

**UNIVERSIDAD PANAMERICANA
FACULTAD DE DERECHO**

POSGRADO EN DERECHO

El principio de legalidad. Algunas reflexiones en torno a su alcance y contenido y a la vinculación de la Administración a la ley, para el caso mexicano.

Tesis que para obtener el grado de maestro en Derecho Administrativo sustenta el Licenciado Alejandro Daniel Haro Acosta.

Bajo la dirección del Dr. Luis José Béjar Rivera

México, D.F.

2010

ÍNDICE.

- I. INTRODUCCIÓN..... 5.**
1. *La legalidad en México.* 2. *Su confusión con el positivismo legalista.*
3. *Objetivos y planteamiento.*
- II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.**

Primera parte. Las premisas.

- a) ***El nacimiento del principio..... 20.***
1. *Indicios históricos de legalidad.* 2. *La explicación filosófica de la legalidad: el contractualismo.* 3. *Las tareas del Estado policía.* 4. *La cuestión teleológica: la seguridad jurídica como un valor nascente.*
5. *La legalidad a raíz de la Revolución Francesa y la confusión con el positivismo legalista.* 6. *La Escuela de Viena como el culmen del trabajo.*
- b) ***La legalidad positivista..... 50.***
1. *Repaso del concepto a la luz de la doctrina positivista.* 2. *Descripción de los problemas: la ley injusta, el fraude y la ausencia de ley, el desvío de poder, la ineficacia de los mandatos legislativos.* 3. *La imposible previsión de la totalidad de supuestos normativos.* 4. *La confusión del acto administrativo con la sentencia.* 5. *Las consultas, la negociación y los actos internos.* 6. *Legalidad y eficacia.* 7. *Legalidad y justicia.* 8. *Legalidad y discrecionalidad.* 9. *La arbitrariedad de los particulares y la indefensión de la autoridad.* 10. *Repercusiones negativas en el Derecho Privado.* 11. *La negación de la realidad o el autismo normativista kelseniano.*
- c) ***Notas sobre la evolución del Estado y del Derecho con posterioridad a la Revolución Francesa..... 71.***

1. *Algunas críticas del contractualismo.* 2. *La relación entre los fines y tareas del Estado y la Administración.* 3. *Panorama de las tareas y fines del Estado en la actualidad.* 4. *La seguridad jurídica y la justicia actualmente.* 5. *Sobredimensión de los fines de la Revolución.* 6. *Nuevas tendencias del Derecho.*

Segunda parte. Los postulados.

Legalidad y Administración Pública..... 81.

1. *Los distintos contenidos de la legalidad (principio democrático, principio monárquico y evolución subsecuente)* 2. *La vinculación positiva de la Administración a la ley y su relación contingente con el principio de legalidad.* 3. *La vinculación positiva y negativa de la Administración como un debate abierto.* 4. *La necesidad de un principio de legalidad.* 5. *La compatibilidad de la actividad de la Administración con el ordenamiento jurídico en su conjunto como principio de legalidad en sentido amplio o juridicidad.* 6. *Sus relaciones y distinciones respecto de la vinculación positiva y negativa.* 7. *Su posición en la realidad de los poderes públicos.* 8. *La primacía de la ley y reserva de ley como contenido del principio de legalidad en sentido restringido.* 9. *La eficacia ablativa del acto administrativo.* 10. *La soberanía popular, la democracia y la división de poderes como su fundamento.* 11. *Conclusiones acerca de la vinculación positiva y negativa de la Administración a la ley.* 12. *Las objeciones de Dietrich Jesch y su réplica.* 13. *La legalidad en la actividad prestacional, de fomento y de ordenación: algunos casos y reflexiones.* 14. *La otra lectura de los preceptos constitucionales: “fundar y motivar” y los principales preceptos que han moldeado al “principio de legalidad”.* 15. *Los actos de molestia y de privación.* 16. *El argumento histórico.* 17. *Otro precepto del que se ha desprendido la legalidad y algunas reflexiones.* 18. *Los postulados normativistas, ¿constituyen criterios jurisprudenciales firmes?*

III. CONCLUSIONES..... 139.

1. La doble relación de la Administración y el ordenamiento jurídico como consecuencia del principio de juridicidad o legalidad en sentido amplio.

2. El “control difuso”. 3. Intento de solución de los problemas apuntados.

4. La cautela debida.

Bibliografía.....153.

I. INTRODUCCIÓN.

1. La legalidad en México. 2. Su confusión con el positivismo legalista. 3. Objetivos y planteamiento.

1. Curiosamente, existen pocos principios en los que el jurista mexicano crea tan ciegamente como aquél que, en la práctica, pone en duda a todos los demás.

El objeto del presente estudio es plantear una reflexión respecto de los alcances del principio de legalidad, tal y como éste es entendido en la cultura jurídica mexicana. La revisión pretendida, se dará con un énfasis en Derecho Administrativo, así como para la Administración Pública mexicana.

Anima la elaboración del presente estudio la necesidad de acelerar, en la medida en que a un documento de este tipo le sea posible, la transformación de uno de los procesos mentales más simples de los juristas del país¹. Es nuestra apreciación (y también nuestro deseo) que la subsunción de hechos en una norma, como el único proceso que agota cualquier actividad jurídica, se encuentra en agonía. No obstante, debemos reconocer que la escuela decimonónica encuentra todavía en la práctica una fuerza tremendamente importante que hace muy difícil su limitación².

Aunque en alguna medida en los más altos tribunales del país, esos aires de cambio empiecen a aparecer, creemos que deben penetrar por completo la mente de los tribunales inferiores y del abogado común.

En este sentido, tenemos la impresión de que a México por lo general llegan las tendencias de cualquier disciplina, así como las tecnologías, modas, etc., un poco tarde y no del todo bien, además de que hay poca producción de calidad,

¹ Como bien lo señala el título de un artículo del maestro Jaime Cárdenas, "*Remover los dogmas*": esa es precisamente nuestra inquietud intelectual, respecto de este tema en particular. Ese artículo sorprendió al autor de este documento, precisamente por las coincidencias que encontramos con él y ha sido una motivación adicional encontrar que nuestros pensamientos tengan apoyo en el de maestros de esa talla.

² Cfr. Vigo, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, México, Porrúa, 2003. p. 3.

por lo que es correcto decir que esas tendencias y la cultura en general es importada³. Así, se pretende colaborar en que el jurista mexicano abandone oportunamente aquellas concepciones que ha tomado como un dogma, perdiendo el miedo a una nueva argumentación y que se siga una tendencia más acorde al pensamiento actual.

Abordando propiamente nuestro tema, debemos subrayar primeramente la importancia del principio de legalidad. En torno a ello, debe decirse que es una pieza fundamental para el estudio del Derecho Administrativo, aunque no sólo lo es para esta disciplina jurídica. Hoy en día se sostiene que “*El principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables [...]*”⁴

En cualquiera de las obras doctrinales del Derecho Administrativo, este tema puede encontrarse como un principio genérico de esta disciplina de Derecho Público. Esto dificulta la labor del presente documento, en su pretensión de brevedad. También lo hace el hecho de que el principio de legalidad tenga una extensión a todas las ramas del Derecho, puesto que en cualquiera de ellas puede darse, en mayor o menor grado, ya como primera o última instancia, algún tipo de intervención de la autoridad administrativa, legislativa o judicial.

En ese entendido, este principio tiene aplicación para todas las materias de Derecho y para los tres órganos primarios del Estado, o sea, el Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Un juez que realice cualquier acto en un proceso o procedimiento de carácter civil o mercantil, tendrá que sujetarse al mismo. Así, tendrá que sujetarse a él, el Ministerio Público en la persecución de los delitos, o bien, la Cámara de Senadores al expedir cualquier decreto, o incluso, el Congreso de la Unión al expedir una ley⁵.

³ Cfr. Ramos, Samuel, *El perfil del hombre y la cultura en México*, México, Espasa-Calpe, 1951.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987, párrafo 24, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf Consultada el 30 de marzo de 2010

⁵ En este mismo sentido, nuestro máximo tribunal lo ha confirmado en la tesis de rubro: FUNDAMENTACION Y MOTIVACION DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD LEGISLATIVA. Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Vol. 181-186, Primera Parte, p. 239.

Es por ello que el tema en cuestión se ubica en el vértice de tres disciplinas: el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo y la Teoría del Derecho. Por esa misma razón situación nos limitaremos en el presente documento a formular una diagnosis del tema en general, realizando algunas reflexiones en torno al mismo, así como a ofrecer alternativas posibles para la materia administrativa, sin pretensiones de abordar extensivamente las valiosas opiniones de muchos juristas, si bien serán tomadas en cuenta para formular nuestra postura y la diagnosis del tema en cuestión. Es decir, nuestro trabajo se verá acotado, ya que únicamente se pretende plantear reflexiones respecto de sus alcances con relación a la actividad de la Administración.

Debemos dar un concepto claro en torno al referido principio de legalidad, tal como es entendido hoy y con ello intentar dar una síntesis de la cuestión y de sus extremos en México⁶.

⁶ Debe distinguirse conceptualmente a la legalidad administrativa o legalidad en sentido amplio, de dos connotaciones distintas que tiene el mismo concepto, que aunque comparten el mismo origen como se verá más adelante, tienen un contenido diverso: la legalidad penal y la legalidad tributaria.

En el Derecho Penal, el principio de legalidad ha tenido el significado del conocido apotegma "*nullum crimen nulla poena sine lege*". El citado principio tiene su fundamento en nuestra Constitución en los artículos 14 y 73, fracción XXI, en los cuales se señala, por una parte, que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata y por otra parte, que el Congreso tiene la facultad para establecer los delitos y las faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse.

Lo que este principio implica es que queda reservado para el órgano legislativo la tipificación de conductas, lo cual deberá hacerse en todo caso a través de una ley en sentido formal y material, por lo que ni un juez ni una autoridad administrativa podrán crear tipos penales.

De manera paralela a este principio, regulado incluso en el mismo precepto constitucional (14), se encuentra el de exacta aplicación de la ley penal, mediante el cual se impone al juzgador la prohibición de aplicar por analogía o aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Si bien es cierto que pareciera que los principios son uno mismo, no deben confundirse, pues tienen contenidos distintos. En un caso se restringe la aplicación de la ley y en el otro se limita a la ley la creación de las figuras típicas.

Al respecto, los tribunales colegiados han sostenido en alguna ejecutoria lo que integra la base fundamental del principio de legalidad penal en tesis como la del rubro: *PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LA TIPICIDAD CONSTITUYE SU BASE FUNDAMENTAL Y RIGE, CON LOS PRINCIPIOS DE TAXATIVIDAD Y DE PLENITUD HERMÉTICA DERIVADOS DE AQUÉL, COMO PILAR DE UN SISTEMA DE DERECHO PENAL EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO*. Tesis: II.2o.P. 187 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1879.

El siguiente significado respecto del cual tenemos que distinguir a la legalidad administrativa o legalidad en sentido amplio es la legalidad tributaria. Este concepto puede resumirse también en un aforismo: "*nullum tributum sine lege*", el cual ha sido tomado por analogía del que se estableció para el Derecho Penal y del cual ya se ha hecho mención.

Encuentra su consagración en nuestra Constitución en el artículo 31, fracción IV de la Constitución Política mexicana, el cual establece que son obligaciones de los mexicanos contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

Este principio implica que toda contribución debe quedar establecida en sus elementos esenciales por el órgano legislativo, es decir, "*la ley que establece el tributo debe definir cuáles son los elementos y supuestos de la obligación tributaria, esto es, los hechos imposables, los sujetos pasivos de la obligación que va a nacer, así como el objeto y la cantidad de la prestación (...)* La ley también debe establecer las exenciones." Cfr. De la Garza, Francisco, *Derecho Financiero Mexicano*, 25ª Ed. México, Porrúa, 2003. p.265.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de nuestro país ha conceptualizado a este principio en un criterio de hace más de treinta años de rubro: *IMPUESTOS, PRINCIPIO DE LEGALIDAD QUE EN MATERIA DE, CONSAGRA LA CONSTITUCION FEDERAL*, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Vol. 91-96, Primera Parte, p.173.

Por último, habremos de referirnos brevemente al último concepto tratado por la doctrina y por la jurisprudencia y respecto del cual habremos de esbozar una definición para tratar de establecer una diferencia con la legalidad en sentido amplio.

Primeramente, daremos un concepto del principio de legalidad en sentido amplio o legalidad administrativa. En la doctrina y práctica jurídica del país, el mencionado principio se ha entendido como sigue: “*Reza el principio: las autoridades públicas sólo pueden hacer lo que la ley les autorice. En consecuencia, ninguna autoridad legislativa, judicial o administrativa puede realizar actividad alguna si no está prevista y autorizada por la ley.*”⁷

Así es entendido generalmente el principio de legalidad hoy en día en México. Las autoridades sólo pueden realizar aquello que les está expresamente autorizado por la ley, en contraste con los particulares, quienes pueden llevar a cabo cualquier actividad, siempre y cuando no les esté prohibida expresamente por la misma ley. Como podrá inferirse, los tribunales del país han resuelto con base en el mencionado principio, así entendido, sin reparar en torno al mismo⁸.

En torno al concepto de reserva de ley no existen muchas fuentes doctrinales de las cuales podamos partir. No obstante, partiremos de la idea de que existe reserva de ley cuando alguna materia concreta debe regularse en una ley en sentido formal y material, lo que implica excluir de su creación a las autoridades administrativas y judiciales, por lo que sólo podrá hacerlo el Poder Legislativo a través de un acto legislativo. Esta exigencia obedece a los principios de seguridad que regulan determinada materia así lo exigen y, por ello, en la gran mayoría de las veces se encuentra prevista la reserva de ley en el ordenamiento constitucional.

“...la reserva supone que se faculta al legislador sobre una materia, pero también que el facultamiento va acompañado de una limitación, expresada como obligación de que la materia sea decidida por él a través de una ley y una prohibición para que delegue dicha decisión en otros órganos y en otros ordenamientos [...] Esto constituye el “núcleo duro” de la reserva.” Roldán Xopa, José. *Derecho Administrativo*, México, Oxford University Press, 2008, pp. 94 y s.

En este sentido, nuestro máximo tribunal ha distinguido entre reserva de ley absoluta y relativa, siendo la primera aquella en donde la totalidad de la materia en cuestión debe regularse en una ley en sentido formal y material, en tanto que la segunda permite que sólo algunas cuestiones esenciales se limiten por la ley, quedando en la esfera del órgano regulador pormenorizar aquellos aspectos, no regulados por aquélla, siempre y cuando lo haga siguiendo las directrices órgano legislativo. Lo anterior, en la tesis *LEGALIDAD TRIBUTARIA. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY*. Tesis: P. CXLVIII/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena. Época t. VI, noviembre de 1997, P. 78.

Se advierte por el significado de ambos principios, que el de legalidad penal y el de legalidad tributaria constituyen esencialmente reservas de ley, en tanto que el establecimiento de tributos y de tipos penales requiere de la participación exclusiva del Congreso. Aunque a esa reserva se le añada la restricción hermenéutica en ambas materias por la Constitución en un caso y por una ley secundaria en el otro, lo esencial a dichos principios lo constituye la citada reserva.

En este mismo sentido la Suprema Corte ha sostenido en jurisprudencia firme la inconstitucionalidad de leyes en sentido formal y material, por infringir la reserva de ley en materia penal entre otras, en la tesis: *ATAQUES A LAS VÍAS DE COMUNICACIÓN. LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 171 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL QUE PREVÉ ESE DELITO, VIOLA LOS PRINCIPIOS DE EXACTA APLICACIÓN Y RESERVA DE LEY EN MATERIA PENAL*. Tesis: 1a./J.5/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 129.

No obstante, desde ahora debemos anunciar que los tres principios que hemos someramente explicado, así como el que explicaremos a continuación, tienen un mismo origen, para lo cual remitimos a las páginas posteriores del presente trabajo.

⁷ Nava Negrete, Alfonso, *Derecho Administrativo Mexicano*, México, FCE, 1995, p. 88.

⁸ Se citarán algunas de las tesis sostenidas por los tribunales colegiados de circuito de nuestro país y la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto, que contienen el aludido principio en la forma referida. La búsqueda de criterios que contengan el citado principio no resultó fácil, ya que éste se ha convertido en una cuestión que no deja lugar a duda, algo evidente y que se da por sentado. Es así que los criterios que se exponen demuestran que el citado principio, tal y como se ha enunciado, no requiere de comprobación alguna. Como se verá, ni siquiera constituyen jurisprudencia, porque no forman parte de lo resuelto, a excepción de los dos primeros criterios, sino constituyen una premisa que no es necesario demostrar, como si se tratara de un hecho notorio.

Las diferencias conceptuales entre los principios de legalidad tributaria y penal saltan a la vista respecto del principio de legalidad administrativa. Las dos primeras, como se ha dicho, constituyen una reserva de ley, es decir, que sólo el órgano legislativo es competente para establecer tributos o tipos penales y en esta última materia implica además, que la actuación del juez para imponer la pena descrita en la ley, no puede darse por analogía ni por mayoría de razón⁹. Para que existan delitos y tributos, es necesario que hayan sido establecidos en una ley en sentido formal y material, si bien su persecución y cobro, respectivamente, no son objeto de reserva de ley, aunque estas actividades no forman parte de aquellos principios, sino de la legalidad en sentido amplio que enseguida se explica. La legalidad administrativa o legalidad en sentido amplio, por otra parte, sólo implica que las autoridades únicamente se encuentran facultadas para ejecutar una disposición legal, entendida ésta en sentido formal o material, es decir, una norma abstracta, general y permanente.

AUTORIDADES. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, t. XV, p. 250.

AUTORIDADES, FACULTADES DE LAS. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, t. XLI, p.944.

PAGO DE LO INDEBIDO. NO LO CONSTITUYE EL ENTERO DE UN IMPUESTO, CUANDO EN UN EJERCICIO POSTERIOR AL DE LA CAUSACIÓN, LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, FUNCIONANDO EN PLENO O EN SALAS, DECLARA INCONSTITUCIONAL EL PRECEPTO QUE ESTABLECE LA CARGA AL CONTRIBUYENTE. Tesis: XXI. 3o. J/11, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXI, abril de 2005, p. 1254.

VAGANCIA Y MALVIVENCIA. EL ARTÍCULO 190 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES, AL PREVER EL NO DEDICARSE EL SUJETO ACTIVO A UN TRABAJO HONESTO, TRANSGREDE LA GARANTÍA DE LIBERTAD CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL. Tesis: XXIII. 3o. J/1, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVI, octubre de 2002, p. 1299.

PROMOCIONES JUDICIALES PRESENTADAS FUERA DE HORARIO HABIL. (LEGISLACION DEL ESTADO DE COLIMA). Tesis: III.1o. C. 23 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. IV, agosto de 1996, p. 711

INCIDENTE DE FALSEDAD DE DOCUMENTO. EL MAGISTRADO INSTRUCTOR DEL JUICIO DE NULIDAD. CARECE DE FACULTADES PARA TRAMITAR DE OFICIO EL. Tesis: VI. 2o. 127 A, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. XV, enero de 1995, p. 246.

CONFESION ANTE LA POLICIA JUDICIAL, INEFICACIA PROBATORIA DE LA. A PARTIR DE LAS REFORMAS AL CODIGO PROCESAL PENAL DEL ESTADO DE PUEBLA, DE UNO DE ENERO DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE. Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. XII, agosto de 1993, p. 385

CONCEJOS MUNICIPALES. SU REPRESENTACION EN LOS JUICIOS DE AMPARO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA). Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. VI, Segunda Parte – 2, julio a diciembre de 1990, p. 483
RECURSOS ADMINISTRATIVOS. NO PUEDEN APLICARSE POR ANALOGIA LOS REQUISITOS REGULADOS EN LA LEY PARA OTROS DIVERSOS RECURSOS, JUICIOS O MEDIOS DE DEFENSA. Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. III, Segunda Parte -2, enero a junio de 1989, p. 647

GOBERNADORES DE LOS ESTADOS, NO TIENEN FACULTAD PARA REVISAR LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS DE LAS CONVENCIONES OBRERO PATRONALES. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, t. LXXIII, p. 1169

ACTO RECLAMADO, CONSTITUCIONALIDAD DEL. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, t. XLI, p. 3704

EJIDOS. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, t. XXI, p. 1292

⁹ No obstante, el artículo 5 del Código Fiscal de la Federación establece que la interpretación que deben tener las normas que establecen cargas a los particulares, las cuales, según el propio precepto son aquellas que se refieren al sujeto, objeto, base y tasa o tarifa, se interpretan de manera estricta, disposición de la que pareciera desprenderse que la hermenéutica de esta materia se encuentra restringida, al igual que en la materia penal, con lo que no habría diferencia alguna entre ambos principios. Sin embargo, al tratarse de una disposición legal que puede modificarse en las distintas leyes que establecen los tributos, o bien suprimirse mediante una reforma que establezca lo contrario, porque no deriva del principio constitucional de legalidad en materia tributaria, según las interpretaciones dadas por el Máximo Tribunal, debemos entender que este concepto agota su significado con lo anteriormente descrito.

También suele decirse, con el mismo significado, que el nuestro es un “régimen de facultades expresas”¹⁰. Así es como igualmente se ha conocido al principio de legalidad, como fue formulado en líneas anteriores. En este sentido, la autoridad únicamente puede realizar actos y hechos expresamente establecidos por las normas, es decir solamente puede actualizar los supuestos normativos en un caso concreto: es el límite, fundamento y noción de su propia existencia.

A este respecto, siempre que hemos escuchado decir que nuestro régimen es de facultades expresas, no hemos podido evitar la pregunta de cómo o cuáles serán los otros regímenes que no son “de facultades expresas”. Tal pareciera que, como se ha postulado esta expresión, dichos regímenes son los pertenecientes al régimen absolutista, o bien, los que hoy en día son ajenos a la protección de los Derechos Humanos, regímenes sin Estado de Derecho¹¹.

Otra explicación más razonable la encontramos en el hecho de que en nuestro Derecho se ha considerado que las atribuciones de las autoridades siempre requieren de una norma previa habilitante. No obstante, las atribuciones implícitas de las autoridades sí han encontrado reconocimiento en nuestro Derecho, aunque se encuentran estrictamente acotadas al ejercicio de una atribución expresa. De hecho, debemos decir que el margen de actuación con base en las atribuciones implícitas, es prácticamente nulo, por lo que la concepción primeramente enunciada es la que prevalece. Esto es, nuestro Derecho prácticamente no admite las atribuciones implícitas, lo que reduce prácticamente a saber leer, la labor de los estudiosos del Derecho Público, pues en un caso bastará con echar un vistazo a la ley aplicable y comprobar si existe

¹⁰ Al respecto, los tribunales lo han confirmado sin dudar, entre otras, en las siguientes tesis: CAZA. EL DIRECTOR FORESTAL DE LA SECRETARIA DE AGRICULTURA CARECE DE FACULTADES PARA IMPONER DIRECTAMENTE MULTAS. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. CXXX, p. 460 PERMISOS DE RUTA. RECURSO ANTE EL TITULAR DE LA SECRETARIA DE COMUNICACIONES. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. CXXVIII, p. 238 TIERRAS OCIOSAS, DEVOLUCION DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. LXIX, p. 1918

¹¹ Ello convierte a dicha frase, considerando la situación de nuestro país respecto del Estado de Derecho, en tremendamente enigmática, puesto que la realidad pareciera ofrecer otro diagnóstico; o bien, es profundamente esclarecedora, puesto que no obstante otros factores, al ser nuestro régimen de “facultades expresas”, nuestra conciencia debe descansar: a pesar de cualquier otra circunstancia que indique lo contrario, nos encontramos en un Estado de Derecho. En realidad, como se intentará demostrar a lo largo del presente documento, el Estado de Derecho, la tutela efectiva de los Derechos Humanos y la seguridad jurídica en su correcta ponderación, resultan ser muy distintos a la eficacia de postulados normativistas, en especial el que es objeto de análisis.

o no un precepto habilitante de la actuación para decidir sobre la validez de un determinado acto.

2. Sin embargo, tomando en consideración estos conceptos debemos preguntarnos ¿quién adoptó esa decisión para nuestro régimen y donde encuentra su fundamento, en caso de tenerlo?

Las respuestas anticipadas y evidentes a dichas preguntas son los juristas de una determinada época llevados por el pensamiento jurídico de sus días, con base en una interpretación a los artículos 16 y 14 de la Constitución Política, misma que actualmente constituye un dogma. Ambas explicaciones las abordaremos a lo largo del presente documento.

Desde este momento debemos señalar algunas de las inquietudes que nos provoca el que el principio de legalidad se plantee en esos términos, a pesar de que, tal parece, es algo incuestionable en nuestro sistema. Dicho postulado ha sembrado profundas raíces en el sistema jurídico mexicano y con él se ha llegado a excesos que no pueden resultar sino falsos e ineficaces.

Entendido así, creemos que el concepto no hace sino dar muestras de su falsedad e ineficacia. El principio crea el problema de la ley injusta, de la ausencia de ley, el riesgo del fraude a la misma y del desvío de poder. Además, a pesar de muchos intentos por hacerlos compatibles, creemos que el principio de legalidad entendido en los citados términos, pugna abierta e irreconciliablemente con el concepto de discrecionalidad.

Asimismo, con base en las premisas del iuspositivismo legalista, la legalidad se encuentra en una tensión que se vuelve irresoluble bajo la óptica de dichas premisas, con otros principios rectores del Derecho Administrativo tales como la eficiencia y, en algunos casos, con la propia justicia¹². Por otra parte, esta

¹² *“Efectivamente, el principio de legalidad refleja, en la historia del pensamiento iusfilosófico, un aspecto de la clásica y apasionante polémica en torno a las valoraciones que, funcionalmente, han de presidir la ardua tarea de la actividad jurisdiccional, es decir, de la operación judicial. En otras palabras, el principio de legalidad representa, dentro de la*

concepción inhabilita al propio Derecho a su evolución, condenándolo a la exégesis de los textos legales en un sistema cerrado, autista.

Adicionalmente, debe subrayarse que la incidencia de la Teoría Pura del Derecho acarreado una pobreza hermenéutica y de creación jurídica, provocando que los juristas mexicanos tengan una visión reduccionista de la juridicidad, porque éstos resuelven o intentan resolver todo caso únicamente con la letra de la ley.

Como se expondrá más adelante la Escuela de Viena ha reducido el análisis jurídico de cualquier acto –incluyendo los actos de Derecho Privado– en la validez, la cual emana de la conformidad de dichos actos con una norma jerárquicamente superior. Esto es, toda norma debe haberse emitido conforme a la superior para que sea válida. Este juicio de validez alcanza a los actos concretos de las autoridades -que dentro de esa misma corriente algunos son considerados normas jurídicas individualizadas-, los cuales requieren, para ser válidos, de previsión expresa por parte de las normas superiores. Toda norma, incluso las individualizadas, es una actualización de la hipótesis prevista en una superior.

Debe señalarse la incidencia en la metodología jurídica que un postulado como éste tiene. En la práctica jurídica de nuestro país los abogados y servidores públicos tienen un hábito en el estudio de los casos, que es prácticamente un reflejo. A todo hecho que resulta ser objeto de análisis o controversia, cualquiera, en algunas ocasiones incluso hasta de los propios particulares, se le pretende encontrar un fundamento que le sirva de sustento de validez, o bien, algún juicio de reproche expreso previsto en una norma previa de carácter general. Más allá de esto, la cultura jurídica mexicana encarnada por los prácticos del Derecho, pretende que las reglas sean la fuente única de todas las

disyuntiva que afronta el juzgador, en el desempeño de su cargo, la solución que encarna el valor de la "seguridad jurídica", frente al otro derrotero que, como posibilidad se le ofrece: la decisión discrecional del caso, en aras de una mejor realización del valor "justicia", en la hipótesis en que el acatamiento a la norma jurídica aplicable a la situación concreta tradujese una flagrante injusticia." Rodríguez García, Fausto E., "El principio de legalidad y el Estado de Derecho", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, México, UNAM, Número 32, Mayo-Agosto 1958. p. 11 y s.

respuestas a los problemas jurídicos y se confunde esta pretensión absurdamente¹³ con el Estado de Derecho.

En el mejor de los casos, el proceso de pensamiento de los abogados del país comienza con una rápida y brevísima revisión a los hechos del caso. Posteriormente, en una etapa larga y de manera particularmente meticulosa, cuidadosa y “reflexiva” se encuentra la búsqueda de la norma o ley aplicable, la exploración de su cobertura y su significado, principalmente conforme a su letra y a otras técnicas propias de la escuela decimonónica. Probablemente y como un argumento de poca fuerza, se busque algún precedente judicial, para concluir el citado proceso con un juicio de invalidez sobre la conducta realizada por el agente o con una conclusión de validez respecto de la misma.

Llevado al ámbito del Derecho Administrativo, este proceso de pensamiento, pasada la brevísima revisión a los hechos del caso, consiste en verificar si existe una regla que sea aplicable con cierta exactitud a la conducta desplegada por la Administración, permitiéndola expresamente y en caso de no haberla, la invalidez del acto será automática, previo pronunciamiento de la autoridad judicial.

Este proceso mental en el que consiste el principio de legalidad, rector de la actuación de los poderes públicos, se conforma y de hecho se confunde con postulados del iuspositivismo legalista y del normativismo kelseniano y ha llegado al extremo de convertir en figuras típicas, similares a las del Derecho Penal, todas las atribuciones de las autoridades. Los particulares y los jueces han ratificado desde hace mucho tiempo esta concepción. La frase “*las autoridades solo pueden hacer aquello para lo que expresamente están*

¹³ Cfr. Castellanos Hernández, Eduardo de Jesús (Coord.), *Cultura de la Legalidad*, México, 2008, Secretaría de Gobernación, Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional, pp. 15 y ss. Tanto en la presentación, como en la vinculación de esta publicación con el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012 que se realiza en las primeras páginas de esta obra, se puede notar claramente esa visión decimonónica del Derecho propia de la actual Administración y que en este estudio es objeto de crítica. No obstante, los artículos que en esta compilación se contienen muestran una visión mucho más actual de la Ciencia Jurídica, lo que hace patente que probablemente los citados artículos no fueron objeto de reflexión (o de lectura) alguna por parte de la actual Administración.

facultadas” se funde con el positivismo legalista, en quien tiene su mayor cómplice.

Esto es así, porque el supuesto contenido del mandato constitucional dirigido a todas las autoridades del Estado contenido en el artículo 16 de nuestra Constitución, se ha extendido hasta comprender que la letra de la ley o norma general de cobertura debe tener exactitud en su aplicación a la conducta objeto de controversia y se ha extendido también a todas las conductas posibles de las autoridades, de tal suerte que la noción y existencia de la autoridad se limita a ejecutar los supuestos normativos.

Así, todos estos postulados teóricos se han envuelto patrióticamente en México en la bandera de la certeza y seguridad jurídica como “el” valor absoluto objeto de tutela por parte de los tribunales, dejando a la justicia como un valor imperfecto o subjetivo e incluso, arcaico. Curiosamente la idea de soberanía nacional y democracia a través de las leyes, no es tan frecuentemente invocada como el fundamento del principio de legalidad en nuestro Derecho, como lo es la certeza y la seguridad, lo cual demuestra la influencia de los postulados de la Escuela de Viena.

Debemos señalar que se ha creado otro problema de no menor tamaño: se ha caído en una pobreza en la creación del Derecho. Hoy en día la gran mayoría de nuestra doctrina de Derecho Administrativo (entre otras disciplinas) se ha convertido en una glosa de los ordenamientos legales.

No obstante, los autores de estos postulados tienen nombre, apellido y una época concreta. Debemos señalar a los principios de la Revolución Francesa llevados a un punto inflexible y, entre otros, a Hans Kelsen y a Adolf Merkl como los principales autores.

En este sentido, uno de los legados históricos de la Revolución Francesa en materia jurídica, consiste en que la libertad natural del hombre sólo puede ser

restringida en tanto dicha limitación haya sido consentida por sus representantes a través de las leyes, por lo que las autoridades sólo podrán hacerlo en tanto se encuentren facultadas por dichos ordenamientos para ello. Estos postulados han sido llevados a sus extremos, provocado una transformación profunda del Derecho en general y han sembrado hondas raíces en la cultura jurídica mundial.

Además, la pretensión totalitaria de esta concepción del principio de legalidad también es motivo de reflexión, ya que podríamos decir igualmente que actúan de conformidad con el citado principio los particulares que celebran un contrato, ejercitando su libertad contractual. Con lo anterior, cualquier conducta humana tiene relevancia jurídica, en tanto puede calificarse jurídicamente o encuadrarse en un supuesto normativo.

Por otra parte, es de destacar el profundo dogmatismo que rodea esta concepción del principio de legalidad. Poner en duda que “las autoridades solo pueden hacer aquello para lo que expresamente están facultadas”, parece una cuestión apta para desequilibrados. Así, como ya se comentó, existe un ciego afán de seguridad jurídica, con base en el cual se pretende que las actuaciones tengan norma de cobertura incluso cuando no se vea comprometido ningún interés de por medio.

