propiedad nacional, etc., etc., surge la cuestión de determinar cuál es el carácter jurídico de las relaciones de los particulares con la Administración.

Para precisarlo conviene distinguir dos momentos: el primero, antes de que el particular haya solicitado la prestación; el segundo, cuando el particular la solicita.

En el primer momento, el particular no tiene relación especial con la Administración; tiene, sí, un poder legal de exigir la prestación, es decir, tiene una situación jurídica.

Como esta situación jurídica no tiene un carácter individualizado sino que se encuentra establecida en una forma abstracta e impersonal, constituye propiamente una situación jurídica general.

Sin embargo, esta caracterización no llega a dar una idea exacta de la posición que guarda el particular y por esa razón tratando de precisarla creemos que se puede lograr ese objeto, considerando que el particular tiene una simple expectativa que puede denominarse una situación jurídica eventual o como se ha llegado a definir, dentro de la doctrina civilista de la retroactividad de las leyes una "situación jurídica abstracta" (Bonnecasse, *Suplément*, t. JI, pág. 20): "Se entiende por la noción de situación jurídica abstracta, la manera de ser eventual o teórica, de cada uno con relación a una ley determinada. Desde el momento en que se dicta una regla de derecho engendra, en efecto, de pleno derecho, una o varias situaciones jurídicas abstractas. .. La situación jurídica abstracta se caracteriza, pues, porque está desprovista de consecuencias prácticas para su beneficiario; por lo demás, éstos no están individualizados, sino determinados simplemente en general, en tanto que pertenecen a los grupos sociales a que la ley se refiere teórica o eventualmente ..."

En el segundo momento, o sea cuando el particular solicita la prestación deben distinguirse dos posibilidades: *a)* la Administración se rehusa a cumplir la prestación solicitada; *b)* la Administración accede a la solicitud.

*a)* Si la Administración niega lo solicitado, y dado que estamos suponiendo el caso de que ella no goce de facultades discrecionales sino que tenga su competencia ligada por la ley, surge inmediatamente la sanción del poder de exigir, es decir, la acción para hacer efectivo el derecho.

La naturaleza de esa acción será objeto de estudio por separado.

*b)* Cuando la Administración accede a la solicitud, entonces interesa conocer en qué situación jurídica se viene a colocar el particular.

Sobre esto existen diversas opiniones: una, que corresponde a la tendencia a encajar los fenómenos de la vida administrativa dentro de las instituciones de derecho civil y otra, que explica la situación jurídica de que se trata con criterios que reposan sobre la especialidad del derecho que rige a la Administración.

Dentro de la primera opinión se considera que el particular cuando solicita la actividad prevista por la ley, cuando realiza los actos que ésta determina para que un servicio público funcione a su favor, está celebrando con la Administración un contrato. Que, por consecuencia, su situación jurídica es una situación jurídica individual, una situación contractual.

La base de que parte esta opinión es la de que, cuando el particular hace su solicitud y la Administración accede a ella, se forma un concurso de voluntades. Se reconoce, además, que aun cuando los términos de los derechos y obligaciones no se fijan por ese concurso de voluntades, sino que el Estado unilateralmente los señala, esto no significa otra cosa sino que el contrato es uno de los llamados contratos de adhesión.

En contra de estas ideas se han esgrimido los siguientes argumentos:

En primer término, que no siempre que hay concurso de voluntades existe un contrato. Como este argumento, que por nuestra parte aceptamos, ha sido objeto de un desarrollo y de una demostración especial cuando expusimos la teoría general del acto jurídico, bastará que por lo que hace a él nos remitamos simplemente a lo dicho anteriormente.

En segundo lugar, y fundamentalmente, en todo contrato existe, por lo menos, la posibilidad legal de que las partes discutan libremente las cláusulas que lo integran, lo cual no ocurre entre el particular y la Administración, pues ni el uno ni la otra pueden modificar por un acto de voluntad los derechos o las obligaciones que la ley establece.

En tercer lugar, y aun admitiendo que el contrato de adhesión tiene lugar cuando existen circunstancias de hecho que dan a una de las partes una tal superioridad sobre la otra que la prive de la posibilidad legal de discutir las cláusulas del contrato, aun admitiendo eso, repetimos, no es posible considerar que en el caso que estudiamos exista un contrato de adhesión, porque éste supone siempre que una de las partes es la que fija las cláusulas del mismo. Ahora bien, en un sistema constitucional como el nuestro, tanto la Administración como el particular están sometidos a la ley que regularmente emana de otro de los Poderes del Estado.

Descartando, pues, por esas razones la tesis civilista, nos encontramos 'en su lugar con las opiniones basadas en la naturaleza especial de las instituciones del derecho público.

Dentro de ellas se considera que cuando el particular cumple con los requisitos que la ley establece para obtener de la Administración la prestación que aquélla determina, tal cumplimiento es, por sí solo, la condición para que al caso individual se aplique la situación jurídica general creada por dicha ley, o bien la condición para que la Administración realice un acto especial que es el que coloca al individuo en esa situación jurídica general o en una situación jurídica individual, pero que en este último caso se opera por la voluntad unilateral de la Administración.

Así, por ejemplo, cuando un particular llena los requisitos que la ley respectiva establece para el funcionamiento del servicio postal, adquiere por ese motivo los derechos y obligaciones que la propia ley establece en favor y a cargo de los remitentes de correspondencia o de los otros usuarios del servicio, según el caso.

Aquí, como se ve, no hay acto especial de la Administración que preceda a la prestación del servicio.

Cuando el particular solicita la admisión a un establecimiento de enseñanza sostenido por el Estado, la Administración tiene previamente a la prestación del servicio que realizar el acto jurídico de la admisión, que es el que condiciona la aplicación al individuo de la norma general que rige al establecimiento.

Por último, cuando el particular solicita la declaración de improcedencia de una multa impuesta por la autoridad administrativa, fundándose en un motivo legal que obliga a decretar dicha improcedencia, y ésta le es concedida, entonces, por virtud del acto especial que así lo declare, se crea una situación jurídica individual.

Se ve, por lo anterior, que la solución que corresponde a la cuestión de determinar la situación jurídica del particular no puede ser dada en términos absolutos, sino que dependerá de las circunstancias de cada caso, teniendo que variar cuando se. demanda de la Administración la ejecución de un acto jurídico, de la naturaleza especial del acto de que se trate (permiso, concesión, etc.).

Después de que el particular ha satisfecho los requisitos de la ley u obtenido la realización del acto que ha solicitado, su situación jurídica eventual se transforma en una situación jurídica efectiva o, como la denomina la misma doctrina civilista a que antes nos referimos, una "situación jurídica concreta" (Bonnecasse, *op, cit.,* pág. 21). "La situación jurídica concreta, dice, es, por oposición a la situación jurídica abstracta, una manera de ser derivada para una persona determinada de un acto jurídico o de un hecho jurídico que ha puesto en juego a favor o en su contra las reglas de una institución jurídica y le ha conferido al propio tiempo las ventajas y las obligaciones inherentes al funciona-

miento de una institución. De otro modo dicho, mientras la situación jurídica abstracta es una simple manera de ser teórica, una vocación podría decirse a beneficiar eventualmente de una ley, la situación jurídica concreta es una realidad positiva."

Finalmente por lo que hace a la segunda categoría de los derechos administrativos que hemos señalado al principiar este capítulo, ella será motivo de un examen en desarrollos posteriores (núms. 351 y ss.},

## CAPÍTULO III

## OBLIGACIONES DE CARACTER PUBLICO A CARGO DE LOS PARTICULARES

345. La naturaleza de las obligaciones.-346. El acto administrativo intermedio.-347. Obligaciones contraídas voluntariamente. Referencias a la práctica adrt.inístrativa en México.-348. Clasificación de contenido: obligaciones de policía.-349. Obligaciones cívicas.-350. Obligaciones políticas.

345. El solo conocimiento de los derechos e intereses de los particulares frente a la Administración es insuficiente para formar una idea completa de la situación jurídica de los primeros. Es necesario conocer también cuáles son las obligaciones de carácter público que son a su cargo.

Es obligación pública el deber impuesto a los particulares por la ley o por un acto especial de la autoridad, de ejecutar determinadas prestaciones (positivas o negativas).

De la misma manera que entre las atribuciones del Estado se cuentan las de satisfacer determinados intereses individuales cuyo reconocimiento obliga a otogarles un poder de exigir la prestación correspondiente dando origen al derecho público subjetivo de que nos hemos ocupado antes, así el cumplimiento de las atribuciones exige cierta cooperación de los particulares que se impone unilateralmente a éstos, originándose para ellos una obligación especial.

Esta obligación se distingue claramente de la obligación civil, por la diversidad del régimen jurídico a que está sujeta, pues en virtud de su conexión con las atribuciones del Estado, las normas que le son aplicables son normas de derecho público, es decir, normas diversas de las que se destinan a regular las relaciones de la vida privada.

Por razón de su origen, las obligaciones públicas pueden dividirse en dos grupos: las impuestas directamente por la ley y las quederivan de un acto jurídico especial.

Para evitar confusiones, debe, ante todo, aclararse que las obligaciones derivadas de un acto jurídico especial, no por eso dejan de reposar

en una disposición legal, pues todo el desarrollo que hemos dado al principio de la legalidad tiende a demostrar que precisamente de acuerdo con éste ninguna obligación puede imponerse a un particular si ella no está autorizada por una norma legal. Lo que se quiere indicar es que hay casos en que de ésta deriva inmediatamente, *ipso jure*, la obligación sin que sea necesario ningún acto intermedio, en tanto que en otros la obligación no nace sino después de que sobre la base de la ley interviene una determinación de la autoridad administrativa.

346. El reconocimiento de la necesidad de un acto administrativo intermedio para que en algunos casos la ley pueda imponerse al particular es lo que ha servido de base a la Suprema Corte de Justicia para precisar cuándo es procedente el juicio de amparo contra la ley.

En unos casos se ha dicho que "el amparo sólo procede contra una ley en general cuando los preceptos de ella adquieren por su propia promulgación el carácter de inmediatamente obligatorios, por lo que pueden ser el punto de partida para que se consumen otras violaciones de garantías" *(S. de la F.*, t. 11, págs. 1020 y 1421; t. VII, pág. 807; t. IX, pág. 282; t. XII, pág. 66, etc., etc.).

En otros casos se ha establecido que el "amparo contra una ley procede si ésta lleva en sí misma un principio de ejecución *(S. de la F.*, t. XVIII, págs. 411 y 1355; t. XVI, pág. 2314; t. XXIII, pág. 689).

También se ha sostenido que "el amparo contra una leyes improcedente, a menos que aquélla, por sí misma, entrañe no un principio de ejecución", según frase consagrada por la jurisprudencia anterior de la Corte, "sino un perjuicio real" o "una ejecución con sólo el mandamiento..."; si la ley reclamada en amparo sólo regula los actos de los funcionarios de la Administración, sin que sea un mandato para los particulares, el amparo contra la leyes improcedente (Informe del Presidente de la Segunda Sala de la Suprema Corte, correspondientes a los años de 1930 y 1932).

Nuestra opinión sobre los tres criterios relatados, es la de que los términos de que se valen son confusos ya que, por lo que hace a la primera, debe decirse que todos los preceptos de una ley salvo reserva expresa en cuanto a su vigencia adquieren el carácter de inmediatamente ohligatorios por el solo hecho de su promulgación, sin que quepa distinguir por este concepto entre los que obligan directamente a los particulares y los que para engendrar una obligación a cargo de éstos, presuponen un acto intermedio de la autoridad administrativa.

La misma observación cabe respecto de la segunda forma de la tesis, pues es indudable que estando destinada toda ley a ser ejecutada, en cualquier caso que se suponga puede decirse que lleva en sí misma un

"principio de ejecución". Cierto que en esta misma forma se agrega que la ley no debe necesitar de actos posteriores de aplicación concreta; pero, aunque hay ya una mejor precisión de criterio, no puede desconocerse que las leyes que engendran directa e inmediatamente obligaciones para los particulares no excluyen la posibilidad de actos posteriores de aplicación.

Por último, hablar de "perjuicio real" significa el uso de términos vagos, pues no hay precisión jurídica en el uso que se le da al concepto de perjuicio. El empleo de la expresión "una ejecución con sólo el mandamiento" es susceptible de las mismas observaciones que las frases usadas en las dos formas anteriores. Separar las leyes que regulan los actos de los funcionarios de la Administración de las que constituyen un mandato para los particulares, es olvidar que el mandato de la ley existe para los particulares cuando les impone una obligación bien sea en forma inmediata bien por intermedíación de actos que ella misma regula, de los funcionarios de la Administración.

Finalmente, la tesis que actualmente viene sosteniendo la Suprema Corte es la de que el amparo procede contra las leyes, cuando éstas son de aplicación automática, es decir, que no necesitan de ningún acto intermedio para que obliguen a los particulares y siempre que el individuo sufra un perjuicio porque se afecte la situación que guardaba antes de la expedición de la ley *(S. t. de la F.,* t. LXXVI, pág. 2145).

347. Constituye un problema de difícil solución el de determinar si además de la ley y del acto jurídico especial no existe una tercera fuente de las obligaciones jurídicas en el consentimiento del particular para asumirlas.

A primera vista parece que no hay inconveniente en aceptar la solución afirmativa, pues es natural que si los límites a la acción del Poder público se encuentran impuestos en beneficio de la libertad de los particulares, éstos deben poder, en ejercicio de esa misma libertad, disponer de ella y adquirir mayores obligaciones que las que la ley les impone, ampliando de esa manera la competencia de las autoridades.

Sin embargo, examinando más a fondo la cuestión se encuentra con que sólo puede decirse que existe una obligación pública cuando exista una norma de derecho público que la regule. Ahora bien, en el caso que se considera, precisamente se piensa en una obligación asumida voluntariamente cuando falta la base legal que pudiera justificarla. Si esto es así, ¿cómo se podría justificar que tal obligación produjera efectos de derecho público?

Pero no es esto todo; hay, además, la circunstancia de que una obligación voluntariamente contraída significa que el individuo amplía res-

pecto de él la competencia de la autoridad. En un régimen constitucional como el nuestro, en el que los órganos públicos sólo obran en virtud de facultades expresas y limitadas por la ley y en el que no rige el principio de que está permitido lo que la ley no prohíbe, vendría a darse facultades al particular para que quitara los límites que la ley ha creído conveniente poner a la esfera de la actividad de aquéllas y permitir una intromisión de intereses particulares en una cuestión que sólo es regulada por el interés general.

Sin embargo, de todo lo anterior se ha sostenido que aunque la posibilidad de crear voluntariamente una obligación pública no es admisible en principio, debe reconocerse en un dominio restringido, a saber, cuando la ley expresamente lo autoriza o cuando se trata de una restricción de policía a la libertad o a la propiedad del individuo. "En este último caso, dice Fleiner, el ciudadano puede, en ocasión de la reglamentación por la autoridad de policía de una relación jurídica concreta, en particular cuando él solicita una autorización de policía, aportar voluntariamente una restricción a su libertad a fin de abrir en otra dirección la vía para que la relación se organice de acuerdo con su deseo. Que no se objete (sigue diciendo) que la autoridad administrativa no debería usar semejante habilitación, abstracción hecha de los casos reglamentados en la ley, por la razón de que no debe obrar sino de acuerdo con las normas legales, que la voluntad del súbdito no puede fundar válidamente una nueva competencia de la autoridad, pues aquí aparece precisamente que la realización del derecho no es un fin en sí de la actividad de las autoridades administrativas. La ley les opone, en interés del ciudadano, ciertas barreras para evitar que persigan un objeto diferente del fin jurídico, barreras que, sin embargo, el ciudadano puede hacer caer en ciertos casos. Si lo hace, habilita a la Administración Pública para intervenir en su esfera de libertad." *(Dr. Adm.,* trad. fr., pág. 110.) A pesar de lo cual el autor citado conviene en que no se puede dar competencia para una prestación jurídicamente prohibida, o para una abstención jurídicamente ordenada, para exceder de la facultad discrecional, o para perseguir un fin distinto del que prescribe la ley.

En la práctica administrativa de nuestro país es de uso frecuente la creación de obligaciones por consentimiento del interesado. No son raros los casos en que para facilitar la obtención de un beneficio que la ley prescribe, sobre todo cuando su otorgamiento es discrecional, el particular asume mayores obligaciones que las que la ley previene.

Así, por ejemplo, se solicita una licencia para la ocupación de un lugar determinado de la vía pública, y el interesado, para facilitar su

otorgamiento se compromete a hacer una construcción que tiene determinadas condiciones estéticas que la ley no impone.

A nuestro modo de ver, en esos casos no puede afirmarse que la obligación contraída produzca efectos de derecho público, pues, como antes dijimos, no existe ley que los consagre, y, además, porque tales obligaciones vienen a ser un motivo para que se quebrante el principio de igualdad de todos los individuos frente a la ley.

Pero podría haber duda de si se producen en tales casos los efectos de una obligación civil.

Creemos que tampoco esta posibilidad existe, pues, como dice el mismo Fleiner *(op. cit.,* pág. 97), "cuando el legislador somete una materia al derecho público, excluye en general para ella la aplicación del derecho privado", y además, porque de acuerdo con éste, la voluntad sólo produce efectos cuando la misma ley lo determina.

348. Pasando ahora a la clasificación de las obligaciones públicas por razón de su contenido, pueden distinguirse en obligaciones personales y obligaciones reales (servicio militar, modalidades a la propiedad); positivas o negativas (pago de impuestos, abstención de actos que eviten o tiendan a evitar la libre concurrencia, y todas las restricciones en materia de policía).

Pero, además, las obligaciones son susceptibles de otra división partiendo de un criterio semejante al que usamos para la clasificación de los derechos, y agruparse en tres categorías: obligaciones de policía en general, obligaciones cívicas y obligaciones políticas.

I. Las obligaciones que afectan a las libertades individuales son principalmente restricciones que las limitan para coordinarlas entre sí y hacer posible la vida en sociedad.

Dentro de este capítulo tienen un lugar preponderante las oblígaciones impuestas por la legislación de policía.

El poder de policía del Estado, se considera dentro de algunas legislaciones como el conjunto de atribuciones que a aquél corresponden para promover el orden y bienestar generales por medio de restricciones y reglamentaciones de los derechos del individuo, en forma tal que puedan prevenirse o reducirse las consecuencias perjudiciales que su disposición en términos absolutos acarrearía para la vida en común.

Como se ve, para precisar el concepto es indispensable definir lo que debe entenderse por orden y bienestar públicos.

Estos se descomponen en una gran variedad de intereses que como prenden los fundamentos de la seguridad, tranquilidad y salubridad públicas, llegando hasta abarcar los intereses de índole económica y de carácter estético (Vedel, *op, cit.,* pág. 23).

Ahora bien, con el desarrollo de la civilización cada uno de esos intereses va exigiendo el respeto de ciertos mínimos que varían en el espacio yen el tiempo, pero que en todas partes y en todos tiempos son indispensables para la conservación de toda comunidad organizada.

Así los intereses de seguridad, orden y salubridad requieren un mínimo de satisfacción sin el cual no es posible la existencia en común. Por esa razón, la policía, en su aspecto más simple, debe comprender todas las medidas necesarias para dar ese mínimo de satisfacción a los intereses primarios de que hablamos.

Pero el poder de policía adquiere una extensión cada vez mayor en los Estados modernos, en que, otros intereses distintos de los de orden, seguridad y saluhridad, van desarrollándose y en que, por lo tanto, es indispensable conciliarlos con los intereses individuales.

De esta manera el régimen de policía que, en un sentido restringido, sólo comprende los tres intereses primarios a que nos hemos referido, va extendiéndose para proteger los nuevos intereses que reclaman satisfacción en estados sociales más avanzados.

En un régimen individualista, las restricciones o reglamentación de la actividad de los particulares por motivos de índole económica, se consideran inadecuados por constituir una intervención perjudicial del Estado para el libre juego de las leyes económicas. Pero en los regímenes estatistas y socialistas, se ha juzgado necesario que el Estado intervenga para que por medio de una legislación preventiva, o sea una legislación de policía en sentido amplio, pueda evitar las consecuencias que origina-la competencia económica y la lucha de clases colocadas en una situación de desigualdad.

Por tanto, la satisfacción de los intereses que hemos indicado y de los demás que exijan una satisfacción similar es lo que viene a formar la base de este concepto vago de bienestar público.

Pero el régimen de policía no se caracteriza sólo por su finalidad sino tamhién por los medios que emplea.

Desde luego, la forma característica es la restricción de las Iibertades individuales, en tanto que es necesaria para que el ejercicio de los derechos de cada individuo no resulte perjudicial para los demás.

En segundo término, la reglamentación de las actividades individuales se realiza imponiendo ohligaciones positivas, como las de dar publícidad a ciertos actos, de dar aviso de que se va a emprender determinada actividad, de ohtener licencia para realizarla, de ministrar informaciones periódicas, de ostentar ciertas marcas, números o signos que permitan la vigilancia del cumplimiento'de los requisitos legales, y en general, todos

los medios de inspección y control necesarios para garantizar ese mismo cumplimiento.

Caracterizado el poder de policía por sus finalidades y por los medios que usa, se debe distinguir del poder penal.

Este último procede por vía represiva después de la comisión del hecho punible, en tanto que el primero usa de medidas especialmente preventivas. Pero, además, la legislación penal sanciona actos que reprueba la conciencia social, en tanto que la legislación de policía simplemente impide y restringe actividades que intrínsecamente no son reprobables y su limitación obedece a razones convencionales. Así, el que construye un edificio está sometido a la necesidad de obtener licencia de las autoridades competentes en materia de construcciones y en materia sanitaria. Sin embargo, el hecho de ejecutar la construcción sin tal licencia no constituye un acto moralmente reprobable de la naturaleza de los actos que el derecho penal sanciona.

También se distingue la legislación de policía de la legislación de impuestos, pues el propósito de ésta no es restringir las actividades de los individuos para proteger el interés social. Su finalidad es fundamentalmente la de obtener los fondos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos; de tal manera que las obligaciones que se imponen a los causantes, no constituyen obligaciones de policía, ya que no están destinadas a realizar ninguno de los objetos que a éstas se asignan.

Por último, se distingue igualmente el poder de policía cuando afecta el derecho de propiedad, del dominio eminente, en que mientras con la expropiación se persigue la obtención de un bien en tanto es necesario para el Estado, con la medida de policía se restringe la propiedad, se le imponen modalidades o aun se llega a privar de ella, en tanto que el libre ejercicio del derecho o el bien mismo sobre el que recae es causa de un perjuicio a la colectividad.

La legislación de policía, como se desprende de todo lo expuesto, implica serias afectaciones a las libertades individuales. Por lo mismo, respecto de ellas debe tenerse siempre presente que la materia está sometida al principio de la "reserva de la ley" esto es, que salvo las excepciones que la misma ley prevé como son las de los reglamentos gubernativos, es necesaria una ley formal y material para fundar válidamente la competencia del Poder público.

La gravedad de las afectaciones que la legislación de policía trae para los derechos individuales se puede apreciar tomando algunos casos previstos en la legislación sanitaria. Así, la vacunación obligatoria, el aislamiento de determinada clase de enfermos, constituyen profundas restricciones a la libertad individual. La obligación de cumplir deter-

minados requisitos para el tráfico de medicamentos, también afecta seriamente la libertad de comercio. Por último, la legislación sanitaria llega a prevenir la destrucción de la propiedad particular para evitar la propagación de enfermedades, con lo cual se causa agravio irreparable a ese derecho de propiedad.

349. II. Obligaciones cívicas y de orden administrativo. Dentro de este capítulo se incluyen todas las prestaciones positivas o negativas que, distintas de las que se estudiaron en el punto anterior y de las que más adelante examinaremos baja el rubro de obligaciones políticas, se establecen por la ley o por un acto jurídico especial derivado de ella, a cargo de los individuos.

Quedan incluidas, en primer término, las obligaciones generales impuestas a los mexicanos en el artículo 31 constitucional, o sean la de hacer que sus hijos o pupilos menores de quince años concurran a las escuelas públicas o privadas para obtener la educación primaria elemental y militar; la de asistir, en los días y horas fijados por el Ayuntamiento del lugar, para recibir la instrucción cívica o militar; la de alistarse y servir en la Guardia Nacional, conforme a la ley respectiva, para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la patria, así como su tranquilidad y el orden interior, y, por último, la de contribuir para los gastos públicos de la Federación, Estados y Municipios, de la manera proporcional y equitativa que fijen las leyes.