No obstante y de una manera paradójica, estas mismas posturas iuspositivistas llevadas al extremo se han vuelto una fuente de inseguridad jurídica. Entre otros contextos y ejemplos, los servidores públicos, temerosos de actuar ante la ausencia de fundamento, han dejado al lado valores y principios del ordenamiento jurídico que también son rectores de la función administrativa, y si bien es cierto que muchas veces ese temor resulta fundado por la inspección de los órganos encargados de fiscalizar sus actos, quienes analizan de la misma manera un asunto de policía en materia bancaria, que uno de fomento agrícola.

En infinidad de ocasiones los funcionarios públicos se encuentran perdidos en una telaraña de normas, la mayoría de veces inconexas e incoherentes, que nunca parecen adaptarse a las necesidades que el caso les pide; ni siquiera conciben la posibilidad de argumentar sus actuaciones con principios, sino únicamente con reglas escritas anteriores a los hechos y exactamente aplicables a los mismos. Además, el ámbito de aplicación de las facultades implícitas es mínimo. Ello ha causado una parálisis de la Administración.

Sólo recientemente el poder judicial ha comenzado a sostener la validez de la actuación de la autoridad sentando algunos precedentes con base en principios. Reflejo de lo anterior es que comienzan a sentirse levemente las protestas de los abogados patrocinadores de los particulares quienes antes veían triunfar los intereses de sus clientes con una argumentación como la que se critica. La verdad es que en México de la actualidad, la argumentación apenas empieza a cambiar.

No obstante, la situación antes descrita ha provocado que exista una autoridad “indefensa” y un abuso de Derecho de los “gobernados”. Hoy en día podría sin ningún problema describirse esta situación como la “indefensión de la autoridad” y la “arbitrariedad de los particulares”.

Prueba de ello es que desde hace ya tiempo en México, país fervientemente creyente de los postulados iuspositivistas, se haya puesto en duda la existencia de un Estado de Derecho en múltiples foros. Esto es así, ya porque las autoridades se encuentran paralizadas e impotentes ante una realidad que las consume, ya porque realizan actos en exceso de lo que la propia norma les encomienda de manera expresa. Si bien es cierto que en algunos casos el exceso y la parálisis de las autoridades es antijurídico y reprochable, en otros el exceso y la parálisis se dará, como será siempre previsible, porque la realidad avanza mucho más rápido que la creación normativa, situación que impedirá la buena gestión si se actúa con el criterio de legalidad ya señalado. En este

entendido, en ningún caso la actuación de la autoridad dejará satisfecha a los administrados ni a los fiscalizadores.

Por otra parte también resulta evidente que reducir la realidad de la Administración y su actividad a las hipótesis normativas y su actualización resulta absurdo desde el punto de vista sociológico e histórico. Basta con echar un vistazo a la auténtica realidad de la Administración, para darse cuenta de que su actividad rebasa (y debe rebasar) por mucho la mera concreción de supuestos abstractos. Prueba de lo mismo es que con el tiempo las leyes han venido formulando atribuciones abstractas, como reacción a las concepciones doctrinales y jurisprudenciales tan estrictas.

3. Así las cosas, en el presente documento intentaremos demostrar en primer lugar que el principio de legalidad no tiene el significado de la doctrina de la vinculación positiva de las autoridades a la ley, misma que sostiene que la Administración solamente puede ejecutar las atribuciones contenidas en las normas. Considerando dicha premisa lograremos posteriormente: a) desentrañar el significado real del principio de legalidad y b) pronunciarnos sobre cuál es la doctrina correcta entre la vinculación positiva o negativa de la Administración (y de las autoridades) a la ley.

Respecto del planteamiento a), postularemos a dicho principio como la juridicidad de la actuación de la Administración, es decir, la compatibilidad de los actos administrativos con el bloque normativo que constituye el ordenamiento jurídico, lo cual implica que la validez de los mismos está dada no únicamente en tanto constituyan una actualización de las reglas que forman parte de aquel y 2) en la misma línea que el anterior postulado y como consecuencia y conclusión del mismo, probaremos que toda actuación de las autoridades (actos de autoridad o no), en especial la Administración Pública, encuentra su justificación y su razón de ser en las propias tareas y funciones que están encomendadas al Estado en un momento histórico (cuestión política, histórica, sociológica, económica y jurídica), las cuales están distribuidas específicamente a cada

autoridad por virtud de la competencia (concepto que puede componerse a su vez, de elementos ajenos a reglas), siendo insuficiente, en un Estado constitucional, que los actos de la autoridad encuentren su validez exclusivamente en la invocación a las reglas, ya que éstas últimas son consecuencia de las citadas tareas y funciones.

Como una consecuencia inmediata del significado real del principio de legalidad antes señalado, habremos de probar lo siguiente (planteamiento b)): 1) que en los distintos tipos de actividad administrativa (fomento, gestión u ordenación) se dará o no la necesidad de la existencia de una regla previa de cobertura, 2) que la Administración como parte del Estado¹⁴ puede perseguir y crear válidamente fines y tareas fuera de la mera ejecución de la ley¹⁵, pero que dicha ejecución de las tareas y funciones se encuentra sujeta siempre a la revisión o confrontación con el propio ordenamiento jurídico (juridicidad) y no exclusivamente de la ley¹⁶ y 3) finalmente probaremos que la relación entre la Administración y el ordenamiento jurídico se da entonces en dos sentidos o de dos maneras: i) una relación inhibitoria: el ordenamiento jurídico constituye un límite de sus actuaciones y ii) una relación de ejecución o estimulante: la Administración debe desplegar conductas para perseguir la eficacia de los principios, valores y reglas del ordenamiento, más que únicamente actualizar las hipótesis normativas.

Todo ello implica que es deseo del presente estudio reivindicar, con algunos límites y para el Derecho Administrativo Mexicano de la actualidad y para la

¹⁴ Así también podrían los órganos legislativo y judicial.

¹⁵ Como se dispone expresamente en el régimen constitucional y legal vigente.

¹⁶ Contando para ello con facultades implícitas, las cuales existen tal y como lo reconoce la jurisprudencia, si bien merecen una mayor presencia en el ordenamiento. Al respecto citaremos algunas tesis de relevancia.

PERSONALIDAD. PARA SU ACREDITAMIENTO EN EL JUICIO LABORAL BUROCRÁTICO DEBERÁN TOMARSE EN CONSIDERACIÓN LAS FACULTADES IMPLÍCITAS QUE NAZCAN DE LOS ORDENAMIENTOS LEGALES Y DE LOS NOMBRAMIENTOS DE LOS FUNCIONARIOS QUE COMPAREZCAN A FIN DE TENER POR DEMOSTRADA SU REPRESENTACIÓN A NOMBRE DEL TITULAR DE UNA DEPENDENCIA DE ESTADO. Tesis: I. 13o. T. 51 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, octubre de 2003, p. 1079

ORGANISMOS PÚBLICOS DESCENTRALIZADOS FEDERALES. EL CONGRESO DE LA UNIÓN TIENE FACULTADES IMPLÍCITAS PARA DOTARLOS DE ATRIBUCIONES QUE LES PERMITAN EMITIR ACTOS DE AUTORIDAD. Tesis: 2a. XVI/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, marzo de 2002, p. 431

FACULTADES IMPLÍCITAS Y EXPLÍCITAS. MULTAS. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima época, Vol. 145-150 Sexta Parte, p.119

FACULTADES IMPLÍCITAS. EL LEGISLADOR LAS TIENE PARA OBLIGAR A LOS CONTRIBUYENTES A QUE EN EL CÁLCULO DEL IMPUESTO ACTUALICEN EL VALOR DE LOS OBJETOS GRAVADOS. Tesis: P. XI/92, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. IX, enero de 1992, p.32

FACULTADES IMPLÍCITAS, PRESIDENTE DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VALORES. ES COMPETENTE PARA RESOLVER EL RECURSO DE REVOCACIÓN (ARTÍCULO 50 DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES). I. 3o. A.20 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. III, abril de 1996, p. 396

Administración Pública nacional, la doctrina de la vinculación negativa de la Administración a la ley, así como postular al principio de legalidad, como la juridicidad de la actuación administrativa; esto último, como resultará evidente, apartándonos del sentido pretendido por Adolfo Merkl¹⁷, discípulo de Hans Kelsen, ya que éste lo concibe esencialmente como una regla de atribución; sino como un concepto que permita juzgar toda actuación o falta de actuación de la Administración conforme a todos los componentes del ordenamiento jurídico y no solamente de la ley o de las reglas, en tanto ello llevar nuevas tendencias del Derecho en general a los postulados básicos del Derecho Administrativo.

Lo anterior se intentará ofreciendo al lector una variedad de ópticas, inclusive la propia letra de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pretendiendo que el conjunto de visiones lo convenzan y no una sola en particular, intentando así un cambio del sistema desde su exterior y no desde su interior, como el que podría pretender a través de alguna reforma a los preceptos constitucionales.

Para lograr dichos fines, debemos primeramente considerar los orígenes del principio, tarea que creemos ineludible y parte toral del presente documento porque, a juicio nuestro, ofrecen un panorama esclarecedor de las circunstancias que dieron causa a su nacimiento y la explicación de su esencia original, lo que servirá para poder compararlo con lo que hoy en día se ha convertido el mencionado principio, observar sus excesos, su confusión y robustecimiento con el positivismo normativista. Igualmente, consideraremos también su fundamento iusfilosófico. Haremos un balance de la utilidad de esa concepción del principio, tomando en consideración los fines y las tareas a cargo del Estado en la actualidad y daremos una idea del peso real de la ley y la completa sumisión al Derecho por parte de la Administración.

¹⁷ Merkl, Adolfo, *Teoría General del Derecho Administrativo*, México, Editora Nacional, 1975.

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Primera parte. Las premisas.

a) **El nacimiento del principio.** 1. *Indicios históricos de legalidad.* 2. *La explicación filosófica de la legalidad: el contractualismo.* 3. *Las tareas del Estado policía.* 4. *La cuestión teleológica: la seguridad jurídica como un valor nascente.* 5. *La legalidad a raíz de la Revolución Francesa y la confusión con el positivismo legalista.* 6. *La Escuela de Viena como el culmen del trabajo.*

1. Para hacer congruente la exposición debemos señalar brevemente, a fin de dejar sentado como presupuesto un panorama de las circunstancias políticas imperantes, algunas diferencias entre realidad política de la edad media y aquella surgida con el Estado moderno. No es nuestra intención abundar en el orden jurídico y político medieval y la conformación en la modernidad, por lo que nuestra intervención en este aspecto será mínima¹⁸.

El orden político medieval suponía una dispersión en la detentación del poder. La sociedad medieval se encontraba desorganizada políticamente. Los gobiernos eran muchos y esencialmente locales. No existía un soberano, sino muchos señores o lores con diversos poderes, privilegios y funciones públicas, es decir, no existía una unidad de poder político, sino una poliarquía. Las funciones que hoy conocemos como propias de un Estado, ni remotamente podían considerarse que las poseía en aquellas épocas una sola persona¹⁹ en un territorio grande.

En la sociedad medieval existía un conglomerado de pactos feudovasalláticos que eran contrarios a la concentración del poder, los cuales consistían en que una persona, a cambio de la protección ofrecida por otra poderosa, le brindaba a ésta sus servicios. Ello era necesario, ya que no existía un gobierno central que

¹⁸ Para una mayor referencia en este tema *cfr.* Lozano Díez, José Antonio, *De la razón de Estado a la razón de mercado. El caso del sistema jurídico político mexicano*, Tesis Doctoral, Pamplona, Universidad de Navarra, 2000, a quien sigo en este apartado por su brillante exposición.

¹⁹ *Ibidem.* p. 22.

podría brindar ni tutelar ni siquiera las necesidades mínimas de la población, por lo que las personas daban sus servicios a cambio de aquélla. El poder regio se encontraba muy limitado por dichos privilegios y pactos, por lo que puede decirse que el rey era un señor feudal con cierta preeminencia frente a los demás. Así, la estructura social era un entramado de pactos y privilegios que tenían por consecuencia la ausencia de una monopolización de las actividades públicas. Por otra parte, el poder regio se encontraba muy limitado también de manera externa por el papado y por el Sacro Imperio Romano Germánico.²⁰

No obstante, en una tendencia común a muchos territorios, los reyes apoyados por el creciente poder económico de la burguesía y motivados por diversas circunstancias que favorecieron la toma del poder, lo ganaron paso a paso a los opositores, a partir del siglo XIII, vencidos para detentarlo de manera absoluta, expropiar los privilegios y centralizar las funciones públicas y volviendo público lo privado. Ello tuvo lugar incluso frente al papado quien vio debilitada su posición frente a la monarquía²¹.

La conformación del Estado moderno supuso entonces, en una primera fase, la monopolización del poder con tintes absolutistas y esa es precisamente la idea que queremos dejar asentada en las presentes líneas como un presupuesto: la tendencia y el modo de gobernar de los reyes era la detentación de un poder absoluto. En una segunda fase, que es en la que se encuadra el objeto del presente trabajo, se da la limitación de aquél poder. Por último, en una tercera fase se da la democratización de dicho poder²².

Debe decirse que los documentos y hechos que en seguida se expondrán, no necesariamente dieron origen a nuevas realidades históricas mundiales de manera inmediata. De resultar esto cierto, bastaría tal vez con el primer documento que se expone para que se hubiera dado por terminada la batalla histórica contra el exceso de la autoridad. Con ello se hace evidente que la lucha

²⁰ *Ibidem.* p. 28.

²¹ *Ibidem.* p.27.

²² *Ibidem.* pp. 29 y s.

por la concentración y la toma del poder y su límite tienen un origen casi simultáneo, si bien la segunda comienza débilmente viéndose arrasada por el triunfo de los reyes, aunque cobra fuerza con el pasar de los siglos. Todos estos hechos y documentos reflejan esa misma lucha como una constante histórica, una pugna constante entre el parlamento y la monarquía, entre las libertades y la concentración del poder.

Se suele señalar primeramente como antecedente del principio de legalidad a la Carta Magna que suscribieron el rey Juan sin tierra y los barones y obispos feudales en 1215, la que establecía en el numeral 39: *“No free man shall be arrested or imprisoned or disseised or outlawed or exiled or in any way victimized, neither will we attack him or send anyone to attack him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land.”*

Igualmente, este documento contiene la regla de que es necesario obtener el consentimiento general del reino para poder cobrar “ayudas” (impuestos) a los hombres libres²³. Debe señalarse que los destinatarios de este documento fueron únicamente los mencionados barones y obispos que suscribieron la carta, no así el común de las personas; no obstante, constituye un primer indicio histórico de limitación del poder y respeto a la libertad y a la propiedad. *“La propiedad privada juega un papel importante en la evolución del derecho anglosajón, por cuanto constituye un elemento básico en la formación del principio de legalidad tributario...”*²⁴

²³ The Magna Carta “12. No scutage or aid shall be imposed in our kingdom unless by common counsel of our kingdom, except for ransoming our person, for making our eldest son a knight, and for once marrying our eldest daughter, and for these only a reasonable aid shall be levied. Be it done in like manner concerning aids from the city of London.” “14. And to obtain the common counsel of the kingdom about the assessing of an aid (except in the three cases aforesaid) or of a scutage, we will cause to be summoned the archbishops, bishops, abbots, earls and greater barons, individually by our letters -- and, in addition, we will cause to be summoned generally through our sheriffs and bailiffs all those holding of us in chief -- for a fixed date, namely, after the expiry of at least forty days, and to a fixed place; and in all letters of such summons we will specify the reason for the summons. And when the summons has thus been made, the business shall proceed on the day appointed, according to the counsel of those present, though not all have come who were summoned.” <http://www.constitution.org/eng/magnacar.htm> Consultada el 7 de septiembre de 2010.

²⁴ Cfr. Rey Cantor, Ernesto, “Principio de legalidad y derechos humanos. Análisis desde la perspectiva del Derecho Procesal Constitucional”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (Coord.) *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002. p. 534.

Posteriormente en 1353, el rey Eduardo III expide dicho documento, sustituyendo la expresión “*per legem terrae*” o “*the law of the land*”, por la de “*debido proceso legal*” o “*due process of the law*”.

Se dice que las aportaciones jurídicas de este documento son dos, o bien que tiene dos dimensiones²⁵: la garantía sustancial de legalidad y la garantía adjetiva del debido proceso²⁶.

Esta idea es cierta en el entendido de que este documento únicamente constituye el precedente inicial de las instituciones mencionadas tal y como las conocemos hoy en día. No obstante, no debe entenderse que desde ese momento y mucho menos en un país con una tradición jurídica como la inglesa, haya existido una garantía de legalidad como la concebimos hoy en día, en el sentido de que se requiera un mandato aprobado por el Parlamento conforme al cual podría la autoridad desplegar cualquier ámbito de actuación.

Ello se infiere no solamente por el objeto de la regulación de dicho documento, sino incluso por el significado de la expresión “*the Law of the Land*”²⁷ contenida en este documento, entendida como Derecho del reino, lo cual no imponía la necesidad de la existencia de un mandato general dado por el parlamento, sino que los hechos debían someterse al conocimiento de un juez quien los juzgaría basándose en el Derecho del país. Esto se hace aún más evidente, si se toma en consideración la tradición jurídica en el cual nace este documento: el *common law*, en la cual no es concebible ni siquiera hoy en día una garantía de legalidad tan fuerte como la que se señaló.

²⁵ García Ramírez, Sergio, “El Debido Proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Número 117, Septiembre-Diciembre Año 2006. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/117/art/art2.htm> Consultada el 7 de septiembre de 2010.

²⁶ *Ibidem*. p. 537.

²⁷ El significado correcto en español para esa expresión pudiera ser el Derecho del reino. El propio *Edward Coke* escribió en “*Institutes of the Laws of England*” refiriéndose a la misma expresión en latín de la Carta Magna: “*no man be taken or imprisoned but per legem terrae, that is, by the common law, statute law, or custom of England*”. http://books.google.com.mx/books?id=YvhBAAAA YAAJ&printsec=frontcover&dq=Institutes+of+the+Laws+of+England&hl=es&ei=litPTJ61OsT68AbettGHAQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=8&ved=0CFAQ6AEwBw#v=onepage&q&f=false Consultada el 7 de septiembre de 2010.

Por el contrario, lo que sí se prevé de manera clara en este documento es que para la materia tributaria se requiere la necesidad de otorgar un consentimiento general, a efecto de poder recabar los gravámenes y, de igual manera, se establece el debido proceso para ser privado de la libertad o soportar los actos que ahí se señalan.

Por otra parte, existen otros dos documentos también pertenecientes a la tradición inglesa que tuvieron especial impacto en el tema, el primero de ellos es el *Petition of Rights* de 1628. Este documento es precisamente eso, una petición de derechos que fue elaborada por *Sir Edward Coke* (1552-1634) y firmada por el Rey Carlos I²⁸.

En este documento se narra, a manera de considerandos o consideraciones, cómo se han establecido en diversas ocasiones derechos básicos de los súbditos ingleses, no obstante, se señala que se ha fallado en el reconocimiento efectivo de los derechos. Es por ello que en ese documento se concluye con la súplica al rey, a efecto de que “...*nadie esté obligado en lo sucesivo a realizar donación gratuita, prestar dinero no hacer contribución voluntaria ni pagar impuestos o tasa alguna, salvo común consentimiento otorgado por Ley de Parlamento; que nadie sea citado a juicio ni obligado a prestar juramento, ni requerida a prestar servicios, ni detenido, inquietado o molestado con motivo de dichas exacciones o de la negativa de pagarlas; que ningún hombre libre sea detenido, encarcelado de la manera antes indicada [...]*”²⁹

Las aportaciones de dicho documento de acuerdo con la propia petición y los antecedentes que ahí se narran, consistieron en que el parlamento debía prestar su consentimiento para que el Rey pudiera establecer impuestos; la garantía contra la privación de la libertad: el *habeas corpus*; el derecho a la defensa cuando se pretendía despojar de sus propiedades a los ingleses u ordenar su detención o encarcelación sin seguir un debido proceso.

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Petition of Rights*. [http://www.unav.es/constitucional/Materiales/Petition%20of%20rights%20\(1628\).pdf](http://www.unav.es/constitucional/Materiales/Petition%20of%20rights%20(1628).pdf) Consultada el 7 de septiembre de 2010.

Uno de los juristas más importantes e influyentes en la historia del *Common Law*, Sir Edward Coke, en una afronta a la monarquía absoluta de aquellos, escribió que el Derecho es supremo y su base es el common law. “La conclusión práctica de este principio era la negación de que la prerrogativa fuera un ilimitado poder discrecional, sino un poder encuadrado en el common law; es decir, ilimitado [...] Consecuencia de tal pensamiento era que: a) El rey no pudiera juzgar más que a través de los jueces, ‘de acuerdo con el derecho y la costumbre de la Inglaterra’ (case of prohibitions, 1607); b) que el rey carecía de poder para alterar el derecho del país y especialmente crear nuevos delitos (case of proclamations, 1611)”³⁰.

El primero de los casos se encuentra especialmente referido a la facultad del rey para juzgar. Pero en especial cabe subrayar la limitación a las potestades regias de legislar y crear Derecho señaladas en el *case of proclamations*³¹. En este sentido, se pretendía que, a través de las prerrogativas reales -potestades consuetudinarias regias- (*proclamations*), pudiera alterarse (modificando o creando) el Derecho de Inglaterra³². Es realmente sorprendente lo avanzada que esta idea se encuentra para sus días, ya que se resolvió que el Rey no puede crear Derecho, sino que está sujeto a él, por lo que no podría tener más prerrogativa que aquella que le fuera permitida por el Derecho³³. Como puede constatar, esta idea no implica una “garantía de norma previa habilitante”, sino de sujeción al Derecho por parte de la autoridad regia, quien había intentado configurar prohibiciones sancionables a través de esta prerrogativa real. Esto es el propio concepto del “*rule of law*” o Estado de Derecho. Así, de acuerdo en ese documento, el Rey no puede crear nuevos delitos a través de estas prerrogativas reales.

³⁰ García-Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1984, p. 255.

³¹ Proclamations, Case of [1610] EWHC KB J22 (01 November 1610). <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/KB/1610/J22.html> Consultada el 7 de septiembre de 2010.

³² Como vimos, según Edward Coke se encuentra integrado por “*statutes, common law or custom of England*”.

³³ La expresión en inglés es *The Law of the Land*, a la cual nos referimos anteriormente.

Como se ha mencionado, hechos históricos como la publicación del pensamiento de *Sir Edward Coke*, tuvieron mucha influencia en acontecimientos posteriores; no obstante, no resultan de eficacia inmediata en la vida política Europa continental, en donde el absolutismo perduró. En este sentido, tenemos que decir que la historia política de Inglaterra y de Europa continental corren en tiempos separados.

Por otra parte, después de los vaivenes políticos de la revolución inglesa, que tuvo precisamente como punto crucial la limitación al poder absoluto de los reyes, y con el ascenso de Guillermo III y María II a la monarquía, se firmó por parte de esos reyes el “*Bill of Rights*”, documento en el cual, después de narrarse las violaciones cometidas por el predecesor que abdicó Jacobo II, se establecen algunas restricciones importantes al poder regio³⁴.

Con este documento se considera que se instaura la monarquía constitucional inglesa, pudiendo apreciarse que se consolida al Parlamento con el papel de legislador, apareciendo con ello de una forma más tangible el principio de legalidad/reserva de ley con fundamento en la representación que ostentaba el parlamento del pueblo inglés para el establecimiento de impuestos o la creación de delitos. Asimismo, es de advertirse en este documento el concepto de supremacía de la ley emitida por el parlamento, ya que, según se señala, el Rey no puede suspender su aplicación sin consentimiento de aquél.

Adicionalmente, resulta de importancia destacar los fenómenos que tuvieron lugar en el continente americano como antecedentes del principio de legalidad³⁵.

³⁴ Dentro de dichas restricciones pueden citarse las siguientes: “*That the pretended power of suspending the laws or the execution of laws by regal authority without consent of Parliament is illegal; That the pretended power of dispensing with laws or the execution of laws by regal authority, as it hath been assumed and exercised of late, is illegal; That levying money for or to the use of the Crown by pretence of prerogative, without grant of Parliament, for longer time, or in other manner than the same is or shall be granted, is illegal [...]*” English Bill of Rights, 1689. http://avalon.law.yale.edu/17th_century/england.asp Consultada el 7 de septiembre de 2010.

³⁵ En este sentido y como antecedente, en la Declaración de los Derechos del buen pueblo de Virginia se estableció lo siguiente: “*VI That elections of members to serve as representatives of the people in assembly ought to be free; and that all men, having sufficient evidence of permanent common interest with, and attachment to, the community have the right of suffrage and cannot be taxed or deprived of their property for public uses without their own consent or that of their representatives so elected, nor bound by any law to which they have not, in like manner, assented, for the public good. [...] VIII That in all capital or criminal prosecutions a man hath a right to demand the cause and nature of his accusation to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favor, and to a speedy trial by an impartial jury*

Antes de comenzar con los hechos acaecidos en Francia en el siglo XVIII, no omitiremos subrayar la semejanza tan grande de la cuarta y quinta enmienda de la Constitución Política de los Estados Unidos de América con lo señalado por nuestra Constitución en sus artículos 14 y 16, respectivamente.

Desde luego que, entre otros muchos preceptos, fueron inspiración, o más bien copia por parte de los constituyentes mexicanos. Tales enmiendas contemplan las mismas limitaciones, producto de la herencia histórica de los documentos antes señalados, así como de los casos que en seguida se explican.

En este sentido, puede decirse que la cuarta enmienda tuvo por finalidad limitar las inspecciones y embargos no razonables. Asimismo, en la quinta enmienda se señala la necesidad de un juicio previo para realizar actos privativos.

Sobre la cuarta enmienda de constitución americana y precisamente por la gran influencia que la misma tiene sobre el artículo 16 de la constitución mexicana, base del principio de legalidad, debe decirse algunas cosas más. A su vez, una gran influencia sobre dicha enmienda fueron los casos *Seyman* (*Seyman's Case*), *Wilkes v. Wood* y *Entick v. Carrington*, de hecho, se considera que una gran manera de entender la cuarta enmienda es a través de este último caso³⁶. Estos tres casos se dieron en Inglaterra, no obstante se reconoce su profundo impacto en la redacción de la constitución norteamericana. Asimismo, el caso *Paxton*, mejor conocido como *The Writ of Assistance Case*, de naturaleza similar, pero con hechos acaecidos en el nuevo mundo en la época prerrevolucionaria, forjó también el pensamiento de los creadores de las citadas enmiendas.

En torno al caso *Seyman*, podemos decir que en él *Sir Edward Coke* sentó la máxima: "*That the house of everyone is to him as his castle and fortress, as well*

of his vicinage, without whose unanimous consent he cannot be found guilty, nor can he be compelled to give evidence against himself; that no man be deprived of his liberty except by the law of the land or the judgement of his peers."

³⁶ *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886). <http://supreme.justia.com/us/116/616/case.html> Consultada el 7 de septiembre de 2010.

*for his defence against injury and violence, as for his repose [...]*³⁷ No obstante, se estableció en ese mismo caso que los agentes del rey tenían la autoridad suficiente para romper las puertas y entrar al domicilio y arrestar a la persona o ejecutar el proceso del rey, cuando se trate de un procedimiento seguido precisamente al Estado como parte, pero antes de entrar el agente debe indicar la causa del procedimiento. Aunque si se trata de cualquier otro procedimiento, no se cuenta con dicha facultad.

Por otra parte, en torno a los hechos del caso *Wilkes v. Wood*, podemos decir que surgió cuando la corona inglesa intentó censurar la publicación intitulada “*The North Briton*”, la cual era publicada anónimamente por John Wilkes. El Lord de Halifax, Secretario de Estado, emitió una orden dirigida a algunos mensajeros para encontrar y traer ante su presencia a los autores, editores o impresores de ese diario para proceder en contra de ellos, así como embargar sus papeles. Así, de una manera genérica y con poca evidencia, se emitió dicha orden en contra de personas desconocidas. En torno a dicho acto se señaló en la propia sentencia que era un acto en contra todo el reino de Inglaterra, puesto que cualquier persona se encontraba expuesta a él. Fue así que John Wilkes intentó y ganó una acción de daños en contra de los citados oficiales.

Por otra parte, *Entick v. Carrington* consistió también en una acción de daños que resultó procedente, intentada por John Entick en contra de algunos mensajeros del rey, ya que aquél fue señalado específicamente en una orden de búsqueda y embargo como el responsable de la publicación del diario “*Monitor*” o “*British Freeholder*”. A través de esta orden emitida por el mismo secretario señalado en el párrafo precedente y sin contar con la evidencia suficiente, los citados oficiales entraron al domicilio de John Entick y durante cuatro horas rompieron las cerraduras, abrieron cajones y embargaron distintos papeles de su propiedad. Así también Entick fue arrestado y llevado a comparecer ante una persona distinta al Lord de Halifax (un asistente).

³⁷ *Seyman's Case*, 5 Co. Rep. 91a, 91b, 77 Eng. Rep. 194, 195 (K. B. 1603). <http://szabo.best.wvh.net/semaynes.html> Consultada el 7 de septiembre de 2010.

Un tema ampliamente discutido en la resolución fue que el citado secretario de estado no contaba con la autorización por parte del Common Law, a través de algún principio o ley escrita para realizar este tipo de órdenes, concluyéndose negativamente.

Por último, *The Writs of Assistance Case*, también conocido como *Paxton's case* consistió en una disputa de sesenta y tres comerciantes que cuestionaron la validez de la orden general, solicitada por el oficial Paxton, que autorizaba bajo solamente una sospecha, a ciertos oficiales a buscar bienes objeto de contrabando sin limitación en el lugar, tiempo, o manera de realizar la búsqueda, quedando por ello facultados en su ejercicio para entrar a cualquier domicilio y realizar la búsqueda con cualquier persona, e instruyendo a cualquier otro oficial a practicar los actos de ayuda (*assistance*) en asistencia a estas órdenes.

En los tres casos existió el problema de que no se contaba con la evidencia suficiente para conceder las citadas órdenes. Precisamente, las órdenes tenían por objeto buscar y encontrar la evidencia faltante, bastando algunos indicios para suscitarlas.

Estos casos configuraron el contenido de la cuarta enmienda de los Estados Unidos de América que prohíbe las inspecciones y embargos no razonables, así como las órdenes generales. Según lo que se ha señalado en los casos antes descritos, principalmente en *Entick v. Carrington*, es necesario que la orden se emita por alguien competente ya por un principio del *common law*, ya por una ley escrita, así como que su contenido no sea general y se funde en una causa probable, a fin de respetar las libertades y propiedades de los hombres.

No obstante, los principios y espíritu de la cuarta enmienda de la Constitución y los asentados en *Entick v. Carrington*, de acuerdo con el propio Derecho de los Estados Unidos de América³⁸, no se limitaron a las órdenes generales,

³⁸ Cfr. *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886). <http://supreme.justia.com/us/116/616/case.html> Consultada el 7 de septiembre de 2010.

inspecciones y embargos, sino en general, a todos los actos que afecten la propiedad y la libertad de los individuos.

Es así que la cuarta y quinta enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América disponen, respectivamente, lo siguiente:

“The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”

“No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”

Puede señalarse a manera de conclusión de este periodo inglés y americano que los límites alcanzados a la autoridad fueron principalmente de un carácter tributario y penal, abarcando a los actos privativos de la libertad y propiedad privada.

De igual manera deben subrayarse los casos que dieron origen a los textos citados, porque brindan una comprensión cabal de las prescripciones en ellos contenidas.

Así, Luis Prieto Sanchís nos dice, refiriéndose a este periodo inglés y en relación al objeto de estudio del presente documento, que *“El principio de legalidad surge*

así como una legalidad tributaria y una legalidad penal³⁹, mismas que consistieron en una reserva de ley.

En este sentido, se requeriría del consentimiento por parte del parlamento como órgano de representación del pueblo, para establecer contribuciones. Así también, la autoridad regia se encontraba imposibilitada para crear delitos. Igualmente los actos que privaban de la libertad o propiedad a los particulares requerían de sujetarse a Derecho y a un debido proceso y se instaura igualmente la supremacía de la ley. Por último, se vedaron los embargos y visitas de inspección no razonables, los cuales deben ser emitidos a través de alguien competente en una orden específica y debe fundarse en una causa probable, principio que se hizo aplicable a cualquier acto que afecte cualquier derecho o libertad de los individuos.

Los hechos acaecidos en la comunidad inglesa y angloamericana fueron una influencia para la Europa continental, aunque no fueron los únicos. Hubieron diversas circunstancias particulares más extremas que orillaron al acaecimiento de hechos con un impacto jurídico y político a nivel mundial. No obstante, algunos postulados filosóficos fueron compartidos con la realidad inglesa americana. Procederemos a explicar brevemente unos y otros.