Entre las obligaciones que nos ocupan se encuentran las que resultan a cargo de los empleados o funcionarios no políticos, con motivo del acto de su ingreso a las funciones públicas.

Forman, igualmente, parte de las obligaciones cívicas, las que el artículo 59 de la Constitución establece, para los servicios públicos de las armas, de jurados, de cargos concejiles, de los censos y del servicio social de los profesionistas.

A este respecto conviene llamar la atención acerca de que otras leyes secundarias establecen obligaciones de prestar servicios personales, cuando se trata de la salubridad pública, de plagas que afecten a la agricultura y a la ganadería, y de la construcción de ciertas obras públicas.

350. III. Obligaciones políticas. Tratándose de esta clase de obligaciones es fácil reconocer que ellas se refieren, como los derechos de la misma índole, a individuos que tienen un vínculo especial con el Estado, que son miembros de él con el carácter de ciudadanos.

Entre dichas obligaciones se encuentran algunas que son derechos políticos, como las de inscribirse en los padrones electorales, votar en las elecciones populares y desempeñar los cargos de elección popular.

# *TITULO SECUNDO*

# LA PROTECCION JURIDICA DE LOS ADMINISTRADOS FRENTE A LA ADMINISTRACION

## CAPÍTULO 1

## LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

351. El derecho a la legalidad.-352. Medios indirectos de protección jurídica a los derechos de los particulares.-353. Medios directos. El recurso administrativo. Sus elementos caracterÍsticos.-354. Efectos que produce la interposición del recurso.-355. Naturaleza del acto que decide el recurso.-356. La reconsideración como ejercicio del derecho de petición.-357. Las tesis sustentadas por la Suprema Corte.-358. La revisión jerárquica.-359. Los recursos administrativos en la legislación mexicana.

351. Al hacer el estudio de los derechos de orden administrativo de que disfrutan los particulares señalamos como una categoría de ellos los derechos de los administrados a la legalidad de los actos de la Administración, es decir, consideramos que los administrados tienen el poder de exigir a la Administración que se sujete en su funcionamiento a las normas legales establecidas al efecto, y que, en consecuencia, los actos que realice se verifiquen por los órganos competentes, de acuerdo con las formalidades legales, por los motivos que fijen las leyes, con el contenido que éstas señalen y persiguiendo el fin que las mismas indiquen.

Es decir, el derecho a la legalidad se descompone en una serie de derechos, como son el derecho a la competencia, el derecho a la forma, el derecho al motivo, el derecho al objeto y el derecho al fin prescrito por la ley.

352. Esos diversos derechos del administrado necesitan protegerse en forma de dar a su titular los medios legales para obtener la reparación debida en caso de violación, es decir, para lograr el retiro, la reforma o la anulación del acto lesivo.

Para conseguir ese propósito existe una gran diversidad de sistemas en los Estados contemporáneos.

Dentro de ellos existen medios indirectos y medios directos para proteger los derechos de los particulares a la legalidad administrativa.

Los medios indirectos consisten, principalmente, en las garantías que presta un buen régimen de organización administrativa. La regularidad de la marcha de ésta, su eficiencia, el control que las autoridades superiores tienen sobre las que les están subordinadas. En una palabra, la autotutela que la Administraciór desarrolla en su propio seno, constituyen indudablemente elementos de protección de los derechos de los administrados.

Sin embargo, esos medios están destinados directamente a garantizar la eficacia de la Administración y sólo por efecto reflejo representan una garantía para el particular.

Por el contrario, existen otros medios directos que sí están destinados en forma inmediata a satisfacer el interés privado, de manera tal, que la autoridad ante la cual se hacen valer, está legalmente obligada a intervenir y a examinar nuevamente, en cuanto a su legalidad o a su oportunidad, la actuación de que el particular se queja.

Esos medios directos que la ley establece para la protección de los derechos de los particulares se pueden clasificar, según las autoridades que deben intervenir, en remedios o recursos administrativos, y en recursos o acciones jurisdiccionales.

Todavía dentro de este último grupo, se pueden separar los recursos y acciones ante los tribunales administrativos, y los recursos y acciones ante los tribunales comunes.

Es nuestro propósito hacer un examen de todos esos medios directos de protección de los derechos de los particulares, y al efecto en este capítulo haremos el estudio de los recursos administrativos.

353. El recurso administrativo constituye un medio legal de que dispone el particular, afectado en sus derechos o intereses por un acto administrativo determinado, para obtener en los términos legales, de la autoridad administrativa una revisión del propio acto, a fin de que dicha autoridad lo revoque, lo anule o lo reforme en caso de encontrar comprobada la ilegalidad o la inoportunidad del mismo.

Como elementos característicos del recurso administrativo pueden señalarse los siguientes:

1. La existencia de una resolución administrativa que afecte un derecho o un interés legítimo del particular recurrente.

2. La fijación en la ley de las autoridades administrativas ante quienes debe presentarse.

3. La fijación de un plazo dentro del cual deba interponerse el recurso.

4. Los requisitos de forma y elementos que deben incluirse en el escrito de interposición del recurso.

5. La fijación de un procedimiento para la tramitación del recurso, especificación de pruebas, etc.

6. La obligación de la autoridad revisora de dictar nueva resolución en cuanto al fondo.

354. La interposición del recurso con los requisitos y formalidades que la ley establece condiciona el nacimiento de la competencia de la autoridad que conforme a la ley ha de conocer del propio recurso.

Esa autoridad que puede ser la misma que dictó el acto, la jerárquica superior, o un órgano especial distinto de las dos anteriores, tiene las facultades que la ley le otorga, facultades que pueden ser, bien las de decretar simplemente la anulación o reforma del acto impugnado o además la de reconocer el derecho del recurrente, sujetándose al examen de los agravios aducidos, o bien, y esto especialmente cuando la revisora es la autoridad jerárquicamente superior a la que ha realizado el acto, las de examinar no solamente la legalidad sino también la oportunidad del acto impugnado.

Por regla general, la interposición del recurso no suspende la ejecución del acto reclamado.

El distinguido profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de México, licenciado Antonio Carrillo Flores, ha sostenido que "es un supuesto del cual ha de partirse siempre, el que, entretanto no se demuestre lo contrario, hay que presumir que los actos de la Administración son legítimos y que han sido emitidos buscando la tutela de un interés general. Como el recurso administrativo tiende a hacer prevalecer un interés privado que a juicio del impugnador del acto ha sido ilegalmente lesionado, no puede sostenerse en general el efecto suspensivo del recurso... Tampoco, claro está, puede enunciarse el principio opuesto: que nunca deba suspenderse la ejecución del acto recurrido. La cuestión debe, por ello, ser regulada en el derecho objetivo..." (La Justicia Federal y la Administración Pública, 1973, pág. D8.)

El Código Fiscal determina en su artículo 141 que se suspenderá el procedimiento de ejecución durante la tramitación de los recursos administrativos o juicios de nulidad, cuando lo solicite el interesado y garantice el crédito fiscal en alguna de las formas señaladas en el propio Código, que según el artículo 142, fracción 1 depósito de dinero, prenda.hipotecaria, fianza, secuestro en la vía administrativa u obligación solidaria asegurada por tercero idóneo y solvente. La Ley Federal de Aguas dispone que, interpuestos los recursos que establece quedará suspendida la ejecución de la resolución impugnada, salvo que se contravengan disposi-

ciones de orden público o se afecte el interés social (art. 185, VII). El Código Sanitario previene la suspensión de la ejecución de sanciones pecuniarias que sean recurridas si se garantiza el interés fiscal (arts. 481). y semejante prevención existe en otras leyes que establecen recursos contra resoluciones que impongan obligaciones de carácter pecuniario.

En otros casos como en el del recurso de revocación previsto en la Ley de Expropiación, su interposición es suspensiva en general de la ocupación de los bienes expropiados (arts. 6º y 7º).

355. El estudio de la naturaleza del recurso administrativo hace surgir la cuestión de si la autoridad administrativa que lo resuelve ejecuta al hacerlo un acto jurisdiccional o un acto administrativo.

En pro de la primera solución podrían señalarse las siguientes razones:

En primer término, que existe una controversia entre el particular afectado y la Administración que ha realizado el acto, de tal manera que esta última tiene que poner fin a esa controversia, decidiendo si el acto recurrido constituye o no una violación a la ley.

En segundo lugar, que el recurso está organizado en las leyes con un procedimiento semejante al procedimiento judicial, pues en él se establecen formalidades especiales para iniciarlo, términos de prueba, audiencia de alegatos, etc.

y por último, que en varias leyes se establece que el particular afectado con una resolución administrativa puede optar, para reclamarla, entre el procedimiento administrativo y el procedimiento judicial, lo cual indica que ellos son equivalentes, conclusión que se corrobora con la disposición que esas mismas leyes contienen respecto a que elegida una vía no puede recurrirse a la otra.

La opinión contraria, que sostiene que el recurso no implica una función jurisdiccional sino simplemente administrativa, trae también un buen número de razones a su favor.

Desde luego afirma que en el recurso administrativo no existe una verdadera controversia, pues para ello sería indispensable que las pretensiones de la Administración fueran contradictorias con las del particular.

Ahora bien, esto no sucede, pues mientras no se haya agotado la vía administrativa, dentro de la cual encaja el recurso, no podrá afirmarse que la Administración sostiene un punto de controversia con el particular.

García Oviedo indica que "los recursos administrativos -directos o de alzada- no constituyen verdaderos juicios. Son meras revisiones que de sus actos efectúa la propia Administración para deshacer sus errores, si los hubiere. Falta en ellos la verdadera controversia, la discusión. El particular reclama, aduciendo en verdad, los fundamentos legales perti-

nentes. La Administración penetra, asimismo, en el fondo de la reclamación y resuelve según derecho; mas lo proveído por ella es resultado inmediato de una mera labor de revisión, en que ha faltado la controversia ordenada y profunda del juicio. De aquí su insignificancia" *(D. Atlm.,* pág. 384).

Se sostiene, en segundo término, que la similitud del procedimiento del recurso administrativo con el procedimiento judicial, no es bastante para concluir que por medio de aquél se realiza una función jurisdiccional, pues las formalidades no trascienden a la naturaleza jurídica de la función.

Por último, que la ley establezca como paralelos el recurso administrativo y el judicial y que declare que se pierde uno si se elige el otro, no autoriza para concluir que ambos tengan idéntica naturaleza ya que en el recurso administrativo no existe propiamente un órgano independiente ante el que se dirima la controversia.

Estimamos que el punto es dudoso y que podrían esgrimirse todavía razones en favor y en contra de ambas opiniones. Sin embargo, nos parecen más fundados los argumentos aducidos por la que sostiene que el recurso administrativo no constituye un verdadero acto jurisdiccional, sobre todo si se considera como se acaba de indicar que no hay una autoridad distinta de las partes que resuelva la controversia.

356. Precisados los caracteres de los recursos administrativos conviene estudiar los medios legales que de acuerdo con nuestra legislación tienen ese carácter.

Desde luego debe descartarse la llamada reconsideración por la que se pide el retiro de un acto, fundándose para ello simplemente en el derecho de petición consagrado en el artículo 8º constitucional.

Este medio del que con tanta frecuencia se hace uso en nuestra práctica administrativa, no puede considerarse como un verdadero recurso pues aunque tenga como apoyo un derecho que la Constitución otorga, constituye un medio jurídico imperfecto, pues la autoridad ante quien se interpone no está obligada más que a dar respuesta por escrito y en breve plazo al peticionario, pero no tiene la obligación de entrar a un examen de fondo del acto cuyo retiro se solicita.

357. Sin embargo, el examen de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia nos revela que en ella han prevalecido ideas diversas y contradictorias acerca de la naturaleza y efectos de la reconsideración interpuesta en ejercicio del derecho de petición.

El problema ha sido examinado por dicho Tribunal para decidir si por el hecho de solicitarse la reconsideración se interrumpe el término de

quince días que la ley señala para promover el juicio de amparo, ya que éste sólo procede cuando se han agotado todos los recursos ordinarios.

En una primera época se sostuvo por la Corte que "siendo práctica constante de las oficinas administrativas admitir a reconsideración las resoluciones que dicten, no debe decirse que un negocio esté resuelto en definitiva mientras no se le comunique al interesado lo que se haya resuelto respecto de la reconsideración". *(S. J. de la F.,* 1. XI, pág. 1021; 1. XIII, pág. 428; t. XIV, pág. 1615; t. XV, págs. 249 y 1160.)

Posteriormente, se operó un cambio radical en la tesis de la jurisprudencia, pues ya en la sentencia de 19 de enero de 1929, se sostuvo que "como la reconsideración de actos o resoluciones administrativas. .. no es un recurso legal de que puedan hacer uso los interesados, ni es suficiente para darle ese carácter el hecho de que sea una práctica administrativa o una costumbre muy generalizada que los que se crean perjudicados con una resolución administrativa pidan reconsideración de ella ante la misma autoridad que la pronuncie, práctica por demás viciosa y que pugna contra la teoría de fijeza de las resoluciones administrativas y, por tanto, contra la estabilidad misma de la propiedad y de los intereses particulares, es evidente que la reconsideración. .. no puede tener por efecto interrumpir el término de quince días que la Ley Orgánica del Amparo. .. señala para interponerlo" *(S. J. de la F.,* t. XXV, página 183; t. XXVI, págs. 468, 827, 1722 y 1869).

Esta última jurisprudencia ha sido criticada, sosteniéndose: *a)* que la reconsideración, en principio, es legal; quien la pide ejercita un justo derecho de petición, y el Ejecutivo, al hacer un nuevo estudio de sus actos y reconsiderarlos, lejos de apartarse de la ley, cumple con ella, cuando dichos actos son irregulares; *b)* que la solicitud de reconsideración destruye la presunción de conformidad con el acto, y e) que la reconsideración alivia las labores del Poder Judicial y, entendida con ciertas limitaciones, ayuda al Administrativo a la corrección rápida de sus errores en beneficio, y no en perjuicio, de los derechos de los particulares (Trinidad Carcía, *La Reconsideración Administrativa.* "Rev. Gen. de Derecho y Jurisprudencia", 1930, pág. 113).

Pero, a pesar de ello estimamos que la jurisprudencia está bien fundada en lo sustancial, pues si la reconsideraeión como simple ejercicio del derecho de petición no es un recurso, puesto que la solicitud respectiva no obliga a la autoridad a revisar nuevamente su acto, puede afirmarse que cuando no cabe ningún otro remedio, salvo el de reconsideración fundado en el derecho de petición que otorga el artículo 8" constitucional, se está frente a un acto respecto del cual se han agotado todos

los recursos ordinarios, que es el requisito fundamental para hacer procedente el extraordinario del amparo.

En la recopilación de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de los fallos pronunciados de los años de 1917 a 1975, en la tercera parte destinada a la Segunda Sala, se consigna con carácter jurisprudencial la tesis 507 (pág. 833), diversa de las anteriores, concebida en los siguientes términos: "Cuando la reconsideración no está expresamente establecida por la ley del acto, no puede tener por efecto interrumpir el término para pedir amparo y puede desecharse de plano; pero cuando es interpuesta dentro de los quince días siguientes a la notificación del acuerdo y es admitida y sustanciada, debe conceptuarse que el término para interponer el amparo, ha de contarse desde la fecha de la notificación de la resolución que recaiga a tal reconsideración, pues hasta entonces tiene el acto el carácter de definitivo para los efectos de la fracción IX del artículo 107 de la Constitución Federal, toda vez que hubo posihil'idad de revocarlo o reformarlo."

Ésta jurisprudencia, como fácilmente puede apreciarse, es todavía más imprecisa que las dos anteriores, pues mientras que la primera partía de la base de que la reconsideración debía reputarse como un recurso de carácter consuetudinario y la segunda estimó que no tenía los caracteres de recurso, esa tercera dejó la cuestión en la mayor incertidumbre, ya que el carácter que tenga la reconsideración dependerá de que la Administración discrecionalmente quiera o no admitirla a trámite y resolver la solicitud que le presente el particular, con la agravante de que la Administración no está en ninguna forma obligada a hacer conocer su parecer al respecto dentro de un término menor del que la ley concede para interponer el amparo.

358. Las consideraciones que se han hecho para descartar como recurso administrativo la solicitud de reconsideración que exclusivamente se funde en el derecho de petición establecido en el artículo 8º constitucional, son aplicables a la revisión jerárquica cuando no concurren los elementos que hemos señalado como esenciales para la existencia de un recurso.

En efecto, la relación de jerarquía que da a la autoridad superior facultades para revisar los actos de la inferior, en los casos en que la ley lo autoriza, constituye un medio establecido en favor del buen funcionamiento, de la organización administrativa y sólo porreflejo se.tradt.ce len beneficio delun particular; pero aunque éste puede hacer su soli'eituc lpara que las autoridad.es superiores hagan uso de sus facultades jerárquicas, normalmente y salvo que la ley disponga de otra manera, dichas autoridades no están obligadas frente al particular a revisar el seto,

359. Descartados, pues, los medios más usuales de que los particulares se valen para obtener la modificación de resoluciones administrativas, sin que la ley establezca la obligación de revisar dichas resoluciones, debemos referirnos a aquellos medios que la legislación positiva ha establecido como verdaderos recursos legales.

Entre ellos podemos señalar los siguientes:

*a)* La revocación. que en algunos casos las leyes llaman también reconsideración; revisión ante la autoridad superior, oposición o inconformidad.

El artículo 116 del Código Fiscal establece los siguientes recursos: 1, la revocación; II, la oposición al procedimiento ejecutivo.

La revocación sólo procede contra resoluciones definitivas en Ías que se determinen contribuciones omitidas o accesorios; dicten las autoridades aduaneras; nieguen la devolución de cantidades que procedan conforme a la ley. Al mismo tiempo se dispone que el afectado puede optar por interponer el recurso de revocación o por promover el juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal.

La oposición al procedimiento ejecutivo puede ser interpuesta por quienes hayan sido afectados por él y afirmen que el crédito se ha extinguido, que el crédito es inferior al exigido o que el procedimiento coactivo no se ha ajustado a la ley o que se afecten el interés jurídico de terceros. En los casos anteriores, se establece que la oposición debe ser resuelta por la autoridad superior, o sea, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Igualmente, se establece en el propio Código la oposición de tercero que afirma no ser el propietario de los bienes o titular de los derechos embargados; y la reclamación de preferencia por quienes sostengan tener derechos a que los créditos a su favor se cubran preferentemente a los fiscales federales.

El artículo 59 de la Ley de Expropiación dispone que los propietarios afectados podrán interponer, dentro de los quince días hábiles siguientes a la notificación del acuerdo expropiatorio, recurso administrativo de revocación ante la autoridad que haya tramitado el expediente respectivo y aunque en la propia ley no se establece un procedimiento detallado como el que fija el Código Fiscal, es indudable que el recurso de revocación se encuentra consagrado como un derecho de los propietarios afectados y, en una forma implícita, se impone la obligación a las autoridades para resolverlo, faltando indudablemente la fijación de un plazo para que se dicte esa resolución.

El artículo 128 de la Ley de Invenciones y Marcas establece que las personas afectadas por las sanciones administrativas impuestas con fundamento en la Ley y en este Reglamento podrán interponer ante la Secretaría, dentro del término de 15 días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la resolución respectiva, recurso administrativo, en los términos establecidos en el capítulo IV del título décimo de la Ley, conforme al cual se sustanciará el procedimiento y se emitirá la resolución que proceda.

En la Ley sobre Regisfro de la Transferencia de Tecnología se establece el recurso de reconsideración contra resoluciones de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, debiendo solicitarse por escrito dentro de un plazo de ocho días, ofreciendo las pruebas conducentes y se previene que desahogadas todas las pruebas debe dictarse resolución dentro de un plazo de 45 días y que de no hacerlo, la reconsideración se tendrá por resuelta en favor del promovente (art. 13).

En todos los casos anteriores, como se ha visto, se establece el recurso administrativo que con todas sus características se llama de revocación o reconsideración y que como se ha indicado procede ante la misma autoridad que ha dictado la resolución que se impugna.

Por su parte, la Ley de Bienes Nacionales, en sus artículos 18 y 19 previene que las resoluciones que el Ejecutivo Federal dicte con relación a dichos bienes, podrán ser reclamadas ante la autoridad administrativa o ante la autoridad judicial de acuerdo con las reglas que en el mismo artículo se establecen y que en resumen son: que el recurso se haga valer ante la misma autoridad que haya dictado la providencia dentro de los quince días siguientes a la notificación y que la autoridad podrá mandar practicar de oficio los estudios y diligencias que estime oportuno y desahogadas las pruebas dentro de los diez días siguientes se dictará la resolución que corresponda.

El artículo 52 de la Ley Federal de Estadística dispone que de las resoluciones administrativas dictadas en materia de estadística, podrá solicitarse su reconsideración ante la Secretaría de Programación y Presupuesto por parte interesada mediante escrito al que se acompañen las pruebas y que se presente dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se haya comunicado la resolución impugnada, facultándose a dicha Secretaría para allegarse cuantos elementos de prueba estime necesarios, debiendo resolver lo procedente dentro del plazo de treinta días.

La Ley Federal de Aguas (art. 184) yel Código Sanitario (art. 473), establecen los recursos de inconformidad contra resoluciones que impongan sanciones; de revisión en los demás casos y de reconsideración cuando se impugnen resoluciones dictadas en única' instancia por el Secretario del ramo respectivo.

## CAPÍTULO 11

## EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACION

360. La insuficiencia del control administrativo. Los sistemas de control jurisdiccional.-361. El contencioso-administrativo.-362. El contencloso-admínistrativo material.-363. El carácter con que debe intervenir la Administración y el particular.-364. El principio de separación de Poderes y los tribunales administrativos.-365. El principio de separación de Poderes y los tribunales ordinarios.

360. El control que la Administración ejerce sobre sus propios actos, con motivo de los recursos administrativos de que hemos hablado en el capítulo anterior, es insuficiente para la debida protección de los derechos de los administrados, puesto que no existe la imparcialidad necesaria para llegar a considerar el propio acto o el acto del inferior como ilegal y para dejarlo, en consecuencia, sin efecto, y más cuando en el seno de la Administración los órganos de la misma proceden normalmente con criterios uniformes.

Por esta razón las legislaciones de los diversos países se han visto en la necesidad de establecer un control jurisdiccional de los actos de la Administración, considerando que debe haber órganos diferentes de ésta e independientes de ella que dentro de formas tutelares de procedimiento, puedan juzgar y decidir, con autoridad de cosa juzgada, las controversias que se susciten entre los particulares y la Administración.

No existe, sin embargo, uniformidad en las legislaciones respecto de los órganos que deben controlar jurisdiccionalmente la actuación administrativa' pues mientras en unas apenas existe una diferenciación en el seno mismo de la Administración, en otras se encarga el control de que se trata a los tribunales ordinarios que integran el Poder Judicial, en tanto que finalmente, en las demás, dicho control pertenece a tribunales independientes del Poder Judicial, pero también desvinculados de la Administración activa, o sean los tribunales administrativos.

361. El establecimiento del control jurisdiccional de los actos de la Administración, ha dado lugar al nacimiento de una noción de extraordinaria importancia: la del contencioso-administrativo.

El contencioso-administrativo puede definirse desde un punto de vista formal y desde el punto de vista material.

Desde el punto de vista formal, el contencioso-administrativo se define en razón de los órganos competentes para conocer las controversias que provoca la actuación administrativa, cuando dichos órganos son tribunales especiales llamados tribunales administrativos.

Desde el punto de vista material, existe el contencioso-administrativo cuando hay una controversia entre un particular afectado en sus derechos y la Administración, con motivo de un acto de esta última.

Como es fácil apreciar, la primera definición parte fundamentalmente del órgano que decide la controversia, en tanto que la segunda sólo toma en cuenta la materia de dicha controversia. De tal modo que, desde este último punto de vista, puede llegar a hablarse de contencioso-administrativo aun en el caso de que la contienda se someta por la ley al conocimiento del Poder Judicial ordinario.

Estimamos que para nuestro estudio conviene tener presentes los dos puntos de vista de que hemos hablado, pues habremos de examinar el sistema adoptado en México y, consecuentemente, la posibilidad de existencia legal del contencioso-administrativo formal, así como la de que los tribunales ordinarios conozcan del contencioso-administrativo material.

362. Antes de pasar adelante, es conveniente precisar los caracteres del contencioso-administrativo material, pues todo el estudio posterior estará dedicado a los órganos competentes para juzgarlo.

Como hemos dicho antes, el contencioso-administrativo material surge cuando hay controversia con motivo de un acto administrativo entre un particular afectado por él, y la Administración que lo ha realizado. Necesitamos, por tanto, examinar el acto que provoca la contención y las partes que en ella figuran.

Pues bien, el acto que provoca la controversia debe ser un acto administrativo.

La afirmación precedente pudiera estimarse como de tal evidencia que no pareciera ni necesario asentarla.

Sin embargo, como en la práctica se incurre en serias confusiones, considerando contencioso-administrativa una controversia por el simple hecho de que la Administración intervenga para resolverla, hemos creído necesario llamar la atención sobre este primer elemento.

No es difícil encontrar en las mismas sentencias de los tribunales la' afirmación de que el procedimiento de oposición que reglamentan las leyes de Tierras, Aguas y Minas constituye un contencioso-administrativo *(S. I, de la F.,* t. XXII, pág. 921), ni tampoco es extraño encontrar la afirmación de que los procedimientos sobre dotación y restitución de tierras tienen aquel carácter; pero si bien se examinan esos casos, se verá que, aunque son resueltos por órganos de la Administración, falta en ellos el acto administrativo que suscite la controversia, pues en el caso de la oposición se están resolviendo los derechos del opositor y su preferencia frente a los del solicitante, precisamente antes de que la Adminis-

tración realice el acto. De la misma manera, en el procedimiento agrario, la Administración resuelve una controversia entre el particular dueño de tierras y los campesinos que las solicitan en la vía de dotación o de restitución, faltando por tanto un acto administrativo que sea el que provoque la contienda.

El acto administrativo debe reunir caracteres especiales para que pueda ser la base del contencioso-administrativo.

Es indispensable, en primer término, que el acto tenga, respecto a la Administración, el carácter de definitivo, es decir, que ya se haya agotado la vía administrativa y que la última autoridad de ese orden haya dictado su resolución. Cuando nos ocupamos de los recursos administrativos tratamos, como se recordará, de demostrar que ellos no implicaban el ejercicio de una función jurisdiccional, porque sólo significan una revisión que de sus actos hace la propia Administración para deshacer los errores que hubiere.

Sin embargo, hay una tendencia a considerar que cuando hay un recurso administrativo, el particular puede optar entre agotarlo o intentar desde luego juicio ante el Tribunal contencioso-administrativo (v. *inlra,* núms, 377 y 381).

En segundo término, el acto administrativo debe ser dictado en uso de una facultad de la Administración ligada por las disposiciones de la ley, es decir, que no constituya un acto discrecional de la autoridad.

Debemos decir, sin embargo, que un acto realizado en uso de la facultad discrecional puede provocar una contención, pues si son exactas las conclusiones que sentamos tratándose de tal facultad, ésta debe entenderse limitada en los casos que en aquel lugar expusimos. Por tanto, la violación a esas limitaciones puede dar motivo a la controversia como lo veremos más adelante al referirnos a los casos en que puede declararse la nulidad por el Tribunal de lo contencioso-administrativo del Distrito Federal.

Debe agregarse, por otra parte, que como el acto administrativo puede ser o bien un acto jurídico o bien un acto material, los efectos de la contención habrán de variar según se trate de una u otra especie.

363. Pasando ahora al segundo elemento del contencioso-administrativo, debemos examinar el carácter con el cual figura en él la Administración.

La Administración puede realizar sus actos bien con el carácter de Poder público, bien sujeta a la legislación común o a la legislación civil especial.

Desde luego, respecto de los primeros parece indudable que forman materia de la contención administrativa.

Respecto de los segundos, creemos que quedan fuera de ella, pues aunque sea la misma Administración la que intervenga, el régimen legal de los actos respectivos tiene soluciones que bastan para proteger los derechos que con ellos se estimen lesionados, sin que necesiten tener la consideración de un régimen especial como lo es el del contencioso-administrativo.

Por último, la otra parte en la contención es el particular que resulta lesionado por el acto administrativo.

Es evidente que cuando hay una lesión de un derecho, existe lo contencioso; pero también, en un régimen de legalidad debe admitirse que exista cuando hay violación a un interés, siempre que éste sea personal y directo, pues de otro modo se llegaría hasta la admisión de la "acción popular" como vía legal para remediar las ilegalidades de la Administración, y bien sabido es que esa acción sólo excepcionalmente se otorga en el estado actual de la legislación positiva.

364. Desde un punto de vista formal, el contencioso-administrativo significa, como antes hemos indicado, toda .controversia suscitada por un acto de la Administración que entra en la competencia de la jurisdicción administrativa. De tal manera que aquí es el órgano el que da configuración al sistema.

Sin embargo, como antes indicamos, para el conocimiento del contencioso-administrativo material se pueden clasificar en dos grupos los sistemas adoptados en las diversas legislaciones: el sistema de los tribunales administrativos y el sistema de los tribunales ordinarios.

Lo peculiar del caso es que la adopción de cada uno de esos sistemas ha dependido de la interpretación diversa que se ha dado al mismo principio: el de separación de Poderes.

El sistema de los tribunales administrativos llamado también de la justicia administrativa, consiste en la existencia de una jerarquía de tribunales completamente distinta de la que forma el Poder Judicial.

Tomamos de Bonnard *(Dr. Adm.* Cap. VI, seco 11) los siguientes datos relativos al origen de la jurisdicción administrativa en Francia, país en donde ha llegado a su mayor perfección el sistema.

La jurisdicción administrativa procede, dice el autor citado, de dos reglas de separación: de la que impide a tribunales judiciales intervenir en la Administración y de la que separa la Administración activa de la Administración contenciosa.

La primera regla se sentó como una aplicación del principio de separación de Poderes, y su antecedente inmediato fue "el espíritu de hostilidad de los Parlamentos frente al poder real y de sus representantes locales, los intendentes. En los últimos años del antiguo régimen, los Par-

lamentos habían tomado una actitud de oposición sistemática frente a las reformas administrativas y financieras que habían sido intentadas, habiendo hecho fracasar todo lo que se había ensayado en ese sentido. De allí resultó, para quienes eran partidarios de esas reformas, una desconfianza extrema para los cuerpos judiciales".

Por esa razón, en la ley 16·20 de agosto de 1790, se estableció la separación de las autoridades administrativas y las judiciales, con prohibición absoluta para éstas "de turbar de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar ante ellas a los administradores por causa de sus funciones".

Sin embargo, las razones actuales de la subsistencia de esta primera regla de separación no son ya las de desconfianza de las autoridades judiciales, sino que han sido sustituidas por razones de aptitud, esto es, se reconoce indispensable para una justicia adecuada que los jueces tengan un conocimiento profundo de la Administración, lo cual no ocurre por lo regular con jueces comunes que, además, están acostumbrados a fallar con una legislación escrita muy completa que no existe para la Administración.

La segunda regla, o sea, la separación de la Administración activa de la contenciosa, tuvo su origen en el mismo principio de separación de Poderes que constituye un obstáculo para que la Administración activa sea al mismo tiempo juez de sus propios actos.

Esta regla sigue fundando hasta la fecha la separación de la Administración activa y la contenciosa, y como consecuencia de su aplicación se ha pasado desde la separación mitigada en la que el tribunal administrativo se limita a proponer la decisión jurisdiccional a una autoridad administrativa que tiene así la "ju.sticia retenida", hasta la separación como pleta, en la que el tribunal tiene una "justicia delegada" y puede, por lo mismo, actuar con independencia de la Administración activa.

365. El segundo sistema que señalamos como adoptado por otras legislaciones respecto a las autoridades que han de conocer del contencioso que provocan los actos de la Administración, es el sistema judicial.

El sistema de los tribunales administrativos que examinamos en los puntos anteriores se basa como dijimos en una interpretación especial del principio de separación de Poderes, a saber: que para que ese principio quede respetado basta que la función jurisdiccional no se ejercite ni por el legislador ni por el administrador y que, por tanto, no hay inconveniente en establecer una jerarquía de tribunales, con tal de que esté se·parada del Poder Judicial y del Administrativo.

Además, ese mismo sistema de la jurisdicción administrativa se funda en que la separación de Poderes se logra más eficazmente si al

Poder Judicial se le prohíbe intervenir en las funciones del Poder Administrativo.

Pero contra esta interpretación se ha sostenido en otros países que la separación de Poderes debe entenderse considerando a cada uno de ellos como una unidad, y que, por tanto, cuando a la Administración se le agregan tribunales independientes del Poder Judicial, se rompe la unidad de éste y se invade, en consecuencia, su esfera de acción.

De allí se ha originado el sistema judicial, cuyo concepto básico es, según afirma Bielsa *(Dr. Adm.,* t. 1, pág. 593), "que la autoridad judicial ha sido creada precisamente para conocer o aplicar la ley; a ella corresponde, impidiendo la violación de la ley, tutelar los derechos de los ciudadanos, de los administrados en suma".

Como de este sistema habremos de ocuparnos más detenidamente, al estudiar el sistema de la legislación mexicana, nos limitamos a esta breve referencia, remitiéndonos al desarrollo que vamos a hacer más adelante.

## CAPÍTULO III

## EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN MEXICO

366. Antecedentes legislativos.-367. Argumentos sobre la anticonstitucionalidad de los tribunales administrativos en México.—368. Examen de las soluciones adoptadas por la tesis que sostiene la anticonstitucionalidad de los tribunales administrativos.-369. Estudio de la fracción I del artículo 104 constitucional.-370. Examen del artículo 103 de la Constitución. Límites que corresponden al juicio de amparo.-371. Estudios de los artículos 104, fracción III, y 105 de la Constitución.-372. Criterio que se sustenta sobre el particular.

366. Existen en nuestro país antecedentes legislativos posteriores a la Independencia, en los que se aprecia la adopción del sistema de los tribunales administrativos llamados también de lo contencioso-administrativo.

En el año de 1853 el Gobierno de la República Central entonces establecida, expidió la Ley y su respectivo Reglamento, "para el arreglo de lo contencioso-administrativo".

Por ser un antecedente histórico de importancia, vamos a resumir en las siguientes líneas la parte fundamental de sus disposiciones.

El artículo 1º de la Ley, en forma enfática, declaró el principio de separación de la autoridad administrativa de la judicial, estableciendo que "no corresponde a la autoridad judicial el conocimiento de las cuestiones administrativas", agregándose en el artículo 13 que los tribunales judiciales no pueden proceder contra los agentes de la Administración

por crímenes o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones sin la previa consignación de la autoridad administrativa.

En estos dos preceptos queda consignada la independencia de la Administración, tanto en sus agentes como por sus actos, frente al Poder Judicial.

Además, se estableció que nadie podría demandar al Gobierno o demarcaciones, ayuntamientos, etc., sin que previamente se hubiere presentado a la Administración una memoria en que se expusiera el objeto y motivos de la demanda, debiendo esperar por cuarenta días la autorización del Ministro respectivo, y en el concepto de que pasado ese término, debería entenderse dada dicha autorización (arts. 7º de la Ley y 67 a 70 del Reglamento). La falta de presentación de la memoria, o del transcurso del tiempo indicado, haría nulo el procedimiento judicial (art. 71 del Reglamento).

Por último, se estableció que los tribunales no podían ejecutar ni embargar los caudales del erario o rentas nacionales, ni de las demarcaciones, ayuntamientos, etc., debiendo limitarse la autoridad judicial a declarar el derecho de las partes, dejando al resorte exclusivo de la Administración la manera de ejecutar los fallos (arts. 9º a 11 de la Ley).

La organización de la jurisdicción administrativa se hizo consistir fundamentalmente en una sección especial dentro del Consejo de Estado, entonces existente; sección que debería formarse por cinco consejeros abogados, que nombraría el Presidente de la República (art. 4º de la Ley).

El Consejo constituía la autoridad competente para conocer de las cuestiones de administración relativas a las obras públicas; a los ajustes públicos y contratos celebrados por la Administración; a las rentas nacionales; a los actos administrativos en las materias de policía, agricultura, comercio e industria, que tengan por objeto el interés general de la sociedad; a la inteligencia, explicación y aplicación de los actos administrativos, y a su ejecución y cumplimiento, cuando no sea necesaria la aplicación del derecho civil (art. 2º de la Ley).

Los conflictos de atribuciones entre la autoridad administrativa y la judicial, se decidían por la Primera Sala de la Suprema Corte, compuesta para este caso por dos magistrados propietarios y por dos consejeros, designados unos y otros por el Presidente de la República, y debiendo ser Presidente de ese tribunal el que lo fuera de la misma Sala, que sólo votarla en caso de empate (art. 6º).

El procedimiento organizado en la legislación que nos ocupa consistía en que primeramente deberla presentarse una reclamación al Ministro respectivo (Regl., arts, 6º, 7º y 8º); si el negocio no pudiera arreglarse en el plazo de un mes con los interesados, debería pasarse a la sección de lo

contencioso del Consejo, notificando al reclamante y al Procurador General (art. 9º); dentro del término de veinte días, el Procurador debería contestar la reclamación (Regl., arto 11). Corrido el traslado de la contestación al reclamante y evacuado por éste, se recibían sucesivamente las pruebas y alegatos, debiendo dictarse, dentro de los quince días siguientes, la resolución (Regl., arts. 13 a 19). Se ordenaba que la resolución se notificara a las partes y se pasara copia de ella a todos los Ministros (Regl., arto 20). Tanto los Ministros como las partes podían manifestar su inconformidad en un plazo de diez días, caso en el cual el asunto se sometía a la decisión del Gobierno en Consejo de Ministros, en el concepto de que esta última decisión se ejecutaría sin recurso alguno (Regl., arts. 21 a 26).

Las resoluciones del Consejo podían ser atacadas por recursos de aclaración y de nulidad, los cuales deberían ser resueltos por el mismo Consejo (Regl., arts, 40 a 48).

Por último, si dentro del término no se manifestaba inconformidad o se interponía recurso, la resolución del Consejo quedaba firme (Regl., arto 23).

Sin embargo, esa ley y la del 20 de septiembre del mismo año, que suprimió los Juzgados de Distrito y Tribunales de Circuito y estableció los Juzgados especiales de Hacienda para conocer de los procesos civiles y criminales en que estuviere interesado el Fisco, tuvieron una vida precaria, pues por ley de 21 de noviembre de 1855, dictada ya por el gobierno liberal establecido al triunfo de la revolución de Ayutla, se abolieron todas las leyes sobre administración de justicia dictadas a partir del año de 1852.

367. Vino poco tiempo más tarde la Constitución de 1857, y después de ella, pero reproduciendo las normas que sobre el particular contenía, la Constitución de 1917. Por tanto, las opiniones que se sustentaron bajo la vigencia de la primera, pueden ser válidas referidas a la segunda y en consecuencia nuestro estudio se contraerá indiferentemente a las épocas sucesivas de su vigencia.

Los argumentos que se han enderezado en contra de la constitucionalidad del establecimiento del sistema de lo contencioso-administrativo, son fundamentalmente los siguientes:

1º Se dice que conforme al artículo 49 de la Constitución de 1917, sustancialmente idéntico al 50 de la de 1857, se prohíbe la reunión de dos o más de los Poderes en un solo individuo o corporación, y que si el Ejecutivo juzgara, vendría a violar el principio de separación adoptado.

Cruzado, en sus *Elementos de Derecho Administrativo*, dice al respecto lo siguiente: "Habiéndose instituido por fin el 'principio de la

división de los poderes, con arreglo a las bases de nuestra Constitución, y deslindadas conforme a ellas las facultades de los mismos, desde luego puede asegurarse que los principios administrativos seguidos en otros países en que se acepta la organización de lo contencioso-administrativo, choca de lleno con nuestros preceptos constitucionales, porque el artículo 50 de la Constitución (de 1857) prohíbe que los Poderes Administrativo y Judicial se reúnan en una persona o corporación..." (pág. 223).

Completando estas ideas, el ministro Vallarta, en uno de sus *Votos,* al que antes nos hemos referido, sostiene que el conocimiento por las autoridades administrativas del "contencioso-gubernativo" es contrario al artículo 16 constitucional, porque "ninguna ley sin violar ese precepto puede ordenar que la autoridad administrativa juzgue. lo mismo que no puede autorizar a ningún tribunal para que legisle", concluyendo que "decir lo contrario sería confundir la competencia constitucional de las autoridades". *(Votos,* t. 11, pág. 141.)

Por último, don Jacinto PalIares, en su obra *El Poder Judicial,* asienta que "estando, pues, perfectamente definidos los límites que hay entre el Poder Judicial y los otros Poderes y marcadas sus atribuciones exclusivas, no hay motivo de confusión ni conflictos entre dichos Poderes y, por lo mismo, entre nosotros no hay lugar al juicio contencioso-administrativo" (pág. 15).

2º Se sostiene que el establecimiento de tribunales administrativos pugna con la prohibición del artículo 13 constitucional, según el cual "nadie puede ser juzgado ... por tribunales especiales" y sólo "subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar".

3º También se deriva un argumento del artículo 14 de la Constitución, pues de este precepto "surge la obligación para el Poder Público de seguir un juicio cuando pretenda privar a un particular de algún derecho que esté en el patrimonio de éste, ya provenga de un acto civil o de reconocimiento u otorgamiento del órgano gubernamental".

4º Resulta también violado, se dice, el artículo 17 de la Constitución, pues siendo la garantía individual en él consignada, una limitación para el Poder público, éste no puede hacerse justicia a sí mismo, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

368. Para apreciar en su integridad la tesis que venimos examinando, es necesario estudiar la solución que en ella se adopta a fin de resolver el problema que surge después de sostener la inconstitucionalidad del sistema de tribunales administrativos, problema que consiste en determinar cuál es el sistema que, de acuerdo con la misma legislación constitucional, vino a sustituir al contencioso-administrativo.

La doctrina mexicana no es uniforme en la solución de dicho problema. Las tesis que sobre el particular se han emitido son principalmente dos: una que sostiene que el Poder Judicial de la Federación es el como petente para juzgar las controversias que se susciten por actos de la Administración y que el procedimiento para resolverlas es el procedimiento establecido para las otras clases de controversias de que conoce el mismo Poder. La otra tesis sostiene que si bien la Justicia Federal sustituye a los tribunales administrativos, sólo lo puede hacer mediante el juicio de amparo.

Los principios básicos de ambas tesis se encuentran en la supremacía y unidad del Poder Judicial, tal como lo establece la Constitución.

"No existe ni debe existir, en un gobierno organizado como el nuestro, dice Pallares, caso alguno en que el individuo no pueda llevar ante el Poder Judicial sus quejas por mala aplicación de las leyes." *(El Poder Judicial,* pág. 9.)

"La Constitución de 1857 (sostiene el licenciado José Algara), contrariamente a lo que establecían las constituciones centrales, hizo depender al Poder Ejecutivo del Poder Judicial, éste es distinto del Administrativo y el primero le está sujeto en la forma prevenida por la Constitución y las leyes." *(Historia de lo contencioso-administrativo* y *¿qué ha venido a sustituirlo conforme a nuestro derecho actual?* "Rev. de Legislación y Jurisprudencia", año de 1889, agosto-septiembre, pág. 180.)

Estudiando en particular las dos tesis de que venimos hahlando, nos encontramos que ellas están desarrolladas en la siguiente forma:

1. La primera, o sea la que sostiene que las controversias con la Administración son de la competencia normal del Poder Judicial y que de ellas conoce de acuerdo con los procedimientos ordinarios, afirma que "la verdad es que no hay una sola de las cuestiones antes contencioso-administrativas que no esté comprendida en los casos cuya decisión corresponda a los tribunales federales. Estos conocen de todas las controversias que se susciten sohre cumplimiento y aplicación de la Constitución o las leyes federales, de todas aquellas en que la Federación fuere parte, de las que versan sobre derecho marítimo, de las que se suscitan a consecuencia de los tratados con las naciones extranjeras, de las que se refieren a los agentes diplomáticos y cónsules y aquéllas en que las entidades federativas fueren partes interesadas; demostrando esta ligera enumeración cómo lo contencioso-administrativo se halla hoy involucrado dentro de una justicia amplísima que no ha existido en los regímenes centrales". (Algara, *op. cit.,* pág. 187.)

Cruzado, que sigue la misma opinión precedente, por su parte afirma que "no existe una sola de las cuestiones pertenecientes a lo que se llamó contencioso-administrativo, que no se encuentre comprendida en los casos sujetos a la decisión de los Tribunales Federales" *(op. cit.*, página 227).

La tesis que examinamos considera que ella no se invalida por el hecho de que existan determinadas prerrogativas en favor de la Administración. "Tenga en buena hora, dice Algara en su trabajo citado, algunos privilegios en favor del fisco y algunas facultades que atemperan el principio, pero éste no deja por eso su carácter primordial", y el mismo letrado concluye diciendo: "Como si lo expuesto no fuera bastante, viene en auxilio del individuo para dar carácter a nuestro sistema el recurso extraordinario y privilegiado de amparo, que nulifica todos los actos de toda autoridad que violan las garantías individuales."

11. La segunda tesis, o sea, la que sostiene que el recurso de amparo ha sido el sustituto del contencioso-administrativo, cuenta con la autorizada opinión del notable jurista mexicano don Jacinto PalIares, quien después de una exposición no muy precisa concluye diciendo "... Entre nosotros no hay lugar al juicio contencioso-administrativo, pues él está suplido, y con ventaja, con el recurso de amparo en la parte que procede para haeer efectiva la garantía del artículo 16 de la Constitución de 1857..." *(op. cit.)*,

Señala, sin embargo, una excepción, que hace consistir en que en too dos los casos en que el Ejecutivo tiene que cobrar créditos por impuestos o por cualquier otro capítulo, llevando al extremo dicha tesis, debería procederse por la autoridad sin más recurso que el de amparo o el de controversia constitucional. Pero como en tales casos es de presumirse cierta parcialidad en el Ejecutivo como interesado en aumentar los fondos públicos, nuestra Legislación tiene admitido como un principio de derecho público, que intervenga la autoridad judicial "con su jurisdicción ordinaria y no como Poder político conservador de las garantías indio viduales".

369. La tesis que sostiene que los tribunales administrativos han sido sustituidos en nuestro régimen por los tribunales federales, en su competencia ordinaria, parece contar en su apoyo con el precepto contenido en el artículo 104 constitucional, según el cual corresponde a los tribunales federales conocer las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre cumplimiento y aplicación de las leyes federales, o con motivo de los tratados celebrados con las potencias extranjeras" (fr. l.)

De aquí se desprende que, como los actos administrativos de la autoridad federal pueden dar nacimiento a una controversia sobre cumplimiento o aplicación de leyes federales, se surte la competencia de los tribunales de la Federación, en los términos de la parte del precepto transcrito.

En cornra de esta argumentación se ha hecho valer desde luego la razón de que, conforme a los términos literales del repetido precepto, la competencia otorgada se refiere sólo a las controversias del orden civil o criminal, y cuando la controversia surge con motivo de un acto administrativo del Poder público, cuya legalidad se discute, no puede decirse que haya controversia de orden civil ni de orden criminal.

El señor licenciado don Rafael Ortega, en un trabajo citado por el licenciado Jorge Vera Estañol, en su estudio *¿En qué juicios es parte la Federación? (Cuestiones jurídico-constitucionales,* pág. 55), dice, refiriéndose a las controversias que afectan a la Federación, obrando como autoridad, que en tales casos " ... la cuestión no puede ser ni civil ni mero cantil, porque interviniendo la Federación como autoridad y no habiendo derechos civiles entre los particulares y la autoridad, la cuestión nunca será civil ni mercantil. La controversia que en estos casos se suscita es una de las que en otros países se conocen con el nombre de contencioso-administrativa ... ".

Corroborando esta tesis se debe tener presente que en otros preceptos de la misma Constitución el uso de los mismos términos tiene el alcance exclusivo de su significación natural. Así, cuando en el artículo 14 se habla de juicios de orden civil y juicios de orden criminal, se está haciendo clara referencia con la primera expresión a juicios que no incluyen los que pudieran suscitarse con motivo de la actividad administrativa.

A la misma conclusión se llega si se examina el empleo de la expresión juicios civiles en el artículo 107 relativo a las bases del procedimiento en el amparo.