Es así que la realidad en Francia fue diferente de la de Inglaterra. La concentración del poder en este caso, fue absoluta⁴⁰. El éxito en la labor de los reyes antes narrada, consistente en asumir el poder y las funciones públicas, fue rotundo. Apoyado en ese momento por la burguesía y su creciente poder económico, este régimen se impuso. Fue durante el siglo XVII, en el reinado de Luis XIV que se dio la máxima expresión del absolutismo. Así, este rey llegó a afirmar: "*L'état c'est moi*".

³⁹ Prieto Sanchís, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, p. 169.

⁴⁰ Gutiérrez Domínguez, Fernando, *Régimen Financiero del Estado. Apuntes del curso para la Especialidad en Derecho Administrativo de la Universidad Panamericana*, México, Agosto de 2007.

En torno este periodo del absolutismo francés, se dice que el rey era designado por Dios y solamente era responsable ante él, sin posibilidad alguna de remoción, ya que era un poder vitalicio. Como resultará obvio, el rey detentaba todo el poder del Estado, puesto que su poder venía de Dios. Es así que se consideraba que el rey con cualquier actuación que llevara a cabo, no podía causar daño a nadie. La iglesia misma quedó supeditada a su poder. El monarca detentaba el poder absoluto y sus mandatos tenían la fuerza de ley. Ejemplo de ello fue que los llamados “estados generales”, representantes de los estamentos en Francia, no habían sido convocados desde 1614 y fueron convocados nuevamente hasta la crisis de 1789.

Los intereses del rey y su patrimonio, se confundían con los intereses y el patrimonio del Estado. No obstante, el monarca debía asumir una posición de tutela a su reino, en donde todos eran sus súbditos y le tenían un deber de obediencia careciendo de libertades y derechos. Asimismo, contaba con una burocracia gruesa y un ejército que le permitiera hacer frente a estas exigencias y funciones.

A efecto de hacer frente a todos los gastos que implicaba tener esta burocracia y ejército, así como a los lujos exagerados del rey, se tenía una política impositiva muy fuerte, esto es, los impuestos eran muchos y elevados. La población en años de buenas cosechas podía soportarlo; no obstante, en años de malas cosechas, se volvía sumamente difícil poder solventarlos. Es así que además de las fuertes cargas impositivas y la ausencia de libertades, fue una grave crisis financiera en Francia la que detonó la revolución francesa, que inclusive trajo consigo el hambre, la desocupación de la población y la excesiva inflación⁴¹. Así fue que la burguesía le dio la espalda al rey y apoyó su derrocamiento.

La revolución francesa tuvo causas que fueron notablemente de fondo (injusticia, hambre, crisis financiera, etc.), no obstante, trajeron como consecuencia cambios sustanciales en la forma de hacer las cosas, es decir, por lo menos en

⁴¹ *Idem.*

lo que al Derecho y a la justicia se refiere, los cambios traídos por este movimiento armado fueron muy grandes. Es la desconfianza en la manera de resolver los problemas del antiguo régimen, provocada por sus excesos y sus injusticias lo que hace que se dejen de ver como tales y se perciban como un problema de “arbitrariedad”⁴². Es por ello que esta etapa de conformación del Estado moderno implica un freno tajante al poder teocrático y absoluto, dando una nueva legitimación del mismo. El repudio latente y la desconfianza lo configurarán como un “*ancien regime*”. “*La Revolución francesa bautizó lo que abolía*” (*la Révolution française a baptisé ce qu'elle a aboli*).

Todas estas circunstancias en las que se encontraba el estado francés fueron motivos del derrocamiento del antiguo régimen. Las nuevas ideas de libertad y de razón, derivadas de los nuevos postulados ideológicos del momento se imponen ante el antiguo régimen y serán también base para configurar el principio de legalidad.

No obstante, tiene una gran relevancia la manera en la cual se impusieron estos nuevos postulados. La violencia generada por el movimiento armado en Francia tuvo grandes dimensiones y el ruido que dicho levantamiento provocó fue muy fuerte a nivel mundial teniendo un eco perceptible incluso hasta nuestros días, es por ello que es en esta Francia en donde se puede considerarse la cuna de la puesta en práctica de nuevas concepciones filosóficas. Y si bien la violencia no se detuvo con el triunfo de un primer movimiento instaurador de la libertad, ya que ésta se prolongó durante algunos años, los postulados que la sostuvieron trajeron consigo un cambio profundo en la forma de hacer las cosas. “*Liberté, égalité, fraternité*”.

2. Para abordar la realidad que de la Europa continental y los hechos que originaron un movimiento social con el impacto jurídico tan fuerte como la

⁴² Un acto arbitrario puede ser justo o injusto, sin embargo en torno a él yace en el interesado una percepción de falta de transparencia, es decir, lo que hay en el fondo es una pérdida total de la confianza en el sistema. Por ello, las fallas de fondo en la gestión de los negocios públicos fueron, entre otras, las fallas en justicia. Esto conduce al debate y la tensión entre la seguridad jurídica y la propia justicia.

Revolución Francesa, debemos también abordar las bases filosóficas que sentaron presupuestos para el principio de legalidad.

Las ideas instauradas provienen principalmente de autores como Hobbes, Rousseau, Locke y Montesquieu, si bien puede decirse que es a partir de Descartes y del renacimiento, que se da un vuelco en la explicación de la realidad de la que imperaba en la edad media. En sus ideas puede notarse como la realidad social se intenta explicar a través de la razón, misma que constituye para estos autores un valor supremo.

Los nuevos postulados racionalistas explican que el hombre es un animal que nace con una libertad natural originaria⁴³. El hombre nace con todas las libertades para hacer todo lo que se encuentre en su imaginación. En este estado originario, el hombre tiene todos los derechos y no tiene ningún deber u obligación. Bajo el enfoque de Hobbes⁴⁴, en este estado natural que precede a la sociedad civil el hombre es un ser egoísta, con el derecho y la disposición a hacerse de todas las cosas a costa de lo que sea, por lo que se hace necesario una autoridad fuerte que se imponga ante esta situación, a fin de evitar la guerra entre todos. Es por ello que las ideas de Hobbes fueron idóneas para justificar el absolutismo y la monarquía⁴⁵.

No obstante, a diferencia de Hobbes, bajo el enfoque de Rousseau⁴⁶ el hombre sí tiene bondades en este estado natural, aunque son aquellas propias de un “mono solitario”, en donde es necesario que forme parte de la sociedad civil para que esas características de ese hombre solitario se conviertan en virtudes, para transformar el “instinto” en justicia.

⁴³ Cfr. Truyol y Sierra, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, 2ª Ed., Madrid, Alianza Editorial, 1982, t.2., pp. 171 y s. y 275 y s.

⁴⁴ Cfr. Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Middlesex, Penguin Books, 1968, pp. 183 y ss.

⁴⁵ Cfr. Truyol y Sierra, Antonio, *Op. Cit.*, p. 173.

⁴⁶ Cfr. Rousseau, J.J., *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Trad. Ángel Pumarega, Madrid, 1923, pp. 15 y ss. http://www.catedradh.unesco.unam.mx/SeminarioCETis/Documentos/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/2_genero/5.pdf Consultada el 7 de septiembre de 2010.

Independientemente de lo anterior, en cualquiera de los dos enfoques el hombre ha decidido como una cuestión de conveniencia, ceder los derechos y libertades que le pertenecen ese estado natural. Es así, con esa situación natural del hombre, que la posición del Estado se explica sólo a través de un contrato, el contrato social, puesto que el individuo cede sus libertades y los derechos con los que nace⁴⁷, a efecto de que el Estado pueda detentarlos⁴⁸ y ejecutar las tareas que le son propias, para lo cual se renuncia a ese estado de libertad absoluta originaria.

El auténtico soberano ahora es el individuo ya que es quien le da origen a la autoridad, con lo que reivindica el poder y éste será ejercido por sus representantes quienes a través de la ley darán la autoridad necesaria a la Administración, con lo cual ésta podrá exigir obediencia únicamente en nombre de la ley⁴⁹.

Siendo el Estado una creación contractual a la cual se le encomienda el ejercicio de la fuerza para la ejecución de algunas tareas para el orden social y el ejercicio de las mismas libertades, podemos decir que es fácil deducir que ello se realiza a través de las leyes. Es a través de ellas en las que se renuncia a la libertad a través de los representantes elegidos, encomendándole ciertas tareas al Estado. Es por ello que las tareas de este ente, bajo esta concepción, están dadas en las leyes, por lo que aquél tiene como función ejecutarlas.

En la óptica de Hobbes y dada su descripción de la condición humana previa a la sociedad civil, es acorde que un monarca detente todo el poder⁵⁰, en tanto que en Rousseau⁵¹ la soberanía reside en todas las personas que a través de las leyes democráticas dictan el destino de sus libertades y del gobierno, por lo que la configuración política del modelo de Rousseau se perfila en el terreno de la república con la supremacía del parlamento. Son las ideas de este último autor las

⁴⁷ Cfr. Rousseau, J.J., *El contrato social o principios de derecho político*, Trad. Everardo Velarde, México, Editora Nacional, 1979, pp. 197 y ss.

⁴⁸ Cfr. Truyol y Sierra, Antonio, *Op. Cit.*, pp.172 y ss.

⁴⁹ Cfr. García de Enterría, Eduardo, *La Lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, 3ª Ed., Pamplona, 2009. pp. 127 y ss.

⁵⁰ Cfr. Hobbes, Thomas, *Op. Cit.* pp. 223 y ss.

⁵¹ Cfr. Rousseau, J.J., *Op. Cit.*, nota 46, pp. 240 y ss.

que van a tener un mayor peso tanto en las colonias de América como en la Revolución Francesa, independientemente de que las premisas de las que ambos autores parten propician también los hechos históricos que acabamos de comentar.

Bajo esas premisas, es lógico que se hayan asentado los presupuestos del liberalismo y su Estado liberal, que es aquel que tiene asignadas únicamente tareas mínimas de vigilancia para garantizar la seguridad de los habitantes, sin intervención en la economía. La existencia del Estado se justifica únicamente para mantener la paz y el orden entre la sociedad civil, conservando la libertad de los ciudadanos, garantizar y propiciar la libertad de iniciativa y de concurrencia, en tanto presuponen una ruta para la felicidad del hombre. Esta postura guarda plena congruencia con los postulados económicos de Adam Smith, en la tutela y el respeto a aquella libertad originaria, que se encuentran detrás de esta concepción liberal del Estado.

Con el contractualismo y el liberalismo como doctrinas en boga, es fácil deducir que las tareas del Estado y las tareas de la sociedad en esta época se hayan considerado tareas opuestas, contrarias⁵²: lo que hace uno es lo que deja de hacer el otro y por ende le perjudica. Por ello puede entenderse que aquí la legalidad implique una atribución-renuncia (vinculación positiva), pero por una norma emitida por parte del parlamento y no de cualquier otro tipo, esto es, una reserva legal.

3. Estos conceptos y tareas han dado lugar lo que también ha sido llamado “Estado Gendarme” o “Estado Policía”, precisamente por la naturaleza de las actividades que esta organización puede realizar y que consisten esencialmente en controlar y vigilar que el orden natural no sea quebrantado, interviniendo exclusivamente en aquellos casos donde las libertades de concurrencia, de iniciativa o el orden interno se vean comprometidos, quedándole prohibido cualquier otra interferencia.

⁵² Cfr. García-Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, 3ª Ed., Madrid, Alianza Editorial, 1982, pp. 21 y ss.

Es en esta época que el concepto de derecho subjetivo, como facultad derivada de la norma nace en el lenguaje de los juristas. El Derecho se confunde ahora con las leyes, ya que son éstas las que deben encargarse de organizar y entretener el entramado de derechos y libertades de las personas, a efecto de que pueda convivirse en sociedad y no se caiga en la anarquía, en la arbitrariedad y en la autotutela propias del antiguo régimen. Éstas no son cualquier tipo de leyes, sino que son leyes que se dan precisamente para garantizar el ejercicio de las libertades y los derechos de los ciudadanos, es decir, leyes de libertad, las cuales establecen un orden para el ejercicio de los derechos.

Esto es, asumiendo aquel estado de libertad originaria, en donde el hombre tiene todos los derechos, se vuelve necesario para la convivencia dentro de la sociedad civil y a fin de garantizar las mismas libertades y derechos, que se organicen a través de leyes las distintas renunciaciones y cesiones, las cuales se convierten en normas de atribución a la persona encargada de la seguridad y de tutelar la máxima libertad de los ciudadanos.

4. Los derechos subjetivos y libertades de las personas entonces son garantizados por la ley y por el Estado. Es bajo estas premisas que la seguridad jurídica nace como un valor que debe ser tutelado⁵³. Blaise Pascal lo plasmará con una expresión paradigmática: “*Si la justicia no es fuerte hagamos que la fuerza sea justa*”⁵⁴.

De ese momento en adelante, la seguridad jurídica se convertirá en un fin general del Derecho -incluso por encima de la justicia que queda relegada- y un derecho a la vez. Esto es, se convierte en un fin *per se* la exigencia de que no se alteren los derechos ni las libertades de una persona, si no es mediante una permisión expresa realizada por él mismo, a través de sus representantes.

⁵³ Cfr. Vigo, Rodolfo Luis, “Aproximaciones a la seguridad jurídica”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, Año 3, No. 6, 1998, p. 496 <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/1352/1/DyL-1995-III-6-Vigo-Rodolfo.pdf> Consultada el 7 de septiembre de 2010.

⁵⁴ Cfr. Pascal, Blaise, *Pensamientos*, Madrid, Alianza Editorial, 2004.

Abundaremos un poco más en torno a la naciente seguridad jurídica. Al respecto, esta nueva exigencia del Derecho, la cual constituyó un derecho en sí misma⁵⁵, se tradujo en la necesidad de respetar aquellos derechos originarios del hombre, los cuales sólo pueden ser afectados de una manera previsible y mediante algún apoderamiento general dado por parte del parlamento, porque este órgano es precisamente a través del cual el hombre lleva a cabo las renunciaciones ya mencionadas, por medio de sus representantes.

La necesidad se convirtió entonces en una supresión de “la arbitrariedad”, entendida como el hecho de que el poder público podría realizar sus actuaciones sin estar sujeto a las leyes. Así todo acto que fuera contrario a las leyes, como expresión de la soberanía popular, era arbitrario y por ende reprochable e inválido. Fue de esta manera que nació la creencia que el acto contra ley, esto es, sin sustento en ésta, es un acto arbitrario⁵⁶.

Esto significa un abandono de la manera de hacer Derecho propia de la edad media y del antiguo régimen: el pluralismo de fuentes, el entrecruzamiento de competencias, una creatividad judicial sin norma previa, buscando el *id quod iustum est* en el caso concreto y sobre todo la falta de un poder capaz de imponer sus normas jurídicas, con los que no se permite hablar de certeza, ni de ausencia de temor. Visto desde la modernidad, la manera de hacer el Derecho de aquel tiempo no genera seguridad alguna y despierta mucha desconfianza.

Fue así que con base la desconfianza generalizada se construyó un nuevo orden del Derecho.

5. Estas exigencias hicieron necesario la emisión de un boletín oficial del Estado a efecto de que el ciudadano común conociera las privaciones y, en general, el orden al cual se encontraban sujetos sus libertades y derechos. Así, cualquier persona

⁵⁵ De ahí el concepto vigente hasta nuestros días de “garantía seguridad jurídica”, que encontramos en infinidad de criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. A este mismo concepto lo hemos encontrado en muchos criterios jurisprudenciales confundido con la garantía de legalidad. Es así ambos conceptos se funden y constituyen uno solo, las “garantías de legalidad y seguridad jurídica”.

⁵⁶ Cfr. García de Enterría, Eduardo, *Op. Cit.*, Nota 49, pp. 158 y ss.

podría conocer de manera anticipada y con exactitud la solución de un conflicto de cualquier naturaleza, lo cual originaba seguridad (jurídica).

En el mundo moderno el Estado detenta el monopolio en el uso de la fuerza legítima para imponer las resoluciones con base en la ley. Asimismo, este Soberano tiene reservado a su favor la producción jurídica, esto es, todo Derecho nace del Estado, toda fuente de Derecho es estatal, quien impone sus resoluciones por el uso de la fuerza legítima, proveniente del pacto social. Esto, en contraposición a aquél pluralismo de fuentes y falta de la exclusividad en la detentación de la fuerza legítima de periodos anteriores.

Estas características del Derecho moderno obedecen también a una caída del iusnaturalismo medieval, que se comienza a dar desde el iusnaturalismo racionalista. Este último, caracterizado por una notable y fuerte influencia del desarrollo de las ciencias naturales, tenía una vocación de alcanzar principios y verdades universales descubiertos a través de la razón.

Así, las ciencias exactas tienen una incidencia notable en lo jurídico, con lo que se daría origen al positivismo. En este sentido, puede catalogarse como positivismo a una metodología que pueda caracterizarse como científica, en el sentido de las ciencias naturales, que implique cierta neutralidad ética y exclusión de cualquier criterio de valoración. La adopción de estas posturas para el Derecho permite hablar de positivismo jurídico. Es así que resulta muy común que un positivista jurídico adopte una postura relativista desde el punto de vista filosófico, puesto que puede prescindir de considerar el problema de la justicia suprapositiva o metalegal. Lo anterior, ya que el positivista por lo regular afirma que el Derecho positivo, por ser tal, o sea, ley o emanación de una voluntad dominante, es lo justo. Por lo tanto, cualquier contenido del "Derecho", es justo.

A mayor abundamiento, puede decirse también que una justicia material (*ius summi quique tribuere*), tal y como fue concebida en periodos históricos anteriores a la

modernidad, se consideró imposible de alcanzar, por lo que otros fines tomaron relevancia para el Derecho, como la seguridad jurídica. Así, si esta justicia material resulta imposible de obtener, como lo demostró el *ancien régime*, lo importante será tener certeza que no será afectada la libertad personal del individuo, sino mediante leyes, esto es, las leyes cuya vigencia, eficacia y contenido se traducirá en el aseguramiento de la libertad personal.

Así nace la idea de positivismo en el Derecho, el positivismo legalista, porque se hace con base en la ley del Estado, fuente de todo Derecho.

Todos estos fundamentos permiten igualmente que sea posible hablar del Derecho como un sistema. Por el contrario, en el Derecho anterior a esta época se concebía como tónica, esto es, con énfasis en el problema, en los hechos del caso. El énfasis a partir de la modernidad se dará en las reglas dadas para resolver los problemas por el legislador, representante del soberano, y que por fin tienen el de proteger la libertad de la persona y garantizar las condiciones mínimas de seguridad para el libre desarrollo de las actividades, y que constituyen verdades universales, descubiertas por la razón y son aplicables en cualquier caso de cualquier tiempo y lugar. Este sistema de reglas que es el Derecho, es el ente encargado de dar las respuestas, por eso es lo importante y se relega el caso y los hechos a un segundo lugar.

De igual manera, una característica del ordenamiento jurídico moderno es la supresión de los privilegios de los cuales se encontraba repleto el ordenamiento jurídico medieval. En la modernidad la tendencia será al abandono de aquellos y hacia una igualdad completa entre todos los “ciudadanos” de una nación, es decir, una igualdad generalizada. Este concepto aunado con los anteriores permite decir que cualquier ciudadano cuenta con todas las garantías de libertad para desarrollar las actividades y fines deseados, autodeterminándose. Desde luego tenemos que subrayar que se trata de un postulado evidentemente liberal y burgués.

La idea de seguridad se da por todos los fundamentos antes apuntados. Así, subyace en la misma idea del contrato social de Hobbes y Rousseau, al sostenerse que el hombre sacrifica parte de su libertad individual, entregándosela al poder estatal, para que se haga respetar su libertad. En este sentido, toda ley que contiene atribuciones para la autoridad, es una autolimitación. Así también subyace en la propia concepción sistema del Derecho, la racionalidad de su contenido y la igualdad.

Parte importante de la explicación que tratamos de formular es que estas ideas surgieron primeramente en el Derecho Privado y el Derecho Penal. Ello, ya que en el siglo XVIII, el Derecho tenía principalmente este carácter, es decir, el Derecho era de carácter privado y penal. De aquí surge el fenómeno de la codificación iniciado en Francia y que tiene huella hasta nuestros días.

Posteriormente, a través del constitucionalismo y en general del surgimiento del Derecho Público a lo largo del siglo XIX, la idea de seguridad jurídica se incorporará a éste. Así, con el nacimiento del Derecho Administrativo ésta disciplina hará lo propio.

Así, durante las primeras décadas del siglo XX, esta labor estará completa para el Derecho Público.

La legalidad se convierte entonces en la base de la seguridad jurídica. Ambas son consecuencia de la idea de representación a través del parlamento y del Estado liberal, como el sujeto impersonal encargado de la producción de un Derecho sistemático (normas generales inmersas en cuerpos legislativos) que tiene como base la igualdad entre todos los ciudadanos y como fin su libertad, así como de imponer sus resoluciones para garantizarles eficacia, a diferencia de la autotutela anárquica de tiempos anteriores.

Es así que la Declaración de los derechos del hombre, de cuna francesa, estableció que la ley es el camino para lograr la seguridad y la libertad y, por ende, el origen de la seguridad jurídica y el Estado de Derecho.

La consolidación de la seguridad se dará, por una parte y primeramente en el Derecho Privado, entre los particulares, a través de la codificación y en el Derecho Público, con el poder y la autoridad, con el constitucionalismo y a lo largo del siglo XIX, con el nacimiento del Derecho Administrativo. Las obras de Domat *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, y *Les loix politiques, suite des loix civiles dans leur ordre naturel*, son clara muestra de que las ideas expuestas son inspiradoras de todo el ordenamiento tanto público, como privado.

Por otra parte, un movimiento intelectual que también tuvo notoria influencia en el periodo y hechos que se comentan fue la Ilustración. Bajo las premisas de este movimiento, descendiente del racionalismo y del renacimiento, se desarrollaron las ciencias exactas, así como las corrientes de pensamiento filosófico vinculadas a éstas, como el empirismo o el positivismo. Características de este movimiento fueron su veneración a la razón como fuente de todo conocimiento cierto, así como su antropocentrismo.

La influencia de este movimiento en los hechos sociales que se comentan sale a relucir precisamente en el escepticismo intelectual que le es propio, el cual fue necesario para erosionar los fundamentos del viejo régimen, que no se encontraban exclusivamente basados en la razón. Posteriormente y fruto de la victoria de estas corrientes de pensamiento filosófico vinculadas a las ciencias naturales, éstas tendrán una influencia directa en la manera de hacer el Derecho.

En este sentido, la verdad sólo podía ser alcanzada a través de la razón, que conduce al descubrimiento de las leyes inmutables que rigen al hombre y a su entorno. Este pensamiento trajo consigo en el Derecho que se creyera que las leyes a las cuales debía sujetarse el hombre durarían por siempre y por lo tanto debían formularse de manera general y abstracta, puesto que cualquier persona de

cualquier época podría saber cuál es el Derecho aplicable, bastando solamente con consultar “el código”. Asimismo, la propia forma actual de los códigos y leyes, su estructura racional, su orden tan estricto e incluso la numeración de los artículos que la componen tienen como causa estas posturas filosóficas.

La labor de los jueces antes del triunfo e implantación efectiva de las ideas era muy distinta. La labor creativa antes de la llegada de la Ilustración a la mente de los abogados era realmente notable⁵⁷. La influencia de estas creencias en la manera de hacer el Derecho consistió en que el Derecho se agotaba y debía encontrarse exclusivamente en esas leyes, en el “Código”. No había más derecho y más labor de un juez que repetir lo que el código dice, puesto que estaba ya descubierto, como una verdad indubitable. Pensar que el juez pudiera cambiarla sería una atrocidad. El sistema era, por lo menos en la teoría, muy atractivo. Pensar en eliminar la posibilidad de error humano de los jueces “condenándolos” a que su labor consista únicamente en repetir en el caso concreto las palabras de la ley, puesto que ésta contiene la sabiduría de los representantes de la voluntad general, suena muy seductor en el papel.

Así, la soberanía se reivindicó para el pueblo⁵⁸, quien en todo momento la detentaría a través de estos representantes, que darían leyes para tutelar los derechos originarios de libertad y propiedad (superioridad del poder legislativo).

El auge del pensamiento liberal y la Revolución Francesa trajeron como consecuencia la creencia de que la libertad sería efectivamente tutelada en tanto el pueblo fuera el que detentara el poder y la soberanía, de la cual debía ser expresión la ley. *“En esta exigencia se funda el principio democrático de la reserva de la ley, esto es, la garantía de que la regulación del estatuto de las libertades es materia reservada al legislador y sustraída a la injerencia del gobierno.”*⁵⁹ En efecto, en Francia se establecieron límites al absolutismo como

⁵⁷ Cfr. Mayagoitia, Alejandro, “Los abogados y jueces en la Nueva España vistos a través de sermones y elogios fúnebres”, *Anales de Jurisprudencia*, Sexta Época, Segunda etapa, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, Tomo 256, Marzo-Abril 2002, p. 320.

⁵⁸ Cfr. García de Enterría, Eduardo, *Op. Cit.*, Nota 49, pp. 120 y ss.

⁵⁹ Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 35.

consolidación de la centralización de poder en los reyes, con el fundamento del principio de legalidad. “*La Declaración [...] convertía a la ley en el principal instrumento de protección de los derechos del hombre. Bastará evocar los célebres artículos 5º, 6º y 7º para mostrar que la tarea de proteger los derechos del hombre está esencialmente confiada al poder legislativo.*”⁶⁰ Con posterioridad a la expedición de las Constituciones de Estados Unidos y la francesa, se generó la proliferación de constituciones escritas que consagran estos principios.

Recordando lo que ya dejamos asentado en páginas anteriores respecto de las etapas de evolución del Estado moderno, podemos decir que aquí nos encontramos en la etapa de limitación y de democratización del poder, aunque debemos subrayar que los supuestos fácticos de la concentración absoluta del poder y de las funciones ya se encontraban dados y en plena vigencia. Esto es, el poder se encontraba ya concentrado y ni éste ni las funciones fueron dispersados como en la edad media, no hubo un retorno a las formas (o mejor dicho a la ausencia de formas) del Medievo, sino que más bien esa concentración de funciones y del poder fueron limitadas y democratizadas, naciendo un aparato burocrático impersonal, que es el modelo del Estado que hasta nuestros días tenemos.

Asimismo, las posturas filosóficas de la época hicieron que el Derecho se agotara en leyes dadas por los representantes de todas las personas, con una “estructura científica”, como si se tratara de leyes físicas e inmutables, por la influencia de las escuelas epistemológicas científicas, las cuales contenían atribuciones-renuncias formuladas por éstas, a fin de que el Estado ejecutara las tareas mínimas que le son propias. Esto fue la labor de la nueva legitimación de las tareas estatales. Las escuelas de Derecho se alinearon a los postulados de la época y nacieron diversas escuelas que enseguida comentaremos.

Como se podrá ver fácilmente, los postulados de estas escuelas tienen su origen en las premisas que recién se acaban de exponer. En primer lugar encontramos a

⁶⁰ Fromont, Michel, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Alemania-España-Francia-Italia, Civitas, 1991, p. 48. en Rey Cantor, Ernesto. *Op Cit.* p. 549.

la escuela de la exégesis, que sostiene que toda labor jurídica debe basarse únicamente en la consulta de la ley, ya que ésta es la fuente única y exclusiva del Derecho. En tanto que el Derecho es la ley, la labor del jurista consistirá únicamente en averiguar cuál es la voluntad real del legislador. “*Dura lex, sed lex*”. El ordenamiento jurídico es el sistema de leyes y es cerrado, no existen lagunas. Se niega valor a la costumbre y las insuficiencias a la ley se salvan a través de la misma mediante la analogía. En ese entendido, interpretar la ley consistía en reconstruir fielmente lo que el autor del texto legislativo había pretendido. Esta escuela comenzó en Francia con el fenómeno codificador y continuó su desarrollo y apogeo hasta el fin del siglo XIX. Se suele ejemplificar esta escuela con las frases de Bugnet “*yo no conozco el derecho civil*”, “*yo enseño el Código de Napoleón*”.

La dogmática jurídica parte de las mismas premisas de la escuela de la exégesis. De hecho la Teoría Dogmática no es reconocida por diversos autores, que solamente es tratada como una parte de la exégesis marcada por el racionalismo. La Dogmática tomó relevancia en la segunda parte del siglo XIX. Tiene un matiz frente a la exégesis, ya que los partidarios de esta última tendrían un método empírico, es decir la recolección de datos y hechos para determinar las palabras de la ley y la voluntad del legislador. Por el contrario, la Dogmática propuso entender la ley no empíricamente sino objetiva y lógicamente. Se ha dicho así que mientras la exégesis persigue encontrar la interpretación correcta a través de la búsqueda de la voluntad del legislador, la Dogmática persigue encontrar lo mismo en el propio texto de la ley.

En ambos casos puede decirse que se niega la relación entre las normas jurídicas y la vida social o su axiología, absorbiéndola en el orden jurídico establecido por la ley. De allí se pretendiera que los textos encerraran toda la vida social posible y fueran intrínsecamente justos. Más allá de los textos no existía ni la justicia ni la sociedad.

La escuela de la libre investigación científica fue desarrollada por Francois Geny. Los conceptos de esta escuela pueden sonar muy familiares para cualquier estudiante de Derecho, ya sus postulados pueden encontrarse en cualquier libro de Introducción al Estudio del Derecho. En este sentido, esta escuela comparte con las anteriores el hecho de que la ley es la fuente principal, si no única, del Derecho. La labor del jurista se limita a desentrañar el sentido del legislador, aunque el jurista podrá valerse también de otras fuentes como la costumbre. Los principios en los que basa su método interpretativo son en primer término que la ley es la fuente formal por excelencia del Derecho. No obstante, si su sentido no se encuentra gramaticalmente, el jurista habrá de utilizar otros elementos externos como los antecedentes históricos y, en general a jurisprudencia y doctrina. En el caso de ausencia de ley el jurista acudirá a la jurisprudencia y doctrina.

La escuela histórica también parte de la ley como la fuente superior del Derecho, aunque a diferencia de las otras escuelas, en ésta la interpretación permite que el texto legal se adapte a los diferentes tiempos y circunstancias. Así, se considera que la ley es fruto de determinadas circunstancias históricas sociales y conforme a éstas debe interpretarse originalmente, aunque eventualmente podrán dársele otras interpretaciones, considerando que las determinadas circunstancias históricas conforme a las cuales debía interpretarse originalmente, ya no existen, sino otras.

No obstante tener un origen alemán, la jurisprudencia de conceptos también es representativa del pensamiento legalista. Sus principios son la plenitud del Derecho, en el sentido de que toda solución está dada por los conceptos contruidos lógicamente por la técnica jurídica, de modo semejante a una pirámide, lo cual permite dar un completo apego al Derecho legislado, imposibilitado los vacíos e incoherencias. La creación de las leyes se da por los estudiosos del Derecho en perfecta lógica, prefiriéndola por encima de la realidad, ya que ésta puede hacerla imperfecta, lo que le da un carácter dogmático a los conceptos, cuya elaboración y sistematización se basa en la lógica formal al estilo de las ciencias exactas. La función del juez es por lo tanto mecánica, es decir, se limita a aplicar

los conceptos creados, donde no existen contradicciones.⁶¹ A Puchta y Rudolf Von Ihering, en la primera etapa de su pensamiento, podemos señalarlos como los expositores de esta escuela.

6. La breve explicación de estas escuelas nos permite tender un puente histórico para abordar el pensamiento jurídico de la Escuela de Viena, la cual termina de moldear la cultura jurídica mexicana.

A la evolución del pensamiento jurídico debemos añadir a la Escuela de Viena, considerando además la tremenda influencia que ha tenido en países latinoamericanos como México. El expositor de la Teoría Pura del Derecho dejó en nuestro país una huella imborrable y de alguna manera sigue siendo un referente obligado para cualquier estudiante de licenciatura en el país. Sus palabras han diseñado la estructura del pensamiento de los juristas mexicanos del siglo XX y es por ello que dedicaremos las siguientes líneas a exponer brevemente la influencia de su teoría.

Para Hans Kelsen, el Derecho debe ser ajeno a la influencia de otro tipo de ciencias. A fin de que ciencia del Derecho sea pura, debe ser también ajena a cualquier valoración moral, por lo tanto se excluye de todo valor al Derecho Natural. La principal preocupación es entonces metódica, si bien denota la respuesta a una pregunta esencialmente filosófica. Liberar al Derecho del influjo de las otras ciencias, de la moral y de las ideologías, es labor de la Teoría Pura del Derecho.

Para esta escuela, el Derecho es un sistema de normas, la cuales constituyen fórmulas que prescriben un deber ser y son creadas por la voluntad. Las premisas fácticas son propias de las ciencias exactas, en tanto que las premisas jurídicas son esencialmente deónticas y dicho carácter siempre debe ser presupuesto.