Además, si el artículo 103 de la Constitución está usando los términos "controversia que se suscite por actos de la autoridad", no se explica cómo al renglón siguiente, en el artículo 104, se use de los términos "controversia del orden civil" y que la intención sea la de que dentro de ellos queden comprendidos los que el artículo anterior había designado en forma tan precisa.

Los casos a que se refiere la fracción primera del artículo 104 que venimos comentando son aquellos en que no es parte la Federación y en que no se objeta tampoco la legalidad de un acto administrativo. Por ejemplo, los casos de ejercicio de las acciones que a la Nación corresponden por virtud de las disposiciones del artículo 27 constitucional y que según el mismo deben hacerse efectivas por el procedimiento judicial.

Contra las conclusiones que hemos asentado se pueden, sin embargo, citar algunos antecedentes legislativos, como son los diversos procedimientos organizados en leyes especiales para decidir ante los tribunales controversias que tienen su base en la actividad administrativa, tales como los que se consignan en la Ley Minera, para los casos en que se objete o se exija su aplicación o el respeto de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones que ella impone (arts. 82, 96 y 97); en la Ley de Vías Generales de Comunicación (art. 37), para los de rescisión de concesiones; en la Ley General de Bienes Nacionales para diversos casos en que optativamente se puede seguir por la autoridad el procedimiento administrativo o judicial (art. 18).

La cuestión que nos ocupa ha sido tratada por el distinguido profesor Antonio Carrillo Flores. Para él la tesis de que la fracción primera del artículo 104 no comprende el contencioso-administrativo material, debe desestimarse, pues la interpretación legislativa y judicial es contraria a ella. Sostiene que el punto que sí provoca duda es el de si la citada fracción puede aplicarse sin que se reglamente en ley secundaria, como lo sostuvo Vallarta, o bien si es indispensable que exista esa reglamentación tal como lo afirma Mariscal.

Después de inclinarse por esta última tesis, sostiene que los procedimientos organizados por las leyes secundarias para someter a los jueces federales las controversias suscitadas por actos de la Administración, son bien defectuosos porque no determinan la forma de plantear la contienda ante el juez; porque no definen la intervención del coadyuvante de la Administración; porque dejan la valorización de la prueba sujeta a las normas comunes; porque los fallos de apelación sólo pueden reclamarse a través del amparo, y finalmente, porque la ejecución de las sentencias no ofrece garantías, ya que carece de medios adecuados, como las del amparo para su cumplimiento *(op, cit.,* pág. 187).

370. El artículo 103 de la Constitución Federal, fija la competencia de los Tribunales de la Federación para resolver las controversias que se susciten por actos de la autoridad que violen las garantías individuales; el artículo 107 constitucional en su apartado IV dispone que "en materia administrativa el amparo procede, además, contra resoluciones que causen agravio no reparable mediante algún recurso, juicio o medio de defensa legal ..." y el apartado V del mismo precepto declara competente a la Suprema Corte para conocer el amparo en materia administrativa cuando se reclamen sentencias definitivas no reparables por medios legales ordinarios.

El conocimiento de dichas controversias por medio del juicio de amo paro constituye indudablemente un control jurisdiccional para los actos que emanen de la autoridad administrativa, y para los particulares constituye dicho juicio un medio para obtener de la Administración el respeto de la legalidad.

Por esta razón, de acuerdo con lo que hemos expuesto con anterioridad, se ha llegado a considerar que el amparo suple, dentro de nuestro sistema legal, al contencioso-administrativo, al grado de hacer a éste innecesario para una eficaz protección de los derechos de los particulares.

Sin desconocer que el juicio de amparo ha sido en múltiples ocasiones un remedio eficaz para garantizar la legalidad de los actos administrativos, estimamos, sin embargo, que tal como está organizado actualmente, no puede desempeñar una función completamente adecuada a las necesidades de la vida de la Administración, ni consecuentemente servir con toda amplitud a la protección de los derechos de los administrados.

En efecto, las garantías individuales que fundamentalmente se reclaman en el amparo administrativo son las que se consagran en los artículos 14 y 16 constitucionales.

Ahora bien, el artículo 14 no consigna propiamente una garantía en materia administrativa, pues sólo establece los requisitos que deben llenar las resoluciones judiciales, civiles y penales, pero no los que han de satisfacerse en las resoluciones administrativas.

En esa virtud, la controversia en el juicio de amparo no puede propiamente versar sobre el incumplimiento de tales requisitos en un acto administrativo, a no ser que se apliquen para éste, como de hecho ha sucedido, las normas relativas a las resoluciones en juicios de orden civil, lo cual, aparte de la falta de fundamento, origina las lamentables consecuencias que hemos venido realzando en el curso de esta obra y que se producen cuando se aplican criterios civilistas a materias administrativas.

En el caso esas consecuencias se traducen en que los actos de la Administración se sujetan a un examen de una rigidez tan exagerada que, o bien se sacrifica el derecho del particular por una interpretación mezquina de la ley, o bien se perjudica el funcionamiento de la Administración porque no se observan los principios de interpretación de las leyes administrativas que requieren una flexibilidad y una matización especiales en razón de los múltiples intereses que normalmente pone en juego la actuación administrativa.

Por lo que hace a la garantía del articulo 16, si bien es cierto que, a pesar de su propósito primitivo, se ha extendido hasta la protección

contra cualquier acto que no emane de autoridad competente y que no funde ni motive la causa legal del procedimiento, tampoco puede ser base para controlar adecuadamente a la Administración, pues ésta se encuentra, en la mayor parte de los casos, en la posibilidad de satisfacer formalmente el requisito externo de fundar y motivar sus procedimientos, y esto, como se comprende, no es de ninguna manera una debida protección para el particular.

Finalmente, las fórmulas rígidas de la instancia de amparo administrativo y la escasa discreción de los jueces que lo fallan, han impedido que ese juicio sea, no sólo un medio de reparar las ilegalidades de la Administración, sino también una fuente de orientación y desarrollo de las instituciones administrativas, como en otros países ha sido la jurisprudencia de los tribunales administrativos.

371. Nos queda finalmente por examinar si la competencia de la Suprema Corte para conocer en única instancia de las controversias en que la Federación sea parte [arts. 104, frac. III, y 105, Consto Fed.) puede ser un control jurisdiccional de la legalidad de los actos administrativos.

Se ha discutido mucho en los Tribunales Federales cuándo la Federación es parte para los efectos de la disposición legal antes citada, pudiendo resumirse en los términos siguientes los criterios que sucesivamente se han sostenido al respecto: *a)* durante mucho tiempo se sostuvo que debe entenderse que la Federación es parte solamente en aquellos casos en que el Estado interviene como persona jurídica sometida al derecho civil, de tal manera que se reconocía que no se tenía aquel carácter cuando se discuten actos del Estado ejecutados en su carácter de autoridad; *b)* recientemente se ha cambiado el criterio anterior para sostener que la Federación es parte sólo en aquellos negocios en que es precisamente la propia Federación la que intervenga "sin que sea jurídico confundir a la entidad (Estados Unidos Mexicanos) con la forma de Gobierno que tiene adoptada, ni con alguno de los tres poderes mediante los cuales se ejerce la Soberanía de la Nación, ni menos aún con alguno de los órganos de cualquiera de esos tres poderes" (Juicios Federales 3/52, 13/53, 13/54, 2/56, 3/57 y 4/57, informe del Presidente de la Suprema Corte de los años 1955, 1956 y 1957).

372. Para la cuestión que estamos estudiando, o sea la de si la competencia de la Suprema Corte en los casos en que la Federación sea parte puede estimarse como un control jurisdiccional de los actos de la Administración, eficaz para proteger el derecho de los particulares a la legalidad, estimamos innecesario entrar al estudio de fondo de las tesis sustentadas por las ejecutorias relacionadas, pues nos es suficiente para negar la cuestión, tener en euenta que cuando la controversia versa sobre la legalidad

de los actos de los Poderes públicos, no está en juicio el Poder mismo ni, mucho menos la Federación, sino simplemente el acto recurrido, respecto del cual dicha Federación, es decir, el Estado, tiene el mismo interés que el particular, o sea el de que se respete el principio de la legalidad.

En ese caso, por tanto, la Federación no puede ser parte, pues necesitaría para ello un interés contrario al del particular.

## CAPÍTULO IV

## EL CONTENCIOSO·ADMINISTRATIVO EN MEXICO

*(Continuación.)*

373. El cambio de interpretación constitucional que ha dado origen ti la creación del Tribunal Fiscal de la Federación.-374. El reconocimiento constitucional de los Tribunales admínistrativos.c-Bjfi. El Tribunal Fiscal.—376. Garantias de su autonomía.-377. La competencia de la Sala Superior y de las Salas Regionale8.-378. El procedimiento.-379. Naturaleza de los fallos.-380. Recursos.—381. El Tribunal de lo contencioso-administrativo de) Distrito Federal.—382. El procedimiento. Los recursos. El incumplimiento de los fallos.

373. A pesar de que la interpretación dada al sistema constitucional establecido en México a partir de 1857, fue la de considerar incompatible con dicho sistema la creación de tribunales administrativos que conocieran de controversias que surjan de actos de la Administración, en el año de 1936 se operó un serio cambio en nuestra legislación positiva al expedirse, el 27 de agosto, la Ley de Justicia Fiscal, creando el Tribunal Fiscal de la Federación destinado a conocer el contencioso-fiscal, y al establecerse en el Estatuto de los Trabajadores al Servicio del Estado, de 5 de noviembre de 1938, el Tribunal de Arbitraje, de que nos hemos ocupado anteriormente *(supra,* núm. 123).

Para establecer el Tribunal Fiscal de la Federación hubo necesidad de desechar interpretaciones tradicionales, y, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley, se consideró posible constitucionalmente el establecimiento de un tribunal administrativo en razón de algunas tesis sostenidas por sentencias de la Suprema Corte de Justicia.

En efecto, partiendo de la base de que la Corte ha interpretado el artículo 22 constitucional considerando que no es confiscatoria la aplicación total o parcial de los bienes de una persona para el pago de impuestos o multas cuando se hace por la autoridad que conforme a la ley sea competente, se desprendió la conclusión de que en el sentir de la Corte, es problema de la ley secundaria el organizar las competencias de las autoridades en punto a cobro de impuestos o multas. "Ya en este plano,

dice la Exposición de Motivos, es indiscutible que resulte más lógico y conveniente para todos, no sólo para el Fisco, sino para los causantes mismos, que la liquidación y el cobro de los impuestos, y demás prestaciones fiscales, no se lleve a cabo dentro de la desordenada legislación en vigor, que presenta interferencias carentes de todo apoyo jurídico o de utilidad práctica, entre las autoridades judiciales y las autoridades administrativas, sino al amparo de un sistema lógico y congruente en el que, sin que se olviden las garantías que el particular necesita, haya un conjunto de principios que ordenen y regulen la liquidación y el cobro de tales prestaciones a través de los dos periodos que la doctrina reconoce: el periodo oficioso y el periodo contencioso que es el que tendrá a su cargo el Tribunal."

Igualmente se tomó en consideración que, de acuerdo con el criterio sustentado por la Suprema Corte, el cobro de los impuestos no constituye un derecho incorporado a la capacidad privada del Estado, sino que debe efectuarse mediante el ejercicio de atribuciones de Poder público, que se concretan en mandamientos unilaterales y ejecutivos que no requieren ni para su validez ni para su cumplimiento la sanción previa de los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de que los particulares afectados puedan, *a posteriori,* iniciar la revisión en la vía jurisdiccional de tales mano damientos.

De esta tesis se desprendió la siguiente conclusión: no existe inconveniente legal alguno para establecer un procedimiento jurisdiccional ante tribunales administrativos si la intervención de éstos no coarta el derecho de los particulares para ocurrir posteriormente al juicio de amparo que tradicionalmente ha sido en México el que ha ofrecido el camino para la revisión de los actos administrativos.

También se tomó en cuenta que la jurisprudencia mexicana, a partir del año de 1929, ha consagrado la tesis de que las leyes pueden conceder un recurso o medio de defensa para el particular perjudicado, ante autoridades distintas de la judicial, y que dicho recurso debe agotarse antes de la interposición de la demanda de garantías.

Como, por otra parte, la jurisprudencia también ha sostenido, al interpretar el artículo 14 constitucional que establece la garantía del juicio, que no es necesario que éste se tramite precisamente ante las autoridades judiciales, implícitamente, se dice, que ha reconocido la legalidad de procedimientos contenciosos de carácter jurisdiccional tramitados ante autoridades administrativas.

Sobre la base de las anteriores interpretaciones se justificó la creación del Tribunal Fiscal de la Federación,

374. Sin embargo, tanto la ley de 27 de agosto de 1936, como posteriormente el Código Fiscal de 30 de diciembre de 1938 que incluyó las disposiciones de aquélla, relativas al Tribunal Fiscal, dieron lugar a una viva discusión sobre la constitucionalidad de un órgano que tuviera competencia para conocer el contencioso-administrativo fiscal, pero toda duda al respecto se disipó al expedirse las reformas al artículo 104 constitucional, la primera de 16 de diciembre de 1946 *(D. O.* de 30 del mismo mes y año) y posteriormente la de 19 de junio de 1967 *(D. O.* de 25 de octubre del mismo año).

En esta última se reconoce en una forma expresa la posibilidad jurídica de la existencia de tribunales de lo contencioso-administrativo, al decir "las leyes federales podrán instituir tribunales de lo contencioso-administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública Federal o del Distrito y Territorios Federales y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones".

375. La estructura, competencia y funcionamiento del Tribunal Fiscal fueron posteriormente materia de la Ley Orgánica de dicho Tribunal *(D. O.* de 19 de enero de 1967) separada del Código Fiscal donde anteriormente se incluía. Tal separación obedeció a que se consideró que era preferible una ley especial susceptible de más fácil modificación a medida que lo fuera requiriendo la marcha de la Administración Pública. A esa ley vino a sustituir la de 27 de diciembre de" 1977 *(D. O.* de febo 2 de'1978) que entraría en vigor 180 días después de su publicación o sea el 1º de agosto de 1978.

En su artículo 1º declara que "el Tribunal Fiscal de la Federación es un tribunal administrativo dotado de plena autonomía para dictar sus fallos con la organización y atribuciones que esta Ley establece" y de acuerdo con su artículo 2º se integra por una Sala Superior y por las Salas Regionales con nueve magistrados la primera y tres cada una de las segundas.

La exposición de motivos de la Iniciativa de la nueva Ley expresa que la estructura del Tribunal Fiscal "no puede permanecer inalterable frente al avance de la regionalización a que se ha llegado en los asuntos fiscales de la competencia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público los que constituyen la materia de la mayor parte de los juicios promovidos ante el propio Tribunal. Esta circunstancia hace aconsejable y conveniente la creación de Salas Regionales del mismo órgano a fin de complementar con la fase contencioso-administrativa el sistema regional de defensa, al mismo tiempo que se consigue acercar la justicia admi-

nistrativa a los lugares donde surgen los conflictos y lograr que el control de legalidad que el Tribunal ejerce se reahce en forma más inmediata al contribuyente."

376. Vienen a asegurar la independencia del Tribunal frente a la Administración activa las normas adoptadas en la ley como garantías para los magistrados que lo integran.

De acuerdo con el mismo artículo 2º los magistrados deben ser nombrados por el Presidente de la República, con aprobación del Senado y en sus recesos, de la Comisión Permanente.

De esta manera se ha pensado que al sujetar sus nombramientos a la aprobación del Senado, los Magistrados del Tribunal se sentirán con la confianza de que ocupan sus puestos no por voluntad exclusiva del Ejecutivo sino por la de éste y uno de los elementos del Congreso de la Unión.

En el mismo precepto se establece que los magistrados durarán en su encargo seis años y no podrán ser removidos sino en los casos en que pueden serlo constitucionalmente los funcionarios del Poder Judicial de la Federación.

Finalmente, se completa el sistema de garantías estableciendo que los emolumentos de los magistrados del Tribunal no podrán reducirse durante el término de su encargo (art. 7º).

377. A la Sala Superior se le atribuye la competencia: de fijar la jurisprudencia del Tribunal; de resolver los recursos en contra de resoluciones de las Salas Regionales; de conocer de las excitativas de justicia; de calificar las recusaciones, excusas o impedimentos de los magistrados; de resolver los conflictos de competencia entre las Salas Regionales; de establecer las reglas para la distribución de asuntos entre las Salas Regionales cuando haya más de una en la circunscripción territorial así como entre magistrados instructores y ponentes; de designar al Presidente del Tribunal Fiscal que lo será también de la Sala Superior; de señalar la sede de las Salas Regionales; de fijar y cambiar la adscripción de los magistrados de las Salas Regionales; de nombrar al Secretario General de Acuerdos, al Oficial Mayor y actuarios de la Sala Superior; de proponer anualmente al Ejecutivo Federal el proyecto de presupuesto del Tribunal; de expedir el reglamento interior de éste, etc., etc.

La nueva Ley modifica la integración del Tribunal Fiscal de la Federación disponiendo que estará constituido por una Sala Superior y por once Salas Regionales compuestas por nueve magistrados la primera y por tres cada una de las segundas. Al mismo tiempo y por ley de la misma fecha se modificaron las disposiciones del Código Fiscal

para adaptarlas a las modificaciones de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, cuando ésta entre en vigor.

378. Las Salas Regionales 'estarán integradas por tres magistrados cada una y para el efecto el territorio nacional se divide en las siguientes regiones: 1. del Noroeste; n. del Norte-Centro; In. del Noreste; IV. del Occidente; V. del Centro; VI. de Hidalgo-México; v.n. del Golfo-Centro; VnI. del Pacífico-Centro; IX. del Sureste; X. Peninsular y XI. Metropolitana. Se establece que en cada un.a de las regiones habrá una Sala Regional, con excepción de la Metropolitana cuya jurisdicción es el Distrito Federal y en la que habrá tres Salas RegIOnales (arts. 20, 21 y 22).

Las Salas Regionales conocerán de los juicios que se inicien contra resoluciones definitivas: I. Dictadas por autoridades fiscales federales y organismos fiscales autónomos, que determinen la existencia de una obligación fiscal, la fijan en cantidad líquida o den las bases para su liquidación; n. Las que nieguen la devolución de un ingreso indebidamente percibido por el Estado; In. Las que impongan multas por infracción a normas administrativas federales; IV. Las que causen un agravio en materia fiscal a que se refieren las anteriores;V. Las que nieguen o reduzcan las pensiones o prestaciones sociales de miembros del Ejército, Fuerza Aérea y Armada Nacional; VI. Las que se dicten en materia de pensiones civiles con cargo al Erario Federal o al ISSSTE; VII. Las que dicten sobre interpretación y cumplimiento de contratos celebrados por las dependencias de la Administración Pública Federal Centralizada; VIII. Las que constituyan responsabilidades, por actos no delictuosos contra funcionarios o empleados de la Federación y IX. Las señaladas en las demás leyes como competencia del Tribunal (art. 23).

Para los efectos del precepto anterior se considerarán definitivas las resoluciones cuando no admitan recurso administrativo o cuando la interposición de este sea optativo para el afectado.

Igualmente se atribuye a las Salas Regionales el conocimiento de los juicios que promuevan las autoridades para que sean nulificadas las resoluciones administrativas favorables a un particular siempre que dichas ,·,')luciones sean de las materias de competencia del Tribunal (art. 25).

El contencioso que conoce el Tribunal se ha estructurado dentro de los lineamientos de un proceso subjetivo de legalidad, ya que la reclamación del particular que promueve el juicio sólo es procedente si constituye el ejercicio del derecho a la legalidad que es un derecho subjetivo (V. Nº 351).

Garrido Falla, en su oLra "Régimen de Impugnación de los Actos Administrativos" (Madrid, 1956) indica que "como para que la anulación se dicte se ha exigido previamente la legitimación del recurrente

a base del requisrto subjetivo del interés, estamos realmente ante un 'recurso subjetivo de anulación' por extraña que esta denominación parezca" (pág. 22).

Bonnard, por su parte, refiriéndose a la opinión de que el contencioso es subjetivo cuando la controversia versa sobre la violación de un derecho subjetivo y que es objetivo cuando versa sobre una violación del derecho objetivo, abstracción hecha de toda violación de un derecho subjetivo, sostiene que estos puntos de vista no pueden ser admitidos porque "puede haber (como él lo admite) un derecho subjetivo a la legalidad de los actos jurídicos y por consecuencia este contencioso de la regularidad de los actos jurídicos es un contencioso subjetivo ..." y agrega que en realidad sólo puede hacerse una distinción entre el contencioso de anulación y el contencioso de plena jurisdicción, pero que ambos entran en la categoría de los contenciosos subjetivos *(Dr. Adm.,* pág. 176).

Por su parte, Vedel afirma que "La oposición entre 'contencioso objetivo' y 'contencioso subjetivo' ha sido muy exagerada" *(Dr. Adm.,* 6ª ed. pág. 531).

Toda la doctrina anterior se encuentra sancionada en el mismo Código Fiscal, que en su artículo 190 declara que es improcedente el juicio ante el Tribunal Fiscal: "I. Contra resoluciones o actos que no afecten los intereses jurídicos del actor; II ..."

378 bis. El procedimiento para la tramitación de los juicios ante el Tribunal Fiscal está de acuerdo con los principios de un verdadero juicio y no con los de un recurso, pues, según la idea del legislador, si esta última designación se hubiera dado a la instancia del Tribunal, se habría supuesto la continuidad dentro de un mismo procedimiento, lo cual no ocurre, pues como ya antes se ha dicho, esa instancia marca el momento en que se inicia el procedimiento contencioso fiscal.

Ese procedimiento que forma un título especial del Código Fiscal separado de la Ley Orgánica del Tribunal sobre la materia se inicia con la demanda de nulidad que deberá ser presentada, salvo casos determinados, dentro de los quince días siguientes a aquél en que haya surtido sus efectos la resolución impugnada o en el plazo de cinco años cuando la autoridad fiscal pida la nulidad de una resolución favorable a un particular, excepto cuando dicha resolución haya originado efectos de tracto sucesivo en que la nulidad puede demandarse en cualquiera época sin exceder de cinco años (art. 192).

La contestación de la demanda debe producirse dentro del término de quince días y la audiencia del juicio se fijará dentro de un plazo que no exceda de cuarenta y cinco días (art. 2(0).

El magistrado instructor declarará cerrada la instrucción diez días después de la contestación de la demanda cuando se hayan desahogado las pruebas y resuelto los incidentes, pudiendo las partes presentar alegatas dentro de los cinco días siguientes al acuerdo que declare cerrada la instrucción (art. 235).

379. Las facultades que la ley otorga al Tribunal respecto de los casos de su competencia, son, con excepción de los comprendidos en el artículo 11 de la Ley de 31 de diciembre de 1941 y en la fracción VII del artículo 22 antes citado, las que corresponden al tipo del contencioso de anulación. "Será el acto, y a lo sumo el órgano, el sometido a la jurisdicción del Tribunal, no el Estado como persona jurídica. El Tribunal no tendrá otra función que la de reconocer la legalidad o la de declarar la nulidad de actos o procedimientos. Fuera de esa órbita la Administración pública conserva sus facultades propias y los Tribunales Federales, y concretamente la Suprema Corte de Justicia su competencia para intervenir en todos los juicios en que la Federación sea parte." (Exp. de Motivos del Código Fiscal anterior al vigente.)

En el Título Cuarto del Código Fiscal dedicado al procedimiento contencioso se fijan como causas de anulación de una resolución o de un procedimiento administrativo: la incompentencia del funcionario que haya dictado el acuerdo o que haya tramitado el procedimiento impugnado; la omisión de los requisitos formales exigidos en las leyes; vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada; si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada o bien se dictó en contravención a las disposiciones aplicadas, o dejó de aplicar las debidas; y cuando dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades (art. 228).

Según el artículo 29 la sentencia definitiva podrá: reconocer la validez de la resolución impugnada; declarar su nulidad; o declararla para determinados efectos, los cuales deberán precisar con claridad la forma y términos en que la autoridad debe cumplirla, salvo que se trate de facultades discrecionales. El plazo para realizar un determinado acto o un procedimiento será de cuatro meses (art. 229).

Y como decía la Exposición de Motivos aludida, el Tribunal no está dotado de competencia para pronunciar mandamientos dirigidos a obtener la ejecución de sus fallos. La resistencia de las autoridades a cumplirlos debe combatirse por los medios ordinarios, principalmente por el juicio de amparo.

La jurisprudencia del Tribunal es obligatoria para las Salas, y sólu la Sala Superior podrá variarla, pero las Salas podrán dejar de aplicarla siempre que hagan constar los motivos para ello (art. 233).

380. El Código Fiscal establece los siguientes recursos: El de reclamación ante las Salas contra los acuerdos de trámite del magistrado instructor en cada Sala; el de queja ante la Sala Superior, contra violación a la jurisprudencia; el de revisión ante la Sala Superior, que sólo pueden interponer las autoridades responsables cuando el asunto sea de importancia y trascendencia; y el de revisión fiscal ante la Suprema Corte de Justicia, que también sólo pueden interponer dichas autoridades contra las resoluciones de la Sala Superior (arts. 242 a 250).

El artículo 104 reformado de la Constitución establece que "procederá el recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia, contra las resoluciones definitivas de dichos tribunales administrativos, sólo en los casos que seiíalen las leyes federales y siempre que esas resoluciones hayan sido dictadas como consecuencia de un recurso interpuesto dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa. La revisión se sujetará a los trámites que la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución fije para la revisión en amparo directo y la resolución que en ella dicte la Suprema Corte de Justicia quedará sujeta a las normas que regulan la ejecutoriedad y cumplimiento de las sentencias de amparo".

El Código Fiscal suprimió el recurso de revisión fiscal ante la Suprema Corte para los particulares. La razón que para ello se tuvo fue la de que "el particular siempre tendrá a su alcance el juicio extraordinario del amparo" y la de que disminuyendo las revisiones fiscales se reduce el recargo que ha tenido la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia.

De conformidad con la fracción IV del artículo 107 reformado de la Constitución, el amparo en materia administrativa procede cuando se reclamen por particulares sentencias definitivas dictadas por tribunales administrativos, no reparables por algún recurso, juicio o medio de defensa legal.

381. El Tribunal Fiscal de la Federación abrió el camino para el establecimiento de otros tribunales administrativos y con el reconocimiento de sú constitucionalidad hecha por las reformas de 1946 y 1967 al artículo 104 de la propia Constitución, que autorizó a las leyes federales para instituir tribunales de lo contencioso-administrativo dotados de plena autonomía para dirimir controversias sobre la Administración Pública Federal o del Distrito Federal, la ley de 26 de febrero de 1971 (*D. O.* de 17 de marzo de 1971 y 4 de enero de 1973) creó el Tribunal

de lo contencioso-administrativo del Distrito Federal que ha venido funcionando de acuerdo con dichos ordenamientos los cuales han sido adicionados y reformados por la Ley del Congreso de 27 de diciembre de 1978, publicada en el *Diario Oficial* de 3 de enero de 1979 y modificaciones por decretos publicados el 18 de junio de 1992 y ellO de enero de 1994).

De acuerdo con dichas leyes el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal está dotado de plena autonomía para dictar sus fallos, es independiente de cualquier autoridad administrativa y tiene a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre el Departamento del Distrito Federal como autoridad local y los particulares (art. 1). En la reforma que se hizo a este precepto se suprime la excepción que consignaba la ley reformada de excluir de la competencia de este Tribunal los asuntos de carácter fiscal.

El Tribunal se compondrá de una Sala Superior integrada por cinco magistrados y por tres Salas de tres magistrados cada una, que podrán aumentarse en dos más formadas por tres magistrados supernumerarios, cuando el servicio lo requiera, a juicio de la Sala Superior. El Tribunal tendrá un presidente, que será a su vez el presidente de la Sala Superior y será designado por la Sala Superior en la primera sesión de cada año. También en su primera sesión anual, las Salas elegirán sus respectivos presidentes, todos ellos durarán en su cargo un año y podrán ser reelectos. El Presidente de la República, a proposición del Jefe del Departamento del Distrito Federal, y con la aprobación de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, nombrará a los magistrados que integren la Sala Superior y las salas del Tribunal, así como a los supernumerarios necesarios. Será ante el Pleno de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal ante quien otorguen la protesta de Ley. Los magistrados durarán 6 años en el ejercicio de su encargo, podrán ser promovidos de supernumerarios a numerarios y de las Salas a la Sala Superior y sólo podrán ser privados de sus puestos en los términos del Título Cuarto de la Constitución. (arts. 2°, 3°, 5°, 6°, 7° y 8°).

La Sala Superior se ocupa de las cuestiones de orden general y reglamentarias de funcionamientos del Tribunal; de decidir las contradicciones que surjan entre las resoluciones de las salas y formar jurisprudencia en las decisiones que en estos casos adopte (art. 19).

Las atribuciones de las Salas son las de conocer los juicios que se promuevan contra: I. Los actos administrativos que las autoridades del Departamento del Distrito Federal, dicten, ordenen, ejecuten o traten de ejecutar en agravio de los particulares; II. Las resoluciones definitivas dictadas por el Departamento del Distrito Federal en las que se determine la existencia de una obligación fiscal, se fije ésta en cantidad líquida o

se den las bases para su liquidación; nieguen la devolución de un ingreso indebidamente percibido o cualquiera otra que cause agravio en materia fiscal; 111. La falta de contestación de las mismas autoridades dentro de un término de 30 días, a las promociones presentadas ante ellas por los particulares, a menos que las leyes y reglamentos fijen otros plazos o la naturaleza del asunto lo requiera; IV. De las quejas por incumplimiento de las sentencias que dicten; V. Del recurso de reclamación, conforme a lo dispuesto en el Ley; VI. De los juicios que promuevan las autoridades para que sean nulificadas las resoluciones fiscales favorables a un particular y que causen una lesión a la Hacienda Pública del Distrito Federal; VII. Las resoluciones que se dicten negando a los particulares la indemnización a que se contrae el artículo 77 bis de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. El particular podrá optar por esta vía, o acudir ante la instancia judicial competente; y VIII. De las demás que señale esta Ley.

Los juicios que se promuevan ante el Tribunal se *substancian* y resuelven de conformidad con la propia Ley, y a falta de disposición expresa se estará a lo dispuesto por el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y en materia fiscal a la Ley de Hacienda del propio Distrito y al Código Fiscal de la Federación en lo que resultan aplicables (art. 24) siendo causas de nulidad de los actos impugnados; la incompentencia de la autoridad; el incumplimiento u omisión de las formalidades legales; la violación de la ley o no haberse aplicado la debida y la arbitrariedad, desproporción, desigualdad, injusticia manifiesta y cualquiera otra causa similar (art. 22).

382. En cuanto al procedimiento la Ley establece que el juicio deberá promoverse mediante demanda dentro de los quince días siguientes a la notificación del acto que se vaya a impugnar o desde la fecha en que se haya tenido conocimiento de él o en el que se hubiere ostentado como sabedor o cuando se pida la nulidad de una resolución favorable a un particular, dentro de los cinco años siguientes a la fecha en que sea notificada la resolución o en cualquier tiempo si ésta es de tracto sucesivo (art. 43) y se previene que cuando las leyes o reglamentos establezcan algún recurso o medio de defensa, será optativo para el particular agotarlo o desistirse delque haya intentado, y acudir al Tribunal excepto en materia fiscal en la que sí deben agotarse los recursos que establece la Ley de Hacienda del Distrito Federal (art. 28). Se establece que serán partes en el procedimiento: el actor que se considera legitimado cuando tenga un interés en que funde su pretensión, y el demandado que tendrá ese carácter: el Jefe del Departamento; los delegados del propio Departamento, así como los Directores Generales del mismo; la autoridad que

ordene y la que pretenda ejecutar el acto que se reclama; el particular a quien favorezca la resolución cuya nulidad se pida y el tercer perjudicado (art. 32). La demanda podrá presentarse en formas impresas que se proporcionarán por el Tribunal (art. 51) Y admitida se mandará emplazar a las demás partes para que la contesten en el término de diez días y se citará para la audiencia del juicio dentro de un plazo que no exceda de quince días (art. 54) audiencia en la cual se resolverán las cuestiones de procedencia, se recibirán pruebas y se procederá a la sentencia (arts. 74 y sigs.). La setencia favorable al demandante deja sin efecto el acto impugnado (art. 81). Además en el procedimiento puede otorgarse la suspensión de los actos reclamados mediante los requisitos que la ley establece (art. 57 y sigs.).

Contra las resoluciones de trámite cabe el recurso de reclamación; contra las resoluciones definitivas, las autoridades pueden interponer revisión ante el Pleno si el asunto es de importancia y trascedencia (arts. 83 y 86).

Es de llamar especialmente la atención a la disposición de la ley que establece que el actor puede ocurrir en queja su caso de incumplimiento de la sentencia, estableciéndose sanciones y la intervención de las autoridades jerárquicamene superiores para hacer cumplir a la renuente (art. 82). En este particular existe una diferencia importante con lo que ocurre respecto del incumplimiento de los fallos del Tribunal Fiscal en donde ya éste no interviene y sólo puede ser reclamado en la vía del amparo.

La Ley del tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal fue modificada por última vez por Decreto publicado el 18 de junio de 1992.

# DOCTOR CABINO FRACA *MACAÑA*
# FORJADOR DEL DERECHO MEXICANO MODERNO ADMINISTRATIVO

## CONFERENCIA DE ANTONIO CARRILLO FLORES EN EL INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACION PUBLICA DEL 7 DE SEPTIEMBRE DE 1982

Agradezco a don Luis Carcía Cárdenas, Presidente del Instituto Nacional de Administración Pública, haberme invitado a participar en el Ciclo con que honra la memoria del primer Presidente de esta Casa, el ilustre jurista, universitario y servidor público que fue el señor Doctor Cabino Fraga Magaña.

En las elocuentes y certeras palabras que ante la tumba del maestro dijo su también ilustre colega y paisano, don Antonio Martínez Báez, en nombre de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, hizo ya breve reseña biográfica del joven que en 1916, al egresar del Colegio de San Nicolás emigró para México en compañía de otros dos eminentes michoacanos que alcanzarían como él, el más alto nivel en distintos ramos de la cultura de nuestra patria: el filósofo Samuel Ramos y el cardiólogo y gran promotor de las ciencias, Don Ignacio Chávez.

Mi tema no es Cabino Fraga el hombre, ni siquiera el funcionario público que desempeñó con diamantina honestidad y capacidad muy altas responsabilidades, sino Cabino Fraga, forjador del Derecho Administrativo Mexicano como Disciplina Científica Moderna.

La precisión es necesaria, porque es obvio que el Derecho Administrativo, como parte de nuestro orden jurídico, existía ya cuando don Cabino empezó a impartir su cátedra en la Escuela Nacional de Jurisprudencia en la década de los veintes, y cuando la benemérita Editorial Porrúa sacó .a la luz la primera versión de su Tratado en 1934.

Los apuntamientos de clase de un alumno suyo, Manuel Sánchez Cuén, y la colaboración posterior de éste, sirvieron al Maestro para dar forma inicial a una obra que fue depurando y actualizando hasta alcanzar la

vigesimasegunda edición en 1982. EUa ha servido de texto en las Facultades de Derecho de México durante casi medio siglo.

También, y así lo reconoció Fraga en la Advertencia Preliminar que escribió en aquel lejano año, en el siglo pasado aparecieron los libros valiosos de Teodosio Lares, Cruzado y Castillo Velasco; pero todos ellos se referían a épocas en que "todavía era más incipiente —que en 1934— la rama del Derecho relativa a la Administración Pública". En efecto, de aquellas obras la más importante como empeño científico fue sin duda la de Teodosio Lares, recientemente reimpresa por iniciativas paralelas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad y de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; pero independientemente de las objeciones políticas que don Ignacio L. VaIlarta hizo a la Ley sobre lo Contencioso Administrativo de 1853, en que cuajó la obra de Lares en las postrimerías de la dictadura Santanista, desde el punto de vista puramente científico, que es como en esta Casa debe apreciársele, don Teodosio, fuertemente inspirado por la literatura francesa de su tiempo, que dominaba con maestría, y en las ideas de su partido, el Centralista Conservador, concibió a la Administración Activa como organización no subordinada en cuanto al control de su legalidad al Poder Judicial de la Federación, ni siquiera para el examen de posibles violaciones a los derechos humanos, a pesar de que regía, al menos teóricamente, el acta de reformas de 1847, y consecuentemente había la posibilidad, también teórica, de promover el amparo contra las decisiones del Poder Ejecutivo. Posibilidad teórica, porque el proyecto de Ley de Amparo de Urbano Fonseca, de febrero de 1852, que recogió Salvador Moreno Cora, no llegó a aprobarse, y además contenía un precepto, el artículo 15, según el cual los negocios contencioso-administrativos se regirían por una ley especial. Por otra parte, don Teodosio dictó sus conferencias del Liceo de Letrán antes de que en Francia la llamada "justicia retenida" se transformase por obra del Consejo de Estado Francés, en la década de los setenta, en un sistema independiente y verdadero de Justicia Administrativa. Según la ley Lares el Consejo de Ministros decía la última palabra en la aplicación de las leyes hecha por los funcionarios del Ejecutivo.

Aparte de las citadas, hasta la caída del Régimen de don Porfirio Díaz, hubo otras aportaciones de carácter científico, como las de don Ignacio Luis VaIlarta y de don Luis G. Labastida. Las del primero en sus votos como individuo de la Suprema Corte de Justicia y en trabajos monográficos, entre los que destaca su Estudio sobre la Constitucionalidad de la Facultad Económico-Coactiva. En cuanto a don Luis G. Labastida, Jefe del Departamento de Legislación y Consulta de la Secretaría de Hacienda, dejó muy valiosos comentarios en varios trabajos, principalmente

en la exposición de Motivos del Código de Procedimientos Civiles Federales de 1897. Merecen además recordarse, y Fraga lo hace, los trabajos de José Algara y de Jorge Vera Estañol. Pero ellos, como los anteriores, se ocuparon de temas concretos.

Todo este acervo perdió en buena medida su eficacia, no por supuesto su interés histórico, cuando se dictó la Constitución aprobada en Querétaro en 1917, y la Suprema Corte de Justicia empezó a interpretarla. De ahí en adelante el Gobierno Federal, y con él la Administración Pública, estaban destinados a ser "otra cosa",

Esto, a pesar de que la Constitución de 1917 que ganó para México un sitio de honor en el mundo por haber sido la primera que abordó problemas de orden social -la tierra, las relaciones laborales, los monopolios, el estatuto de la iglesia-, fue en ciertas áreas todavía decimonónica; como que los textos finales fueron el resultado de la lucha de las dos tendencias que se manifestaron en el Constituyente y a las que no voy a referirme por ser asunto ajeno a este ciclo.

El pensamiento de jurisconsultos tradicionalistas como José Natividad Macías, y en cierto sentido el propio Luis Cabrera, explican preceptos tan extraños como el viejo párrafo X del artículo 27 constitucional, ahora párrafo XI, según el cual el ejercicio de las acciones que corresponden a la nación por virtud del propio artículo 27, se hará efectivo por el procedimiento judicial; o la parte del artículo 22, que implícita. mente considera como confiscación la aplicación de los bienes de una persona hecha por una autoridad distinta de la Judicial para el pago de impuestos o multas, extremos a que no llegó la Constitución de 1857.

Por fortuna la Suprema Corte se desentendió de esos textos. Tratándose de la facultad económico-coactiva, para legitimarla invocó el estudio de Vallarta, a pesar de que el jalisciense interpretó textos de la Constitución de 1857, muy distintos del artículo 22 de la de 1917.

Ha sido necesario este extenso preámbulo para explicar el valor de la obra de Fraga que, tal es mi opinión, tuvo el significado de conjugar, con un criterio científico, los textos del Derecho de la Revolución, con las nuevas corrientes doctrinales que los hombres de su generación -Narciso Bassols, Alfonso Caso, Manuel Gómez Morín, Ricardo Zevada- estudiaban ya en los trabajos de juristas franceses y alemanes del siglo xx, muy especialmente en los del gran Decano de Burdeos León Duguit.

Duguit y sus colegas Hauriou, Gastón Jéze y poco después Bonnard, predicaban, sobre todo Duguit, el realismo en el Derecho Público y por tanto en el Administrativo, al que concebían como el regulador de los servicios públicos en el marco de las construcciones innovadoras del Consejo de Estado; y, cosa muy importante para quienes empezaban a interpretar

el artículo 27 constitucional, a la propiedad como una función social, concepto que se acomodaba muy bien a las disposiciones del artículo 27 constitucional, que concedían a la nación en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público así como el de regular en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y cuidar de su conservación.

Fraga escribió la versión inicial de su libro cuando habían pasado apenas cuatro años de que fuese vencida la última infidencia que puso en peligro la estabilidad de nuestras instituciones: la que estalló en marzo de 1929, y habían transcurrido menos de trece años de que había sido derrocado por la fuerza el Presidente Vénustiano Carranza.

Natural era entonces que la preocupación capital de Cahino Fraga fuese mostrar que las instituciones creadas por la Revolución no exigían para alcanzar plena vigencia, el abandono del Estado de Derecho. Escribió él textualmente "que el primer propósito de su obra era sistematizar el conjunto de conocimientos de muy diversos orígenes, que han venido sirviendo para la enseñanza en :México del Derecho Administrativo"; propósito de gran beneficio para los hombres que formaban las primeras generaciones que entraban a la Escuela de Jurisprudencia al amparo del nuevo Régimen. En segundo lugar agregó "responde a la conveniencia de fijar un punto de partida para una labor más cuidadosa de examen de las doctrinas sustentadas en relación con los datos que ofrece la realidad de la Administración Pública en nuestro país, o bien sustituirlas por otras que mejor la expliquen, o adaptarlas a las circunstancias del medio jurídico ... de manera de ir formando una doctrina cada vez más completa del Derecho Administrativo". Y agregaba: "Esta obra lleva la pretensión de demostrar que es perfectamente posible la sumisión del Poder Administrativo a un régimen de Derecho y que el cumplimiento de las atribuciones del Estado no exige forzosamente el reinado de la arbitrariedad ni la falta de protección de los derechos de los particulares."

La obra de Fraga, circunscrita a la órbita del Derecho Administrativo, si bien toda la primera parte es en realidad una sumaria exposición de nuestro sistema constitucional desde el ángulo de las teorías francesas de las atribuciones, y de las funciones del Estado desde el punto de vista material, teorías que el autor acogió y a las que se mantuvo siempre fiel, corresponde, en mi opinión, al esfuerzo más polémico, acaso más ambicioso de un compañero suyo de aulas, don NarcisoBassols, quien en abril de 1925 hahía dicho una magistral Conferencia titulada "LaMentalidad Revolucionaria ante los Problemas Jurídicos de México". Y es que Fraga queria explicar y sistematizar el Derecho vigente, en tanto que

Bassols pretendía reformarlo para que se acomodase a las necesidades del México nacido de la Revolución, que salvo los preceptos constitucionales y los reglamentos agrario y laboral, seguía regido por las normas heredadas del antiguo régimen.

Bassols, con su Conferencia en el salón de Actos de nuestra Escuela, respondía a las críticas que había formulado don Miguel S. Macedo en nombre de los juristas del porfirismo, a un discurso que el hijo de Tenango había pronunciado en la Ceremonia de inauguración de cursos de 1925, primera ocasión en que los alumnos de mi promoción pisamos aquél salón venerable. Sucedió que el Director de nuestra Escuela, Aquiles Elorduy, había llamado a un grupo de abogados retirados de nuestro Colegio desde 1912 a que volvieran a él, en un primer intento de llevar "la unidad nacional" a la "casa menor" de San Ildefonso. Macedo -replicando al discurso de Bassols- había dicho que él y sus compañeros, que por cierto dimitirían pocos meses después, no habían sido convocados a explicar un "Derecho Revolucionario", sino a enseñar la ciencia jurídica, y que en la ciencia no hay sino una norma y una exigencia: descubrir y exponer la verdad.

Don Miguel, lo digo con el gran respeto que su memoria me merece, jugaba con la connotación del concepto de la verdad, valor supremo en las ciencias de la naturaleza, pero no en las que ya Rickert llamó a principios de este siglo las Ciencias de la Cultura, el Derecho entre ellas, en las cuales otros son los valores supremos. En derecho, como todos sabemos, la justicia y la seguridad.

Los Constituyentes de 17, a diferencia de los de 1857, en su mayoría no eran hombres de profunda formación académica, sino luchadores que venían de los campos de batalla a tratar de plasmar en leyes las aspiraciones de los campesinos y de los obreros que habían hecho una revolución, clara en sus ideales pero no sistemática en sus ideas o en su filosofía. Recoger la materia prima de las normas y debates de Querétaro y de las tesis jurisprudenciales, a veces contradictorias, de la primera década de la vigencia de la Carta Magna y aprovechar las mejores enseñanzas de los juristas franceses, alemanes y de algunos italianos, para fundir con esos elementos un "Derecho Administrativo Mexicano" fue mérito indiscutible de Cabino Fraga, y por eso no dudo en atribuirle el título de Forjador de nuestro Moderno Derecho Administrativo como Disciplina Científica: Al hacerlo abrió cauces por los que caminarían después alumnos suyos de dentro o de fuera de la Cátedra, entre los que sería injusto no citar al menos un nombre, el de Andrés Serra Rojas, Doctor Honoris Causa y Profesor Emérito de nuestra Universidad, y también mis propias, modestas, a veces heterodoxas lucubraciones.

Gabino Fraga, como sus maestros europeos, fue un hombre realista que no dudó en reconocer, en la página 105 de la edición que he venido citando, que existe, al lado del Derecho Constitucional escrito un "Derecho Constitucional Consuetudinario". Y es que de no haberlo reconocido hubiese sido difícil que aceptara la validez de todas las normas que el Poder Ejecutivo dictó ejerciendo facultades extraordinarias que el Congreso le dio en contradicción textual con los artículos 29 y 4·9 de la Carta Magna, que aún antes de la Reforma de 1938 solamente las autorizaban "en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que ponga a la sociedad en gran peligro o conflicto", siempre que así los aprobase el Congreso de la Unión a petición del Presidente de la República y Acuerdo de su Consejo de Ministros.

Fraga dudó, a pesar de la tesis elaborada en el siglo pasado, y que recogió la Suprema Corte que funcionó entre 1917 y 1919, de la solidez jurídica de la tesis que legitimaba esas facultades extrao-rdinarias fundada en el argumento de Vallarta de que el Congreso no había dado al Presidente de la República poder en todas las áreas de la vida social del país, sino solamente en algunas y que no había renunciado a la potestad de derogar las leyes. Sin embargo, a pesar de esas dudas, Fraga aceptó que no podía rechazarse esa tesis sin destruir gran parte el orden jurídico mexicano de 1934. En otras palabras, ésta es interpretación mía, Fraga implícitamente aceptó que además de que la Constitución puede refor marse por el voto sucesivo del Congreso y de la mayoría de las Legislaturas de los Estados, hay un Derecho Constitucional Consuetudinario que se forma por el consenso nacional que ha hecho, generalmente con el apoyo, al menos tácito, de la Suprema Corte de Justicia, que hayan caído en desuso diversos textos como los que he citado en el curso de esta exposición y otros que no es hoy la ocasión de señalar.

Gabino Fraga escribió en México y para México y quizá haya sido bueno para la trascendencia histórica de su obra que se haya inspirado casi exclusivamente en la doctrina francesa, sin preocuparse por buscar ciertas equivalencias en la doctrina y legislación norteamericanas, tarea que llevarían a cabo algunos de sus discípulos. Esto lo explicó, tal vez sin proponérselo, en el informe que rindió ante esta Institución en su Segunda Asamblea Ordinaria, el 21 de febrero de 1957, bajo el título de "Tendencias de la Administración Pública Contemporánea", reproducido en el número 30 de la Revista de la Corporación, correspondiente a 1975.

Fraga se planteó en ese Informe, con más precisión que en su libro inicial, la cuestión siempre vigente de las relaciones entre la política, el Derecho Administrativo y la Ciencia de la Administración. Es natural, escribió, que en nuestro medio esa fuera la primera cuestión que debía

presentarse a los integrantes del Instituto, "pues no puede ignorarse que la tendencia predominante de los estudios sobre la Administración Pública en México, ha'estado determinada por la tradición, formada en buena parte bajo la influencia de la cultura de la Europa Continental, que ha dado una supremacía completa a la orientación jurídica".