⁶¹ Flores Ávalos, Elvia Lucía, "Jurisprudencia de conceptos", *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, México, UNAM, 2006, T.I, p. 221.

Por otra parte, el análisis jurídico es vacío en contenido en esta teoría ya que se centra en dilucidar si una norma -incluyendo las normas jurídicas individualizadas en donde encontramos a los actos administrativos-, se emitieron conforme a la norma superior. Esto crea una cadena de juicios de validez que parte desde las normas jurídicas individualizadas y culmina en lo que el autor de esta teoría denominó norma hipotética fundamental. Como es evidente, en esta cadena de juicios de validez y conformidad con normas superiores se llegará un momento en que no podrán emitirse más juicios, por lo que la validez de esta cúspide de la pirámide debe ser presupuesta. A este concepto se le denomina norma hipotética fundamental. Esto último sustrae el análisis jurídico puro de la influencia de otras ciencias sociales o incluso de conceptos morales.

Pues bien, los conceptos extraídos de la Revolución Francesa con su contexto y demás circunstancias, así como los conceptos kelsenianos han permeado fuertemente la cultura mexicana. El juicio de validez que antes se señaló alcanza a los actos administrativos, los cuales requieren, para ser válidos, de una previsión expresa por parte de las normas superiores. Toda norma, incluso las individualizadas, es una actualización de la hipótesis prevista en una superior. Es por ello que la frase “las autoridades sólo pueden realizar aquello para lo que expresamente están facultadas”, equivale a decir que “el Estado es igual al Derecho (ley)”.

El Derecho entendido como ley -medida de toda validez-, es por ello “puro”, no admite fines, no conoce principios, indiferente a la justicia y a los motivos históricos, vive una sola realidad: sus propios enunciados, los cuales serán parámetro de validez de las normas inferiores y de los actos de las autoridades.

En ese entendido, el Estado actualiza las hipótesis normativas y se concibe esencialmente como una esfera de competencias, por lo que en esta concepción el Estado y el Derecho (ley) son uno mismo. Por eso Adolf Merkl, concibe la actividad administrativa como necesariamente jurídica⁶².

⁶² Cfr. Merkl, Adolfo, *Op. Cit.*, pp. 210 y ss.

Pues bien, a fin de concluir todo lo expuesto y recordar la conexión que tiene con el tema, objeto del presente estudio, tenemos que decir que bajo las posturas que se han abordado, el hombre tiene una libertad natural absoluta que cede al Estado, a través de las leyes, para que éste ejerza las funciones mínimas de autoridad y garantice precisamente esta libertad y, por otra parte, el Estado no es sino una esfera de competencias previstas en las hipótesis normativas que constituyen el Derecho (el Estado es Derecho). Es así que se concluye que la autoridad no puede hacer nada más que lo que tiene expresamente permitido y que los particulares pueden hacer todo aquello que no se encuentre expresamente prohibido.

No obstante lo expuesto, sí existen diferencias entre la concepción de la legalidad derivada del pensamiento kelseniano y la derivada del contractualismo y de la Revolución Francesa. En el primero de los casos la legalidad se entiende como una actualización de hipótesis normativas, siendo éstas de cualquier tipo (reglamentos, leyes, tratados internacionales, normas administrativas) será válido un acto de la autoridad solamente si se verifica en actuando alguna hipótesis abstracta y general. En la concepción derivada del pensamiento contractualista y de la Revolución Francesa la legalidad implica sostener que una autoridad únicamente puede ejecutar los mandamientos de los representantes populares, estando subordinada al parlamento al grado de no poder hacer nada que éste no le permita expresamente.

Así, una crítica a la legalidad nacida de la revolución francesa a los ojos del pensamiento jurídico mexicano común, sería que nada nos dice en torno a los reglamentos, tratados internacionales y reglas administrativas de carácter general, los cuales deben ser tomados en cuenta por la autoridad obligatoriamente, debiéndose ajustar a los mismos. Para que el principio de legalidad se encuentre satisfecho en esta concepción, es necesaria la previsión normativa del legislativo, a diferencia del esquema kelseniano en donde únicamente bastará con que la conducta actualice una hipótesis normativa válida del tipo de fuere (reglamento, regla administrativa de carácter general), a efecto de que sea válida la actuación.

b) **La legalidad positivista.** 1. Repaso del concepto a la luz de la doctrina positivista. 2. Descripción de los problemas: la ley injusta, el fraude y la ausencia de ley, el desvío de poder, la ineficacia de los mandatos legislativos. 3. La imposible previsión de la totalidad de supuestos normativos. 4. La confusión del acto administrativo con la sentencia. 5. Las consultas, la negociación y los actos internos. 6. Legalidad y eficacia. 7. Legalidad y justicia. 8. Legalidad y discrecionalidad. 9. La arbitrariedad de los particulares y la indefensión de la autoridad. 10. Repercusiones negativas en el Derecho Privado. 11. La negación de la realidad o el autismo normativista kelseniano.

1. En este apartado intentaremos exponer los fundamentos que le dieron origen la concepción del principio de legalidad que intentaremos criticar. A fin de tener en mente el concepto del principio de legalidad a la luz de la doctrina iuspositivista, debemos exponer que bajo esta óptica ley y Derecho se confunden. En ese entendido la autoridad no tiene existencia si no es en el entendido de que ejecuta normas.

Así, se ha escrito que dicho principio consiste en tres reglas: “1. ‘Es inválido todo acto de los poderes públicos que esté en contraste con la ley.’ En este sentido se habla de ‘principio de preferencia de la ley’ (...) 2. ‘Es inválido todo acto que no esté expresamente autorizado por la ley’. En este punto se habla de ‘principio de legalidad en sentido formal’ (...) 3. ‘Es inválida (...) toda ley que confiera un poder sin regularlo completamente’. En este punto se habla de ‘principio de legalidad en sentido sustancial’”.

“En la primera interpretación, el principio de legalidad constituye, por así decirlo, un “límite negativo” a la acción de los poderes públicos, que exige (sólo) que los poderes públicos no sobrepasen los confines trazados por la ley. Los órganos del Estado no pueden realizar ningún acto en contraste con la ley, y por tanto que vulnere la ley, pero pueden realizar todo acto que la ley no prohíba”.

*“En una segunda interpretación, por el contrario, el principio de legalidad constituye un “límite positivo” a la acción de los poderes públicos: ese principio exige no sólo que los poderes públicos sean ejercidos por la ley, sino que todo acto de los poderes públicos esté positivamente fundado en la ley, o sea que esté expresamente autorizado por la ley.”*⁶³ Es esta última concepción la que invade completamente la cultura jurídica mexicana y constituye la única acepción del principio de legalidad.

Ahora bien, debemos exponer cómo se ha interpretado el texto constitucional, en la parte conducente, con el fin de abordar esta parte de la exposición y vincularla con el concepto ofrecido. Como ha quedado dicho, los que sostienen esta visión de la legalidad en nuestro país postulan que la legalidad es un principio, aunque dicho principio emana de la letra de la propia Carta Magna⁶⁴. Se señala principal y primeramente como fundamento lo establecido por el artículo 16, primer párrafo de la Constitución Política⁶⁵.

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

El párrafo del artículo citado se relaciona con el postulado de legalidad de la siguiente manera: la autoridad requiere fundar sus actos, esto es, debe citar los preceptos de la ley aplicables al caso, lo que implica que debe contar con algún precepto en la ley que habilite su actuación, para poder realizar válidamente actos de molestia frente a los particulares, quienes, en sentido contrario, no necesitan de fundamento legal alguno que los habilite, ni de motivación frente a alguien para el ejercicio de sus libertades. Ello, según se ha interpretado, implica que la actuación de las autoridades requiere de estar prevista hipotéticamente en una norma de carácter general, abstracto y permanente para su validez.

⁶³ Cfr. Guastini, Riccardo, Estudios de Teoría Constitucional, México, Distribuciones Fontamara, UNAM, Colección “Doctrina Jurídica Contemporánea” dirigida por José Ramón Cossío y Rodolfo Vázquez, 2001. p. 123.

⁶⁴ Aunque esta situación resulte contradictoria, ya que, los principios, en unión de las directrices y valores, son precisamente lo que da origen a las reglas y no al revés.

⁶⁵ Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, 33ª Ed., México, Porrúa, 2001, p. 601.

Los actos de la autoridad no son objeto de una reserva de ley general. Este no es el significado del principio de legalidad. Únicamente, como ya se expuso, es necesario una ley en sentido material que habilite a la Administración para actuar.

Es así que, en principio, la garantía de legalidad deriva y constituye precisamente la garantía de fundamentación del artículo 16 de la Constitución Política: la autoridad necesita contar con un fundamento legal para actuar válidamente y citarlo además en el acto de molestia.

Por otra parte, el artículo 14 de la Constitución establece lo siguiente:

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

Debe decirse primeramente que los actos privativos a los cuales se refiere este artículo constituyen una especie de los actos de molestia, o bien, todo acto privativo es un acto de molestia, pero no todo acto de molestia es un acto privativo⁶⁶.

Pues bien, este precepto se vincula de igual manera con el principio de legalidad, en tanto que para que válidamente una autoridad, por medio de algún acto, pueda privar a un particular de algún derecho o posesión debe ser emitido dicho acto de conformidad con las leyes expedidas con anterioridad al hecho. Lo anterior, en adición a contar con un fundamento y citarlo en el acto mismo al ser los actos privativos especie de los actos de molestia. Por ello, en lo concerniente a los actos privativos, se ha interpretado que la actuación de las autoridades debe contar con un precepto en la ley que la prevea, a efecto de que sea conforme a la misma.

Por último, el mismo artículo 14 dispone:

⁶⁶ *Ibidem.* p. 591.

“En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.”

Este artículo resulta relevante con relación al principio de legalidad, puesto que si bien está dirigido a los juzgadores para cualquier tipo de procesos, excepto los de carácter penal y sancionatorio⁶⁷, todo acto de autoridad, incluyendo la administrativa, es revisable por la autoridad jurisdiccional, cuya resolución definitiva, o sea la sentencia, en todo caso debe ser conforme a la letra o la interpretación jurídica de la ley.

Este precepto tiene así una eficacia indirecta frente a las autoridades administrativas, quienes en todo caso deberán, al emitir sus actos, tomar en consideración los mismos parámetros que aquellos a los que va a sujetarse el órgano que resuelve sobre su validez, es decir, deberán sujetar sus actos a la letra de la ley o su interpretación jurídica y, sólo a falta de la misma, en los principios generales del Derecho, ya que el órgano jurisdiccional resolverá sobre la validez de los mismos conforme a dichos criterios.

Así también el artículo 89, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala:

“Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:

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

Si bien es cierto que el artículo resulta aplicable al Presidente de la República y éste no es la Administración Pública, sí constituye su piedra angular y la cúspide de la pirámide que la compone, por lo que se ha considerado a este artículo como el fundamento de la autotutela propia de la actuación de aquélla, ya que este precepto nos señala que su atribución primaria es la ejecución de las leyes,

⁶⁷ Para este tipo de procesos existe una disposición específica en la Constitución. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que, con ciertos matices, son aplicables al Derecho Administrativo Sancionador, los principios del Derecho Penal en la tesis de rubro: DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SUS PROPIOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ES VÁLIDO ACUDIR DE MANERA PRUDENTE A LAS TÉCNICAS GARANTISTAS DEL DERECHO PENAL, EN TANTO AMBOS SON MANIFESTACIONES DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO. Tesis: P. /J. 99/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, agosto de 2006, p.1565.

sin mediar la intervención de otro poder. Así, se considera entonces que la labor de la Administración es la ejecución de las leyes.

Este precepto y los anteriormente citados, parecieran fundirse en uno solo que impone la obligación a cualquier autoridad de cualquier tipo de no hacer más que lo que disponga la ley y que su actuación debe ceñirse estrictamente a su letra, de tal suerte que sus actos sean la mera actualización al caso de los supuestos normativos que las habiliten para actuar.

La relación que los anteriores preceptos tienen con el acto administrativo se da en tanto este último puede constituir un acto de molestia o un acto privativo.

No coincidimos con alguna interpretación que intenta encontrar al principio de legalidad en los artículos 103 y 107 de la Constitución⁶⁸. Realmente no existe ningún argumento de peso que sustente esta postura.

De igual manera, tenemos que dejar aclarado que el “debido proceso” históricamente se ha encontrado íntimamente vinculado con la garantía de legalidad. Como se expuso anteriormente⁶⁹, el concepto “*due process of the law*” tuvo dos dimensiones: una de carácter adjetiva y otra sustantiva. Por ello y en tanto las garantías jurisdiccionales son aplicables al procedimiento administrativo con ciertos matices, también implicaría tratar al debido proceso junto con las reflexiones del presente estudio, en tanto es una garantía adjetiva del administrado, parte de la legalidad a la cual se encuentran sujetos los actos administrativos.

No obstante, resulta perfectamente distinguible la parte adjetiva (debido proceso) y sustantiva (legalidad), más aún desde nuestro texto constitucional, cuando éste dispone respecto de los actos privativos que, para que sean válidos, deberán ser emitidos mediante juicio seguido ante los tribunales

⁶⁸ Cfr. Salazar Ugarte, Pedro, “Una aproximación al concepto de legalidad y su vigencia en México”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, ITAM, No. 9, octubre 1998, p. 201.

⁶⁹ Cfr. *Supra*. 23 y ss.

previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento (parte adjetiva) y, por otra parte, dispone que dichos actos privativos deberán ser conformes con las leyes expedidas con anterioridad al hecho (parte sustantiva).

Podemos decir entonces que el debido proceso constituye un requisito general de carácter adjetivo para los actos privativos, por lo que su falta podría tener alguna incidencia en la validez de dichos actos, al igual que podría tenerla la omisión de cualquier otro requisito establecido en una regla. En este sentido, su falta constituiría meramente una parte del análisis sustantivo del apego al Derecho, el cual es precisamente el objeto del presente estudio.

Por ello, al ubicar el debido proceso como una parte del análisis del apego al Derecho de los actos administrativos con incidencia variable en la validez del acto y aprovechando esta visible distinción entre debido proceso y legalidad, nos referiremos preponderantemente a la garantía sustancial de legalidad, puesto que es la que forma parte del presente trabajo.

En ese entendido, se abordará sólo en algunas ocasiones al debido proceso haciendo solamente alusiones a su falta, en tanto ésta incida o no en la validez del acto, como parte del análisis de un concepto más amplio que es objeto del presente estudio: la conformidad con el Derecho. Por ahora basta decir que el debido proceso, como derecho público subjetivo de carácter adjetivo del administrado, es una obligación exigible constitucionalmente para los actos privativos, por lo que cuando existe uno de éstos, existirá indudablemente la obligación de observar esta regla.

Como ha quedado advertido en más de una ocasión, el principio de legalidad encuentra aplicación para cualquier autoridad administrativa, legislativa o judicial. Sin embargo, lo que particularmente nos interesa considerando los fines de este estudio es su aplicación para el Derecho Administrativo, así como para la Administración Pública.

Dejando al lado las críticas a esta interpretación de los preceptos constitucionales anteriormente señalados, a la cual volveremos posteriormente, debe apuntarse que el principio de legalidad entendido así, se confunde con un postulado kelseniano: el Estado es el mismo Derecho, la autoridad y sus actos no se justifican y no existen, hasta en tanto una norma los prevea o faculte a la autoridad para realizar algo. Por ello, se dice que la autoridad se limita a la ejecución de la ley, esto es: la autoridad solamente ejecuta reglas. Toda posible actuación de la misma debe estar prevista *a priori* en una norma general, abstracta e impersonal, constituyendo su actuación una mera actualización casuística y fatal de la hipótesis normativa. Esto constituye un postulado normativista.

2. Bajo estas concepciones, pueden crearse algunos problemas jurídicos que describiremos a continuación.

Así, siguiendo el esquema kelseniano, en tanto que la autoridad es una mera ejecutora de normas, se convierte en un sujeto impersonal, imposible de cometer fechorías si actúa al amparo de una norma, incluso siendo una norma injusta o inconstitucional. Es así que puede convertirse en autor de cualquier clase de crímenes e injustos cometidos al amparo de una norma general, abstracta e impersonal, siempre y cuando sea válida.

Si se concibe a la autoridad como la encargada de ejecutar de manera exacta en un caso concreto los supuestos normativos previstos de manera abstracta en una hipótesis general, puede llegarse a la conclusión paradójica que el auténtico mandato previsto por el parlamento pueda hacerse nugatorio. Esto es, la efectividad de los principios y valores implícitos en las leyes puede verse en peligro, por la aplicación estricta de las reglas contenidas en las mismas leyes.

El fraude a la ley y el desvío de poder son los casos que resulta necesario explicar para dejar clara esta idea. El fraude a la ley se da cuando un particular viola algún

principio del ordenamiento jurídico, no obstante que su conducta se ajuste exactamente alguna regla. Asimismo, el desvío de poder se da cuando la autoridad atenta contra algún principio o valor, encontrando su actuación típicamente establecida en alguna norma del ordenamiento. Los particulares por una parte y la autoridad por la otra pueden hacer nugatorio la tutela o la eficacia de determinado principio o valor, amparando su conducta en la aplicación de una regla de cobertura.

Trataremos dar ejemplos de los anteriores supuestos. Un particular puede tener prohibida en una regla A, la conducta X, porque es contraria a algún principio del ordenamiento situación que no es expresada en la citada regla. El particular en este caso argumentará, basándose en un criterio un criterio de especialidad, que la norma que resulta aplicable es A', misma que permite la conducta X', la cual produce el mismo resultado contrario al principio que dio origen a la prohibición de la conducta X, contenida en la regla A. Ello constituye un fraude a la ley.

De igual manera, una norma puede establecer que una autoridad administrativa puede tener prohibida la actuación Y en una regla B, porque atenta a determinado valor o principio jurídico. Ante esta situación, la autoridad puede buscar una regla que permite la actuación Y', en la regla B', que produce el mismo resultado dañoso y, con fundamento en esa regla, llevar a cabo la actuación que pretende y que es contraria al citado principio o valor. Esto es un desvío de poder.

Así tenemos también que en una ley puede encontrarse que la autoridad administrativa cuenta con una atribución expresa X para llevar a cabo la actuación A, a fin de tutelar algún valor o principio del ordenamiento jurídico. Si ocurre que otra regla X' prohíbe la actuación A', o permite que la autoridad válidamente no la realice, misma omisión que produce la falta de tutela efectiva de ese valor y la autoridad utiliza dicha prohibición o permisión para no actuar: esto también constituye un desvío de poder.

Así como pueden hacerse nugatorios los valores y principios contenidos en las leyes emitidas en el parlamento por la aplicación de la letra de la misma ley, esta reflexión también es aplicable a los casos en donde los principios y valores que se puedan vulnerar, provengan inclusive de la propia Constitución. Sobre este particular, abundaremos un poco más posteriormente.

Puede ocurrir también que alguna regla sea aplicada incorrectamente, o peor aún que no sea aplicada, vulnerando el principio o valor que le da origen y que, por ende la justifica, por virtud de una desafortunada redacción, combinada con el desconocimiento de los principios como concepto. Así como el o bien por alguna idea mal plasmada o alguna antinomia dentro del cuerpo legislativo.

Un precepto que no es claro no debe confundirse con los conceptos jurídicos indeterminados. Al referirnos a ideas imprecisa, queremos restringirlo a aquel fenómeno que ocurre cuando una disposición se encuentra mal plasmada, en tanto los conceptos jurídicos indeterminados si bien se caracterizan por su falta de precisión y vaguedad, éstos son agregados conscientemente por el legislador a fin de permitir una mayor flexibilidad en la aplicación de una regla. No obstante, el abogado mexicano confunde ambas ideas y critica dura y ferozmente ambos fenómenos prefiriendo inclusive no aplicar una regla, buscando alguna otra que les de una cobertura, forzando su interpretación al extremo, en detrimento del principio que justifica a la primera. Lo anterior, por la ignorancia de los principios como concepto y un apego al sistema normativista kelseniano. Así, existe una cultura muy grande, que además despliega aires de arrogancia, de hacer críticas inútiles a las disposiciones legales y a las disposiciones imperfectas, mismas que tienen por fin la misma crítica, puesto que muy pocas veces construyen alguna interpretación para dar una aplicación correcta.

Esto último resulta evidente cuando se aborda el problema de la eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), cuyos preceptos que los establecen suelen ser vistos en la práctica por juristas partidarios de la escuela decimonónica, muchas veces renombrados, como una “carta de buenas

intenciones” que no pueden ni deben tener una eficacia constatable. Todo esto es en verdad mucho más grave de lo que suena. Preferir no aplicar preceptos normativos establecidos válidamente por quien tiene la autoridad para ello, dejándolos como “letra muerta” por su “oscuridad” o “vaguedad”, implica casi anular las potestades de los órganos legislativos del país.

3. En ese entendido, nos encontramos que lo que se exige de un legislador, a fin de satisfacer las necesidades normativistas, es que realice un ejercicio de realización imposible: que prevea la totalidad de supuestos normativos posibles y que los contemple en reglas específicas, detalladas, claras, así como bien redactadas, a fin de que pueda tenerse certeza y seguridad y poder aplicar correctamente las reglas. De hecho, cuando se emitió el Código de Napoleón, se pensó que se encontraban en él previstos todas las soluciones posibles a los conflictos aunado a la salida de la analogía, la mayoría de razón y precisamente por esa razón, se estableció una norma de clausura consistente en que el juez no podía dejar de resolver por falta de ley. Lo anterior implica que al legislador se le está exigiendo el don de la adivinación y de la perfección.

4. Expondremos una dificultad evidente más, derivada de la concepción dogmática antes expuesta del principio de legalidad, la cual pudo haber sido advertida desde la exposición de lo que señalan los artículos 14 y 16 constitucional. La doctrina no puede encontrar un punto de distinción válido o claro entre el acto administrativo y el acto jurisdiccional, entendidas bajo las premisas enunciadas en los párrafos anteriores. Si la autoridad administrativa tiene como única encomienda la ejecución de la ley en el caso concreto, su labor no encuentra distinción alguna con la función jurisdiccional, ya que esta última también consiste en la aplicación de la letra de la ley⁷⁰. La única distinción aceptable bajo estas premisas sería el sostener que uno constituye la revisión vinculante del otro.

⁷⁰ El juez es “*la boca que pronuncia las palabras de la ley*”, De Secondant, Carlos Luis, Barón de Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, México, Porrúa, 1999.

Podría intentarse como criterio de distinción decir que la autoridad judicial tiene como objeto de atribución de consecuencias jurídicas, además de los actos de la autoridad, los actos de los particulares⁷¹. No obstante lo anterior, dicho criterio no resultaría válido pues la autoridad administrativa o la autoridad legislativa podrían imponer también contenidos normativos a los particulares (a través de la emisión de leyes conforme a la Constitución o el uso de las atribuciones dadas en un caso concreto, previstas en las mismas leyes), al igual que lo hacen los jueces. Asimismo, se demuestra la falsedad de este criterio porque es también posible que un poder imponga cierto contenido normativo a otro y, como ha quedado dicho, los tres poderes pueden imponer contenido normativo a los particulares.

5. A manera de introducir la idea de que la realidad de la Administración y el Estado es superior a las hipótesis normativas y su actualización, tenemos también el caso de las consultas. Los particulares en muchas ocasiones se ven obligados por la falta de claridad en las hipótesis normativas o por la falta de hipótesis, a formular preguntas a la autoridad que se encuentra encargada de desempeñar una función de ordenación o policía respecto de dichos particulares, respecto de una situación en la cual puedan encontrarse comprometidos los intereses generales y sus propios intereses particulares.

Por lo regular la resolución de consultas no es una atribución expresa que se encuentre en las leyes, como sí lo es la propia actividad de ordenación que realiza la Administración. Bajo la óptica decimonónica y kelseniana y el Derecho Positivo Mexicano, la autoridad tiene en estos casos una obligación que deriva del artículo 8 de la Constitución Política: dar respuesta en un plazo breve. Como lo ha sostenido la propia Suprema Corte, la obligación se agota en dar respuesta, por lo que, siendo congruentes con el sistema de atribuciones previsto y su norma de clausura

⁷¹ De tomar como cierto el principio de legalidad como se ha enunciado, quedaría por preguntar, de una manera accesoria, ¿cómo resuelven los jueces un litigio entre particulares? El artículo 14 constitucional antes comentado señala que debe realizarse conforme a la ley o a su interpretación jurídica, y sólo a falta de la misma conforme a los principios generales del Derecho. Lo anterior implica que el órgano legislativo tiene la carga de prever cualquier supuesto fáctico posible y asignarle consecuencias, y solamente cuando ese intento es fallido, resultarán aplicables los principios generales del Derecho. Respecto a esta cuestión volveremos más adelante, puesto que creemos que esta postura inflexible merecería alguna revisión ya que bien podría sugerirse en principio, que la interpretación (conforme a cualquier método, incluidos los propios principios de derecho) y la letra de la ley tienen el mismo papel y la misma jerarquía de aplicación, de acuerdo, inclusive, con la misma letra del precepto de referencia.

la autoridad debe dar respuesta, pero el contenido de esa respuesta debe ser que no se encuentra facultada para responder esa consulta, por no encontrarse prevista en el ordenamiento jurídico potestad alguna para hacerlo. Con ello se actualiza y se cumple cabalmente con la hipótesis normativa prevista en el artículo octavo de la Constitución y se es congruente con la petición: dar respuesta manifestando la imposibilidad de resolver. Si la Administración estuviera compuesta por juristas moldeados en las formas kelsenianas, la respuesta sería contundente y no dejaría lugar a duda.

No obstante lo anterior, la realidad demuestra que la necesidad de dar una respuesta de fondo es crucial. La composición de la Administración, en donde los juristas kelsenianos son una voz más de entre tantas que existen, las preocupaciones de la propia Administración de tutelar el interés general, así como la necesidad de no dejar a los propios particulares con la certeza de una respuesta de fondo, se impone. ¿Qué es lo que ocurre en la realidad? La autoridad contesta las consultas sin contar con una atribución específica para ello, bastando con el mero hecho de que será ella la encargada de perseguir el interés general en la materia concreta y que resulta importante para ésta que los particulares atiendan determinado criterio implícito en la misma consulta.

La materia fiscal resulta buen ejemplo de lo expuesto. En este sentido, se observa que durante la vida del Código Fiscal de la Federación se han tenido que regular las consultas, puesto que eran una realidad con la que se encontraba la Administración y a la cual en más de una ocasión se daba respuesta, porque interesaba que los particulares actuaran de tal o cual manera a fin de hacer congruentes principalmente el pago de tributos con los intereses generales de la Administración. Inclusive, se le han ya señalado los efectos de las mismas, casos y circunstancias en las cuales la autoridad fiscal no se encuentra obligada a resolver de fondo y demás pormenores.

De igual manera encontramos inmerso el problema de la negociación entre la Administración y los particulares⁷². Es una realidad innegable que hoy existe la negociación y que es necesaria para los particulares y para la Administración, los cuales ceden y se hacen recíprocas concesiones y pactan en el marco de sus intereses. Siempre y cuando no conlleve la permisión de actos en contra del contenido de una ley, creemos que esta actividad resulta indispensable y positiva, ya que puede rendir y ha rendido frutos grandes tanto para los particulares como para la propia Administración. Esta realidad-necesidad no tiene cabida en el sistema normativista, pues la Administración está condenada a aplicar ciegamente normas, por lo que incluso esta actividad suele verse como sospechosa e ilegal.

Otro caso relacionado con el anteriormente citado son los llamados actos internos o de la Administración, que son Aquellos que se dan únicamente entre diversos órganos de ésta y que por ello no tienen eficacia jurídica frente a los administrados, es decir, no les causa ningún perjuicio ni beneficio. En estos casos no parece relevante el encontrar fundamento en una norma previa habilitante, por la circunstancia comentada, aunque el acto sí resulte necesario. No obstante, los servidores públicos en este caso particularmente se encuentran un poco obsesionados con encontrar fundamentos específicos para realizarlos. Ejemplo de estos es la solicitud de un informe o de opinión que hace un órgano de la Administración a otro. En general pensamos que a cualquier acto de trámite le es aplicable la reflexión, en tanto no terminen el procedimiento, puesto que en éste caso sí podría verse afectado el interés del promovente. Asimismo, los actos favorables también pueden ser objeto de esta reflexión, en tanto que con su emisión no lesionen algún otro interés jurídico.

6. Intentaremos explicar ahora la manera en que se da la tensión entre la legalidad y otros principios del ordenamiento. Como se ha dicho la legalidad en el sentido kelseniano y iuspositivista obliga a que la actuación de la autoridad se limite a la actualización de las hipótesis normativas. Sin embargo, la actualización de las

⁷² Aquí pueden encontrar fundamento figuras como la terminación convencional del procedimiento administrativo. Cfr. Delgado Piqueras, Francisco, *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Madrid, Arzandi Editorial, 1995.

hipótesis normativas no nos dice nada de la manera como debe hacerse la actividad administrativa. En este sentido, la actuación de la autoridad se encuentra también llamada a otras tendencias y principios, como la eficiencia, por ejemplo, lo cual resulta muy evidente en los actos de gestión y de fomento.

Así tenemos que al prestar un servicio público, la autoridad administrativa debe prestar los servicios públicos bien, esto es, de una manera eficiente a los beneficiarios de dichos servicios. En este sentido, la prestación eficiente de los servicios públicos puede verse comprometida por el cumplimiento literal de las disposiciones normativas. El ejecutor de la norma-prestador del servicio debe en estos casos tomar una decisión que no resulta fácil: violar alguna disposición normativa por mínima que esta resulte, salvando la prestación eficiente del servicio, o bien, ajustarse a la letra de las normas en detrimento de la adecuada prestación de los servicios.

Debe apuntarse que esta tensión que se describe se dará independientemente de que se actúe bajo la óptica decimonónica o no. Lo que queremos decir es que el sistema iuspositivista no ofrece salida alguna, pues éste desconoce toda tensión, la solución para éste es clara, no hay otros principios ni directrices, sino consecuencias jurídicas que nacen de la actualización de hipótesis.

7. De igual manera que ocurre con la eficiencia, puede presentarse una tensión con la misma justicia, ya que en algunas ocasiones la aplicación literal y ciega de algún precepto normativo por parte de la autoridad administrativa puede acarrear consecuencias injustas, lesionando los intereses del administrado o (en menos casos por alguna razón) los de la Administración. No queremos reincidir en los ejemplos ofrecidos en la descripción de la ley injusta, ya que esta tensión que describimos se da precisamente en ese caso, si bien no todos los casos de la tensión entre la legalidad estricta se reducen a aquél. Es así que la tensión que se da entre la legalidad estricta y la justicia no hacen que determinados preceptos normativos sean injustos en todos los casos, puesto que habrá circunstancias en las que pueda salvar la letra de la norma y la justicia al mismo tiempo, cuestión que

no ocurre en el caso de la ley injusta, en donde la justicia se encuentra de origen sacrificada.

8. Por otra parte, tenemos que señalar que la legalidad y la discrecionalidad son conceptos que, bajo la óptica decimonónica estricta, no pueden entenderse compatibles. Entendemos que la discrecionalidad permite a la Administración llevar a cabo su actuación en determinadas circunstancias o bien, decidir lo contrario, esto es, no actuar. Decimos que es inconciliable con el concepto de legalidad, puesto que si este último se entiende como la concreción de supuestos normativos, consecuencia fatal ligada al concepto deber ser kelseniano, no resulta imaginable romper con la secuencia de esta lógica deóntica. Así tenemos que si se da X (supuesto normativo), tiene que ser necesariamente Y (consecuencia de Derecho) bajo la óptica kelseniana. Por lo anterior, no puede concebirse que si se da X, pueda o no ser Y. Ello, porque los parámetros con los que la Administración decide aplicar la consecuencia Y o no, esto es, los parámetros para que X tenga lugar o no, no se encuentran previstos en la misma norma, de hecho, bajo la óptica kelseniana, ni siquiera existirían esos criterios jurídicamente.

Este concepto quiebra el sistema y creemos que lo hace de manera irresoluble. Los intentos de solución ofrecidos a nuestro parecer no resultan satisfactorios. Así, muchos de los intentos que se utilizarían para hacerlos compatibles lo harían matizando o suavizando el sistema kelseniano y volviéndolo imperfecto. En ese entendido, la discrecionalidad y la lógica deóntica kelseniana estricta, no resultan compatibles.

De este hecho nace precisamente el gran repudio que puede notarse fácilmente en la práctica por parte de los abogados mexicanos al concepto de discrecionalidad. Como el sistema kelseniano, bajo el cual han sido formados, es incapaz de dar una respuesta por sí mismo a cuándo si ocurre X, será o no Y, sus adeptos lo critican intentando enrollarse en la bandera de la certeza y seguridad jurídicas, confundiendo el concepto con la arbitrariedad de la autoridad. Bajo el sistema no es posible dar una respuesta válida a cuándo será Y o no, porque la respuesta se

encuentra en criterios que, bajo la óptica kelseniana, no son jurídicos, por lo que ello implicaría que el Derecho puro se contaminara de otras disciplinas.