Para los más eminentes estudiosos del Derecho Administrativo Mexicano desde Teodosio Lares a Cabino Fraga, pasando por Ignacio Vallarta, y continuando con los de generaciones posteriores, esa ha sido la gran cuestión no resuelta aún por completo: nuestro marco constitucional es fundamentalmente, aunque no exclusivamente anglo-sajón, y nuestras instituciones de Derecho Administrativo de origen francés.

Los anglo-sajones hasta hace pocas décadas rechazaban incluso la expresión derecho administrativo, considerando que bastaban las normas y precedentes del Derecho Judicial consuetudinario -el common law- para dar respuesta a las cuestiones que el desarrollo creciente de las intervenciones estatales han planteado desde el último tercio del siglo pasado.

Cabino Fraga a través de todas las ediciones de su libro se mantuvo fiel a la idea de que el contenido de la actividad del Estado lo forman las atribuciones del mismo, entendiendo por tales las facultades que éste tiene para satisfacer sus propios fines. El explicó sin embargo, que para determinar la órbita precisa de esas atribuciones, había que acudir a una noción, ésta sí estrictamente jurídica, la de competencia, tal como la señale para cada situación concreta el derecho positivo.

En cuanto a la definición de su disciplina, también se mantuvo fiel desde 1934 hasta 1982: El Derecho Administrativo es, dice el primer párrafo de la vigesimosegunda edición, la rama del Derecho Público que regula la actividad del Estado que se realiza en forma de función administrativa. Sin embargo, cada vez con más claridad, al revisar y reelaborar su obra, Fraga reconoció que el Derecho no ofrece sino un ángulo, más bien formal, de la Administración. Que ésta no se entiende cabalmente sin la política y sin las técnicas de que se ocupa la moderna y vigorosa Ciencia de la Administración.

El espíritu alerta de Cabino le permitió que él reconociese al final de su fecunda tarea de maestro y de escritor, que en nuestros días ya no puede entenderse la acción estatal tomando como base de comparación las actividades de los particulares, según el pensamiento de Bonnard. El Estado según enseñó Fraga, tiene sin duda atribuciones reguladoras de las actividades de los particulares, pero las que implican gestión directa de servicios o producción de bienes, no son, como el maestro pensaba hace casi medio siglo, mera sustitución total o parcial del Poder Público en la actividad de los particulares o combinación con ella para satis-

facer una necesidad social. El concepto de sustitución desaparece con razón, en la versión de 1982, como que en los Estados contemporáneos de economía mixta, en las democracias sociales, hay actividades y empresas que no podrían concebirse nunca como de posible realización por la acción privada. Si el Estado construye una presa, o un camino, o una planta de energía nuclear, carecería de sentido hablar de que obra "en sustitución de la iniciativa particular".

Cuando yo mismo -perdonen ustedes esta nota personal- inicié en 1936 mis tareas como novel profesor de Derecho Administrativo, expresé mis reservas acerca de que un concepto no jurídico como el de la atribución del Estado, pudiese ser la base del Derecho Administrativo; empero, en un libro escrito en 1939, reconocí que si el concepto de atribución se vinculaba con el de competencia, es una noción muy útil para ordenar y sistematizar la acción estatal, particularmente la del Poder Ejecutivo y sus agencias directas e indirectas, o sea lo que la moderna Ley de la Administración Pública, que don Cabino llegó a comentar, se denomina el Sector Paraestatal. Pues si nos limitásemos a exponer la competencia de los diversos órganos, sin atender a los fines que los orientan, la Administración aparecería como una entidad caótica o cuando menos desordenada.

Se ha dicho con justicia que la evolución del Derecho Administrativo Mexicano, como parte del orden jurídico nacional, puede seguirse a través de las numerosas ediciones de su libro, y estoy seguro que sus discípulos y los discípulos de sus discípulos, continuarán tan fecunda tarea.

En Gabino Fraga predomina el jurista que se propone, insisto, sistematizar el Derecho vigente, por eso su trabajo sin dejar de ser eminentemente científico, poco se ocupa de temas que algún día serán tal vez objeto de la atención del Legislador, pero que aún no están -o no estaban cuando escribió- consagrados en normas positivas. Si la ley, incluso la Constitución, contiene vacíos o errores graves, Fraga no creyó que él podía ignorar o alterar el precepto. Un ejemplo necesario de mencionar por la notable evolución que en esta materia ha tenido el Derecho Administrativo Mexicano, es el del Presupuesto de Egresos de la Federación.

Nuestro homenajeado en la página 289 de la primera edición de su libro, expresó después de comparar los textos de la Constitución de 1857 con los de la de 17, tal como salieron del Congreso de Querétaro:

> "Dado el régimen de separación de poderes establecido por la Constitución, a falta de una disposición expresa y terminante la solución que procede dar es la de que en realidad el Derecho de iniciativa del Presupuesto no es exclusivo del Poder Ejecutivo. No hay

ningún obstáculo legal para que la iniciativa proceda de la misma Cámara de Diputados." En seguida agregaba, "practicamente la solución adoptada por la Ley Orgánica -la de 22 de diciembre de 1932- es indiscutiblemente la mejor, pues el Ejecutivo es el que está más capacitado para hacer una estimación de los ingresos y de los gastos públicos".

Naturalmente que ahora sería inconcebible pensar que la Cámara de Diputados pudiese elaborar un presupuesto sin que contase con las propuestas del Ejecutivo, que de acuerdo con los textos vigentes debe hacer llegar a la Cámara de Diputados las correspondientes iniciativas de leyes de ingresos y los proyectos de presupuesto a más tardar el día último del mes de noviembre.

En la edición de 1982 Fraga puntualiza que las reformas de 1977 atribuyeron expresamente al Ejecutivo una facultad que, a pesar de la omisión de los Legisladores de Querétaro, siempre tuvo, de acuerdo con nuestra Constitución real y las leyes secundarias: Proponer las erogaciones por 'concepto de gasto corriente, inversión física, inversión financiera, pago de pasivo, o deuda pública, que se basarán en las directrices y planes nacionales de desarrollo económico y social.

En 1934 había ya habido intentos para someter la acción del Estado a un Plan. Una Ley de 1930 nunca aceptada y en 1933 el entonces Partido Nacional Revolucionario aprobó un llamado "Plan Sexenal" para el periodo 1934/1940; pero fue un empeño puramente político, y el documento formulado por el partido no era en realidad un plan sino una lista de objetivos que muy poco influyó en la realidad de la vida pública mexicana durante el periodo presidencial de don Lázaro Cárdenas. Baste decir que la más trascendental de las decisiones de este Ilustre Mandatario, la expropiación del petróleo, no figuraba en el plan. Natural es entonces, que don Cabina Fraga, que además fue siempre un jurista y no un político, no pretendiera anticiparse a las tendencias de la marcha del Estado mexicano y no se ocupase de la planeación hasta que el concepto fue recogido en La Legislación.

A principios de 1934, la concepción que se tenía en las Leyes y en la Jurisprudencia, acerca de la ejecutoriedad de las decisiones administrativas, estaba reducida casi por completo a las materias fiscal y aquellas de que se ocupa el artículo 27 y muy especialmente a la materia agraria, que desde la supresión del amparo a principios de 1932 se consideró, y así llegó a decirlo la Corte en la célebre ejecutoria Cobián, más bien como actividad político-social que jurídica. En las otras áreas del quehacer administrativo prevalecía la idea elaborada por Vallarta, de

que la Administración Pública no debía resolver situaciones contenciosas. Es lógico que este pensamiento fuese acogido por Cabina Fraga y que por eso, preocupaciones ahora muy vivas como la del procedimiento administrativo no hallaran sitio inicialmente en su tratado. Cuando poco tiempo después la cuestión se planteó con acuidad con motivo de la tesis de la Suprema Corte que dio facultades al Ejecutivo para incorporar al patrimonio nacional bienes que considerara propiedad de la iglesia a través de una interpósita persona, o destinados. a propósitos relacionados con la enseñanza o la propagación de un culto, conforme a la fracción 11 del artículo 27 constitucional, el Ejecutivo por elementales consideraciones de justicia se vio obligado a regular -aprovechando quizá por primera vez las corrientes doctrinales de entonces- un procedimiento administrativo formal en el Reglamento de la Ley de Nacionalización de Bienes de 1935, complementando y actualizando las ideas que otro jurista insigne ya mencionado, Bassols, presentó en su libro sobre la Ley Agraria de 1927.

Fraga recoge el tema y lo desenvuelve no sólo en las ediciones posteriores a 1934, sino durante su fecunda tarea como Ministro de la Corte. Al igual que alumnos suyos que habían abordado el problema, toma como base las conclusiones del Congreso del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas celebrado en Varsovia en 1936, que señaló las características de todo procedimiento administrativo susceptible de culminar en una decisión ejecutoria, y de modo principalísimo la necesidad de dar audiencia a las partes, de una motivación y la declaración de que el quebrantamiento de las normas que fijen el procedimiento, deben provocar la nulidad de la decisión administrativa y la responsabilidad de quien las infrinja. Desde su sitial del Supremo Tribunal, en la ejecutoria de 10 de marzo de 1942, dictada en el amparo interpuesto por la Compañía Industrial de Cuadalajara, ampliamente comentada por Alfonso Noriega, sentó el siguiente postulado, rectificando tesis anteriores de la corte: "Debe estimarse que si algún valor tiene la garantía del artículo 14 constitucional, debe ser no solamente obligar a las autoridades administrativas a que se sujeten a la ley, sino también al Poder Legislativo para que en sus leyes establezca un procedimiento adecuado en que se oiga a las partes."

Este fallo y la jurisprudencia que de él siguió, han servido para corregir, así sea parcialmente, la anomalía constitucional de que el artículo 14 y otros más, hagan una definición tan precisa de las garantías en materia judicial, civil y penal, y no dibujen, ni siquiera ensus rasgos generales, según me atreví a decirlo en .1939, las garantías a que tiene derecho el gobernado frente a la Administración. Cabino Fraga llegó al término de su fecunda tarea de Publicista reconociendo en la vigésimo

segunda edición de su obra la necesidad de colmar este vacío. Hay indicios de que antes de mucho tiempo México contará con una Ley Ceneral Reguladora del Procedimiento Administrativo.

Como sería imposible cubrir todas las materias de que se ocupó Fraga, me limitaré a tres que estimo de especial interés.

La primera se refiere al nuevo texto del artículo 90 constitucional, en lo que llama Sector Paraestatal de la Administración Pública Federal, convalidando la Ley Orgánica de la Administración Pública que entró en vigor antes que la reforma a la Ley Suprema. Fraga, en el prólogo a la última edición de su libro, en forma muy breve pero con gran claridad, suscita el problema de si la ley que el artículo 90 citado anuncia será la dictada con anterioridad o una nueva y, cuestión de gran interés teórico y práctico, saber cuál es el contenido, esto es, la naturaleza esencial de las entidades paraestatales, y sí el Ejecutivo podría seguir creándolas a su arbitrio. Se pregunta también y con razón, si entidades que tienen a su cargo indudables tareas estatales como Petróleos Mexicanos o la Comisión Federal de Electricidad, pueden considerarse como paraestatales en la misma forma en que lo son las empresas del Estado, los Fideicomisos o hasta las Asociaciones Civiles a que se refiere una reciente reforma de la Ley de la Administración Pública.

Obviamente estos graves problemas planteados por don Cahino rebasan la órbita de lo jurídico y tocan una cuestión capital del estado social de Derecho que rige en México, que no es por cierto un estado socialista sino uno de economía mixta, si bien con un sector público cada vez más vigoroso.

Al igual que don Cabino, creo que muy pocas cuestiones tienen mayor importancia para la salud económica de México que definir hasta dónde puede el Estado Mexicano llevar a cabo la creación o la incorporación de empresas al sector público. Naturalmente ninguna duda suscitan instituciones como PEMEX o la Comisión Federal de Electricidad, o ahora la banca, pero sí en muchas otras en que no es clara la conexión de sus actividades con las funciones del Estado y que además, que lejos de constituir una fuente de recursos e ingresos para el Estado, son una carga para las finanzas. En la Unión Soviética, donde viví un año y medio representando a México, el 93% del presupuesto nacional se cubre con los excedentes, utilidades en términos capitalistas, de las empresas del Estado, y apenas el 7% con impuestos.

La segunda de las cuestiones a que quiero referirme, es la relativa a las defensas jurisdiccionales del particular frente a la Administración. En 1919 el último de los grandes juristas que comentó los textos de la Constitución de 1857, Emilio Rahasa, había expuesto en su clásico Iibro

sobre el Juicio Constitucional, que la autoridad del Poder Judicial para juzgar la validez de los actos administrativos estaba circunscrita al juicio de amparo; pues la fracción 1 del artículo 104 constitucional que da competencia a los Tribunales Federales para resolver las controversias civiles y penales derivadas de la aplicación de las leyes federales, no era aplicable a los casos en que se discutía la legalidad del ejercicio del poder público. Gabino Fraga se hizo solidario de esta tesis, lo cual es explicable dado que no había prosperado en el Derecho Positivo Mexicano, la idea de Vallarta, de Lozano, de PalIares y de otros más, de que el precepto que acabo de mencionar, que tenía su equivalente en la fracción 1 del artículo 97 de la Constitución de 1857, señalaba una vía distinta del amparo para discutir la validez de los actos de la Administración. Había leyes especiales que regulaban esas oposiciones; hasta 1936 muy detalladas en materia fiscal, y otras muy deficientes, como el artículo 10 de la Ley Agraria de 6 de enero de 1915, que rigió hasta 1932, pero no existía una norma general. Esta apenas apareció en la Ley Orgánica de los Tribunales Federales de agosto de 1934, al regular la competencia de los jueces de Distrito en Materia Administrativa.

Además, dicha ley, en su exposición de motivos, que solamente tiene en su poder, como es de suponerse, Martínez Báez, enunció la tesis, audaz en aquel tiempo, de la posibilidad de establecer Tribunales Administrativos de Justicia Delegada, distintos de las entidades que integran el Poder Judicial de la Federación. De acuerdo con esta idea y en contra incluso del parecer del Procurador General de la República, pues estábamos variando una tradición secular, se dictó en agosto de 1936 -Ia ley que creó el Tribunal Fiscal de la Federación, que no vendría a ser reconocida por la Constitución hasta las Reformas de 1945 y de 1967.

Gabino Fraga una vez más reconsideró sus ideas, y después de recordar a nuestros Constitucionalistas.del siglo pasado y a los que de manera particular abordaron este problema, como José Algara y Cruzado, reconoce y explica el cambio de la interpretación constitucional ocurrido. Fiel a su vocación, expone y sistematiza el Derecho vigente, aunque entre líneas no oculta que hubiese preferido que se mantuviera la tesis mexicana adversa a los Tribunales Administrativos. En esta posición lo acompañan todavía juristas muy distinguidos.

Un tercer punto de especial trascendencia debo tocar: El de la responsabilidad extracontractual del Estado por los actos irregulares de sus agentes, o por la mala ejecución de una obra pública. En 1934 Gabino Fraga se ocupó de esta cuestión a la luz de las leyes dictadas para definir la responsabilidad del Estado Mexicano por actos o hechos ocurridos durante la Revolución. El estudio de este problema desapareció en las

ediciones posteriores. Alguna vez interrogué al maestro del por qué de ello y su respuesta fue que el Derecho Positivo Mexicano había dejado de tratar el problema. La situación varió, teóricamente, a fines de 1941, cuando la Ley de Depuración de Créditos, derogando al Código Civil, determinó que habría una responsabilidad directa y no subsidiaria del Estado por actos que impliquen una culpa en el funcionamiento de los servicios públicos. Este texto practicamente no ha sido aplicado por insuficiente y defectuoso.

Por eso Fraga, sin dejar de mencionar la Ley de Depuración de Créditos en el libro de 1982, que es en realidad su testamento escribió: "Que la legislación mexicana se ha mantenido en un estado de atraso tal que bien puede decirse que no se ha logrado en nuestro país, un verdadero estado de Derecho, pues como se ha sostenido, un sistema de responsabilidad de la Administración es esencial a la existencia de él." "Establecer la responsabilidad directa del Estado, como lo hace la Ley de Depuración de Créditos de 1941 ... siempre que haya culpa en el funcionamiento de los servicios públicos, aunque indudablemente es un paso adelante, coloca al Derecho Público en una situación de atraso respecto al Derecho Civil que reconoce la responsabilidad por riesgo creado. Por tanto seguir conservando para el Estado un régimen de tan limitada responsabilidad, practicamente equivale a una inmunidad en su actuación."

Es posible discutir, y yo lo hago con todo respeto a su memoria, la tesis de que la inmunidad que tiene de hecho el Estado Mexicano, derive de haber aceptado el legislador de 1941, al que no fui ajeno, la noción de culpa en los servicios públicos; pues con apoyo en ella el Consejo de Estado francés ha desenvuelto, y sigue desenvolviendo, tesis que ofrecen protección cada vez mayor a los particulares sin llegar -según autores muy recientes- a la responsabilidad por riesgo, que probablemente rebasaría la capacidad financiera del Estado Mexicano para afrontarla. Con una idea paralela a la de la culpa el Derecho anglosajón, tanto el de Gran Bretaña como el de Estados Unidos, ha desenvuelto a partir de 1946, la responsabilidad del Estado por lo que ellos llaman un "tort", concepto en cierta forma similar al cuasi delito de nuestra propia tradición jurídica románica.

SEÑORAS y SEÑORES:

El Derecho Administrativo es infortunadamente una disciplina árida, sin el brillo del Derecho Constitucional o de la Ciencia Política, y además en México una disciplina en formación, sin el apoyo milenario del

Derecho Civil, del que en varias partes se ha desprendido. En ciertas áreas —el del dominio privado del Estado, por ejemplo- no puede negar su filiación, si bien entonces habla de "un derecho civil especial".

Además, con el auge que ha tomado la Ciencia de la Administración Pública y el crecimiento de las atribuciones del Estado, más la consiguiente necesidad de reformar las estructuras de la maquinaria gubernamental, fenómeno de compleja evolución que tuvo su expresión más clara, aunque perfectible, en la nueva Ley de la Administración Pública, es admirable que Gabino Fraga, con humildad, con infinita laboriosidad, haya dedicado la mayor parte de su vida a ofrecer a los juristas mexicanos, sobre todo a los jóvenes, un ejemplo de cómo es posible seguir construyendo la ciencia del Derecho Administrativo en nuestro país, y mantener su identidad y autonomía frente a la política y a la técnica, en medio de las enormes transformaciones que han tenido lugar en la organización y atribuciones del Poder Público.

Si hay alguna rama del Derecho en que en numerosas ocasiones se ha tenido que actuar con gran celeridad en respuesta a exigencias inmediatas, sin el amparo de conceptos generales o de tradiciones fincadas en la experiencia, es el Derecho Administrativo. La expropiación petrolera y la muy reciente nacionalización de la banca, son ejemplos típicos.

Por eso mayor es el mérito y más grande la admiración para el mexicano y michoacano ejemplar, a quien tan merecidamente ha querido honrar con este ciclo de charlas el Instituto de Administración Pública. Gracias en buena parte a su visión y ahora al esfuerzo de la pléyade, cada vez más grande y brillante de estudiosos de nuestra disciplina y de su prima hermana, la ciencia de la Administración Pública, los rectores políticos de México pueden, y podrán, contar con un régimen jurídico día a día mejor y más meditado para las tareas que lleven a cabo. Que así sea para bien de nuestra patria.

# INDICE DE AUTORES CITADOS

(Las páginas se refieren a las de esta obra.)


AU:SSI, Renato. *La reuocabilitá dell'atto amministratioo,* Milano, 1938-1956, págs. 304-307.

———— *La Responsabilitá della Publica Amministrazione,* Milano, 1955, pág. 304.

ALGARA, José. *Historia de lo contencioso-administrativo.* Rev. de Leg. y Jurisp., 1889, pág. 451.

ALIMENA, Francisco. *Osservazioni sulla distinzioni del diritto in publico e privato.* Roma, 1931, pág. 83.

AUBRY y RAU. *Curso de Derecho Civil Francés,* pág. 288.

BASSOLS, Narciso. *La nueva ley agraria.* México, 1927, págs. 262, 283.

BERTHÉLEMY, H. *Traité élémentaire de Droit Administrati],* 9a. ed., París, 1920, págs. 21, 54.

———— *Déjense de quelques vieux principes* (Melanges, M. Hauriou), París, 1929, pág. 105.

BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo, Legislación administrativa argentina,* 3a. ed., Buenos Aires, págs. 130, 147.

BONNARD, Roger. *Précis élémentaire de Droit Administratij.* París, 1935. *Le controle [uridictionnel de l'Administration,* París, 1934, págs. 13, 15, 21, 22, 251, 441.

———— *Précis élémentaire de Droit Publico* París, 1932, pág. 87.

BONNECASSE, J. *Supplément au traité théorique et pratique de Droit Civil,* par Baudry-Lacantinerie. París, 1934, págs. 290, 421.

BORJA SORIANO, M. *Teoría General de las Obligaciones,* t. 1, México, 1939. *Inexistencia y nulidad de los actos jurídicos según la doctrina francesa,* págs. 290, 372.

BUTTGENBACH, Andrés. *Manuel de Droit Administrati],* Bruxelles, 1954, pág. 203.

———— *Les modes de gestion des services 'publiques en Belgique.* Bruxelles. 1942, página 204.

CÁCERES GROSA. *El refrendo ministerial.* Madrid, 1934, pág. 177.

CARRÉ DE MALBERG, R. *Contribuuon à la théorie générale de l'Etat,* París, 1920, página 13.

CARRILLO FLORES, A. *La Justicia Federal y la Adm. Públ.* México, 1973, págs. 420, 434. 453.

COLIN ET CAPITANT. *Cours élémentaire de Droit Civil Francais.* París, 1914 y 1953. págs. 279, 372.

COMTE, Philippe. *Essai d'une théorie d'ensemble de la concession de seroice publico* París, 1934, pág. 249.

CONSTANTINEAU, A. *A treatise on the [acto doctrine.* Toronto, 1910, pág. 162.

COOLEY, Thomas M. *A treatise on constitutional limitations,* 7a. Ed. Boston, 1903, págs. 325, 386.

CORAIL, J. L. *La crlse de la notion juridique de service public en droit administrati] [rancais.* París, 1954, pág. 23.

CRUZADO, Manuel. *Elementos de Derecho Administratioo.* México, 1895, pág. 459.

(HAPUS, R. *Rcsponsabilité Publique ct Responsabilité Privée.* París, 1957, pág. 419.

D'Au:sSIO, Francesco. *Istituzioni di diritto administrativo italiano.* Torino, 1932, páginas 116, 118, 145.

DE LA PEÑA y PEÑA, Manuel. *Práctica forense mexicana,* 1836, pág. 162.

DE BUEN DEMÓFILO. *Introducción al estudio del* D. *Civil.* pág. 85.

DiEZ, Manuel María. *Derecho Administrativo.* Buenos Aires, 1963, pág. 43.

DONATI, Donato. *Principi generali di diritto amministrativo.* 3a. ed., Padova, 1932, página 123.

Ducurr, León. *Traité de Droit Constitutionnel.* París, 1921, págs. 21, 22, 33, 42, 50, 59, 278, 282.

FERNÁNDEZ DE VELASCO, R. *Resumen de Derecho Administrativo* y *de Ciencia de lo Administrativo.* 2a. ed., Barcelona, 1930. *El acto administrativo,* Madrid. 1929, págs. 276, 274, 291.

FLEINER, Fritz. *Les principes généraux du Droit Administratif Allemand,* traducción esp. de Gendín. Edit. Labor, 1933, págs. 277, 283, 297, 427, 308.

FREUND, Ernest. *Administrative pouiers over persons and property.* Chicago, Ill., 1928. *The police power, public policy and constitutionol rights,* Chicago, 1904·, pág. 282.

CARCÍA DE ENTERRíA, E. *Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa.* Madrid, 1956, pág. 419.

GARCÍA OVIEDO, Carlos. *Instituciones de Derecho Administrativo.* Sevilla, 1927, páginas 304, 435.

GARCÍA, Trinidad. *[Es el amparo defensa constitucional extraordinaria?* Rev. Gen. de *Der.* y Jurisp., t. II, México, 1931. *Registro de Concesiones* y *otros actos en materia de minas* y *petróleo, Id. id.,* t. 1, México, 1930. págs. 371, 437.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo.* Madrid, 1958, páginas 249, 296, 419.

GENY, Bernard. *La coUaboration des particuliers aver l'Administration.* París, 1930, págs. 210, 216.

GOODNOW, Frank J. *Comparative administration law. New* York, 1893. *The Principies of the Administrative law of the United States. New* York, 1905, pág. 293.

HART, James. *An introduction to administrative law with selected cases.* New York, 1940, pág. 232.

HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit administrati] et de Droit publico* lOa. ed. París, *1921. Précis élémentaire de Droit Administrau],* París, 1925. *Précis élémentaire de Droit Administratif,* puesta al día por André Hauriou. 3a. ed., París. 1933. *Id. id.,* 4a. ed., París, 1938, págs. 56, 62, 271, 276.

JELLINEK, G. *Théorie Générale de l'Etat, Sistema dei diritti public.i subbietivi,* páginas 45, 57, 61, 408, 411.

JÈZE, Gaston. *Les 'principies génércux du Droit Administratif. Théorie générale des contrats de l'Administration.* Rev. de Der. Publ. et de la Science Politique, 1930, págs. 21, 22, 23, 24, 31, 33, 276.

KELSEN, Hans *Compendio esquemático de una teoría generuc del Estado.* Trad. esp. de Luis Legaz Lecambra. Edit. Labor, 1934, páginas 49, 408.

LABAND, Paul. *Le droit public de l'Empire Allemand.* Trad. Franc, París, 1900-1904, págs. 44, 58.

LAUBADERE, Andrés de. *Traité élémentaire de Droit Administrati/.* 1967, 1968. *Traité théorique et pratique des contrats administrati/s,* págs. 246, 254, 403.

LARES, Teodosío. *Lecciones de Derecho Administrativo.* México, 1852, pág. 409.

LEGAZ LECAMBRA. *El Estado de Derecho.* Rev. de Adm. Púb!., 1951, pág. 417.

MASSIP ACEvEDo, Julio. *El silencio en el Derecho Administrativo Español.* Trabajo de la cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad de Oviede, a cargo de Sabino Alvarez Gendín, año de 1934, pág. 234

# ÍNDICE DE AUTORES CITADOS


MAYER, Otto. *Le Droit Administrati] Allemand*. Ed. Franc., 1903-1906, pág. 97.

MERcKLE, Adolfo. *Teoría general del Derecho Administrativo*. Editorial Rev. de Derecho Privado, Madrid, pág. 256.

MOLITOR. *Administration Publique*. UNESCO, 1958. pág. 119.

PALLARES, Eduardo. *¿Los derechos de patente son reales?* "El Universal", 7 febo 1942, pág. 278.

PALLARES, Jacinto. *Legislación Federal com-'plemetuaria del Derecho Civil Mexicano.* México, 1864, pág. 452.

PLANIOL. *Droit civil.* París, 1914, pág. 372.

POSADA, Adolfo. *Derecho Administrativo,* t. **1,** pág. 404.

PRESUTTI, E. *Istituzioni di Diritto Amministrativo italiano,* 2a. ed., Roma, pág. 82.

RANELLETTI. *Ist. de Dir. Am.*

RESTA, Raffaelle. *La revoca degli atti ammi·nistrativi.* Milano, 1935, pág. 304.

RIVERO, Jean, *Les mesures d'ordre intérieur administratives.* París, 1934, págs. 231, 249.

ROBsoN, W. A. *Report 01 the Committee on Ministers Powers.* Political Quarterly, 1932, pág. 418.

Rocco. *La sentencia civil,* pág. 49.

ROUSSEAU, J. Th. *Essai d'une théorie de la [onction et des [onctionnaires de [ait,* París, 1914, pág. 162.

ROUVIERE, Jean. *Les contrats administratiues.* París, 1930, pág. 132.

Rtnz y GóMEZ, Julián M. *Principios generales de Derecho Administrativo.* La Habana. 1935, pág. 145.

TENA RAMÍREZ, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano.* 1975. pág. 110.

URBINA, Salvador. *La doble personalidad del Estado.* Rev. General de Derecho y Jurisp. 1930, págs. 121, 156.

VALLARTA, Ignacio. *Votos,* ed. del señor licenciado Antonio de J. Lozano, México, 1894. *Estudio sobre la constitucionalidad de la facultad económico-coactiva.* México, 1885. págs. 103, 160, 265, 268, 284, 352, 357.

VEDEL, Georges. *Droit Administratif.* París, 1976, págs. 55, 65, 461.

VERA ESTAÑoL, Jorge. *Cuestiones Jurídico-constitucionales.* México, 1923, *Alegatos presentados a la Suprema Corte en el Juicio de la Cía. Agrícola Colonizadora Limitada del Tlahualilo vs. el Gobierno Federal.* México, 1910, págs. 345, 458.

VITA, Cino, *Diritti Amministratioo,* Torino, 1937, págs. 231, 246.

WALINE, M. *Droit Administratii,* 1957, páginas 23, 243.

WILLOUGHBY WESTEL, W. *The fundamental concepts of public law.* New York, 1931, pág. 159.

ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo.* Milano, 1936, pág. 231.

ZARCO. *Historia del Congreso Constituyente,* 1857, págs. 37, 71, 413.

# INDICE ALFABETICO

(Los números se refieren a las páginas.)


Abandono de funciones públicas, 157
Abuso de autoridad, 383
Acción directa, 245, 246
Aceptación del nombramiento, 139
Actividad del Estado, su contenido, 13
Actividad del Estado, su forma, 27
Actividad del Estado, su régimen, 81
Actividad de los particulares, 15
Acto administrativo, 229
— Clasificación del, 230
Efectos del, 275
— Elementos del, 267
— Ejecución del, 281
Acto de admisión, 235
de autoridad, 15
de gestión, 21
complejo, 230
condición, 34
de aprobación, 235-
— de gobierno, 64
— discrecional, 101, 231
— ejecutivo, 53
externo, 233
— interno, 233
— instrumental, 234
— jurídico, 30, 229
— jurisdiccional, 46
— legislativo, 37
material, 30
obligatorio, 424
regla, 33
subjetivo, 34, 461
unión, 36
Administración pública, 119, 129
Aguas nacionales, 243
Amnistía, 70, 71
Ascenso, 145
Asociaciones agrícolas, 213
Atribuciones del Estado, 13
Autoridad, órganos de, 126
Autorización, 236
Auxiliares, órganos, 126
Ayuntamiento, 224

Bienes de dominio directo de la Nación, 202 a 359
— de dominio público, 343
— de dominio privado, 343
— del Estado, 343
— Nacionales, Ley de, 343
— de uso común, 345

Caducidad de las concesiones, 253
Cámara de Diputados, 39
— de Senadores, 39
Cámara de Comercio e Industria, 211
Causa de utilidad pública, 377
Centralización administrativa, 172
Certificaciones, 242
Circulares, 114, 167
Codificación administrativa, 115
Código Civil, 10, 206, 376
— de Procedimientos Civiles, 48
Federal de Procedimientos Civiles, 392
Fiscal, 43B, 463
Penal, 287
Sanitario, 363
Comisión Permanente. 76

Competencia, 267
Concesión de Explotación de bienes, 367
- de servicio público, 242
Congreso de la Unión, 39
Consejo Superior de Salubridad, 104
Constitución Federal, 16, 96, 102, 107, 112
Contaduría Mayor de Hacienda, 341
Contabilidad dé la Federación, 341
Contencioso-administrativo, 447
Contratos administrativos, 395
- civiles, 396
Contratos de obras públicas, 403
Cosa juzgada, 52
Costumbre, 114
Créditos del Estado, 391

Deberes que impone la función pública, 138
Decretos, 37
Delegación de facultades, 198
Delitos oficiales, 164
Departamentos administrativos, 183
Departamento del Distrito Federal, 193
Derecho administrativo, 91
a la legalidad, 415
— Civil, 96
- Constitucional, 94
- de huelga, 154
de peticion, 438
- Internacional, 98
- Penal, 97
-- Público, 94
- Subjetivo, 408
Derechos cívicos, 414
- de libertad, 412
- de los funcionarios y empleados. 142
de los particulares, 408
- políticos, 413
- reales, 349, 371
Descentralización, 202
— por colaboración, 209
- por región, 219
— por servicio, 202
Desconoentracién, 198
División de poderes, 29, 445, 446
Dominio directo, 350
- eminente, 362
- privado, 344
- público, 343

Efectos del acto administrativo, 275
- de la nulidad, 300
- de la revocación, 311
Egresos del Estado, 327
Ejecución del acto administrativo. 281
Empleados públicos, 129
Empresas de economía mixta, 205
- de participación estatal, 205
Error en el acto administrativo, 269
Escuelas particulares, 214
Establecimientos particulares, 214
Estado, 14
Estatismo, 14
Estatuto de los trabajadores al servir-lo del Estado, 136
Exención de impuestos, 323
Expropiación, 374
Extinción del acto administrativo, 289

Facultad discrecional, 100, 231
- económico-coactiva, 335
- reglamentaria, 104
Fines del acto administrativo, 271
Forma del acto administrativo, 271
Formalidades esenciales del procedimiento. 260
Fuentes del derecho administratico, 100
Función administrativa, 53, 61
- legislativa, 37, 41
- jurisdiccional, 46
Funciones del Estado, 26
Funcionarios públicos, 129
- de hecho, 158

Garantías de audiencia y legalidad. 260
Gastos públicos, 327
Gobierno de *lacto, 158*
- de *jure, 158*

Imprevisión, teoría de la, 251
Impuestos, 316
Imprescriptibilidad de los bienes del Estado, 348
Inalienabilidad de los bienes del Estado, 348
Inamovilidad, 143
Incompetencia de origen, 160
Indemnización, 386
Individualismo, 14
Indulto, 71
Inexistencia de los actos administrativos, 289
Ingresos del Estado, 316

Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, 149
Invalidez de los actos administrativos. 246. 289
Jefes de Departamentos Administrativos. 184
Jerarquía, 166
Juicio de Amparo, 454
Juirio nolitir:o. 75
Justicia adrninistrativn, 441. 447
Ley, 99
- constitucional, 39
- ordinaria. 39
orgánica, 39
- reglamentaria, 39
- secundaria, 39
- de Adquicisiones, Arrendamiento y Almacenes, 405
- de Aguas, 264, 367
- de Asentamientos Humanos, 225
- de Asociaciones agícolas, 213
- de Bienes Nacionales, 299, 367
- de la Deuda Pública, 393
- de Cámaras de Comercio e Industria. 211
- de Invenciones y Marcas, 259, 440
- del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado 149
- de Estímulos y Recompensas, 152
- de Expropiación, 285
- de Ingresos, 318
- de Instituciones de Crédito, 235, 244
- de Ferrocarriles, 245
- Fedeal de los Trabajadores al Servicio del Estado, 149
- Federal de Responsabilidades de los Ser' \idores Públicos, 140
- Minera (reglamentaria del artículo 27 constitucional en materia de explotación y aprovechamiento de recursos minerales}, 248, 264
- de la Contaduría Mayor de Hacienda, 341
- de Nacionalidad y Naturalización, 301
- Orgánica de la Administración Pública Federal, 185
- Orgánica del Tribunal Fiscal, 459
- de Presupuesto, Gasto Público y Contabilidad, 207, 340
- para promover la inversión mexicana y regular la extranjera, 16
- de Obras Públicas, 404
- Federal del Trabajo, 135
de Responsabilidad de funcionarios y ernpleados, 164
de Terrenos baldíos. nucionales y demasía". 358
de Trunsferenciu de recnologja, 274
de Vías Cenerales de Comunicación. 91. 213
Forestal, 248
Federal de Educación, 215
Orgánica del Art. 28 Constitucional, 16
del Departamento del Distrito Federal. 195
del Presupuesto, 340
Orgánica de la Tesorería, 339
sobre Hegistro de la Transferencia de Tec 1I010gía, 16. 440
Libertad de contratación, 16
- de trabajo. 100
- del Municipio, 223

Materias del Derecho Administrativo. 93
Modalidades a la propiedad privada, 375
Motivo del acto administrativo, 270
Muebles del dominio de la Federación. 352
Municipio, 220

Nombramiento, 131. 133, 134
Notificación, 242
Nulidad del acto administrativo. 295

Objeto del acto administrativo, 270
Obligaciones públicas, 424
Oposición, procedimientos de, 264
Organización administrativa, 165
Organos de la administración, 119

Patrimonio del Estado, 243
Pensiones, 149, 150
Personalidad jurídica, 120
Poder de mando, 166
- de vigilancia, 166
- de policía, 15
disciplinario, 166
- Ejecutivo, 173
- Judicial. 79, 129. 446, 450
- Legislativo, 37, 66
- Soberano, 20
Prerrogativas del Estado, 392
Presupuesto de Egresos, 327
Principio de legalidad, 99
Procedimiento administrativo, 254

-- legislativo, 255
judicial, 255
Propiedad originaria, 353
- de las aguas, 366
- minera y petrolera, 359
Proporcionalidad y equidad de los impuestos. 320
Protección jurídica de los administrados, 432

Reconsideración, 436
Recursos administrativos, 432
- jurisdiccionales, 442
Refrendo ministerial, 177
Régimen de la actividad del Estado, 81
Registros, 242
Reglamentos, 104
-- autónomos, lI2, 237
Responsabilidad del Estado, 415
- civil de los empleados públicos. 169
- disciplinaria, 169
- penal de los empleados públicos, 170
- subsidiaria, 416
Reversión, 253
Revisión fiscal. 463
-- jerárquica, 171

Sanciones, 140, 170, 287
Secretarios del Estado, 176, 188
Servicio Civil, 135
- público, 15. 243
Servidores públicos, 73, 75, 129, 140
oindicato de Trabajadores del Estado, 153
Silencio de la Administración, 272
Situación legal de los titulares, 138
Situaciones jurídicas, 31
Sueldo, 146
Sujeto del acto administrativo, 267

Tarifas, 249
Temperamentos a la división de Poderes, 66
Terrenos baldíos, 358
Trreeros en el acto administrativo, 279
Tesorería de la Federación. 335
Titulares de los órganos administrativos. 128
Trabajadores al Servicio del Estado, 134
Tribunales administrativos, 449
- ordinarios, 451
Tribunal de arbitraje, 155
- Fiscal, 457
- Contencioso-administrativo del D. F., 463

Uso común, bienes de, 346
Usurpación de funciones, 162

Vigencia de las leyes, 41
Vigilancia, 167
Violencia, 284
Voluntad en el acto administrativo, 269

# INDICE GENERAL

# LIBRO PRIMERO

## NOCIONES PRELIMINARES

*La actividad del Estado, la forma y el régimen de la misma*

## TITULO PRIMERO

*La actividad del Estado*

### CAPÍTULO I

*Las atribuciones del Estado*

1 Los elementos fundamentales del concepto de derecho administrativo. 2. La actividad del Estado y el concepto de las atribuciones del mismo. 3. La extensión de las atribuciones del Estado. 4. Las atribuciones actuales del Estado. 5. Las atribuciones del Estado en relación con los particulares. 6. La legislación mexicana 13

### CAPÍTULO II

*Poder soberano, servicio público y atribución*

7. El papel que desempeña el concepto de Poder en el desarrollo de la teoría del derecho administrativo. 8. La doctrina francesa sobre el servicio público. 9. Definiciones del servicio público dentro de esa doctrina. Objeciones. 10. Las actividades fundamentales del Estado. 11. Los servicios públicos en la reciente doctrina francesa. 12. La crisis de la doctrina del servicio público. 13. Ventajas de sustituir el concepto de atribución al de servicio público 20

## TITULO SEGUNDO

*La forma de la actividad del Estado*

### CAPÍTULO I

*Las funciones del Estado*

14. Las funciones del Estado y su relación con las atribuciones del mismo. 15. La teoría de la división de Poderes. 16. El punto de vista foro

mal y el punto de vista material en la clasificación de las funciones.17. La teoría de las funciones en relación con la teoría del acto jurídico. 18. Los elementos del acto jurídico. 19. Clasificación de los actos jurídicos por razón del efecto jurídico que producen. 20. Clasificación de los actos jurídicos por razón del elemento voluntad 26

CAPÍTULO II

*La función legislativa*

21. La función legislativa desde el punto de vista formal. 22. La función legislativa formal en el derecho positivo mexicano. 23. Valor jurídico del acto legislativo formal. 24. Actos administrativos en forma de ley. 25. Clasificación de las leyes por razón de su autoridad formal. 26. Las leyes orgánicas. 27. Consecuencias del carácter formal de las leyes en lo que se refiere a su vigencia ..... 37

CAPÍTULO III

*La función legislativa*

(Continuación)

28. La función legislativa desde el punto de vista material. 29. Los elementos del acto legislativo. La generalidad de la ley. 30. La creación de un orden jurídico nuevo. 31. La creación de un orden jurídico temporal. 32. Carácter imperativo de la ley. 33. La sanción de la ley 41

CAPÍTULO IV

*La función jurisdiccional*

34. La función judicial. Punto de vista formal y punto de vista material. 35. ¿Constituye una actividad de orden jurídico? 36. Diferencias con la función administrativa. 37. La función jurisdiccionel y la teéría del acto jurídico. 38. Elementos que pueden utilizarse para caracterizar a la función jurisdiccional. El motivo. 39. La finalidad de la función. 40. El carácter de cosa juzgada 46

CAPÍTULO V

*La función administrativa*

41. La función administrativa. Punto de vista formal y punto de vista material. 42. La función administrativa definida por su finalidad. 43. La función administrativa ¿consiste simplemente en la ejecución de las leyes? 44. Otras definiciones basadas en el criterio del fin. 45. La función administrativa como acción del Estado. 46. La función administrativa dentro de las teorías del acto jurídico. 47. Deficiencia de la teoría tripartita .... 53

CAPÍTULO VI

*La función administrativa*

(Continuación)

• 48. Elementos esenciales de la función administrativa. 49. Definición que de ella se acepta. 50. Los actos ejecutivos.• 51. Los actos de gobierno y los actos políticos ..... 61

CAPÍTULO VII

*Las funciones en la Constitución Mexicana*

52. Temperamentos y excepciones del principio de separación de poderes en la legislación constitucional de México. 53. Estudio de la naturaleza de las facultades atribuidas al Poder Legislativo en el artículo 73 de la Constitución. 54. Naturaleza de las facultades exclusivas de la Cámara de Diputados. 55. Naturaleza de las facultades exclusivas de la Cámara de Senadores. 56. Facultades comunes a ambas Cámaras. 57. Las facultades de la Comisión Permlnente. 58. Naturaleza de las facultades que al Poder Ejecutivo otorga el artículo 89 constitucional. 59. Las facultades del Eje. cutivo en materia agraria, y en materia de revisión de títulos de tierras. 60. Las facultades del Poder Judicial 66

TITULO TERCERO

*El régimen de la actividad del Estado*

61. Derecho Público y Derecho Privado. Principales criterios de distinción. 62. El criterio derivado de la naturaleza de las normas. 63. El criterio derivado de la finalidad. 64. La teoría del plus-valor, 65. El criterio derivado del objeto de relación jurídica. 66. El criterio derivado de la separación del campo de acción del Estado 67. El concepto de derecho público en relación con el concepto de atribuciones del Estado 81

LIBRO SEGUNDO

*Concepto del Derecho Administrativo*

TITULO PRIMERO

*El Derecho Administrativo y sus relaciones*

68. Definiciones. 69. Contenido del derecho administrativo. 70. Materias que comprende. 71. El orden jurídico bajo el cual se realiza la función administrativa, ¿es exclusivamente de derecho público? 73 Y 73. Relaciones entre el derecho administrativo, por una parte, y el derecho constitucional y el derecho privado, por otra. 74. Relaciones del derecho administrativo con las demás ramas del Derecho y las ciencias sociales . . 91

## TITULO SEGUNDO

*Fuentes de Derecho Administrativo*

### CAPÍTULO I

*La Ley*

• 75. El principio de la legalidad en sus sentidos formal y material. 76. El principio de la legalidad en su sentido material. La facultad discrecional. Límites para su otorgamiento y ejercicio. 77. La delegación de facultades legislativas. 78. Facultades constitucionales del Consejo Superior de Salubridad 99

### CAPÍTULO II

*El reglamento, la costumbre, la jurisprudencia*

79. El reglamento como fuente de derecho administrativo. 80. Naturaleza jurídica del reglamento. Sus diferencias con la leYe81.Fundamento de la facultad reglamentaria del Ejecutivo. 82. Los reglamentos autónomos. 83. Las circulares. 84. La costumbre. 85. La jurisprudencia. 86. La codificación del derecho administrativo 104

## LIBRO TERCERO

*La organización administrativa y sus elementos*

## TITULO PRIMERO

*La Administración Pública*

### CAPÍTULO 1

*Los órganos de la Administración*

87. La Administración Pública. Su personalidad. 88. La personalidad del Estado. Discusión del tema. 89. Los órganos de la Administración y sus titulares. 90. El origen de la competencia de los órganos de la Administración. 91. Clasificación de los órganos por la naturaleza de sus facultades. Organos de autoridad y órganos auxiliares. 92. La división de la competencia por razón del territorio, por razón de materia y por razón de grado 119

### CAPÍTULO II

*Los titulares de los órganos de la Administración*

'93. El órgano y el titular. 94. La distinción entre funcionarios y empleados. 95. Teorías jurídicas sobre la naturaleza de la función pública.