9. Otro de los problemas que hemos anunciado es el fenómeno que hemos llamado “la arbitrariedad de los particulares y la indefensión de la autoridad”. Este problema puede inferirse de todos los inconvenientes antes enunciados de la lógica decimonónica. En este sentido, lo hemos encontrado en la práctica al concebir la mera actualización de hipótesis normativas como la totalidad de la labor de la Administración. Los inmensos problemas que acarrea hacer frente a la administración de los intereses generales, la imposibilidad de la cobertura normativa habilitante previa, el repudio generalizado del concepto de discrecionalidad, dejan a la Administración a merced de los particulares quienes bajo la premisa de que pueden realizar todo aquello que no les esté expresamente prohibido, lo hacen atentando en contra de principios, directrices y valores del ordenamiento jurídico. La Administración se ve paralizada con este argumento, imposibilitada para actuar, como lógicamente se desprende de la inexistencia de un precepto normativo habilitante exacto que justifique su actuación.

Los particulares patrocinados por los abogados nacidos en el sistema decimonónico suelen con una actitud insolente burlar los preceptos legales cuando ellos no resultan exactamente aplicables, invocar la ausencia de normas cuando la Administración pretende tutelar un valor o directriz, viendo sus intereses triunfar en la gran mayoría de las ocasiones ante un poder judicial poco capacitado sobre este punto.

Es por ello que la Administración, en su función de elaborar normas o proyectos de normas, ha previsto en reglamentos interiores, circulares y leyes preceptos normativos vagos y amplios, en espera de que algún día puedan utilizarse como cobertura. Asimismo con este poder de iniciar el procedimiento legislativo y de regular algunas materias tiene una sola interpretación originaria, un sentido conocido muchas veces sólo para la Administración. Creemos que éste último aspecto crea mayor inseguridad y falta de certeza que la falta de preceptos que

aplicar. La norma, su sentido y su finalidad es conocida únicamente por la propia Administración, ya que es ella, a través de sus poderes normativos⁷³ quien la ha formulado. Esto también constituye un exceso que en algún grado ha tenido colaboración los postulados decimonónicos: la Administración ha creado las reglas del juego, entre otras causas, por la necesidad de contar con norma previa habilitante. La Administración se siente muy cómoda en el desorden normativo, pues ella ha creado las normas, sólo ella sabe su fin⁷⁴.

Por otra parte, la Administración también ha tomado por la esa misma cuestión ya descrita una actitud de cautela extrema, que puede ser descrita también como una parálisis. Si no cuenta con precepto habilitante, no actuará y si lo hace, lo hará actualizando adecuando unívoca y exactamente, como si se tratara de tipos penales, las hipótesis normativas contempladas en el ordenamiento legal. De hecho, en la práctica uno de los motivos auténticos y reales de la actuación de la autoridad es, aunque resulte difícil creerlo, el evitar las responsabilidades que se les pudieran imputar. Por encima de la eficiencia en el desempeño de la tarea o función encomendada es el miedo a la sanción lo que determina el contenido de la actuación de los funcionarios.

De esta misma manera, los órganos de vigilancia y fiscalización de la Administración siguen estos mismos criterios y fiscalizan la actividad de ésta con los parámetros decimonónicos en cualquier materia, haciéndola nugatoria en muchas ocasiones y convirtiendo cualquier intento de sanción en improcedente, cuando la actividad cumple con los parámetros kelsenianos y cualquier defensa que se aparte de estos criterios, en infundada. De hecho existe actualmente en los órganos internos de control de la Administración una política de rotación que, si bien es cierto, tiene el sentido de evitar la parcialidad que se podría dar al ocurrir que un mismo servidor público de la Secretaría de la Función Pública vigile la actuación de determinada entidad durante un periodo largo, lo que hace evidente es que la actividad a fiscalizar es algo indiferente, es lo mismo encontrarse a cargo de

⁷³ García de Enterría, Eduardo, *Lucha contra las inmunidades del Poder en el en derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1983, pp.79 y ss.

⁷⁴ García de Enterría, Eduardo, *Justicia y Seguridad Jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 1999, p. 97.

fiscalizar la actuación de la Sociedad Hipotecaria Federal que de Caminos Puentes y Autotransporte Federal, de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores que del Fideicomiso de Fomento Minero, a la Secretaría de Seguridad Pública que al órgano encargado de administrar un programa como PROCAMPO, Apoyos y Servicios a la Comercialización Agropecuaria (ASERCA), de Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios que de la Procuraduría General de la República o del Instituto Nacional de Migración.

Realizar actividades como las previstas en la Ley de Premios Estímulos y Recompensas Civiles, a fin de otorgar algún reconocimiento del Estado a determinadas personas por su conducta destacada, se convierte en idéntica a la de aprehender un delincuente. Al final del día, la actividad de todos éstos se reduce a ejecutar normas y, por ende, así deben fiscalizarse.

10. Inclusive ha llegado la tendencia decimonónica a tener repercusiones en el Derecho privado, las cuales nos limitaremos meramente a mencionar para reforzar la prueba de la existencia de esta fuerte tendencia decimonónica, no obstante ser ajenas a la problemática del presente trabajo. El Derecho Privado ha sido caracterizado desde el Derecho Romano en ser abierto a las complejidades de la vida cotidiana, esto es, su riqueza se ha encontrado precisamente en la casuística que le daba origen. Ahora, bajo esta nueva óptica vigente desde el Código Napoleónico como ya se ha comentado, en tanto que todos los conflictos entre los particulares llegan a conocerse por la autoridad estatal encargada de impartición justicia, puesto que es el “ente” al que se le ha encomendado esta función, ésta únicamente debe aplicar los cuerpos normativos, encontrándose legitimada por el hecho de que han sido emitidos por el auténtico soberano: el pueblo (aunque como consecuencia de la expropiación por el mismo Estado de la creación del Derecho). Esto implica que las premisas decimonónicas han invadido el desarrollo de las actividades de los particulares, cuyo parámetro de validez será entonces el mismo que el de la autoridad: las normas. Un juez entonces al resolver un conflicto entre particulares, se verá impedido de resolver con base en otros elementos del sistema jurídico que no sean normas, condenado a que su actividad se reduzca entonces a

repetirles a los particulares el contenido de éstas y su labor creativa se reduzca en el mejor de los casos a la analogía y al argumento *a fortiori*, si así lo permiten los preceptos normativos, suprimiendo la riqueza del Derecho Privado, que de tradición había nacido siempre de la casuística que impone la complejidad de la vida.

11. Por último, tenemos que abordar un problema de tal magnitud, que de alguna manera, puede decirse que algunos de los problemas prácticos que se han expuesto, son aspectos concretos de éste. La óptica kelseniana reduce la realidad del Derecho y del Estado a las hipótesis normativas, su actualización, el nacimiento necesario de las consecuencias, así como el juicio de validez. Desde el sistema kelseniano, como ya se dijo, el Estado es igual al Derecho, concepción que coincide con el principio de legalidad. No obstante, creemos que en un afán crítico esto puede llevarse más allá, en un sentido no abordado por los seguidores de la Escuela de Viena. Y es que los particulares en el sentido más puro de esta teoría, tampoco hacen sino actualizar hipótesis normativas de la misma manera que el Estado.

Cualquier persona puede caminar por las calles de la ciudad de México y no hace sino actualizar algunos preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos: el artículo 1 y 11 se podrían venir a la mente, relativos a la aplicación de la constitución y la libertad de tránsito. ¿Qué es lo que hace la diferencia entonces entre el Estado y los particulares bajo la óptica kelseniana? Ninguna. El Estado y los particulares son Derecho y crean el Derecho. Ambos son centros de imputación normativa actualizando hipótesis. El contenido de estas hipótesis es irrelevante, es metajurídico. En el caso de los particulares el contenido de las hipótesis normativas más generales que le conciernen (libertades individuales), le permiten tener una mayor posibilidad en general de actualización de hipótesis normativas o de creación de normas jurídicas individualizadas, como los contratos. En ambos casos, no obstante, únicamente actualizan hipótesis normativas.

Así como el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, bajo la perspectiva de la Teoría Pura puede crear reglamentos con cualquier contenido y cuya validez está dada por la norma jerárquicamente superior, actualizando con ello el artículo 89, fracción I de la Constitución, así un particular puede actualizar el artículo 5 de la constitución y el 1832 del Código Civil del Distrito Federal y darse un contrato cuya validez dependerá de la compatibilidad de las normas jerárquicamente superiores.

No obstante, ahí donde el esquema kelseniano ve cincuenta personas morales constituidas por cincuenta normas jurídicas individualizadas que actualizan la hipótesis de la libertad contractual de una persona física, centro de imputación normativa, constituyéndose una encima de la otra, la realidad, de la cual forma parte la realidad jurídica, aprecia un posible delincuente perpetrando actos tendientes al lavado de dinero. Donde la Teoría Pura aprecia la actualización de las hipótesis permisivas a la autoridad, pudiera estar el régimen de la Alemania nazi.

Podemos pensar en muchos ejemplos más, sin embargo lo relevante de esta reflexión consiste en que el aparto kelseniano agota la realidad jurídica y la realidad de la Administración en las hipótesis normativas, las consecuencias necesarias de las mismas y el juicio de validez, independientemente de quien provengan. Por lo tanto ignora la realidad, es reduccionista y por ende, autista.

Podría intentarse salvar el sistema normativista estableciendo una norma general de atribución dirigida a la autoridad en el sentido de que puede realizar todo aquello que sea conforme al interés público, como ya lo hizo Adolf Merkl⁷⁵, precisamente para señalar que con ello se clausura el sistema de normas de atribución, intentando rescatar el esquema kelseniano, pero con ello estimamos que se ve desvirtuado absolutamente, puesto que esta regla siempre sería o podría ser tácita y no hace sino demostrar que las hipótesis normativas de

⁷⁵ Cfr. Merkl, Adlofo, *Op. Cit.*, pp. 208 y ss.

atribución son un mito normativista, puesto que son y pueden ser tácitas, ya que obedecerían a la misma naturaleza de las cosas.

En efecto, Adolf Merkl, inmerso en el sistema normativista de Hans Kelsen en el cual se concibe al mismo Estado como Derecho, en el afán de desarrollar para el Derecho Administrativo los conceptos kelsenianos, señaló que la autoridad administrativa se encuentra facultada para realizar todo aquello que sea conforme al interés general, por lo que siempre que actúe conforme a éste, actualizará una hipótesis normativa de atribución (actuar conforme al interés general).

Como se dijo, con esta idea se ridiculiza el sistema puesto que de ser ciertos los presupuestos señalados, se tendría que llegar forzosamente a una conclusión semejante a la expuesta en los párrafos anteriores, en el sentido de que para salvar el sistema, se le deja como una burla, puesto que se inventa una regla general de atribución, cuyo contenido es frontalmente opuesto a la norma de que el Estado no puede hacer nada que no esté expresamente establecido.

Así, bajo ésta óptica todos somos centros de imputación normativa ejecutando hipótesis, con lo que se eliminan todos los problemas jurídicos y los reducen al juicio de validez y, mejor aún, se deja al descubierto el verdadero problema jurídico que es el contenido mismo de la hipótesis, cuando la hay, develando que el contenido mismo de la hipótesis de atribución lo da la naturaleza de las cosas y que no pueden existir todas las hipótesis normativas, dejando entonces las preguntas de ¿cuándo se actúa conforme al interés público?, ¿cuándo se actúa conforme a las libertades individuales?, para ser respondidas de acuerdo con la misma naturaleza de las cosas. La realidad entonces es infinitamente más basta para intentar encajarla toda en hipótesis⁷⁶.

⁷⁶ En el fondo estamos de acuerdo con la idea de Adolf Merkl, en el sentido de que el Estado puede realizar todo lo que sea conforme al interés general, aunque no por la existencia de una hipótesis normativa general de atribución, sino por la misma naturaleza de esa entidad política. No es una diferencia accesoria, sino una visión enteramente distinta del Derecho.

Efectivamente, el Estado tiene una realidad sociológica real que no debe negarse. En él confluyen muchos intereses de muchos tipos. De la misma manera el Estado tiene una realidad económica que le condiciona. Creemos que no debe darse la espalda a los factores reales de poder, así como a las diferentes disciplinas que explican la realidad del Estado y del Derecho. Igualmente, debe recalcar que la autoridad es encarnada por personas físicas con circunstancias subjetivas, igual que cualquiera. Asimismo, la Administración tiene una agenda política, esto es evidente e incluso natural. Tal parece que estamos diciendo verdades que no necesitarían expresarse, pero cuando se llega al extremo de negar todas estas aristas al Estado para agotar su realidad en las hipótesis normativas, resulta necesario. El Derecho no puede negar todas estas realidades o estará condenado a que, en su momento, se le ignore, porque dará respuestas incoherentes a los problemas que se le planteen.

c) ***Notas sobre la evolución del Estado y del Derecho con posterioridad a la Revolución Francesa.*** 1. *Algunas críticas del contractualismo.* 2. *La relación entre los fines y tareas del Estado y la Administración.* 3. *Panorama de las tareas y fines del Estado en la actualidad.* 4. *La seguridad jurídica y la justicia actualmente.* 5. *Sobredimensión de los fines de la Revolución.* 6. *Nuevas tendencias del Derecho.*

1. En esta parte del documento pretendemos formular algunas críticas a los fundamentos y consecuencias de la concepción normativista del principio de legalidad, expuestos en el apartado anterior, a fin de poder desentrañar (o proponer) su contenido posteriormente. Si criticamos los fundamentos del principio de legalidad en la línea normativista, ello tendrá algún efecto en la misma concepción de este principio. Asimismo, con ello se tendrá un impacto en la técnica jurídica ofrecida por las escuelas decimonónicas que se mencionó en el apartado anterior, es decir, se tendrá un impacto en la técnica jurídica consecuencia de los postulados objeto de análisis. De igual manera abordaremos las críticas y la evolución de las premisas y consecuencias del pensamiento contractualista y liberal, para los mismos efectos.

El contractualismo puede ser criticado porque, a juicio nuestro, parte de una premisa falsa, sin fundamento histórico alguno. Ello implica que nunca en la historia de la humanidad ha ocurrido, porque su verificación es imposible. Nos referimos al llamado “estado natural del hombre”, inventado por los contractualistas con la finalidad de poder asentar en la voluntad humana las bases de la sociedad. Si este “estado natural” no ha ocurrido salvo en la ficción, sino por el contrario, el hombre siempre ha vivido en sociedad e inmerso en la política, demuestra es que el hombre siempre ha sido un animal social y político, como se señala desde Aristóteles⁷⁷, explicación que resulta universalmente aceptable.

Pueden existir personas antisociales, ermitaños, delincuentes y resentidos, cuya conducta en conflicto con la sociedad demuestra precisamente que todo hombre encuentra su realización en la misma, a diferencia de otras especies. Hay gente que no le interesa la política, pero desde una asamblea de condóminos o una sociedad mercantil, hasta una sociedad como la mexicana, ha contado con una clase política. En todos los tiempos ha habido siempre un poder o una autoridad política en la sociedad: es un reflejo de la propia naturaleza del hombre. Realmente no se celebró contrato social en la modernidad, ni se descubrió que existe y que se ha venido ratificando por siglos. El hombre siempre ha sido un ser con vocación social y política⁷⁸.

Si el fundamento de la autoridad y del Estado no se encuentra en la voluntad de todos, esto es, si los postulados contractualistas son falsos, de cualquier manera esta línea de pensamiento nos da a pensar algunas cuestiones que no giran en torno a su veracidad o falsedad. En primer lugar, nos permite apreciar que con estas ideas se pretendió dar un fundamento nuevo al Estado⁷⁹. Si la autoridad no encuentra su fundamento en Dios, sino en la voluntad de cada persona, el hombre ha reivindicado para sí la razón de la existencia de la autoridad, poniéndola a su nivel, o incluso por debajo.

⁷⁷ Aristóteles, *La Política*, Trad. Nicolás Estévez, París, Casa Editorial Garnier Hermanos, 1932, p. 5 y ss. <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/766/3.pdf> Consultada el 7 de septiembre de 2010.

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ *Cfr.* Truyol y Sierra, Antonio, *Op. Cit.*, pp. 172 y ss. y 277 y ss.

Esto refleja también el antropocentrismo y racionalismo propio de la época, ya que los contractualistas concibieron al hombre y a ellos mismos con el poder y la voluntad suficientes para ser el propio fundamento del Estado⁸⁰ en aquella época (antropocentrismo), desapareciendo las explicaciones teológicas. Estas explicaciones pusieron en alguna medida el poder al alcance del hombre común, a través de la racionalidad de aquella época. La consecuencia es que se pudiera intentar y derrocar a cualquier régimen que apestara al fundamento antiguo, dadas las circunstancias para ello, como las excesivas injusticias, hambre, crisis financiera, etc.

El Estado tenía una nueva legitimación: el contrato social⁸¹, que pone de igual a igual al ciudadano y a la autoridad. Si para la creación del Estado moderno hubo un asalto a las funciones públicas por parte de los reyes, con esta nueva legitimación encontró un límite, que implicaba derrocamiento cuando se daban ciertas circunstancias. Como resultará obvio, un nuevo fundamento que aparece por la “recién estrenada” razón del hombre, con el respectivo derrocamiento del régimen no resuelve los problemas concretos y de fondo.

Lo simpático es que las autoridades mexicanas sigan sosteniendo hoy en día al contractualismo como una doctrina cierta y con base en ella actúen y se sientan legitimados, como si los creadores de dicha doctrina hubieran publicado sus libros hace algunos años⁸².

No obstante, tenemos que reafirmar que no hay tal contrato social y que la misma idea, a juicio nuestro, no es sino un reflejo de la caída del fundamento teocrático y perfectamente sintomática del antropocentrismo y racionalismo de aquella época.

⁸⁰ *Idem.*

⁸¹ *Idem.*

⁸² “El principio de concesión de libertad personal que se le hace al Estado para que proteja a todos es fundamental. Entre todos hacemos competencias sobre los márgenes de autonomía a que tenemos derecho para entregarle esos espacios al Estado para que el Estado tenga la potencia necesaria para proteger a todos. Este es un principio central y clásico de la teoría del poder y de la teoría del Estado. Hoy por hoy a nosotros nos toca darle vigencia histórica, a todos nosotros.” Conferencia de prensa del Secretario de Gobernación, Lic. Fernando Gómez Mont, en la sala de conferencias de esa dependencia, el 9 de julio de 2010 (!!).

<http://www.segob.gob.mx/Portal/PtMain.php?pagina=salaprensa&articulo=2164&pref=1&cat=2> Consultada el 12 de julio de 2010.

Si decimos que la autoridad encuentra su legitimación en la misma naturaleza humana y no así exclusivamente en su voluntad (contrato), de ello no se desprende la consecuencia de que la democracia sea una aspiración irrealizable o bien que se encuentre construida sobre premisas falsas y que haya dado pie a revoluciones inútiles. La democracia es un proyecto viable. En efecto, la afirmación realizada implica únicamente que la idea de libertad originaria en unión a sus renunciaciones y cesiones voluntarias para que, a través de la ley, el Estado exista y ejerza autoridad, es falsa. Lo que queremos decir entonces es que resulta falso que la autoridad encuentre su fundamento en la voluntad de todos los hombres de una sociedad, con ese preciso alcance. La democracia puede encontrar sustento en la voluntad de los hombres (pueblo), pero esta última no puede ser el único elemento legitimador ni de la existencia misma de la organización política humana, ni de todas sus actuaciones.

Lo que pretendemos afirmar entonces es que no puede llegar válidamente a los extremos de pretender que cualquier actividad de la Administración debe limitarse a ejecutar los mandatos de la ley emitida por los representantes del pueblo, por virtud del contrato social y de la soberanía popular. No obstante, estimamos que la voluntad popular sí tiene un alcance legitimador de la autoridad y sus actuaciones, en torno al cual partiremos del siguiente capítulo, partiendo primeramente de que una democracia es posible.

Habiendo asentado que la existencia del Estado como organización política tiene su razón de ser en la misma naturaleza humana y no así en un contrato, tenemos que hacer hincapié en que esto constituye el fundamento último. Señalar que la organización política obedece a que el hombre es un animal político, no dice nada respecto a los fundamentos concretos y específicos de la autoridad, ni coincide con la evolución histórica posterior de las ideas que fundamentan la existencia del Estado. ¿Para qué es necesario un Estado? Esta pregunta nos conduce al tema de las funciones y tareas del Estado, mismo que fue abordado en el capítulo anterior como las funciones del Estado liberal y Estado policía, como consecuencia de los

postulados del contractualismo. Aquí pretendemos dibujar una tendencia de su evolución posterior y la de sus fundamentos.

Como se asentó, las reacciones históricas al liberalismo y al contractualismo no provinieron de un argumento como el de la naturaleza humana. Las réplicas históricas más importantes aunadas a la evolución de las funciones y tareas estatales vinieron del pensamiento Hegeliano y Marxista.

2. Estas funciones tienen un impacto frente a la propia conformación del Estado y de la noción de autoridad, en tanto que la Administración constituye su cara principal. La actividad jurisdiccional y legislativa son funciones eminentemente vitales, pero los fines y tareas que encarna la Administración suelen ser los principales del Estado, en todo aquello que no implique justicia y leyes. De tal suerte que al hablar de las tareas del Estado, incidiremos en las tareas que tiene encomendada la Administración.

3. Ahora bien, la idea de contrato social, en tanto que únicamente refundó la legitimación del Estado, permitió que éste continuara con sus funciones, las cuales no se vieron disgregadas como en una anarquía similar a la del Medievo. No se dio marcha atrás a la descentralización propia de la edad media, sino que se conservaron las funciones, democratizándose⁸³. Por ello nos atreveríamos a decir que esta refundación de la legitimación estatal, permitió que éste siguiera con la ciudadanía, mirándolo de igual a igual. Estas tareas de la Administración continuaron y se hicieron igual de feroces o más.

A pesar de que el liberalismo y las tareas mínimas del Estado policía tuvieron un apogeo, posteriormente vino su decaimiento. El Estado asumió funciones que el liberal jamás hubiera permitido. Se convirtió en una máquina de enormes proporciones, gestor de servicios e interviniendo notablemente en la economía⁸⁴. La vieja labor de policía continuó como una más de las actividades que el Estado debía realizar, no como la única o la que justificaba su existencia. La tutela de la

⁸³ Cfr. Lozano Díez, José Antonio. *Op.Cit.* p. 30.

⁸⁴ Cfr. García-Pelayo, Manuel, *Op. Cit.*, pp. 30 y ss.

libertad como la principal tarea del Estado pasó a segundo término. Con ello pretendemos afirmar que el “para qué” del Estado cambió, sus razones de ser concretas evolucionaron⁸⁵ y la tutela de la libertad se conservó como una más de las tareas del Estado, creándose la enorme e importante actividad de gestión y de fomento. Así, en el mundo no se hicieron esperar las reacciones a la Revolución Industrial. Las revoluciones obreras antitéticas al liberalismo impusieron a la Administración nuevas tareas, reconfigurándola. Con ello, el fundamento de la tutela de la libertad basada en última instancia en el contrato, queda relegado. Esto es, la tutela de la libertad no queda sepultada, sino relegada de su papel principal⁸⁶.

La asunción paulatina⁸⁷ de nuevas tareas y funciones del Estado le han dado funciones de benefactor, promotor, distribuidor y administrador o *manager*⁸⁸. Dichas funciones consisten, por enunciar algunas, en la motivación para que los particulares realicen actividades, la estimulación de la participación de los particulares en la vida económica del país, la producción y comercialización de ciertos bienes y servicios (la participación directa en la vida económica del país), la motivación de la redistribución de la riqueza, la promoción de la de cultura, la creación de mercados cautivos para proteger a los productores nacionales, así como el otorgamiento de subsidios a determinados productos.

Nos atrevemos a sostener que el fin natural del Estado históricamente ha sido y es el interés general, concepto indeterminado cuya concreción es y debe ser cambiante, atendiendo a una multiplicidad de circunstancias, entre otras, de tiempo y lugar.

⁸⁵ Cfr. García-Pelayo, Manuel, *Op. Cit.*, p. 55.

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ “El Estado constitucional surgido de la institucionalización del poder y de la ruptura absolutista se desarrolló en Europa no de manera lineal, ni con la misma intensidad en cada una de sus naciones. Constituyó un proceso salteado que sólo se puede generalizar y caracterizar prácticamente ya entrado el siglo XIX, cuando la mayoría de los países habían pasado por la experiencia de encauzar el poder y la soberanía según los dictados de la Constitución y la ley. En su versión original el Estado constitucional adoptó una modalidad de Estado liberal de derecho en el que su intervención no era notable, situación que se modificó históricamente ante el creciente surgimiento de dificultades sociales, que obligaron al Estado a convertirse en interventor y director de procesos, regulador de la vida pública y privada (Estado de bienestar), y más recientemente, actor decidido en la gestión social del hombre y la comunidad (Estado social de derecho).” Santofimio Gamboa, Jaime O, “Fundamentos constitucionales del Derecho Administrativo Colombiano” en Jaramillo Villacís, Ana Lucía (Compiladora y editora), en *El marco constitucional del Derecho Administrativo en Iberoamérica, V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Quito, Asociación Española de Ciencias Administrativas, Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, Sección Española, 2006, p. 267.

⁸⁸ Cfr. García-Pelayo, Manuel, *Op. Cit.*, pp. 35 y ss.

Así, hoy en día puede decirse que el Estado, más allá de garantizar la libertad, tiene a su cargo la “procura existencial” del hombre en sociedad⁸⁹, que implica mucho más que su seguridad jurídica, la tutela de su propiedad y la igualdad. El Estado liberal garantizaba la libertad, basándose en la justicia conmutativa, el Estado hoy se basa en la justicia distributiva⁹⁰. Además, las cuestiones económicas son sólo una parte de la esfera de actividad del Estado.

De manera complementaria puede decirse: “[...] esos intereses fundamentales que vienen definidos por la efectividad de los derechos fundamentales [...] por tanto, la vocación a razón de ser, de la Administración Pública”⁹¹.

Es por ello que hoy en día cualquier curso de Derecho Administrativo divide la actividad de la Administración para su estudio en fomento, gestión y ordenación⁹², ramas que se han convertido en una tripartición clásica que no discutiremos en el presente trabajo.

4. No obstante, la necesidad o exigencia de una ley, y la avasallante actividad de fomento y gestión del Estado han convivido a pesar de tener razones y fundamentos distintos. Por una parte la seguridad y libertad y por la otra la necesidad de los servicios públicos, un fomento adecuado y en general contar con las posibilidades de tener condiciones de existencia adecuadas. Es así que las leyes como habían sido concebidas originalmente en las ideas prerrevolucionarias, es decir, ordenamientos generales y estables, han cambiado radicalmente⁹³ hasta convertirse en el fenómeno de que el legislativo crea leyes como medidas particulares, soluciones temporales, que se crean y modifican por minuto⁹⁴. Se explica así entonces el fenómeno del legislador motorizado⁹⁵.

⁸⁹ Cfr. García-Pelayo, Manuel, *Op. Cit.*, p. 26.

⁹⁰ *Ibidem.* p. 27.

⁹¹ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, “Los derechos fundamentales como principios informadores del derecho administrativo”, en *Actualidad Administrativa*, No. 7, Madrid, La Ley, 1988, p. 4.

⁹² Cfr. Blanquer, David, *Curso de Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, T.I.

⁹³ Cfr. García de Enterría, Eduardo, *Op. Cit.*, Nota 74, p. 39 y s.

⁹⁴ *Ibidem.* pp. 50 y s.

⁹⁵ *Ibidem.* p. 47 y ss.

Así es que se explica la tremenda demagogia o la ignorancia de igual magnitud que ha permitido que los gobernantes de nuestro país en su discurso siempre trasladen la responsabilidad de una gestión eficiente, al contenido –siempre “inadecuado”– de las normas.

Asimismo, consideramos pertinente advertir que los resultados serán siempre negativos cuando un sistema se construye teniendo como base y premisa fundamental la desconfianza general (entre particulares, entre autoridades y entre autoridades y particulares). Lo anterior, ya que dichos resultados se contraponen al propio sentido lógico-jurídico de la misma casuística de la realidad y, a su vez, riñe con otros principios jurídicos que pudieran resultar de mayor peso que la necesidad de seguridad (como por ejemplo la buena fe y el interés público), si bien resulta entendible en determinada época histórica, que se encuentra en vías de superarse.

5. Todo ello nos permite apreciar que los fines y postulados de la Revolución Francesa pudieron haber sido sobrevalorados históricamente. El hecho de que la puesta en práctica de los mismos no haya dado una respuesta que haya permitido resolver los problemas inmediatos que la causaron⁹⁶ (crisis financiera, hambre, etc.), así como que en la actualidad se sigan invocando y se muestren a todas luces igualmente incapaces de resolverlos, permite concluir algo como lo expuesto.

6. Respecto a la escuela de Kelsen, debe señalarse que después de la segunda guerra mundial, lo jurídico tuvo un impacto notable que permite decir que las tendencias de las escuelas kelsenianas se encuentran notoriamente a la baja⁹⁷. Hoy en día podemos hablar de que hay una crisis fuerte del positivismo jurídico⁹⁸.

Hemos señalado que la doctrina kelseniana, ignora a la realidad. Esta cuestión, por su misma gravedad, al mismo tiempo de ser un problema para esta escuela es también una crítica tremendamente importante.

⁹⁶ Cfr. Gutiérrez Domínguez, Fernando, *Op. Cit.*

⁹⁷ Cfr. Vigo, Rodolfo Luis, *Op. Cit.*, Nota 2, p. 79.

⁹⁸ Cfr. Ródenas, Ángeles, “¿Qué queda del positivismo jurídico?”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 26, 2003, p. 417.

Por otra parte, hoy en día podemos describir que el pensamiento jurídico separa la existencia de los derechos del contenido de la ley⁹⁹. Ello implica que la ley no crea la realidad, ni el ordenamiento jurídico. El legislador tiene una posición limitada para la ordenación jurídica de la realidad¹⁰⁰, encontrándose imposibilitado para crearla y crear los derechos de manera privativa¹⁰¹. Si este pensamiento lo trasladamos a la Administración, ello implica decir que la Administración tiene una realidad independiente de lo que señala la ley y que sus tareas y funciones son también ajenas a lo que los ordenamientos parlamentarios puedan establecer. No queremos decir con ello que la ley deba ser ignorada, o que no tenga papel alguno en torno a la creación del Derecho ni de las funciones de la Administración, sino que no tiene un carácter constitutivo esencial y único. Entonces ¿cuál es el papel de la ley respecto de la Administración?, ¿cuál es el de las reglas administrativas, tratados internacionales y reglamentos?, ¿cuándo una actuación de la autoridad se considera válida y legítima y bajo qué parámetros? Un intento de respuestas, se dará en la parte final.

Adicionalmente, podemos señalar que las reglas hoy en día no son la única fuente del Derecho¹⁰². Podemos hablar de la existencia de principios, valores y directrices como normas en sentido amplio que también tienen una función ordenadora de la realidad¹⁰³. Asimismo, la enunciación clásica de las fuentes formales del Derecho se encuentra en decadencia. El fenómeno del “desbordamiento de fuentes” debe ser subrayado, de tal suerte que hoy en día el Derecho no se encuentra exclusivamente en la ley, sino en infinidad de lugares que rebasan por mucho la imaginación de un operador decimonónico¹⁰⁴.

Es así que hoy el Derecho tiene un fuerte carácter supranacional y global¹⁰⁵, cuestión que difícilmente pudo haber entrado en los esquemas decimonónicos

⁹⁹ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 8ª Ed, Madrid, Trotta, 2008, p. 47 y ss.

¹⁰⁰ *Ibidem*. pp. 150 y ss.

¹⁰¹ *Ibidem*. pp. 96 y s.

¹⁰² Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *Op. Cit.*, pp. 109 y ss.

¹⁰³ Cfr. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho*, 2ª Ed., Barcelona, Ariel, 2004, pp. 28 y ss.

¹⁰⁴ Cfr. Perez Luño, Antonio, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Sevilla, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 2003. p. 76.

¹⁰⁵ Cfr. Vigo, Rodolfo Luis, *Op. Cit.*, Nota 2. p. 19 y s.

fervientes seguidores de la soberanía nacional, sobre la cual se construye la fuerza de la ley.

Hoy en día puede decirse también que a partir de Nuremberg¹⁰⁶ hay una vuelta a la tónica en el pensamiento jurídico, alejándose de las pretensiones sistémicas, por resultar éstas incapaces de resolver todos los problemas de la realidad¹⁰⁷ y por ende se revelan como sobrevaloradas.