La teoría civilista. Refutación. 96. Las tesis publicistas. La teoría del servicio obligatorio. La teoría contractual. 97. Refutación de la teoría contractual. 98. La tesis aceptada del acto condición 128

CAPÍTULO III

*La relación de la función pública en la legislación mexicana*

• 99. La situación legal anterior a la expedición del Estatuto de los trabajadores del Estado. La posibilidad de una ley del servicio civil. 100. El Estatuto de 5 de diciembre de 1938 y el de 4 de abril de 1941. La adición constitucional y la nueva Ley reglamentaria de esa adición. 101. Tesis que adopta respecto de la naturaleza jurídica de la función pública. El nombramiento del empleado público. 102. Restricciones legales 134

CAPÍTULO IV

*La situación legal de los servidores públicos*

• 103. Los deberes que la función pública impone. 104. Sanciones. 105. La naturaleza de los derechos de los funcionarios y empleados. 106. El derecho al cargo. La inamovilidad. 107. El derecho al ascenso. 108. El derecho al sueldo o salario. 109. Régimen de protección para el sueldo o salario. 110. Otras ventajas económicas. 111. La Ley de Seguridad y Servicios Sociales. 112. Entidades, organismos y personas a quienes se aplica. 113. Las prestaciones que establece. 114. Beneficios. 115. El Instituto sucesor de la Dirección de Pensiones Civiles. 116. La organización económica y financiera. 117. Las garantías del patrimonio del Instituto. 118. Las garantías de las pensiones y jubilaciones. 119. Otros derechos otorgados por la ley. Estímulos y recompensas 138

CAPÍTULO V

*La situación legal de los servidores PÚblicos*

(Continuación)

120. La organización sindical de los empleados públicos. 121. El sindicato de acuerdo con el Estatuto. 122. El derecho de huelga. 123. El tribunal de Arbitraje. 124. Causas de interrupción y de suspensión de la relación del servicio. 125. Terminación de los efectos del nombramiento 153

CAPÍTULO VI

*Funcionarios de hecho*

126. La doctrina de los funcionarios de hecho. 127. La doctrina en el derecho internacional. Gobiernos de *jure* y Gobiernos de *jacto*. El problema ante el derecho constitucional. La incompetencia de origen. 128. Los

funcionarios de hecho en el derecho administrativo. La doctrina en el sistema legal mexicano. 129. La usurpación de funciones. 130. Responsabilidades. Indemnización por servicios ..... 158

## TITULO SEGUNDO

*Formas de organización administrativa*

### CAPÍTULO I

*La centralización. Su naturaleza jurídica*

131. La organización administrativa, Sus formas.132. La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. 133. La centralización. Elementos que la caracterizan. La relación de jerarquía. 134. La responsabilidad disciplinaria. 135. El control jerárquico de los actos de los inferiores. 136. Conflictos de competencia ..... 165

### CAPÍTULO II

*La administración centralizada en México*

137. El Presidente de la República. 138. Situación política y administrativa del Presidente de la República. 139. Sistema de la Constitución Mexicana. 140. Organos coordinados y subordinados directamente al Presidente de la República. 141. Los Secretarios de Estado. Su situación como órganos políticos. 142. El refrendo ministerial. 143. El refrendo en la Constitución mexicana. 144. Las funciones administrativas de los Secretarios de Estado. 145. Los Reglamentos Interiores y los Manuales de Organización y de Procedimientos. 146. Los Jefes de Departamentos Administrativos. Sus auxiliares 172

### CAPÍTULO III

*Las Secretarias de Estado y Departamentos Administrativos en la Ley mexicana*

147. Antecedentes legislativos. 148. La nueva Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Asuntos que corresponden a las Secretarías y Departamentos_149. Las Comisiones Intersecretariales. El Conseio de Ministros, 150. Relaciones entre las Secretarías y los Departamentos ..... 182

### CAPÍTULO IV

*Administración del Departamento del Distrito Federal*

151. Antecedentes sobre el régimen jurídico del Departamento del Distrito Federal. 152. Su naturaleza jurídica. 153. Las autoridades del Departamento. Las delegaciones y los órganos de colaboración. 154. El territorio. 155. El régimen patrimonial y financiero del Departamento. 156. Las atribuciones del mismo Departamento. 157. Los servicios públicos ..... 190

CAPÍTULO V

*La delegación y la desconcentración administrativa*

158. Los inconvenientes de la excesiva centralización administrativa. 58 bis. La delegación. La desconcentración y los convenios de coordinación 195

CAPÍTULO VI

*La Administración paraestatal*

• 159. Entidades paraestatales. Valor y alcance del vocablo paraestatal. 160. La descentralización administrativa en la doctrina.• 161. Los organis- 161 bis. Su régimen patrimonial y financiero. 162 Las empresas de partioi- pación estatal.el.ód, Los íideicornisos.•164. El Control sobre las paraestatales. -165. El problema Constitucional 197

CAPÍTULO VII

*La descentralización por colaboración*

166. Sus diferencias con los otros dos tipos de descentralización. 167. Los diversos casos de colaboración. 168. Las Cámaras de Comercio y las de Industria. 169. Asociaciones Agrícolas. 170. Escuelas particulares incorporadas. 171. Caracteres generales de la descentralización por colaboración. 172. La autorización administrativa. 173. Las facultades de vigilancia y control 208

CAPÍTULO VIII

*La descentralizaciáti por región*

174. Propósitos de esta forma de descentralización. Ventajas e inconvenientes. 175. El Municipio en la Constitución mexicana. 176. Los caracteres del régimen municipal en la doctrina clásica. La tesis de la escuela realista. 177. La tesis de la Ley. La libertad del Municipio. 178. Los órganos de representación del Municipio. 179. Las facultades de los Municipios. 180. La Ley .Gene:al. de Asentamientos Humanos. 181. La municipalización de los serVICIOS públicos ..... 218

# LIBRO CUARTO

*El acto administrativo*

## TITULO PRIMERO

*La creación de los actos administrativos*

### CAPÍTULO 1

*Los diferentes actos administrativos*

182. La función administrativa y el acto administrativo. Clasificación de los actos administrativos. 183. Los actos materiales y los actos jurídicos. 184. Los actos simples, los actos colegiados y los actos complejos. 185. Los actos obligatorios y los actos discrecionales. 186. Los actos internos y los actos externos. 187. Los actos principales y los actos instrumentales. 188. Los diversos actos administrativos de acuerdo con su contenido y efectos jurídicos. 189. Los actos de admisión. 190. Los actos de aprobación. 191. Los permisos y licencias. 192. Las concesiones. 193. Las órdenes. 194. La expropiación. 195. Las sanciones. 196. Las certificaciones y registros 229

### CAPÍTULO 11

*La concesión de servicio público*

197. La concesión de servicio público y la de explotación de bienes del Estado. Los caracteres del servicio público. 198. La legislación mexicana. 199. Los principios de continuidad, de adaptación y de igualdad. 200. Los diversos servicios públicos. 201. La naturaleza jurídica de la concesión de servicio público. Tesis contractual. 202. Antecedentes en México. 203. La tesis del acto mixto. 204. El otorgamiento de la concesión. 205. La publicación de la concesión. 206. La ejecución de la concesión. 207. La expropiación. 208. La propiedad del concesionario. 209. El régimen financiero de la concesión. Las tarifas. 210. La legislación mexicana. 211. La fuerza mayor. 212. La agravación de las cargas por la autoridad concedente. La agravación por medidas legislativas. 213. La agravación por causas anormales. La teoría de la imprevisión. 214. Las relaciones del concesionario con el público. La tesis de la legislación mexicana. 215. La duración de las concesiones. El rescate. 216. El derecho de reversión. 217. La cesación del objeto de la concesión. 218. La caducidad y la rescisión 242

CAPÍTULO III

*El procedimiento administrativo*

219. El procedimiento administrativo, el legislativo y el judicial.220. El procedimiento administrativo en la legislación mexicana.•221. Los antecedentes sobre la sistematización del procedimiento administrativo. 222. Los elementos básicos para esa sistematización. 223. Procedimientos de oficio y a petición de parte. El silencio de la Administración. La garantía de audiencia y de legalidad. 224. Las formalidades esenciales del procedimiento. 225. La conclusión del procedimiento.•226. El procedimiento de oposición. 227. Otros procedimientos 254

CAPÍTULO IV

*Elementos del acto administrativo*

228. El sujeto y la competencia. Su diferencia con la capacidad del derecho civil. 229. La voluntad. 230. El objeto. 231. El motivo. 232. La finalidad. 233. El formalismo del acto administrativo. Su valor. 234. El silencio de la Administración 267

CAPÍTULO V

*Los efectos del acto administrativo*

235. La fuerza obligatoria y la presunción de legitimidad del acto administrativo. La modificación del orden jurídico existente. Carácter personal de los derechos y obligaciones que el acto produce. Naturaleza de dichos derechos de acuerdo con el régimen a que están sometidos. 236. Los derechos reales administrativos. 237. Los efectos con relación a terceros. El concepto de tercero en el derecho civil y en el derecho administrativo 275

CAPÍTULO VI

*La ejecución del acto administrativo*

238. El procedimiento para la ejecución de las resoluciones administrativas. La ejecución en materia civil y la ejecución en materia administrativa. 239. El procedimiento de acción directa frente al régimen de separación de Poderes y a los artículos 14 y 17 constitucionales. 240. La acción directa en la legislación positiva. 241. Los medios indirectos de ejecución , 28J

TITULO SEGUNDO

*La extinción de los actos administrativos*

CAPÍTULO I

*Los actos administrativos irregulares. Inexistencia*

242. Grados de invalidez en el derecho civil.•243. Teoría de la invalidez en el derecho administrativo. 244. La inexistencia. Sus causas. La

inexistencia por falta de voluntad. 245. La inexistencia por falta de objeto. 246. La falta de competencia. 247. La omisión de formas como causa de inexistencia ... 289

CAPÍTULO II

*Nulidad de los actos administrativos*

248. Caracteres de la nulidad en derecho administrativo. 249. Causas principales de nulidad. Vicios de voluntad. Irregularidad u omisión de formas. 250. Inexistencia de motivos o defectos en su apreciación. 251. Ilegalidad de los fines del acto. 252. ¿A qué autoridad compete declarar la nulidad? Efectos del acto viciado de nulidad 295

CAPÍTULO III

*La revocación de los actos administrativos*

253. La revocación y la nulidad. 254. La revocación, la condición y el término. 255. Criterios para fijar la procedencia de la revocación. ¿Las resoluciones administrativas son esencialmente revocables? 256. ¿Son por naturaleza inmutables? 257. El cambio de presupuestos del acto original. La legalidad y la oportunidad. 258. Los posibles casos de revocación. Los actos de efectos instantáneos. Los actos obligatorios. Los derechos adquiridos 259. Requisitos legales para la revocación. 260. La revocación expresa y la revocación implícita. 261. Los efectos de la revocación 30\

LIBRO QUINTO

*El régimen financiero y patrimonial del Estado*

TITULO PRIMERO

*El régimen financiero del Estado*

CAPÍTULO 1

*Los ingresos del Estado*

262. Introducción. 263. Fuentes de ingresos. 264. Concepto constitucional del impuesto. 265. Su carácter legislativo y temporal. 266. Consecuencias. 267. La iniciativa de la Ley de Ingresos. 268. Proporcionalidad y equidad. 269. Exención de impuestos. 270. Gastos para los cuales se autoriza el impuesto. 271. El financiamiento y la Ley de la Deuda Púo blica ... 315

CAPÍTULO 11

*Los egresos del Estado*

272 Necesidad del Presapuesto de Egresos. 273. La Ley del Presupuesto. 274. Preparación del Presupuesto..275. Iniciativa del Presupuesto. Aproba-

ción por la Cámara de Diputados. 276. Estructura y carácter financiero del Presupuesto. 277. Su naturaleza y efectos jurídicos 328

CAPÍTULO 111

*La ejecución de la Ley de Ingresos y del Presupuesto de Egresos*

278. Organos de ejecución. 279. La ejecución de la Ley de Ingresos. Facultad económico-coactiva. Su constitucionalidad. 280. Concentración de fondos. 281. Ejecución del Presupuesto de Egresos. 282. Control administrativo. 283. Contabilidad de la Federación. 284. Control legislativo. Contaduría Mayor de Hacienda 325

TITULO SEGUNDO

*El régimen patrimonial del Estado*

CAPÍTULO 1

*Bienes de dominio público y bienes de dominio privado de la Federación*

285. División de los bienes conforme a las leyes mexicanas. Jurisdicción sobre ellos. 286. La propiedad sobre los bienes de uso común. 287. Clasificación de los bienes de uso común. 288. Distinción entre dominio natural y dominio artificial. 289. Inalienabilidad. Su alcance. 290. Bienes destinados a un servicio público. 291. Los bienes de dominio privado. 292. Los muebles del dominio de la Federación ..... 343

CAPÍTULO 11

*Bienes de propiedad originaria*

293. Disposiciones del artículo 27 constitucional. 294. La propiedad de las tierras. Antecedentes históricos. 295. La revisión de títulos y otros caracteres de la propiedad colonial. 296. El concepto colonial de la propiedad de las tierras. 297. El régimen de esa propiedad desde la Independencia hasta la Constitución de 1917. La ley de terrenos baldíos y nacionales 353

CAPÍTULO 111

*Bienes de dominio directo*

**298.** Sistemas adoptados en legislaciones extranjeras sobre la propiedad minera. 299. Sistemas de las leyes mexicanas. 300. Naturaleza jurídica del dominio directo. 301. La propiedad de las aguas ..... 359

CAPÍTULO IV

*La concesión de explotación de bienes del Estado*

302. El régimen de concesión. 303. La concesión de explotación y la concesion de servicio público. 304. Los efectos de la concesión de explotación según las leyes. La oposición. 305. Naturaleza jurídica de esos efectos. Tesis civilistas. Las tesis de derecho público. 306. La concesión y los derechos reales. 307. La solución de la última Ley de Bienes Nacionales. 308. Examen de la naturaleza jurídica del acto de concesión de explotación 367

CAPÍTULO V

*La expropiación por causa de utilidad PÚblica*

309. Carácter de la expropiación. 310. La expropiación y las modalidades a la propiedad privada. 311. Bases legales de la expropiación. 312. Autoridades que intervienen en la expropiación. 313. Fijación de las causas de utilidad pública. 314. Alcance y objetos susceptibles de la expropiación. 315. Procedimiento. 316. La indemnización. Epoca de pago. 317. Especie en que debe hacerse el pago. Su monto. 318. Autoridades llamadas a fijar la indemnización 374

TITULO TERCERO

CAPÍTULO I

*Los créditos del Estado. La deuda pública*

319. Origen de los créditos del Estado. El Estado acreedor y deudor. 320. Prerrogativas especiales del Estado. 321. El régimen de la deuda púo blica 391

CAPÍTULO 11

*Los contratos administrativos*

322. La colaboración voluntaria de los particulares. 323. ¿El Estado puede celebrar contratos? 324. Influencia de la intervención del Estado sobre la naturaleza jurídica del contrato. 325. Contratos civiles y contratos administrativos. 326. El régimen exorbitante del derecho civil. 327. Cuándo celebra el Estado contratos civiles y cuándo contratos administrativos. 328. Interpretación, ejecución. 329. Modificaciones y terminación de los contratos administrativos. 330. Los contratos de obras públicas. 330 bis. Los contratos de adquisiciones 395

LIBRO SEXTO

*La situación jurídica de los particulares frente a la Administración*

TITULO PRIMERO

*Los derechos y obligaciones de los particulares frente a la Administración*

CAPÍTULO I

*Los derechos de los particulares*

331. El problema. Su importancia. 332. Noción del derecho subjetivo. Opiniones doctrinales. Opinión aceptable. 333. El poder de exigir. 334. La obligación del sujeto pasivo. El poder discrecional. Su justificación. 335. El interés como condición del derecho subjetivo. 336. Clasificación del derecho subjetivo en razón de su origen. 337. Clasificación en razón del contenido. 338. Los derechos de libertad y los derechos sociales. 339. Los derechos políticos. 340. Los derechos cívicos ..... 309

CAPÍTULO II

*Los derechos de los particulares*

(Continuación)

341. Clasificación de los derechos públicos subjetivos de los administrados. 342. El derecho a la reparación de los daños causados por la Administración. 343. El sistema legal mexicano en materia de responsahilidad del Estado. 344. El derecho de los particulares al funcionamiento de la Administración y a las prestaciones de los servicios públicos administrativos 417

CAPÍTULO III

*Obligaciones de carácter público a cargo de los particulares*

345. La naturaleza de las obligaciones. 346. El acto administrativo intermedio. 347. Obligaciones contraídas voluntariamente. Referencias a la práctica administrativa en México. 348. Clasificación de contenido: obligaciones de policía. 349. Obligaciones cívicas. 350. Obligaciones políticas ..... 426

TITULO SEGUNDO

*La protección jurídica de los administrados frente a la Administración*

CAPÍTULO I

*Los recursos administrativos*

351. El derecho a la legalidad. 352. Medios indirectos de protección jurídica a los derechos de los particulares. 353. Medios directos. El

recurso administrativo. Sus elementos característicos. 354. Efectos que produce la interposición del recurso. 355. Naturaleza del acto que decide el recurso. 356. La reconsideración como ejercicio del derecho de petición. 357. Las tesis sustentadas por la Suprema Corte. 358. La revisión jerárquica. 359. Los recursos administrativos en la legislación mexicana 434

CAPÍTULO II

*El control jurisdiccional de la Administración*

360. La insuficiencia del control administrativo. Los sistemas de control jurisdiccional. 361. El contencioso-administrativo. 362. El contecioso-administrativo material. 363. El carácter con que debe intervenir la Administración y el particular. 364. El principio de separación de Poderes y los tribunales administrativos. 365. El principio de separación de Poderes y los tribunales ordinarios ..... 443

CAPÍTULO In

*El contencioso-admitustratioo en México*

366. Antecedentes legislativos. 367. Argumentos sobre la anticonstitucionalidad de los tribunales administrativos en México. 368. Examen de las soluciones adoptadas por la tesis que sostiene la anticonstitucionalidad de los tribunales administrativos. 369. Estudio de la fracción I del artículo 104 constitucional. 370. Examen del artículo 103 de la Constitución. Límites que corresponden al juicio de amparo. 371. Estudios de los artículos 104, fracción In, y 105 de la Constitución. 372. Criterio que se sustenta sobre el particular ..... 448

CAPÍTULO IV

*El contencioso-adtuinistrativo en México*

(Continuación)

373. El cambio de interpretación constitucional que ha dado origen a la creación del Tribunal Fiscal de la Federación. 374. El reconocimiento constitucional de los tribunales administrativos. 375. La organización del Tribunal Fiscal. 376. Garantías de su autonomía. 377. La competencia del Tribunal. 378. El procedimiento. 379. Naturaleza de los fallos. 380. Recursos. 381. El Trihunal de lo contencioso-administrativo del Distrito Federal. 382. El procedimiento, Los recursos, El incumplimiento de los fallos ... 458

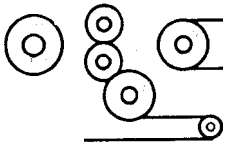
Conferencia de Antonio Carrillo Flores 469

Indice de autores citados ..... 469

Indice alfabético 473

Indice general 479

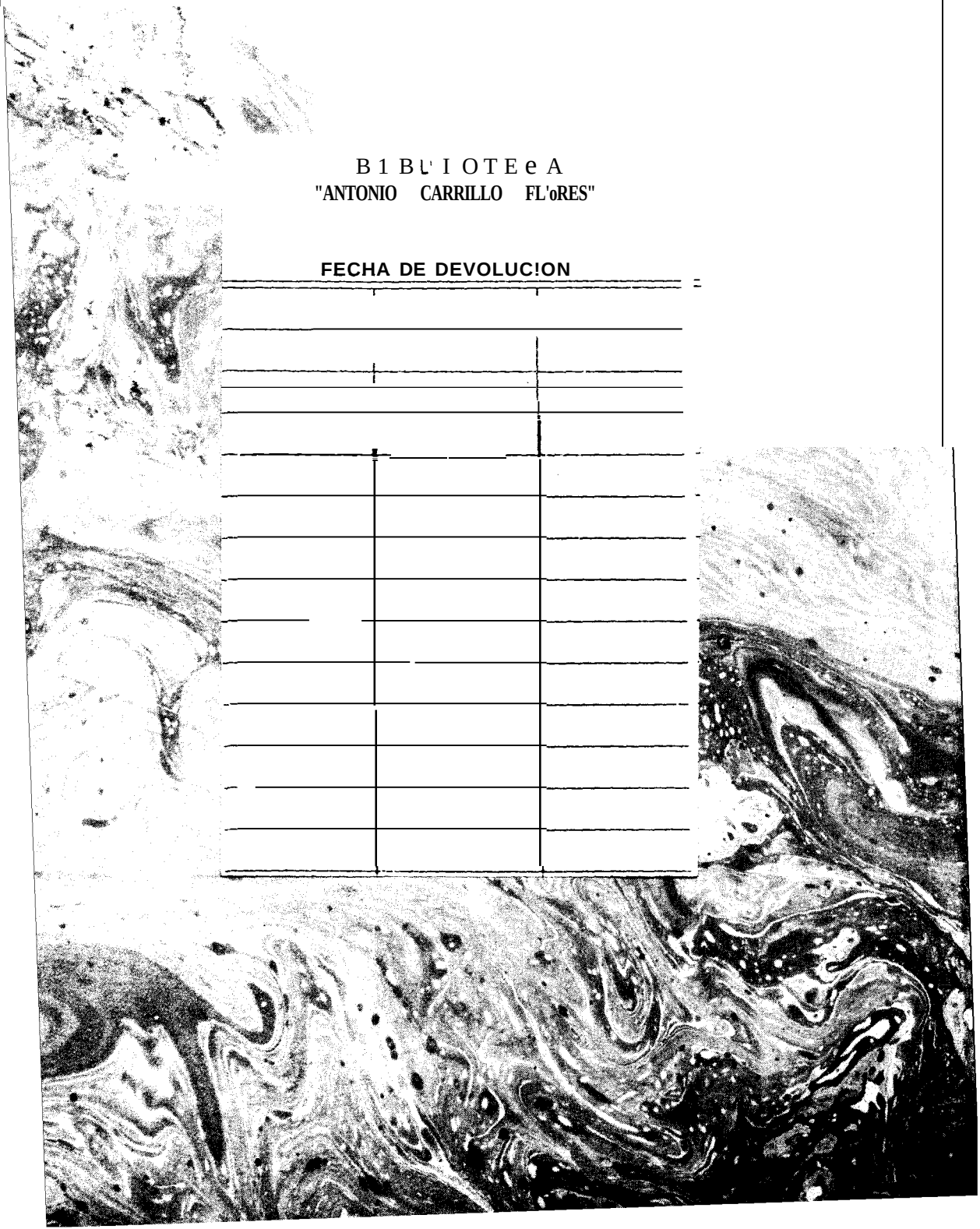
Esta obra se acabó de imprimir
el día 21'de febrero de 2000, en los talleres de

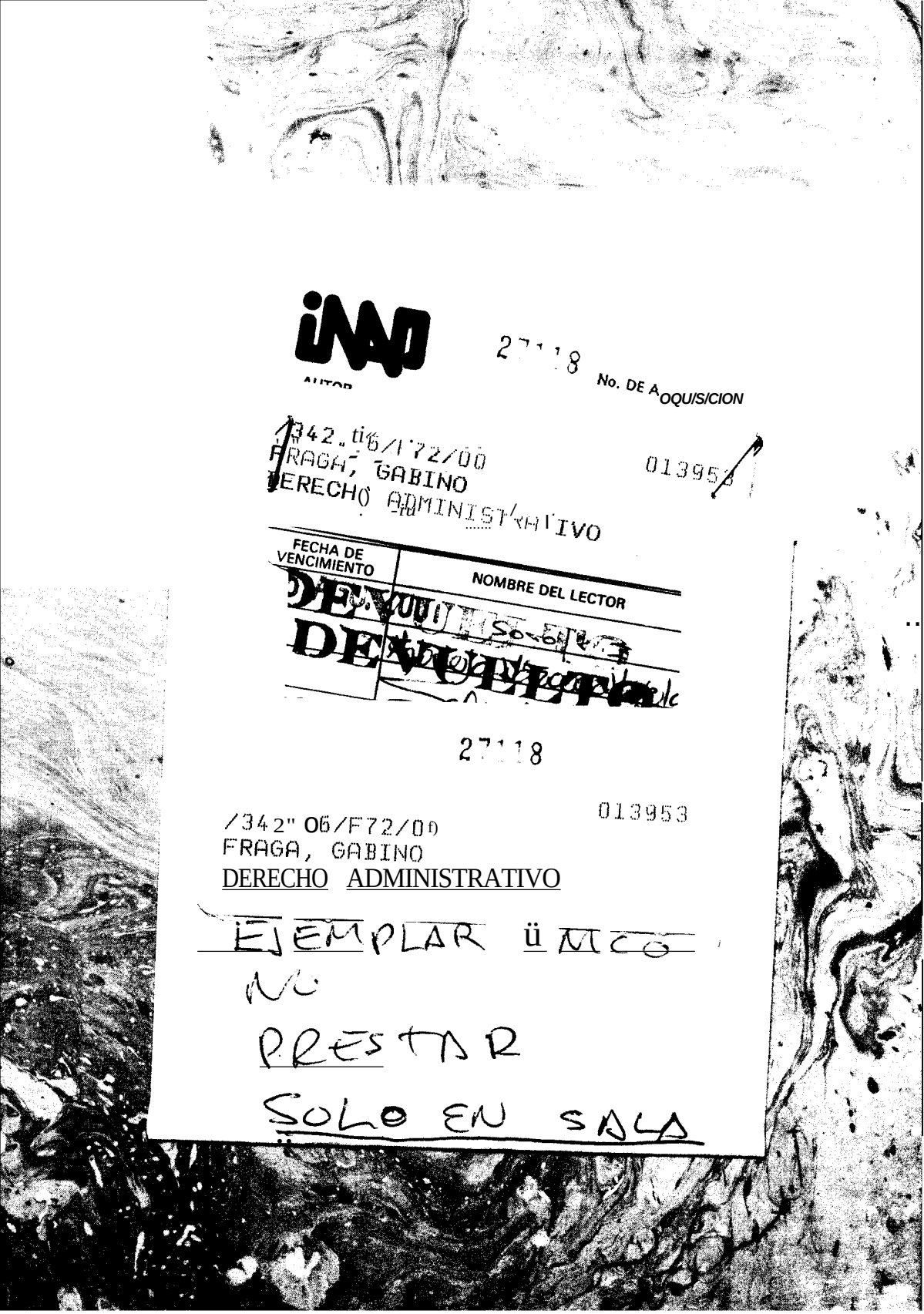


*OFFSET UNIVERSAL,* S. A.
*Calle* 2, 113-3, *Granjas San Antonio,*
*09070, México, D, F.*

B 1 B L' I O T E e A
"ANTONIO CARRILLO FL'oRES"

FECHA DE DEVOLUC!ON





INAP

AUTOR

27118 No. DE ADQUISICION

/342.06/F72/00
FRAGA, GABINO
DERECHO ADMINISTRATIVO

013953

FECHA DE VENCIMIENTO | NOMBRE DEL LECTOR

DEVUELTO

DEVUELTO

27118

013953

/342" 06/F72/00
FRAGA, GABINO
DERECHO ADMINISTRATIVO

EJEMPLAR ÚNICO

NO

PRESTAR

SOLO EN SALA