Adicionalmente, hoy en día puede válidamente hablarse de que la Constitución está siendo la medida de la validez de los actos de la autoridad, incluyendo los legislativos y en ocasiones de los propios particulares, por lo que podríamos decir que hay un nuevo constitucionalismo, que aleja del legalismo al Derecho como una tendencia general¹⁰⁸. Asimismo, el juicio de validez en torno a los mismos actos de autoridad señalados, se da no por una legalidad tajante, sino a los ojos de los valores y principios de la constitución, asemejándose a una validez ética¹⁰⁹.

De la misma manera, la tensión entre seguridad jurídica y justicia hoy parece inclinar la balanza hacia la justicia¹¹⁰, por ser este un medio más eficaz de paz y considerando que de la propia seguridad jurídica pueden resultar injusticias extremas. Hoy en día lo realmente relevante parece la tutela efectiva de los derechos, más allá de la ciega aplicación de la ley. Por ello, la labor judicial resulta tremendamente difícil y relevante para la sociedad¹¹¹, en oposición a lo que se había pensado en aquellos días, consistente en que el juez repetía las palabras de la ley. Asimismo, la labor del jurista se cimbra ante estos nuevos postulados, puesto que ahora debe construir soluciones justas, en lugar de esperar que el vacío de las reglas ampare cualquier conducta antijurídica.

¹⁰⁶ *Ibidem.* p. 79

¹⁰⁷ *Ibidem.* p. 7 y s.

¹⁰⁸ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *Op. Cit.*, pp. 21 y ss.

¹⁰⁹ Cfr. Vigo, Rodolfo Luis, *Op. Cit.*, Nota 2, p. 6 y s.

¹¹⁰ *Ibidem.* p. 100 y ss.

¹¹¹ *Ibidem.* p. 41 y s.

Por otra parte, hoy podemos decir que la filosofía jurídica ha quedado restaurada¹¹², encontrándose nuevamente “de moda” entre los juristas temas como la argumentación jurídica y la retórica¹¹³. Así, se piensa que el centro de la reflexión de lo jurídico hoy se encuentra precisamente en la filosofía del Derecho y que las respuestas a los casos son dadas desde el centro del ordenamiento, en contraposición a lo sostenido por la escuela decimonónica, que impulsaba la especialización por capítulos o libros de los códigos y la poca necesidad de una filosofía del Derecho fuerte.

Todo ello tiene un efecto en el principio de legalidad de la Administración, en tanto incide en el centro del pensamiento normativista. Si podemos decir válidamente que los alcances pretendidos del contractualismo han resultado ser falsos, aunque éste ha tenido un profundo impacto en la concepción del Estado y de la democracia; que igualmente los alcances de la Revolución Francesa han tenido una evolución alejada del liberalismo y de la “seguridad”, teniendo inclusive al Estado como un promotor o benefactor; por otra parte, podemos decir que la ley (y en general las reglas) no es la única fuente de Derecho, sino que existen principios y otras normas con vigor suficiente que deben orientar la labor de la Administración y en torno a los cuales se juzgará la validez de sus actos, así como numerosas fuentes de otros tipos incluso supranacionales para hacer este tipo de juicios; que la seguridad jurídica ha dejado de ser el fin máximo del Derecho, y en general si podemos afirmar que la realidad de la Administración y la situación jurídica del administrado es independiente a la fuerza creadora de la ley, debemos señalar que el principio de legalidad en su forma más dogmática y tajante también debe replantearse.

Segunda parte. Los postulados.

Legalidad y Administración Pública. 1. Los distintos contenidos de la legalidad (principio democrático, principio monárquico y evolución subsecuente) 2. La

¹¹² *Ibidem.* pp. 96 y ss.

¹¹³ *Ibidem.* pp. 69 y ss.

vinculación positiva de la Administración a la ley y su relación contingente con el principio de legalidad. 3. La vinculación positiva y negativa de la Administración como un debate abierto. 4. La necesidad de un principio de legalidad. 5. La compatibilidad de la actividad de la Administración con el ordenamiento jurídico en su conjunto como principio de legalidad en sentido amplio o juridicidad. 6. Sus relaciones y distinciones respecto de la vinculación positiva y negativa. 7. Su posición en la realidad de los poderes públicos. 8. La primacía de la ley y reserva de ley como contenido del principio de legalidad en sentido restringido. 9. La eficacia ablatoria del acto administrativo. 10. La soberanía popular, la democracia y la división de poderes como su fundamento. 11. Conclusiones acerca de la vinculación positiva y negativa de la Administración a la ley. 12. Las objeciones de Dietrich Jesch y su réplica. 13. La legalidad en la actividad prestacional, de fomento y de ordenación: algunos casos y reflexiones. 14. La otra lectura de los preceptos constitucionales: “fundar y motivar” y los principales preceptos que han moldeado al “principio de legalidad”. 15. Los actos de molestia y de privación. 16. El argumento histórico. 17. Otro precepto del que se ha desprendido la legalidad y algunas reflexiones. 18. Los postulados normativistas, ¿constituyen criterios jurisprudenciales firmes?

1. Poder apreciar la realidad jurídica de una manera libre frente al dogma normativista, nos permite ver que desde un inicio, esto es, desde que las ideas de la Revolución Francesa comenzaron a esparcirse a través del mundo, tuvieron una recepción que no fue del todo pura.

Así, la vinculación positiva de la Administración a la ley, es decir, la idea de que la Administración solamente se encuentra facultada para ejecutarla, tuvo en Alemania una recepción distinta¹¹⁴. Durante la monarquía constitucional alemana, se estableció que el Rey se encontraba subordinado a la ley, al considerarse los mandatos legales de superior jerarquía y debiendo por lo tanto obrar dentro de los límites de ésta, aunque en este caso la ley era un límite negativo a su actuación, pues podría realizar todo aquello que no le estuviera prohibido y sujetándose a los

¹¹⁴ Cfr. Blanquer, David, *Op. Cit.*, T.III, pp. 27 y ss., y Jesch, Dietrich, *Ley y Administración. Historia del principio de legalidad*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1978, pp. 139 y ss.

parámetros que la misma ley le indicara. Este también es el principio de legalidad, en su versión Alemana, esto es, el principio de vinculación negativa de la Administración a la ley.

Podemos decir entonces la vinculación positiva de la Administración a la ley fue vinculada o fundamentada en un principio democrático, en el cual los representantes del pueblo gobiernan por virtud de sus mandatos en leyes y, por otro lado, la doctrina de la vinculación negativa de la Administración a la ley, en el principio monárquico en donde el gobierno lo detenta el monarca, sujeto a los límites de la ley y considerándose subordinado a ésta.

Lo realmente interesante de la evolución de la idea de legalidad nacida en la Revolución Francesa es poder constatar históricamente las distintas posibilidades de la sujeción a la ley por parte de la autoridad, la que puede encontrar en ésta un límite negativo (vinculación negativa) o un límite positivo (vinculación positiva). Así, debe subrayarse que a partir de entonces y hasta nuestros días¹¹⁵ el debate en torno a la vinculación negativa y la vinculación positiva de la Administración a la ley, ha sido y es un debate abierto.

2. Es por ello que decimos que la vinculación positiva de la Administración y el principio de legalidad tienen una relación contingente, asimismo, que ha existido históricamente y existe en el debate doctrinario un principio de legalidad libre de la idea de que la autoridad solamente puede ejecutar mandatos de ley, y un debate en torno a la elección correcta entre la vinculación positiva y la vinculación negativa de la Administración a la ley.

3. Esta última idea es necesario asentarla y dejarla bien clara, puesto que en nuestro país es un dogma el contenido del principio de legalidad: de los textos distintos constitucionales (incluido el mexicano, como se verá más adelante) que consignan el principio de legalidad, no podemos extraer la vinculación positiva de la

¹¹⁵ Cfr. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 54 y s., y por otra parte García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1989, T. I, pp. 364 y ss. y Escuin Palop, Catalina, *Curso de Derecho Administrativo*, 3ª Ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 131 y ss.

Administración a la ley¹¹⁶, por lo que cualquier tesis que se sostenga al respecto es parte de un debate abierto, guardando ambas ideas (legalidad y vinculación) una relación contingente.

Adicionalmente, debemos sostener que la vinculación negativa de la Administración a la ley no condena a los países donde esta idea se pone en práctica a un régimen antidemocrático. Puede existir democracia donde no hay vinculación positiva. Sostener lo contrario nos llevaría al absurdo de que en un país como los Estados Unidos de América, no existe la democracia.

Lo anterior, arroja la conclusión de que la vinculación positiva más parece vincularse al parlamentarismo, que a la existencia de un sistema democrático. Asimismo, la vinculación negativa parece vincularse más a un sistema presidencialista o monárquico.

Por otra parte, si el contenido del principio de la legalidad se equiparara a la vinculación positiva de la Administración a la ley, ¿en dónde quedan los reglamentos, tratados y las reglas generales de carácter administrativo? Como podrá haberse advertido desde hace algunas páginas, las ideas de la revolución francesa y la vinculación positiva de la Administración a la ley como sinónimo de legalidad implican que la Administración ejecuta mandatos del parlamento, no así los propios mandatos previstos en reglas generales emitidas por ella misma, ni por acuerdo frente a otros Estados.

No obstante, de acuerdo con la concepción imperante en México del principio de legalidad, éste también tiene lugar cuando la autoridad ejecuta reglamentos, tratados o normas administrativas generales, esto es, una autoridad actúa en acato al principio de legalidad cuando concreta atribuciones previstas en un reglamento o normas generales administrativas, lo cual resulta históricamente incorrecto pues esta la doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la ley, nació con referencia a los mandatos del órgano legislativo. Es por ello que hemos

¹¹⁶ Cfr. Beladiez Rojo, Margarita, "La vinculación de la Administración al Derecho", en *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995, Núm. 138, pp. 316 y ss.

sostenido que dicha concepción es fruto tanto de la escuela de Kelsen, como de la Revolución Francesa en una mezcla y confusión de fundamentos.

Pues bien, este “huevo revuelto” que todos los estudiantes de la licenciatura en Derecho en México hemos desayunado sin reparar, debe descomponerse a efecto de dilucidar un alcance claro de la legalidad, así como establecer cuál doctrina resulta aplicable a nuestro país entre la vinculación positiva y negativa de la Administración a la ley.

4. Al ser el Derecho Administrativo una disciplina joven¹¹⁷, la evolución de un principio como éste puede seguirse con claridad¹¹⁸, si bien podemos decir que esencialmente se ha conformado por las dos vertientes que aquí se han comentado. No obstante los vaivenes históricos doctrinarios y prácticos entre vinculación positiva y negativa y la evolución del principio de legalidad, creemos que la necesidad de este principio siempre ha sido una misma: que la Administración sea justa, que no cometa injusticias, esto es, que su actuación está llamada a rendir cuentas con la vara de la justicia, apegándose a Derecho. Como es de suponerse, si al Derecho se le ha confundido en otras épocas con la ley o, en general con las reglas escritas, como ocurrió desde la época de la Revolución Francesa, la Administración se debería sujetar a éstas. Si por el contrario, como se desprende de la tendencia predominante hoy en día, el Derecho es independiente de la ley, lo esencial será que la Administración se encuentre sujeta al Derecho, y por ende, que sea justiciable su actuación conforme a todo el ordenamiento jurídico.

5. En este sentido, podríamos esbozar una definición del principio de legalidad en un sentido amplio, como la compatibilidad de la actuación de la Administración con el Derecho. Esto último implica que sea compatible con el ordenamiento jurídico en su conjunto¹¹⁹, es decir, compatible con todos los elementos que lo integran¹²⁰

¹¹⁷ Cfr. Béjar, Luis José, *Curso de Derecho Administrativo*, México, Oxford University Press, México, 2007. p. 12.

¹¹⁸ Cfr. Jesch, Dietrich, *Op. Cit.*

¹¹⁹ Cfr. Santofimio Gamboa, Jaime O., *Acto Administrativo. Procedimiento, eficacia y validez*, 2ª Ed., Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1994, p. 98 y s.

¹²⁰ Cfr. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Op. Cit.*

(principios, valores, directrices y reglas contenidos o no, o bien implícitos en leyes, tratados, reglamentos, etc.) y no exclusivamente con alguno (s).

Podemos decir que el nacimiento de la juridicidad en los términos expuestos puede explicarse como fruto de la constitucionalización del ordenamiento jurídico¹²¹, el desbordamiento de las fuentes del Derecho¹²² y la comprensión de todos sus elementos¹²³ y no exclusivamente de las reglas y leyes. Así, la legalidad se transforma en juridicidad al cobrar vida la Constitución como cuerpo normativo rector que proyecta principios, reglas, valores y directrices al ordenamiento con fuentes abiertas y que, por ende, deja de ser un cuerpo meramente político, abandonando a la ley como la norma principal. La necesidad histórica del principio puede vincularse conceptualmente con estos conceptos y ofrecer un concepto unitario y congruente.

Entendido de esta manera, el concepto juridicidad permite también que se juzgue la actividad de la Administración frente a los tratados internacionales, reglamentos y demás ordenamientos administrativos, en tanto se le desvincula del apego de un modo exclusivo a los mandatos legislativos. Es decir, es precisamente en el ámbito de este concepto amplio de juridicidad en el que encontramos el juicio en torno al apego a los reglamentos y ordenamientos administrativos, pues constituye parte de aquél. Dicho apego evidentemente no implica la necesidad de una regla habilitante contenida en un ordenamiento de la Administración, pues dicha necesidad se encuentra circunscrita histórica y jurídicamente a los mandatos parlamentarios, como una necesidad democrática. Resultaría además absurdo considerar que la necesidad de regla habilitante puede verse satisfecha a través de ordenamientos administrativos pues la propia Administración se dotaría legítimamente a sí misma de sus facultades, sin un parámetro de validez claro. La discusión de la necesidad de la regla habilitante queda relegada entonces a la reserva de ley, la cual abordaremos posteriormente.

¹²¹ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *Op. Cit.*, pp. 21 y ss.

¹²² Cfr. Vigo, Rodolfo Luis, *Op. Cit.*, Nota 2, p. 11 y s.

¹²³ Cfr. Atienza Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Op. Cit.*

Debemos entonces recalcar que el concepto juridicidad o legalidad en sentido amplio como sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico en su conjunto, presupone la constitucionalización del ordenamiento, teniendo la propia constitución una eficacia directa frente a la Administración a la ley y al juez, la comprensión de los elementos que componen al citado ordenamiento y un paso al sistema abierto de fuentes¹²⁴.

El concepto de legalidad en sentido amplio o juridicidad ha sido ya advertido por otros autores¹²⁵, aunque en México ha tenido escaso eco¹²⁶.

6. Históricamente en la época de la Revolución Francesa, cuando se acuñó el principio de legalidad entendido como vinculación positiva a la ley, y el Derecho era la misma ley, se pensó, como era natural, que la vinculación positiva era el mismo principio de legalidad. Al estar dichas concepciones superadas, podemos decir que la relación que guardan las doctrinas de vinculación positiva o negativa con la legalidad en sentido amplio, consiste precisamente que éstas constituyen una parte del análisis de la juridicidad de la actuación de la Administración. En este sentido, el hecho de requerir de una ley en sentido formal y material para encontrarse habilitado o poder desplegar una determinada actuación o no (reserva de ley), se convierte solamente en una parte de la discusión del apego de la conducta de la autoridad al Derecho.

7. Por otra parte, el principio de juridicidad o legalidad en sentido amplio, es un factor que califica la actuación de la autoridad, pero no la constituye. Por ello, los poderes públicos se encuentran condicionados a fin de que su actuación sea jurídica pero, para que ésta exista, no requerirán esencialmente del Derecho para habilitarse. Lo prueba el mero hecho de que una determinada conducta pueda ser reprochada por el Derecho, sin que al efecto se le considere “inexistente”. Ello

¹²⁴ Cfr. Cortés, Edgar, “Fluidez en el Derecho ¿Hacia un sistema abierto de fuentes?”, en Adame Goddard, Jorge (Coord.), *Derecho Civil y Romano Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2006, pp. 553 y ss.

¹²⁵ Cfr. Blanquer, David, *Op. Cit.*, T.III, pp. 31 y ss. y Complak, Krystian, “El principio de juridicidad en la vigente Constitución Polaca”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001 .

¹²⁶ Cfr. Roldán Xopa, *Op. Cit.*, Nota 6, p. 100

implica entonces que la actuación de la Administración no es esencialmente Derecho, aunque puede ser calificada o determinada conforme a éste.

Por ello, podemos decir que los poderes públicos siempre han de tomar en cuenta el análisis jurídico de su actuación, pero no requerirán en todos los casos de verificar si han sido habilitados previamente. Adicionalmente y como se ha dicho en repetidas ocasiones, el análisis jurídico de la actuación de la Administración es un análisis más de todas las ópticas de análisis de la autoridad, entre las cuales se pueden encontrar el análisis político, económico, etc., lo que explica la realidad de que la Administración la conformen profesionistas de otras materias y que en muchas ocasiones los abogados seamos simplemente un área de apoyo de estos otros profesionistas.

En este sentido, la discusión en un caso concreto en torno a si la Administración requiere de una habilitación normativa será simplemente una más de las cuestiones a discutir al hacer el análisis jurídico de su actuación. Esto quiere decir que la discusión vinculación positiva o negativa de la Administración con la ley guarda una relación de “parte a todo”, respecto del análisis de la juridicidad de la conducta de la autoridad.

8. Por otra parte, en el lenguaje jurídico administrativo y constitucional encontramos otra acepción del concepto legalidad y consiste en la superioridad de la ley frente a los reglamentos y demás ordenamientos normativos y actos emitidos por la Administración¹²⁷. La superioridad del órgano legislativo o en otras palabras la subordinación de la Administración al parlamento representación del pueblo, es fruto de las ideas de la Revolución Francesa y del contractualismo y tiene una presencia válida y fuerte hasta nuestros días. Actualmente no se pone en duda su vigor. Su fundamento lo podemos encontrar en la democracia y en la soberanía popular.

¹²⁷ La superioridad de la ley hoy es puesta en duda frente a los tratados internacionales por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversos criterios aislados. No hay un criterio firme, pero la tendencia es a sostener la superioridad de éstos ante aquélla.

Asimismo, podemos señalar una acepción más del principio de legalidad como reserva de ley para determinados actos de la Administración. Este concepto es coincidente con la doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la ley en el sentido históricamente correcto: la autoridad requiere de ser habilitada por una disposición emitida por el parlamento a efecto de llevar a cabo determinada tarea o función. Esta reserva de ley, en el ámbito de nuestra investigación la entendemos referida a los actos de eficacia ablatoria o limitativa¹²⁸. Dicha reserva no se cumple con un mero acuerdo parlamentario¹²⁹ en este sentido, sino que debe quedar satisfecha con un acto en forma de ley¹³⁰.

El principio de tipicidad de las potestades administrativas¹³¹ es aplicable a éstas de manera exclusiva, en tanto constituyen los medios para satisfacer el interés general en los que la Administración se encuentra en una relación de *supra a subordinación* frente a los administrados¹³²: actos o funciones en los cuales es aplicable la reserva de ley, puesto que puede modificar la situación jurídica de aquellos (régimen de exorbitancia de la Administración).

Esta situación es similar a la que se presenta en la materia penal y tributaria. En estos casos, el parlamento es quien de manera exclusiva establece los tipos penales y los tributos. En una reserva como la que se señala es el parlamento quien crea de manera exclusiva las atribuciones de la Administración para actuar.

Nos atrevemos a decir que estas dos acepciones del principio de legalidad (superioridad o preferencia de ley y reserva de ley) son parte del principio de juridicidad, o legalidad en sentido amplio, o bien son este mismo principio de legalidad en tanto opera de esa particular manera considerando la naturaleza de los actos concretos que ya se han señalado, los cuales exigen dicho tratamiento para ser jurídicamente válidos, al ser confrontados con el ordenamiento jurídico en su conjunto.

¹²⁸ Cfr. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Op. Cit.*, p. 54.

¹²⁹ Ni, como quedó dicho, mucho menos con un acto de la propia Administración. Cfr. *Supra* 85 y s.

¹³⁰ Cfr. Jesch, Dietrich, *Op. Cit.*, pp. 169, 291 y 301.

¹³¹ Cfr. Blanquer, David, *Op. Cit.*, T.II, pp. 206 y s.

¹³² *Ibidem*. T.III, p. 26.

Así tenemos que si al establecimiento de un tributo se le confronta con el ordenamiento jurídico, una parte de dicho análisis versará sobre la necesidad de que el parlamento lo haya establecido democráticamente y, por ende, la Administración pueda recaudarlo. De la misma manera un acto de eficacia ablatoria de la autoridad requerirá de la habilitación respectiva por parte del órgano legislativo. La juridicidad en estos actos impone la necesidad de la habilitación legislativa, por ello decimos que este principio de legalidad en sus acepciones restringidas es la misma juridicidad. La potestad reglamentaria sigue la misma suerte que la eficacia ablatoria, si el contenido del ordenamiento respectivo son actos de este tipo.

Asimismo, la superior jerarquía de los preceptos legales frente a los ordenamientos normativos de otro tipo (exceptuando la misma constitución y los tratados internacionales), que hacen de la ley una fuente privilegiada de Derecho para la solución de los casos, es una consecuencia natural del propio principio de juridicidad, pues el parlamento conserva una posición preferente frente a los demás poderes, propio de las democracias. Por ello, si tenemos que la Administración o los mismos particulares acatan un reglamento en lugar de la ley, o bien, si cuestionan el vigor o la legitimidad de ésta no acatándola, se estará frente un problema de legalidad en tanto primacía de la ley, que deriva de enfrentar esta misma situación con el propio ordenamiento jurídico, el cual le da todavía una posición preferente a los mandatos democráticos del parlamento en los Estados de hoy.

9. En torno a los actos de eficacia ablatoria y limitativa podemos decir que son aquellos de la Administración que inciden en la situación jurídica de una persona, extinguiendo o limitando derechos¹³³. Ahora bien ¿por qué los actos de eficacia ablatoria y los tributos requieren de una habilitación?

¹³³ Cfr. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Op. Cit.*, p. 54 y s.

A la luz de la historia, podemos decir primeramente de las primeras páginas del presente documento¹³⁴ puede observarse que el establecimiento de los tipos penales y los tributos se reservaron para el parlamento a lo largo del mundo¹³⁵. Por otra parte, desde la propia recepción alemana del principio de legalidad como vinculación negativa, se consideró que los actos que afectaran la libertad y la propiedad tenían la regla inversa aplicable consistente en una reserva legal (vinculación positiva parlamentaria)¹³⁶. El concepto libertad y propiedad objeto de la reserva, se extendió posteriormente a cualquier tipo de derecho¹³⁷.

Como ya se señaló, la legalidad francesa era distinta pues en este caso la vinculación positiva parlamentaria era absoluta.

10. El fundamento de la reserva de ley para los casos de eficacia ablatoria lo podemos encontrar en la división de poderes, la soberanía popular y en el mismo contractualismo¹³⁸. Hoy en día resulta perfectamente sostenible por un principio de democracia y de seguridad en la tutela de los derechos, que para los actos de eficacia ablatoria se requiera de una habilitación legal por parte del parlamento, lo cual ha sido inclusive sostenido por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³⁹. Por ello debemos sostener que en torno a los actos de eficacia ablatoria rige una reserva legal.

11. Ahora bien, hemos dado este concepto de legalidad en sentido amplio como compatibilidad con el ordenamiento jurídico y lo hemos ubicado en sentido restringido ya como una reserva de ley y como una primacía de la ley, conceptos que derivan de la misma juridicidad. No obstante ¿qué doctrina debe elegirse entre vinculación positiva y negativa? Nos inclinamos a pensar que fuera de los actos de eficacia ablatoria y limitativa, en los cuales es necesario únicamente una

¹³⁴ Cfr. Supra. Nota 6.

¹³⁵ Cfr. Jesch, Dietrich, *Op. Cit.*, pp.131 y ss.

¹³⁶ *Idem.*

¹³⁷ *Idem.*

¹³⁸ *Ibidem.*, p. 150 y ss.

¹³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-6/86* del 9 de mayo de 1986, la expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Pacto de San José: "*Artículo 30. Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.*"

habilitación parlamentaria en forma de ley (reserva de ley), la doctrina aplicable para nuestro Derecho es la de la vinculación negativa, tal y como lo hacen todos los que sostienen dicha doctrina. Ello, precisamente porque sus fundamentos, la realidad de su aplicación práctica y las razones históricas de la reserva legal, se limitan a ese tipo de actos. Además de ello, demostraremos más adelante que se ajusta perfectamente al texto constitucional. Sostener lo contrario implicaría atar a la Administración a exigencias que no resultan necesarias y por razones que no resultan aplicables para determinadas circunstancias¹⁴⁰. Además, la realidad es un parámetro muy claro en este tema: existen infinidad de supuestos, principalmente los que se expondrán más adelante, en los que la Administración actúa sin fundamento alguno¹⁴¹. Es una realidad innegable que la administración actúa teniendo como límite la ley y conforme a las normas y no necesariamente teniéndolas como su fundamento habilitante. Adicionalmente, en párrafos posteriores, encontraremos las razones de este dicho para el Derecho mexicano, desde la Constitución Política.

Por otra parte, en principio un acto que no es de eficacia ablativa a nadie perjudica, por lo que no habría posibilidad de intentar su invalidez ante los tribunales competentes, pues no tendrían la legitimación o el interés necesario para ello.

De igual manera, la postura contraria implicaría afirmar que es preferible que no se otorgue una prestación o subsidio, por carecer de una regla habilitante. Una postura jurídica sensata y que aspire a ser tomada en serio no puede ofrecer explicaciones como ésta. Incluso, podríamos decir que la negativa debiera ser sujeta a revisión para determinar responsabilidades administrativas en caso de encuadrar en alguno de los supuestos previstos en la ley relativa. No obstante, esta última afirmación se ve menguada, ya que la posible culpabilidad del servidor público se vería muy

¹⁴⁰ Cfr. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Op. Cit.*, p. 55.

¹⁴¹ El artículo 129 de la Constitución establece que “*En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar*”, disposición que no resulta violada cuando, por ejemplo y como ocurre frecuentemente, las autoridades militares presten ayuda a una ciudad sea atacada por un huracán. Es decir, inclusive en el ámbito de una regla prohibitiva, esa actuación es válida pues no es incompatible con el ordenamiento jurídico en su conjunto: prestar una asistencia social por parte de las autoridades militares no resulta reprochable pues con dicha actividad se logran, bajo ningún riesgo, fines permitidos y queridos por el Derecho y nadie tiene interés contrario.

Cuestión distinta es que los militares patrullen una ciudad, como de hecho ocurre en la presente Administración desafortunadamente, actividad que sí se contraponen y pone en riesgo los bienes y valores que ese artículo intenta proteger, es decir, es contraria al principio de juridicidad y supremacía constitucional.

limitada por el estado de la Ciencia del Derecho en nuestro país, en donde todos los abogados y servidores públicos operan ciega y exclusivamente con las reglas. Además, también tendríamos que excluir la inmersión en las atribuciones y funciones de la Administración: no sería válido obligar a la Administración a realizar alguna actividad a tal grado de que implique una invasión a su competencia y decisión.

Así, podemos de una manera general sostener que las actividades de fomento y de gestión se regirán preponderantemente (porque dentro de éstas puede haber algunos actos de eficacia ablatoria), por la regla de la vinculación negativa de la Administración a la ley. No queremos decir con ello que las leyes que se hayan emitido por aquel legislador motorizado del siglo XX (y XXI), las que se emitan para resolver un problema de fomento o dar cabida a alguna actividad de gestión de servicio público, no deban tener una eficacia, o bien resulten similares a una sugerencia para la Administración. Tendrán la eficacia más sólida posible por el principio de legalidad (primacía de la ley), dando así válida y democráticamente intervención al parlamento en la actividad de la Administración. Sólo tendrá cabida la reserva de ley cuando dentro de esta actividad se realicen actos de eficacia ablatoria.

No obstante, esas leyes se interpretarán en el contexto de la vinculación negativa, que también será aplicable cuando no haya ley emitida por el parlamento. Ello permite dar una mayor eficacia a los fines gestionados por la Administración y más allá de obstaculizar su fiscalización, abre todo un nuevo campo para ella.

Asimismo, la regulación emitida por la Administración a través de Reglamentos, Circulares, Decretos, etc., estará exenta de la necesidad de contar con una habilitación normativa cuando verse sobre cuestiones diversas a actos que limiten o priven de derechos a los particulares. Lo que implica la afirmación anterior es que la Administración no puede crear actos de eficacia ablatoria o limitativa puesto que precisamente operan bajo el ámbito de reserva de ley, aunque sí puede regular los previstos por la ley emitida por el Parlamento, sin hacerlos más gravosos, o bien

puede regular cualquier cuestión ajena a aquel tipo de actos. Para ejemplificar, una regulación permitida se daría cuando se dicten a través de una circular los requisitos de presentación de solicitudes para obtener algún beneficio. No obstante la regulación no sujeta a reserva de ley no estará exenta de fiscalización judicial conforme a principios del ordenamiento jurídico como la razonabilidad, no discriminación, etc.

Así las cosas, no consideramos que la división de poderes sea un fundamento suficiente para poder sostener que la doctrina correcta sea la de la vinculación positiva. Este fundamento sirvió para el apogeo de la sociedad burguesa y al día de hoy debe respetarse, aunque no puede tener el alcance mencionado. Debe protegerse que ni los jueces ni la Administración legislen, ni que los jueces se inmiscuyan en la Administración, sustituyéndose en sus decisiones. En efecto, la división funcional debe tener por objeto impedir la inmersión de los poderes entre sí y no limitar a la Administración a ejecutar la ley, esto último constituye una aspiración contractualista y burguesa que no parece ser sostenible actualmente. Como se ha dicho, la Administración es la faz principal del Estado, por lo que debe ejecutar sus funciones y tareas primarias. Así, la Administración debe ejecutar la ley, pero no solamente ejecutar la ley, sino que tiene a cargo la procura existencial de determinada sociedad, por lo que debe hacer efectiva dicha tarea.

Tampoco consideramos suficiente sostener que por un argumento de democracia (principio democrático), al ser el Congreso los auténticos representantes populares, la Administración solo deba limitarse a ejecutar la ley. Al respecto, podemos decir que tildar de democrática única y exclusivamente a la ley, no resulta del todo acertado¹⁴². Esto es un menosprecio a la legitimidad democrática de la Administración. Los gobiernos, principalmente el Ejecutivo que encabeza la Administración Pública, elegidos democráticamente (cuando los haya) tienen la legitimidad suficiente para obrar sin habilitación parlamentaria exceptuando los casos que se comentan. Aunque ambas doctrinas pueden ser aisladas del tema parlamentarismo y presidencialismo, lo que haría sostenible como lo es en un país

¹⁴² Cfr. Beladiez Rojo, Margarita, *Op. Cit.*, p. 321 y s.

como Inglaterra la doctrina de la vinculación negativa y en un país presidencialista la vinculación negativa, de cualquier manera la doctrina de la vinculación positiva parece vincularse más con un régimen parlamentario y la vinculación negativa con un régimen monárquico¹⁴³ o presidencial. Por ello, menos aún creemos que el argumento enunciado sea sostenible en un régimen presidencialista como el nuestro.

Podrá criticarse la postura de reivindicación de la vinculación negativa de la Administración a la ley que aquí se sostiene, señalando que propiamente lo que constituye objeto el Derecho Administrativo es precisamente ese complejo de potestades en las cuales la Administración se encuentra en posición de modificar válidamente la esfera jurídica de los particulares, y que todas las demás actuaciones constituirían meras relaciones accidentales de Derecho Privado de la Administración, que no son Derecho Administrativo. A lo anterior debe contestarse rotundamente en sentido negativo, puesto que las actuaciones en donde la Administración no actúa limitando o extinguiendo la esfera de derechos de los particulares no le resta su probable inmersión en Derecho Administrativo. De poner en tela de juicio esta última afirmación, se estaría llegando a la conclusión de que las actividades de fomento y gestión (puesto que por lo regular no inciden en la esfera de derechos de los particulares, sino que mejor aún, los amplían) no son Derecho Administrativo. La reivindicación de la vinculación negativa de la Administración a la ley debe entenderse como una regla referida cuando la Administración desarrolla sus fines, persiguiendo el interés general (cuestión que nos pone en el ámbito de Derecho Público), sin incidir coactivamente en la esfera de derechos de los administrados, la cual resulta aplicable por los sustentos antes señalados. Por las mismas razones, si la Administración actúa teniendo como régimen el Derecho Privado, dicha regla de vinculación negativa sería también aplicable, salvo algún desvío de poder, puesto que en el Derecho Privado se encontraría ante sus contrapartes en un plano de igualdad.

¹⁴³ Cfr. Blanquer, David. *Op.Cit.*, T.III., pp. 27 y ss.

Como hemos dicho, las doctrinas de vinculación positiva y negativa de la Administración a la ley, excepto en México por su falta de discusión, son un debate abierto. Aquellos autores que se inclinan por la negativa dejan a salvo las erogaciones presupuestarias, pues éstas se realizarán únicamente fundadas en el presupuesto o en una ley posterior, por lo que a éstas les es aplicable la doctrina de la vinculación positiva. En este sentido, los artículos de las constituciones de otros países equivalentes al 126 de la nuestra, son invocados en sus explicaciones. Quiero matizar el carácter estricto de reserva legal para las erogaciones presupuestarias.

En primer lugar, la reserva legal existe con el mismo carácter estricto o no, no nada más para la gestión o fomento, sino también para la actividad de ordenación, en tanto ésta implique gasto. Al respecto, bien podemos decir que prácticamente cualquier actividad administrativa implica gasto, si bien entendemos que por la propia naturaleza de las actividades de fomento y gestión (principalmente la primera), el gasto es la parte esencial de las mismas y que por ello las aclaraciones de la reserva presupuestaria se formulan en este contexto. No obstante, cabe aclarar que la reserva es aplicable a cualquier actividad que implique gasto y no exclusivamente a la gestión y fomento.

Por otra parte, analizando el origen histórico de la reserva legal (crisis financiera de Francia prerrevolucionaria), entendemos que haya sido y sea una aspiración democrática válida que se decida por los representantes populares de una manera exclusiva el destino del gasto público. Por ello, podría decirse que no es válido para la Administración inventar fines diversos a los ya establecidos, distraendo los recursos de los fines dispuestos democráticamente, así como abstenerse de gastar en lo que se ha dispuesto en el presupuesto y exceder los límites de gasto. Insistimos en que constituye una aspiración democrática válida y aceptable universalmente.

No obstante, como una cuestión fáctica, la legislación presupuestaria no describe (ni puede describir) específicamente cada uno de los pagos que la Administración

debe hacer. Si analizamos la legislación presupuestaria, lo que se aprueba por el órgano legislativo exclusivamente son parámetros obligatorios: nos señala en qué debe gastarse el presupuesto y cuánto debe gastarse en cada rubro y lo hace en términos amplios. Esto implica que los diputados señalan cuáles deben ser las prioridades de la Administración, pero dejan un margen amplio para que la Administración dé contenido a los límites, márgenes y obligaciones establecidos por los legisladores.

Lo que queremos decir con las líneas anteriores es que por el propio contenido del presupuesto y el tamaño del gasto de la Administración, resulta imposible que “cada pago” –como lo señala la constitución– se encuentre reservado a un señalamiento específico por parte del presupuesto o de una ley posterior. Por ello es que la legislación presupuestaria constituye una mera reglamentación de erogaciones para a las autoridades, que de hecho termina siendo materialmente distinta a un ámbito sujeto a reserva. De hecho, las disposiciones presupuestarias parecen sujetarse al Derecho de una manera más similar al principio de primacía de la ley, que al de la reserva. No obstante, subyace en el fondo de toda esta reglamentación (y toda esta libertad) el hecho de que la autoridad administrativa no pueda inventar nuevos conceptos de pago, por lo que tendremos que seguir sosteniendo la vinculación positiva, con este fuerte matiz que materialmente la pone en entredicho y, a juicio nuestro, la contradice sustancialmente.

Por otra parte, podemos de una manera general señalar que la actividad de ordenación que se compone de una actividad que contiene actos de eficacia ablatoria, estará condicionada preponderantemente por la regla de vinculación positiva. No obstante, dentro de esta actividad podrá haber actos que no necesariamente impliquen una eficacia ablatoria y que, por ende, no se encuentren sujetos a reserva legal.

Este último caso es aparentemente más sencillo que el de identificar un acto de eficacia ablatoria dentro de la actividad de gestión. A manera de ejemplo, si los particulares cuentan con el derecho a que se les preste determinado servicio o

medida de fomento, dejar de prestarlo o de darla, sería entonces un acto de eficacia ablatoria, por lo que para ello se requeriría de habilitación legal.

12. Adicionalmente, Dietrich Jesch¹⁴⁴ ha señalado que la reserva legal opera también en el ámbito de la actividad prestacional y de fomento, ya que la estructura constitucional que sostenía a la monarquía constitucional ha cambiado profundamente, al grado de ser actualmente totalmente opuesta. Hoy en día, según este autor no puede sostenerse la presunción de competencia a favor de la Administración ya que la relación Ejecutivo-Parlamento ha cambiado, convirtiéndose el primero en un mero ejecutor de las normas del segundo, quien ahora cuenta con la presunción a su favor y siendo el órgano supremo del Estado.

No obstante ser cierto el hecho de que el Ejecutivo se ha convertido en un ejecutor de normas del legislativo y, aunque dichas intervenciones son válidas y el Ejecutivo debe acatarlas pues se encuentra subordinado a la ley, de no existir dichas intervenciones creemos que la actuación de este último sería válida de cualquier manera, en tanto no impliquen actos de eficacia ablatoria. Esto es, si lo que hace necesaria la intervención del Legislativo como órgano legitimador de la actuación de la Administración no se encuentra en un caso concreto, no habrá necesidad de la habilitación del Legislativo, sin que obste para ello la tendencia del legislador motorizado propia del siglo XX, pues ésta simplemente ha sido eso: una tendencia, una manera en que se ha formado la relación Parlamento-Ejecutivo. El argumento del autor citado puede describirse como una inercia y por ende, sin la fuerza sustantiva suficiente como para convencer.

De cualquier manera consideramos necesario insistir en que el parlamento no realiza ninguna inmersión inválida en la actividad del Ejecutivo cuando emite un gran número de leyes o leyes-medida, como lo ha hecho en el siglo XX, aunque no porque se haya dado esta tendencia implica que el Ejecutivo ahora necesite de la habilitación legal cuando los verdaderos fundamentos de la necesidad de la reserva están ausentes. Por ello debemos igualmente reiterar que el principio de legalidad,

¹⁴⁴ Cfr. Jesch, Dietrich, *Op. Cit.*, pp. 219 y ss.

en tanto reserva legal, no se da para los actos de favorecimiento. No obstante lo anterior, creemos necesario analizar algunos supuestos a efecto de verificar si la hipótesis sostenida resulta aplicable.

13. Así, siguiendo la lógica del autor que se comenta, puede entonces ocurrir que se cuente con una legislación que determina que algunas personas tendrán derecho a la medida X de fomento reunidas las condiciones W y Y. Asimismo, puede ocurrir que las medidas de favorecimiento o fomento no se prevean en la normatividad o se prevean de una manera general, esto es, sin determinar condiciones y pormenores para su otorgamiento.

Pues bien, en el primer caso no debe haber preocupación respecto de la reserva de ley, ya que existe una previsión y apoderamiento legal para otorgar la prestación. El acto de negar está implícito en la facultad de otorgarlo, precisamente por las condiciones impuestas por la ley. Ahora bien, en el caso de que se prevea un apoderamiento general para otorgar algún subsidio o prestar algún servicio, tendremos que seguir la misma lógica: está implícito la facultad de negarlo, aunque su otorgamiento se encuentra sujeto a revisión por otras normas, como los principios jurídicos.

En el último caso nos inclinamos por la solución de que no es necesaria la habilitación de la ley para su otorgamiento. Lo anterior, por un argumento *a fortiori*: si no resulta necesario contar con habilitación legal en general para estos actos, teniéndola y siendo esta formulada en términos abstractos, ello no debe resultar óbice para su aplicación.

En los tres casos citados deben dejarse al lado las previsiones presupuestarias necesarias. En torno a éstas, debemos señalar que se limitan al ejercicio de los recursos, dando habilitaciones, obligaciones y parámetros de gasto. Por ello, no podrían habilitar sustantivamente a la Administración, atendiendo al propio fin para el cual fueron emitidas. Esto es, de estimarse necesaria, la habilitación deberá abarcar a la actividad en sí y no meramente la erogación necesaria.

No omitimos subrayar lo que señalamos anteriormente en el sentido de que basta con asomarse a las disposiciones presupuestarias para darse cuenta que, en materia de gasto, permiten o habilitan de una manera genérica a la Administración, cuya sujeción a aquéllas asemeja más bien a una primacía de ley que a una reserva legal, por constituir meramente parámetros de actuación; ello, por las propias características de un presupuesto moderno y de las funciones de la Administración, aunque en el fondo se halle una prohibición para la Administración de realizar erogaciones no comprendidas dentro de las amplias permisiones de la reglamentación presupuestaria. Así, si existen recursos disponibles en cierto concepto de fomento, cuya disposición es permitida por las normas presupuestarias, el Ejecutivo podrá utilizarlas para otorgar la medida favorecedora, estando legitimado en materia de gasto.

Ahora bien, el hecho de no contar con regulación pormenorizada o ni siquiera regulación alguna de ejercicio del apoderamiento para la medida favorecedora, no convierte a esta actividad de la Administración en imposible de fiscalizar. Muy por el contrario, los principios y directrices que rigen la actuación cobran mucha fuerza en estos casos, por lo que podría fiscalizarse conforme a ellos, sin problema alguno.

En este sentido, podríamos decir que la actuación puede fiscalizarse conforme a la eficacia, proporcionalidad o igualdad de trato, por lo que se refiere a la medida en sí, dando un parámetro de vigilancia a su vez de la utilización de los recursos públicos, en caso de que la haya habido. La discusión en torno a la posible fiscalización de determinadas actuaciones de la Administración ha sido ya entablada para la discrecionalidad y también para los actos de favorecimiento, en torno a estos últimos precisamente durante la plena vigencia de la vinculación negativa en la monarquía constitucional alemana¹⁴⁵.

La misma conclusión debe extenderse para los actos de mero trámite y los actos que se llevan a cabo dentro de la Administración sin eficacia frente a los

¹⁴⁵ Cfr. Dietrich, Jesch, *Op. Cit.*, pp. 215 y ss, y Blanquer, David. *Op.Cit.*, T.III., pp. 29 y ss.

particulares, es decir, los actos internos de la Administración. Lo anterior, por las mismas razones antes expuestas: se encuentra en estos casos ausente la necesidad de habilitación parlamentaria.

Debemos analizar ahora si un acto de revocación o negación de un acto favorable de carácter prestacional o de fomento debe considerarse un acto de ablación y por ende, se encuentra sujeto a la reserva de ley. Resulta casi evidente que en la posibilidad de otorgar acto de prestación o fomento, se encuentra implícita la posibilidad de negarlo, sujetándose la negativa de la misma manera que el otorgamiento de la prestación, a la confronta con el ordenamiento jurídico. Así por ejemplo, en el caso de que la Administración haya otorgado un determinado subsidio para alguna persona, resultará inválida una negativa a otra que se encuentre en igualdad de circunstancias, cuando haya recursos suficientes. Por ello, tenemos que decir que la negativa a otorgar una prestación o una medida de fomento se encuentra sujeta a la misma posibilidad de revisión normativa que su otorgamiento, conforme a la totalidad del ordenamiento jurídico y sujeta a la vinculación negativa, por encontrarse bajo la misma regla el otorgamiento de la prestación. De resultar falsa esta afirmación, llegaríamos al absurdo de que es necesario que se encuentren previstas en una ley las facultades de negar prestaciones, no siéndolo necesario aquellas para otorgarlas.

Por lo que se refiere a la revocación de un acto de prestación o fomento cuyos efectos se prolonguen en el tiempo, hay que distinguir dos supuestos: aquel donde se revoca porque se otorgó en infracción a las normas, de donde se hace por cualquier otro motivo. El primer caso es un caso de primacía de ley o juridicidad, dependiendo si las normas infringidas se encontraban en una ley en sentido formal y material o bien en cualquier otro tipo de normas, por lo que se excluye la reserva legal de este problema. En el segundo caso creemos que la revocación será válida incluso sin previsión legal, por el hecho de que es preferible la subsistencia del interés público implícito en la revocación, al interés particular de continuar con los efectos del acto. No obstante, estará sujeta igualmente a revisión mediante una ponderación de los principios de confianza legítima (estabilidad de las resoluciones

de la Administración), razonabilidad, proporcionalidad e interés público, cuando existan los recursos suficientes para continuar con los efectos del acto. En ambos casos habrá de analizarse la procedencia del juicio de lesividad, cuestión que es ajena a los fines de la presente investigación.

Adicionalmente, debemos hacer una distinción en el ánimo de explorar en qué medida pudieran afectar conclusiones como las expuestas a aquellos actos que, dentro de cualquier tipo de actividad administrativa, incluso la de ordenación, resuelven favorablemente a los intereses de los particulares, ya porque aumentan su esfera de derechos o revocan un acto de gravamen, es decir, un acto que la limita. Ello, ya que por no implicar sacrificio de derecho, aparentemente no requerirían tampoco de contar con habilitación parlamentaria alguna.

Como punto de partida tenemos que recordar el contenido de dos conceptos. El primero es la obligación de fundar que tiene por fin posibilitar la defensa de los intereses del perjudicado y que se traduce en que el acto cite los preceptos normativos aplicables y por otra parte al hecho de que la Administración cuente con un precepto habilitante emitido por el Congreso (reserva de ley). Pues bien, de lo que están exentos es precisamente de la fundamentación y motivación. La reserva de ley es una discusión independiente y distinta.

En efecto, se trata de dos cuestiones diferentes la obligación de citar normas aplicables al caso para hacer posible la defensa de un acto de eficacia ablatoria, de la necesidad de contar con una habilitación parlamentaria para emitirlo. En el primer caso, uno de los preceptos citados en el documento que consigne el acto deberá ser precisamente aquel que contiene la permisión parlamentaria. De la obligación de citar las normas aplicables estarán exentos los actos favorables (en la actividad administrativa de ordenación, fomento o gestión) pues ninguna defensa será necesaria en principio.

Por otra parte, la reserva legal será necesaria para la emisión de un acto que pueda privar o limitar derechos –esto es, en el contexto de una reserva legal–. Ello, aún

cuando pierda importancia la necesidad de la habilitación en aquellos casos en donde se ha resuelto favorablemente, pudiendo haber tenido un resultado de eficacia ablatoria. En esta misma situación se encontrará la revocación de un acto de gravamen.

Además, estimamos pertinente analizar la situación de aquellos actos favorables dentro de la actividad de ordenación, prestacional y fomento que se otorgan violando las normas procedimentales aplicables para su otorgamiento. Para estos casos creemos que deben realizarse algunas distinciones, aclarando que la argumentación gira en torno a la validez de los citados actos por violación al principio legalidad en tanto primacía de la ley o juridicidad y no así por el tema de reserva de ley¹⁴⁶. Ello, ya que, como se recordará, el llamado “debido proceso” constituye una regla o exigencia general aplicable a los actos administrativos, que puede llevar a su invalidez.

La primera de las distinciones debe darse entre aquellas infracciones que trascienden al contenido mismo del acto, de aquellas que no. Este es el caso de las llamadas “*ilegalidades no invalidantes*”¹⁴⁷. En estos casos no habrá lugar a la invalidez del acto pues, como ya ha sido sostenido¹⁴⁸, no existe un “derecho a la legalidad” en abstracto, sino la exigencia de respeto a los derechos sustantivos, los cuales pueden ser restringidos a través de las normas sustantivas y adjetivas establecidas, de la naturaleza interior que sean. No obstante, por el respecto debido a las normas y que éstas se dan para su cumplimiento, la ilegalidad deberá repararse aunque no trascienda al acto causando su invalidez.

Asimismo se tienen que dejar a salvo los actos en donde no se lesiona ningún interés o derecho, es decir, se trata de un acto favorable, siempre que la autoridad no tenga ningún interés objetivo para revocarlo o hacerlo ineficaz por cualquier medio y no exista ningún interés público en su insubsistencia. Esta última

¹⁴⁶ Cfr. *Supra* p. 54 y s.

¹⁴⁷ Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Op. Cit.*, p. 548, y Tron Petit, Jean Claude y Ortiz Reyes, Gabriel, *La nulidad de los actos administrativos*, 3ª Ed., México, Porrúa, 2009, pp. 326 y ss.

¹⁴⁸ Cfr. García de Enterría, Eduardo, *Op. Cit.*, Nota 49, p. 224.

peculiaridad permite decir que por lo regular este tipo de actos se darán en el contexto de la actividad de fomento o prestacional y no de ordenación.

No es que en este último caso la ley haya perdido fuerza vinculante y se haya convertido en una mera sugerencia para las autoridades, sino que el acto deberá prevalecer porque no resulta contrario a la primacía de ley ni a la legalidad en sentido amplio. Si prestamos atención, llegaremos a la conclusión de que el acto solo en apariencia es contrario a la ley, ya que resulta compatible con los principios de su regulación.

Resulta difícil imaginar un ejemplo, pero creemos que aquí se encuentran los casos de los actos de prestación o fomento dados en exceso de la normatividad aplicable. Supongamos que alguna disposición legal prevé un estímulo para las personas que se encuentran en determinados supuestos. Si se otorga a alguien distinto que no se encontraba en esos supuestos, además de otorgarse a aquéllas que están en los requisitos, aparentemente se otorga en violación a dichos preceptos, pero será un acto similar a uno de fomento sin fundamento legal, que en realidad es compatible con aquella normatividad y, por ende, no viola la primacía de ley. Si a este acto se le mira fuera del contexto de la ley, resultará más fácil comprender el porqué de su validez. No obstante, lo difícil será imaginar que la autoridad no lo revoque o lo impugne por cualquier medio, ya que estará expuesta por la fuerza vinculatoria del precedente administrativo¹⁴⁹ a que otras personas también lo soliciten.

Solamente queda el caso restante, en donde una ilegalidad trasciende al contenido del acto y éste lesiona los derechos de una persona, cuestión que lo hará inválido.

En general, podemos decir que la decisión en actos de gestión o fomento que son aparentemente ablatorios frente a terceros, tendrá que ser motivada y razonable, o sea, no arbitraria, aunque no necesariamente deberá ser fundada en una regla, puesto que ello implicaría que la legitimación de la actuación estaría en ésta y no en

¹⁴⁹ Cfr. Díez Sastre, Silvia, *El Precedente Administrativo*, Madrid – Barcelona – Buenos Aires, Marcial Pons, 2008.

la razonabilidad y la necesidad de la actuación, cuestión que en nuestros días no es posible sostener¹⁵⁰.

Por último, debemos considerar aquellos casos en donde el otorgamiento de un acto de prestación o la revocación de uno de gravamen lesiona -privando o limitando- los derechos o intereses de otra persona. En este caso, una primera tendencia será privilegiar a aquel que trata de evitarse un perjuicio y no a aquel que trate de “obtener un lucro”, por lo que resultaría aplicable la regla de la vinculación positiva. Esto es, en un ejercicio de ponderación, en principio resulta tener un lugar más alto la seguridad jurídica de quien se vería perjudicado con un acto que para otra persona resulta favorable. No obstante, en todo caso deberán valorarse todos los bienes y elementos comprometidos en el caso concreto a fin de lograr la situación más justa y que de mayor eficacia al ordenamiento jurídico.

Sobra decir que resulta una tarea difícil dilucidar cuándo nos encontramos frente a un caso en el que alguien verdaderamente es lesionado en sus derechos y cuándo simplemente utilizará ese argumento para combatir dicho acto. Lo anterior porque, como se ha venido diciendo, en la actualidad los derechos son independientes de su reconocimiento en una ley¹⁵¹, con lo que podemos decir que no será suficiente encontrar el texto que así lo diga. Aquí será necesario analizar la existencia de bienes jurídicos, su tutela por el ordenamiento y la relación de la persona lesionada con respecto a aquéllos. Esta discusión nos conduce al debate de los intereses legítimos, cuyo tratamiento excede los límites del presente trabajo.

Todas estas pautas deberán aplicarse en el análisis jurídico respectivo, según las peculiaridades del caso. Asimismo, no pretendemos ser exhaustivos en la enunciación de las mismas, por lo que debemos decir que se encuentran en construcción, al igual que la misma Ciencia del Derecho.

Por otra parte, ¿qué características son exigibles a las leyes que operan en el ámbito de una reserva? Intentamos responder a la interrogante de si es exigible al

¹⁵⁰ Cfr. Vigo, Rodolfo, *Op. Cit.*, Nota 2, p. 7.

¹⁵¹ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *Op. Cit.*, p. 47 y ss.

legislador una descripción pormenorizada de los apoderamientos para realizar actos de eficacia ablatoria o no, abordando la discusión de si las autoridades cuentan con las facultades implícitas de ablación para hacer valer una tarea genéricamente consignada en una norma.

Sobra decir que no existe una respuesta similar a una receta de cocina para una pregunta como ésta. Así, nos limitaremos a señalar aquellos aspectos que consideramos importantes en la aplicación y en la creación de las leyes, remitiendo a la prudente aplicación casuística.

Al respecto, es una pretensión deseable en relación a los intereses sustantivos y de seguridad de los administrados, pero de improbable verificación en todos los casos e inconveniente en muchos otros, el que las atribuciones contenidas en leyes para realizar actos de eficacia ablatoria se encuentren especificadas. Dicha situación no será alcanzable la mayoría de las veces, aunque persistirá el interés público latente en la norma que consigna las tareas o preocupaciones de manera genérica. Es en este caso en donde cobra relevancia la seguridad jurídica en una pretensión justa, sin caer en las exageraciones del normativismo kelseniano¹⁵².

En este sentido, debe repetirse ahora que desde un primer momento se excluyó a la materia tributaria, penal –el administrativo sancionador por la aplicación matizada de los principios de esta última– y toda aquella que exija otros parámetros de seguridad. Dejando al lado dichas excepciones creemos que es válida la habilitación formulada de una manera genérica o global¹⁵³, sin contener los pormenores específicos de aplicación. Lo anterior, siempre que permita hacer previsible de manera una razonable (a un hombre promedio) y objetiva que la autoridad puede emitir alguna medida con aquel carácter en ejercicio de la citada atribución.

¹⁵² Cfr. Vigo, Rodolfo, *Op. Cit.*, Nota 53, pp. 498 y ss.

¹⁵³ En contra Jesch, Dietrich, a favor Wolff, Hans Julius, *Verwaltungsrecht I*, 3ª Ed., Munich, 1959, citado en Jesch, Dietrich, *Op. Cit.*, p. 280

Así, puede decirse que las autoridades cuentan con todas las atribuciones implícitas en el desempeño de la tarea o atribución, si resulta previsible razonablemente para los administrados la posibilidad del ejercicio de alguna. Dichas medidas deberán ser a su vez proporcionadas, razonables, útiles para el desempeño eficaz de aquella y, asimismo, deberán elegir, de contar con varias opciones de actuación, la menos lesiva para los intereses del administrado (*pro libertatis*). Al respecto, consideramos válido y valioso el uso de conceptos jurídicos indeterminados, ya que pueden incluso servir como medio de control de la Administración en casos como los que se comentan¹⁵⁴.

Asimismo y toda vez que nos encontramos en la argumentación de la justificación de la vinculación negativa de la Administración a la ley, debe señalarse que las atribuciones de las autoridades serán interpretadas como límite negativo, lo que implica que si están facultadas para realizar un acto de eficacia ablatoria, podrán llevar a cabo otro que resulte menos lesivo con esa misma atribución, cuando cuenten con la justificación suficiente para ello, sin que para ello obste que este acto menos lesivo no esté previsto específicamente. Así también, en este contexto podrán otorgar actos positivos o favorables y de eficacia ablatoria, sujetándolos a diversas modalidades (condición, plazo, señalar cargas, pudiendo incluso combinarse como de hecho ocurre en la realidad), aún cuando no estén previstas específicamente en las reglas, siempre y cuando sean justificadas y razonables o bien, sea la única manera en que la resolución haya sido favorable para los intereses del particular.

Debemos hacernos la pregunta de qué exigencias son aplicables a la regulación emitida por la Administración (reglamentos, circulares, decretos y demás ordenamientos generales) en el contexto de los actos de eficacia ablatoria, si es que dicha regulación tiene alguna cabida. Al respecto, cabe recordar primeramente que para que sea cumplido el principio de legalidad en tanto reserva de ley, en todo caso se requiere que sea el legislativo quien prevea, incluso a través de

¹⁵⁴ Cfr. Brewer-Carías Allan R., "La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control de la Administración", en Cisneros Farías, Germán *et. al.* (Coord.), *Control de la Administración Pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México, UNAM, 2007, pp. 97 y ss.

disposiciones formuladas genéricamente, la posibilidad de emisión de actos de eficacia ablatoria. Salvada esta condición es válida la regulación emitida por la Administración. Puede formularse la pregunta de si el contenido de las normas administrativas debe ser previsible desde las prescripciones contenidas en la ley. Si la reserva de ley está salvaguardada, en tanto se puede prever la adopción de alguna medida ablatoria desde la misma y dicha adopción se concreta en supuestos normativos contenidos en una norma de carácter general emitida por la Administración para su ejercicio casuístico, la citada norma administrativa será válida, sin que sea necesario que la medida concreta deba ser prevista desde la ley¹⁵⁵. Esto quiere decir que el contenido de la norma administrativa que prevea hipótesis concretas de actos de eficacia ablatoria no necesariamente debe ser previsible desde la ley, pues resulta suficiente que esta última prevea un facultamiento genérico, el cual sería especificado en las normas administrativas.

Ahora bien, una vez que se encuentra adoptada en una norma administrativa y considerando que dichos ordenamientos son dados a conocer a los sujetos interesados previamente por los medios de difusión idóneos para que éstos se impongan de su contenido, la exigencia de previsibilidad estará completamente satisfecha.

Lo anterior no implica en modo alguno que se transgreda el principio de división de poderes por el hecho de que aparentemente quede trasladada la titularidad de la atribución desde el parlamento a la Administración, en donde ésta última es la que da un contenido concreto al apoderamiento global ya sea a través de la regulación o a través de un acto concreto. No creemos que la facultad sea trasladada por el hecho de que la Administración dé el contenido concreto en estos casos, pues la habilitación parlamentaria existe.

Tampoco creemos que con ello se haga imposible la fiscalización judicial de la actuación de la Administración en estos supuestos. Muy por el contrario, creemos que la maquinaria estatal del Legislativo, Ejecutivo y Judicial funcionan igual de bien

¹⁵⁵ En contra Jesch, Dietrich, *Op. Cit.*, pp. 273 y ss.

o mal en estos casos, sin romperse el sistema de contrapesos, pues el judicial podrá fungir como revisor de la actuación del Ejecutivo, quien debe ejecutar los apoderamientos del legislativo de una manera razonable frente a los administrados.

Lo auténticamente importante en estos casos es que el Parlamento haya facultado previsiblemente a la Administración para actuar. Los medios serán en todo caso fiscalizables por el Poder Judicial.

No obstante lo anterior, en todo caso le será aplicable a la normatividad administrativa en comentario la exigencia de proporcionalidad y razonabilidad, en donde estará implícita la discusión de la aplicación del principio *pro libertatis*. Aquí encontraremos la mayoría de los casos para el Derecho Mexicano, en los que mediante una atribución global en una ley en sentido formal y material, la regulación administrativa se encarga de hacer el resto.

Si para los actos de eficacia ablatoria no resultan indeseables este tipo de apoderamientos, para los actos ejecutados en el contexto de la actividad de fomento y prestación será inclusive una conclusión mucho más fuerte.

Tomando en perspectiva las anteriores reflexiones, debemos apuntar que nos encontramos ya muy lejos de aquel paradigma normativista sin mucho sentido que excluye la actividad del Estado cuando no se encuentre prevista en una hipótesis normativa formulada de manera general, abstracta e impersonal, siendo esta de cualquier naturaleza.

14. Entrando al análisis de los preceptos constitucionales, debemos decir primeramente que desde hace algunas páginas nuestra argumentación ha carecido de citas a preceptos legales. Nos sentimos cómodos al respecto, pues como ocurre en cualquier asunto complicado, los preceptos legales se ven por lo general rebasados. Pues bien, a efecto de saciar las inquietudes de la óptica decimonónica, completar nuestra argumentación y comprobar fehacientemente que es

perfectamente compatible con los preceptos de la Constitución, debemos abordarlos y lo que, a nuestro juicio, constituye su lectura correcta.

Nuestra intención en el presente apartado es sostener que el texto constitucional mexicano no establece para el Derecho mexicano en los artículos relativos, la doctrina de la vinculación positiva, es decir, el que las autoridades sólo puedan realizar aquello que les está expresamente autorizado. Por esta razón nuestros argumentos irán encaminados principalmente hacia la crítica, es decir, a desvanecer la ilusión normativista que subyace en la interpretación de los artículos. Con ello, la tesis de que las autoridades sólo pueden hacer aquello para lo que expresamente están autorizadas, quedaría sin sustento ahora inclusive desde la letra de Constitución.

En este sentido y debido a que ni siquiera ha sido concebida en México como “*doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la ley*”, sino erróneamente como “*principio de legalidad*” –pues según hemos demostrado, de aquélla no deriva éste–, podemos decir que no siquiera existe una postura doctrinal que, de manera consciente, explique cuál es la postura que ha asumido la Constitución del país respecto de la vinculación negativa o positiva de la Administración a la ley. Así, puede advertirse que la creencia ciega en que “*las autoridades pueda hacer sólo aquello que expresamente están facultadas*” ha derivado simplemente de un normativismo kelseniano de notoria influencia en México.

Asimismo, en segundo término intentaremos probar que, de hecho, por su propio contenido, más parece que la regulación constitucional se inclina por la doctrina de la vinculación negativa de las autoridades a la ley, situación a juicio nuestro es correcta desde el punto de vista histórico y a la luz de fundamentos iusfilosóficos ya expuestos. En este sentido, construiremos la lectura de la Constitución a la luz de dichos fundamentos.

Para lograr dichos objetivos no necesitamos más que posar los ojos primeramente sobre el texto de los artículos 14 y 16, donde supuestamente se encuentra el

fundamento de la doctrina mencionada. En el primero se regulan los actos de molestia. El segundo de los artículos se ocupa de los actos privativos –subtipo de actos de molestia al cual le aplica también lo señalado en el artículo 16¹⁵⁶– y de las sentencias del orden civil, en las que quedan comprendidas cualquier tipo de sentencias, excepto las de carácter penal o sancionatorio¹⁵⁷. De su lectura podremos advertir que en ningún momento se señala algún enunciado que autorice a pensar que la tesis correcta es la de la vinculación positiva, es decir, que las autoridades necesitan de una regla habilitante para la emisión de sus actos.

A este respecto, la duda podría suscitarse, por lo que se refiere al artículo 16, en la expresión “fundar”, “autoridad competente” y “causa legal”, y por lo que hace al artículo 14, en las expresiones “conforme a las Leyes” y “conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley”, esta última aplicable directamente a los jueces e indirectamente a la Administración. Asimismo cobra relevancia el concepto de actos de molestia y actos privativos, pues éstos son el objeto de la regulación. Igualmente, también podría suscitarse en el artículo 89, fracción I del mismo ordenamiento.

El concepto fundar en el ámbito del artículo 16 se ha vinculado siempre con invocar y plasmar el sustento normativo (exclusivamente reglas) del acto¹⁵⁸. En este sentido, si se invocan las reglas aplicables es precisamente porque se cuenta con dicho sustento, por lo que la obligación es también contar con él. Por otra parte, el concepto motivar se ha expresado los motivos y razones por las cuales la regla es aplicable¹⁵⁹. Fundar siempre se ha entendido vinculado al Derecho (ley-regla), en

¹⁵⁶ Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio, *Op. Cit.*, p. 591.

¹⁵⁷ FUNDAMENTACION Y MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Tesis: VI. 2o. J/248, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. LXIV, Abril de 1993, p. 43.

FUNDAMENTACION. CARACTERISTICAS DEL ACTO DE AUTORIDAD CORRECTAMENTE FUNDADO. FORMALIDAD ESENCIAL DEL ACTO ES EL CARACTER CON QUE LA AUTORIDAD RESPECTIVA LO SUSCRIBE Y EL DISPOSITIVO, ACUERDO O DECRETO QUE LE OTORQUE TAL LEGITIMACION. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, t.: 175-180, Sexta Parte, p. 98

FUNDAMENTACION Y MOTIVACION. DEBEN CONSTAR EN EL CUERPO DE LA RESOLUCION Y NO EN DOCUMENTO DISTINTO. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época Tomo: 139-144 Tercera Parte, p. 201.

MOTIVACION. Tesis: VI. 2o. J/63-2, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. VI Segunda Parte-1, p. 372. FUNDAMENTACION Y MOTIVACION. Tesis: VI.2o. J/43, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época t. III, marzo de 1996, p. 769

¹⁵⁸ Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio, *Op. Cit.*, p. 602.

¹⁵⁹ *Ibidem.* p. 604.

tanto que motivar se ha vinculado a los argumentos de aplicación de la regla (porqué es aplicable la ley-regla en el caso).

Si buscamos el sentido más puro de ambas palabras en el afán de encontrar la exigencia real de la Constitución, encontraremos que el verbo fundar quiere decir “apoyar algo con motivos y razones eficaces o con discursos”, “edificar materialmente una ciudad, un colegio, un hospital, etc.”, “estribar, apoyar, armar alguna cosa material sobre otra”¹⁶⁰. Asimismo, fundamento es el “Principio y cimiento en que estriba y sobre el que se apoya un edificio u otra cosa”, “Razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar algo”, “Raíz, principio y origen en que estriba y tiene su mayor fuerza algo no material”¹⁶¹.

Motivar, por otro lado, quiere decir “*dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo*”¹⁶². No tenemos duda en que el significado corriente de las palabras haya sido precisamente el que haya resultado útil para dar contenido exacto al mandato de la constitución, vigente desde 1857. Si esto es correcto, la interpretación tradicional quedaría como el resultado de un dogma normativista. La prueba histórica la dejaremos para más adelante, a fin de reforzar nuestro argumento y darle un contexto.

Refuerza esta postura, puesto que es coincidente en sentido estricto con el concepto antes ofrecido, la siguientes definiciones jurídicas de motivación: “La exteriorización o expresión de los motivos o razones que han llevado al autor del acto a adoptarlo [...] la medida de los motivos y su determinación resulta incidida, a su vez, por otro elemento del acto administrativo: la finalidad [...] la motivación del acto administrativo no sólo consiste en la expresión de la causa sino también de su finalidad”¹⁶³. Así también: “La motivación es un requisito que integra el elemento forma y consiste en la exteriorización de las razones que justifican y fundamentan la

¹⁶⁰ Diccionario de la Real Academia Española. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=fundar Consultada el 7 de septiembre de 2010.

¹⁶¹ Diccionario de la Real Academia Española. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=fundamento Consultada el 7 de septiembre de 2010.

¹⁶² Diccionario de la Real Academia Española. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=motivar Consultada el 7 de septiembre de 2010.

¹⁶³ Tawuil, Guido Santiago y Monti, Laura Mercedes, *La motivación del acto administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 1.

emisión del acto, que versan tanto en las circunstancias de hecho y de derecho (causa) como en el interés público que se persigue con el dictado del acto (finalidad).”¹⁶⁴

Tenemos que subrayar que en ningún momento nos señala el artículo 16 que las reglas contenidas en leyes o demás ordenamientos normativos sean los únicos elementos que pueden ser eficaces para dar sustento (en el sentido de fundamento) o apoyar un acto o una resolución. Sólo bajo un esquema normativista, hoy en día en crisis, podría creerse que la invocación de reglas resulta suficiente.

Por otra parte, exponer las razones o motivos de la autoridad para la emisión de un acto, es un panorama bien distinto, mucho más amplio y complejo al de “*explicar porqué una regla es aplicable en un caso concreto*”. Sólo bajo un esquema normativista, podría creerse que la explicación de porqué es aplicable una regla (supuesto hipotético abstracto) en un caso concreto resulta suficiente para satisfacer la amplísima exigencia de la Constitución de motivar una resolución.

Considerando entonces que la obligación que la Constitución establece consiste en señalar los motivos y los fundamentos del acto en cuestión, es decir, que se precise qué ha sido lo que ha motivado o dado causa a éste, señalando su finalidad, y qué es lo que lo soporta o apoya, ello necesariamente presupone la argumentación de hechos y de Derecho. Para dar el sustento a un acto no es factible invocar solamente al Derecho aplicable sin los hechos, o solamente estos últimos, por lo que la tarea conlleva necesariamente que las autoridades la lleven a cabo a través de la argumentación de hechos y de Derecho, este último con todos los elementos que componen al ordenamiento jurídico y no exclusivamente en las reglas.

Deben contemplarse entonces ambos tipos de argumentación, siendo que cualquiera de éstos podría desempeñar funciones de fundamentación o de motivación, esto es, creemos que nada impediría que tanto las premisas fácticas de

¹⁶⁴ Cassange, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 7ª Ed. Actualizada, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002, T.II, p.114.

un caso como el Derecho aplicable, constituyan indistintamente la fundamentación y motivación. Lo anterior, ya que la propia regla establecida en la Constitución no lo prohíbe y lógicamente es posible¹⁶⁵. No obstante, nos atrevemos a decir que el fundamento, por el propio significado de dicho concepto (soporte), debe tener una connotación más marcadamente jurídica (aunque no de manera exclusiva) por lo que siempre deberá tener por lo menos alguna vinculación al Derecho. Con ello decimos que la autoridad deberá contar por lo menos con un soporte de Derecho. Pues bien, en ninguna parte de la Constitución se señala que las reglas son los únicos elementos válidos del ordenamiento jurídico para dar ese sustento a un acto, por lo que en todo caso pueden ser útiles a dicho fin todos y cualquiera de su elementos¹⁶⁶. Así, el Derecho deberá ser contemplado abarcando no solamente la referencia a las reglas. Estas dos premisas harían más eficaces los fines de la disposición constitucional.

Como ya se señaló, la noción de fundamentación por su carácter más jurídico, deberá tener alguna vinculación con el Derecho, por lo que tenemos que preguntarnos si en esta idea de fundar se encuentra implícita la adopción de la tesis de vinculación positiva, en tanto la autoridad necesita de un fundamento jurídico para obrar. Ello implica preguntarnos la relación entre el concepto fundamento y atribución, si en la noción fundamento se encuentra comprendido o bien es coincidente con el concepto de atribución.

Al respecto, tenemos que reiterar primeramente que el fundamento ha sido conceptualizado tradicionalmente y es ubicado por los juristas mexicanos prácticamente como un acto reflejo, como sinónimo de atribución por medio de reglas, es decir, el significado exacto o coincidente de fundamento para la concepción normativista es el de regla de atribución.

No obstante ello, hemos podido ver que el concepto fundamento en su contexto jurídico, es sinónimo de soporte o apoyo, noción que resulta más amplia y compleja

¹⁶⁵ Así por ejemplo en la suspensión de operaciones de un intermediario de valores, la motivación podría ser, entre otras cosas, la intención de evitar daños al público inversionista y el fundamento el hecho de que el intermediario ha actuado en perjuicio de éste.

¹⁶⁶ Cfr. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Op. Cit.*

que la tradicional y que desde ahora podríamos intuir que constituyó el auténtico mandato constitucional. Ahora bien, lo que debemos preguntarnos es si bajo esta última concepción el concepto fundamento contiene o debe contener algo de la idea de atribución.

A este respecto, podemos decir que la necesidad de fundamento constituye una exigencia sustantiva, en contraposición con el tema de la necesidad de atribución, el cual, de ser aplicable, es una exigencia subjetiva de la autoridad. Es por ello que consideramos que la necesidad de una norma de atribución se encuentra inmersa en el de la exigencia de la legitimación o legitimidad de la autoridad y, por ende, debe encontrarse reservado para la discusión del contenido del concepto competencia y no para el concepto fundamento, que es una exigencia de fondo.

En efecto, podemos decir que el fundamento de una autoridad para negar una petición o para decidir en contra de los intereses de un particular sobre determinada materia no es el que le da la competencia de manera abstracta para resolver sobre dicho asunto, pues esto será una cuestión de la validez subjetiva o legitimidad de la autoridad que adoptaría la decisión (en tanto concierne al sujeto que adoptó la resolución y a la discusión de si le atañe o no), es decir, de competencia. Lo que realmente constituye el fundamento de la resolución es el argumento jurídico-sustantivo que sostendría la negativa o la resolución, por ejemplo, el que el hecho que pretende el particular se contraponga con alguna norma contenida en la ley que regula dicha actividad.

Así, en todo caso se niega o se resuelve en sentido contrario a los intereses de alguien, no porque se tenga la potestad de hacerlo, sino porque dichos intereses son contrarios al ordenamiento jurídico: ese es el fundamento. Es decir, no se puede sostener o fundar una resolución en el mero hecho de se puede adoptarla, pues ello sería contrario a todo Estado Constitucional y al mismo concepto de fundamento.

Con ello advertimos –como podríamos haber hecho desde que ofrecimos su definición– que el propio concepto “fundamento” no tiene nada en su contenido que pudiera presuponer la necesidad de atribución. Esto ha sido una invención normativista de los abogados del siglo XIX y XX.

También es sostenible la misma conclusión inclusive por el principio de no redundancia de la Constitución ya que, al requerir el artículo 16 constitucional a las autoridades que señalen el fundamento de su resolución, debe referirse a una cuestión distinta a la porción normativa que ordena contar con competencia, concepto que hace referencia a la idea de atribución, por lo que no podrían referirse ambos preceptos a la misma exigencia.

Es por todo lo anterior que la postura que desprende la tesis de la vinculación positiva de la Administración, de la necesidad de contar con algún fundamento para los actos de la autoridad, no resulta válida desde letra de la Constitución, pues dicha doctrina en su modalidad normativista hace depender la validez de los actos de la autoridad de la existencia de una regla de atribución, noción que no contempla la letra de la Constitución, pues el concepto de la fundamentación a que ésta se refiere es totalmente diverso.

Ahora bien, como ya quedó expuesto y para evitar un a, el concepto de motivación lo entendemos referidos a la expresión de las razones y motivos que constituyen la causa y finalidad al acto, cuestión radicalmente distinta al “explicar el porqué es aplicable una regla al caso concreto”.

En ese entendido, siguiendo con la letra de la Constitución, lo que debe fundarse y motivarse según el propio precepto, es la causa legal del procedimiento. Esta idea es una tautología, pues en el deber fundar y motivar está implícito el expresar la causa del acto en cuestión. No obstante, creemos que más allá de criticar el precepto, esta idea no hace sino dar un concepto más claro a la luz de la tesis expuesta: debe fundarse y motivarse, expresando la causa del proceder (por qué y para qué).

En este caso no consideramos aplicable el postulado del legislador racional, bajo el cual, a fin de evitar la tautología, nos conduciría a la absurdo de que lo que tendría que señalarse en el mandamiento escrito de la autoridad es la causa de la causa del acto emitido.

Adicionalmente, el concepto “causa legal” no necesariamente conduce a que la causa deba encontrarse prevista en la ley o que la causa deba ser precisamente la misma ley. Esta misma reflexión es aplicable a las otras expresiones contenidas en el artículo 14 de la Constitución, aplicables a los actos privativos o a las sentencias del orden civil: “conforme a las Leyes” y “conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley”.

La conformidad con la ley, contenido de estas tres ideas, no necesariamente implica la necesidad de contar con una previsión expresa –cláusulas habilitantes– en la misma ley para dotar de validez a determinada actuación, sino que puede entenderse también como la falta de oposición o contradicción entre el contenido de ésta y los actos relativos, es decir, como una compatibilidad entre el acto de que se trate con el contenido de las leyes. De la misma manera que el contrato innominado no se encuentra expresamente regulado y prevista su validez, su contenido puede no resultar contrario a lo señalado por las leyes y por lo tanto será conforme a las mismas.

Podrá decirse que el razonamiento de este ejemplo es aplicable solamente en el Derecho Privado en donde rige predominantemente la autonomía de la voluntad como principio; no obstante, creemos que es sostenible también en Derecho Público en el cual prima el principio de interés público, pues el contenido de este último no conlleva en su concepto la habilitación normativa previa como una cuestión esencial o definitoria. Sostener lo contrario implicaría pronunciarnos sin reflexión alguna a favor de la doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la ley, es decir, implicaría afirmar sin explicación de por medio que las autoridades no pueden hacer más que aquello que las reglas les permiten, esto es, defender sin

razón de por medio que las autoridades sólo pueden actuar cuando cuenten con una norma habilitante.

Lo que queremos dejar asentado en estas líneas es que el concepto “causa legal” y las otras dos expresiones antes señaladas no presuponen inmediata y necesariamente que la causa o la atribución deba estar prevista en una norma, sino que pudieran significar también una concordia entre la ley y los actos de que se trate, es decir, la expresión del principio de legalidad en tanto primacía de ley o juridicidad.

Además, debemos recordar que en el momento de la redacción de dicho párrafo, el Derecho era sinónimo de leyes. Al verse superada semejante concepción, en la época actual los textos que contengan el vocablo ley, tendrían que entenderse como Derecho, por lo que confirmaríamos lo señalado en el párrafo anterior en el sentido de entender esa conformidad con las leyes como una juridicidad. Es por ello que leyes más modernas, incluso mexicanas, como la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, prevén que la sentencia se fundará en Derecho¹⁶⁷ y no exclusivamente en las leyes. Ésta sería una interpretación novedosa, que creemos valdría la pena explorar por los tribunales del país. Las expresiones antes mencionadas podrían en principio entenderse por lo tanto como la conformidad con el Derecho, que en ningún momento implica contar con una cláusula habilitante, prevista en las reglas.

Así, tenemos que el concepto causa legal en principio no haría sino dejar asentado que la causa del acto y éste mismo debe ajustarse a Derecho (juridicidad). En torno a este argumento, volveremos posteriormente.

Por otra parte, tenemos que dejar aclaradas algunas ideas en torno al concepto de competencia, a fin de que no se le dé incorrectamente a ésta el alcance de la

¹⁶⁷ “ARTÍCULO 50.- Las sentencias del Tribunal se fundarán en derecho y resolverán sobre la pretensión del actor que se deduzca de su demanda, en relación con una resolución impugnada, teniendo la facultad de invocar hechos notorios.” Énfasis añadido.

vinculación positiva a reglas, por parte de la Administración (y de todos los órganos del Estado).

Para ello tendremos que acudir a su fundamento y su necesidad. ¿Para qué se pide que la autoridad sea competente y qué es lo que esto implica? Desde un punto de vista histórico¹⁶⁸ e incluso con influencia evidente en la propia Constitución en vigor (artículo 16), podríamos encontrar el sentido de este concepto en la misma necesidad de contar con una norma de atribución por parte del Derecho para los actos de molestia. En este caso, de lo que estamos hablando es de una habilitación normativa como el único medio eficaz para convertir a la autoridad en competente.

Sin perjuicio de que el caso se encontraba inmerso en un tipo de actos como los de eficacia ablatoria, a fin de distinguirlo del principio de reserva de ley, debe sostenerse la exigencia de competencia se da para cualquier tipo de acto (favorable o de eficacia ablatoria) pues constituye una pretensión atendible la exigencia de que tome decisión respectiva el funcionario que legítimamente puede hacerlo, aún siendo favorable, ya que si fuera tomada por otra persona pudiera carecer de seriedad, constituiría la inmersión de funcionarios en asuntos que no son de su responsabilidad, pudiendo resultar impugnables por la propia autoridad.

Así, el fundamento histórico de la exigencia de competencia, antes expuesto, como necesidad de atribución normativa en los actos de eficacia ablatoria, puede formularse en otros términos o exponerlo en el contexto de un fundamento más general que aplica para cualquier acto.

Para exponerlo, tomaremos un concepto de Derecho Privado¹⁶⁹. En este sentido¹⁷⁰, podemos proponer que la competencia es una idoneidad o legitimidad de la

¹⁶⁸ Cfr. Entick v. Carrington. *Supra.* 28 y s.

¹⁶⁹ Cfr. Ladaría Caldentey, J., *Legitimación y Apariencia Jurídica*, Barcelona, Bosch, 1952.

¹⁷⁰ Creemos que las relaciones y necesidades humanas, las exigencias de justicia, así como los presupuestos jurídicos, son muchas veces los mismos para infinidad de casos y actos, y muy frecuentemente a los juristas puede ocurrirles que, por una cuestión de etiquetas, no adopten un concepto o una solución para determinadas circunstancias ya encontrada para otras, cuando en el fondo puede tratarse exactamente de la misma pregunta.

autoridad u órgano administrativo en relación al acto o función ejercida, que funciona como un presupuesto de eficacia o validez del acto de que se trata¹⁷¹.

Esto quiere decir que es una legitimidad que podríamos describir con un carácter externo, a diferencia de la legitimidad interna o incompetencia de origen del funcionario titular del órgano. La falta de legitimidad interna o incompetencia de origen se referirá a la falta de idoneidad de la persona física para ser titular del órgano o desempeñar la función pública relativa. Esta última distinción es relevante, pues la falta de la legitimidad interna tendrá una incidencia menor frente a los administrados en los actos¹⁷². La legitimidad externa aborda la cuestión de la idoneidad del órgano en relación al acto o conducta en cuestión.

Así, creemos que la competencia entonces constituye una relación de idoneidad entre una función o tarea y un órgano o funcionario. Lo anterior, independientemente de que tanto la tarea y la misma idoneidad sean creadas intencionalmente por algún acto del poder público, o bien, descubiertas con todos los elementos que brinde el caso.

Antes de continuar, cabe abundar algo más en torno a la génesis de las citadas tareas o funciones, en relación con el concepto que nos encontramos examinando. Como se ha expuesto anteriormente, las tareas y funciones del Estado, antes de ser una cuestión prevista en reglas, es decir, una cuestión normativa, son una cuestión de carácter sociológico, histórico, etc. Por ende, dichas tareas pueden existir, independientemente de que las leyes las reconozcan o las regulen. Aquí hay una gran diferencia con la óptica normativista kelseniana que sostiene que para que la tarea exista, deberá estar prevista en una norma. La visión propuesta no implica que no puedan crearse, asignarse o especificarse nuevas tareas a través de las normas, pues dichas tareas serán en todo caso legítimas y exigibles a su

171 Cfr. Ladaría Caldentey, J., *Op. Cit.*, pp. 1-13.

172 INCOMPETENCIA DE ORIGEN. NOCIÓN Y DIFERENCIAS CON LA COMPETENCIA A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t.: III, Segunda Parte-1, enero a Junio de 1989, p. 390.

COMPETENCIA DE ORIGEN Y COMPETENCIA CONSTITUCIONAL DE LAS AUTORIDADES. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. VI, Segunda Parte-2, Julio a Diciembre de 1990, p. 479.

LEGITIMIDAD DE LAS AUTORIDADES, EL PODER JUDICIAL FEDERAL CARECE DE FACULTADES PARA JUZGAR LA. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. I, Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1988, p. 387.

destinatario. Lo que implica es el reconocimiento de que las funciones administrativas tienen una existencia independiente de que se plasmen en una regla.

Ahora bien, el punto interesante de discusión se da en averiguar la manera en que las tareas genéricas de la Administración (como la seguridad social) se especifican, y en el papel que juega en ello la exigencia razonable de seguridad jurídica, esto es, si bien es cierto que, por ejemplo la Administración tiene a su cargo la seguridad pública de los ciudadanos, con independencia de que esta situación se encuentre o no prevista en una norma, ¿de dónde podremos extraer concretamente que puede clausurar algún establecimiento mercantil que contraviene los parámetros de seguridad pública?

Si bien es cierto que en principio creemos posible que desde la enunciación general de la función estatal puede juzgarse la validez específica de las actuaciones administrativas en un caso concreto por más difícil que parezca, y que prueba de ello es que los razonamientos utilizados constituyen en todo caso el sustento de la razonabilidad de las previsiones normativas -cuando las hay- y de la actuación misma, la discusión nos parece resuelta con la ya discutida reserva de ley, la cual exige una habilitación legislativa para el ejercicio válido de las facultades exorbitantes de la Administración.

Asimismo, debe señalarse que existe una relación muy estrecha entre la creación o enunciación de la tarea o la función y su asignación específica a un funcionario. La relación es tan cercana que prácticamente llegan a confundirse. A este respecto debemos dilucidar cómo dar por satisfecho el requisito de la competencia en el caso en que opere sobre la tarea en específico una reserva de ley, es decir, si es necesario que la previsión legislativa comprenda el funcionario responsable de ejercerla, o bien, basta con la mera atribución de la tarea por parte del mandato parlamentario, dejándose para algún otro momento o acto la atribución. Es en este preciso momento donde intentaremos entender cómo se satisface el requisito de la competencia para las actuaciones administrativas.

Al respecto, consideramos que sí existe una distinción entre el nacimiento o reconocimiento de la función y su asignación al funcionario. En este sentido, es hipotéticamente posible y no suena poco familiar en la legislación mexicana la encomienda legislativa otorgada en abstracto o “en blanco”, la cual es asignada posteriormente mediante un acto de diversa naturaleza a algún funcionario en específico. Este supuesto es válido, ya que la exigencia de competencia se agota en que el funcionario sea efectivamente el responsable de la resolución del asunto. Ello implica que en el caso de una función se encuentre sujeta al principio de reserva de ley, habrá que distinguir entre la creación o reconocimiento de la tarea o acto concreto de naturaleza exclusivamente parlamentaria, de la asignación o encomienda concreta que se haga al funcionario para darle competencia a este último en relación con aquella tarea que puede darse en principio por cualquier otro medio. A nuestro juicio precisamente en esto consiste la competencia: asignación de funciones.

En ese entendido, reconocidas en normas o no, las relaciones entre el órgano y las funciones administrativas son de asignación o atribución y convierten en idóneo al primero para el ejercicio de las segundas. Pueden asignarse a dicho funcionario de manera primaria (titularidad) o bien de manera secundaria a través de figuras como la suplencia o la avocación.

Ahora bien, ¿de qué manera se da o se logra la idoneidad entre las tareas y los funcionarios?, ¿cómo se da la competencia? A través de la mera asignación de las funciones, cuestión independiente a los reglamentos o leyes o en general a las reglas, aunque puede darse a través de las mismas. La Constitución no señala que la competencia deba otorgarse exclusivamente a través de las reglas, por lo que cualquier medio sería válido para dicho fin. Es por ello que existen numerosos acuerdos en la Administración por los que se distribuyen las tareas y funciones, mismas que se encuentran muchas veces en la ley, o bien, no lo están. Al respecto diremos que en cualquier organización existe la asignación de tareas y funciones, es decir, la atribución de competencia, y en la Administración esta labor no es ni

debe ser distinta. Todo aquel que ha trabajado en la Administración puede lo sabe. En lo que no estamos de acuerdo es en que se pretenda darle un diseño u óptica normativista a la atribución de competencias, cuando en realidad tiene un carácter meramente administrativo o de organización. La óptica normativista, por lo regular hace que los servidores públicos se pierdan ante una telaraña de incisos y fracciones que no parece tener fin, ni dar una respuesta exacta a lo que ellos buscan.

Con ello no queremos decir que decisiones de organización como una atribución de competencia que se dé por un medio distinto de una ley o de un reglamento, sea eficaz para derogar ordenamientos como los citados, cuando sean contradictorias con los preceptos ahí contenidos. Lo que queremos decir es que la atribución de una función puede darse independientemente de aquellas y tiene un origen de administración y de organización y no normativo.

Así, en la práctica suelen resultar muy útiles y además jurídicamente sólidas las asignaciones globales o genéricas que se hacen en reglamentos o acuerdos emitidos por la Administración. Por el contrario las atribuciones específicas, como se comentó, se convierten en un laberinto de enunciados que en ocasiones se adaptan difícilmente a la realidad que el caso solicita.

Así, la inexistencia de la función o tarea, o bien si ésta está sujeta a reserva de ley y dicho requisito no se cumple, trae como consecuencia la invalidez del acto. Nadie puede ser competente para ejercitar una tarea inexistente. No obstante, no ocurre lo mismo al revés, pues puede haber funcionarios incompetentes para ejercitar una tarea válida.

No obstante lo expuesto, tenemos que plantearnos el problema de vislumbrar los posibles efectos de la seguridad o inseguridad jurídica en este caso. ¿De qué manera el ciudadano se encuentra en aptitud de saber que el funcionario es al que se le ha asignado una función?, ¿de qué manera constata que no hay inmersión de un funcionario ajeno a sus funciones o que su respuesta tiene la seriedad debida

pues ha sido resuelta por el responsable?, ¿son éstas pretensiones razonables de seguridad jurídica? Podemos desde luego anticipar que a esta necesidad no va a dársele una satisfacción completa en todos los casos a través de reglas y leyes¹⁷³, pues éstas podrían incluso ser una fuente de mayor incertidumbre y, a pesar de que podría intentarse la inconstitucionalidad de las mismas por vulnerar el principio de seguridad jurídica, de cualquier manera debe existir un funcionario responsable del asunto, es decir, dicha declaratoria no resolvería el problema sustancial, quedando en suspenso la decisión o resolución respectiva.

La justa pretensión de seguridad jurídica (tanto para los particulares como para la autoridad) no está en saber previamente cuál es funcionario que va a resolver, sino en que sólo resuelva en definitiva el funcionario que tiene efectivamente encomendada (por el medio que se quiera) la tarea, dando la atención debida al asunto de que se trate (escuchando los alegatos, valorando las defensas de los interesados, etc.) y no otro funcionario que de buena o mala fe sostenga aquella competencia.

Bajo la óptica normativista en la que nos encontramos por la que los artículos 14 y 16 de la Constitución arrojan una interpretación en donde todos los conceptos (competencia, fundamento, causa legal, etc.) se confunden y constituyen una sola exigencia, se ha interpretado que los artículos que dan competencia a determinado funcionario u órgano deben citarse en el acto, ya que constituyen a la vez fundamento y competencia. Estimamos que si la competencia constituye un presupuesto de validez y los actos administrativos cuentan con presunción de validez¹⁷⁴, dichos presupuestos deben entonces tenerse por satisfechos, salvo prueba en contrario. Pues aún cuando la competencia deba acreditarse en el propio acto por la autoridad, cuestión que estimamos podría hacerse por cualquier medio

¹⁷³ Creemos que el problema de la inseguridad jurídica es realmente una cuestión de la actitud adoptada por las personas y los juristas frente al ordenamiento jurídico y las autoridades, independientemente de se conciba a este como un sistema de reglas o no, por lo que creer que la respuesta se encuentra en éstas no es correcto. Es decir, las personas y los juristas tienen confianza en el sistema o no la tienen. Si no se tiene confianza en el sistema, de poco o nada servirán las reglas y si se tiene confianza, igual. Esto puede reflejarse y verse trasladado hasta los razonamientos de un caso concreto.

Es por ello también que las reglas nunca dejarán satisfechos a todas las personas partidarias de la óptica decimonónica, pues siempre tendrán una crítica para las disposiciones provocada por esa falta de certeza absoluta, cuya medicina no es precisamente las reglas formuladas con precisión, sino la vuelta a la confianza.

¹⁷⁴ Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Op. Cit.*, p. 487.

que permita acreditar la asignación de la función, o bien, que se desprenda de una presunción de competencia del funcionario que lo adoptó (originada por la presunción de validez del acto), en todo caso la carga de argumentar la incompetencia se revertirá al posible afectado.

Este último podrá al efecto encontrar elementos que atribuyan la función de resolver a algún otro funcionario, en cuyo caso éste deberá ser el que adopte las decisiones y resuelva, siendo inválidas las tomadas por el primero; o bien, el afectado podrá demostrar que no existe precepto en reglas, ni en ningún otro elemento que atribuya la función a favor del funcionario que resolvió o de algún otro. En este último caso, de acreditarse esta situación, el acto no será válido pues la función, de existir, deberá estar conferida a algún funcionario.

Lo que no valdrá ni para el particular ni para el juzgador, es no admitir o no valorar como prueba de competencia elementos o argumentos diversos a leyes y reglas. Así, no deberá considerarse eficaz el argumento del administrado consistente en que éste que no conocía aquellos elementos de prueba o que no se encontraba en aptitud de poder conocerlos, pues no habría razón fundada para presumir la mala fe por parte de la Administración¹⁷⁵ (la buena fe siempre se presume), por lo que ésta constituye una pretensión excesiva. Por ello, no sería válido tampoco que la autoridad, en su momento, argumentara de mala fe la incompetencia del funcionario.

Bajo una perspectiva teleológica, con estos conceptos se posibilita la defensa de los administrados, frente a los actos de autoridad estatales.

En ese entendido, debemos concluir en torno a la competencia que de la letra estricta de la Constitución, la competencia, como ocurre en cualquier organización, bien podría encontrarse o desprenderse de cualquier elemento jurídicamente apto para asignar funciones, ya que aquella no exige que el único medio para hacerlo sean las leyes o reglas. Así, tenemos que decir también para sostener este

¹⁷⁵ Cfr. González Pérez, Jesús, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 4ª Ed., Madrid, Civitas, 2004. pp. 173 y ss.

argumento que no existe reserva legal¹⁷⁶ para asignar competencias¹⁷⁷. Ni siquiera una reserva para las reglas, del tipo que sean. Por ello, puede ser argumentada o construida inclusive por principios o demostrada por hechos de diversa naturaleza. Asimismo, existe una diferencia entre la creación o reconocimiento de la tarea o función, la cual podrá estar sujeta o no a reserva legal, y su asignación a los funcionarios, cuestión en la que precisamente consiste la competencia. Esencialmente la competencia es una asignación de tareas y funciones que confiere legitimación al funcionario para desempeñarlas.

Si esto no fuera cierto, ¿cómo ha sido posible que, entre otras naciones, en el país que precisamente acuñó la idea de la competencia como los EE.UU.A., no se emitan absurdas órdenes y oficios con párrafos de muchos renglones llenos de citas y transcripciones de artículos¹⁷⁸ y a la vez se cuide eficientemente la competencia?

15. No obstante los argumentos expuestos, el más importante es que los artículos 16 y 14 de la constitución antes citados se limitan a fijar obligaciones en la emisión de los actos, únicamente respecto de aquellos que son de molestia y privativos¹⁷⁹. Cabe decir que el concepto acto de molestia comprende o abarca el de acto privativo¹⁸⁰, pero no todo acto privativo es de molestia.

Es por ello que el resto de los actos se encuentran libres de este requisito, por lo que la autoridad se encontrará vinculada negativamente frente a la ley: eso dice el texto de la Constitución.

¹⁷⁶ El criterio jurisprudencial firme contenido en la tesis COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES. EL ARTÍCULO 10, FRACCIÓN VI, DE LA LEY QUE LA REGULA NO LE CONFIERE ATRIBUCIÓN PARA CREAR AUTORIDADES, POR LO QUE NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, Tesis: 2a. CLXXII/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, Diciembre de 2002, p. 274.", implícitamente, aunque de manera clara, reconoce la reserva legal únicamente para la habilitación legislativa de actos de eficacia ablatoria, no obstante, el texto pareciera confundir la creación de la tarea con la asignación al funcionario. Esta misma cuestión ya fue objeto de distinción.

¹⁷⁷ Cfr. Roldan Xopa, José, *Op. Cit.*, Nota 6, p. 183 y ss.

¹⁷⁸ Que curiosamente logran precisamente lo que pretenden evitar: inseguridad jurídica.

¹⁷⁹ FUNDAMENTACION Y MOTIVACION. SON EXIGIBLES SOLO CUANDO LA AUTORIDAD DICTA, ORDENA O EJECUTA UN ACTO DE MOLESTIA EN CONTRA DEL GOBERNADO. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Vol.: 151 a 156 Sexta Parte, p. 86.

¹⁸⁰ Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio, *Op. Cit.*, pp. 538 y 591.

Solo bajo un liberalismo extremo y un contractualismo puro –en el que la actividad del Estado se considera frontalmente opuesta a la del hombre naturalmente libre y en la que aquél realiza sólo lo que éste le encomienda– podría pensarse que todo acto de la Administración supone un gravamen para los particulares. No es así. Los actos de gravamen a que se refieren los artículos en comentario, inmersos en su mayoría en la actividad de policía del Estado, ni siquiera constituyen hoy en día la actividad principal de la Administración que, al ser la faz del Estado, asume sus fines y funciones principales, los cuales según vimos se encuentran muy lejos de agotarse en los señalados por el Estado liberal de los siglos XVIII y XIX.

Además, como se ha expuesto, de una lectura atenta y estricta a la regulación que establecen los citados preceptos respecto de los actos de molestia y privativos ni siquiera se desprende necesaria e inmediatamente de la letra de la Constitución que deban contar con una regla habilitante para ser válidos.

No obstante ello, debemos formularnos la pregunta de si un acto de molestia –comprendido dentro de dicho concepto el de acto privativo– es un acto de eficacia ablatoria a los que nos hemos venido refiriendo, a cuyo efecto tendríamos que discutir la necesidad de una habilitación legal parlamentaria y el sustento de ésta. En tanto que del concepto de acto de autoridad, cuyas especies son el acto de molestia y privativo, es precisamente aquel que modifica unilateralmente la esfera jurídica de los particulares, nos inclinamos a pensar que el concepto de acto de molestia y privativo es coincidente con el de acto de eficacia ablatoria, por lo que su regulación la regulación de éstos le es aplicable.

Ahora bien, también debemos sostener que existe una reserva de ley para estos actos de gravamen. ¿De dónde podemos extraer esta conclusión, además de jurisprudencialmente¹⁸¹? No existe un texto constitucional al respecto que lo disponga así claramente, como se ha expuesto, pero ello se colige del fundamento doctrinal que sostiene la necesidad de habilitación parlamentaria para que la

¹⁸¹ COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES. EL ARTÍCULO 10, FRACCIÓN VI, DE LA LEY QUE LA REGULA NO LE CONFIERE ATRIBUCIÓN PARA CREAR AUTORIDADES, POR LO QUE NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Tesis: 2a. CLXXII/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, Diciembre de 2002, p. 274.

Administración pueda válidamente realizar este tipo de actos con eficacia frente a los particulares, la cual estimamos plenamente vigente para nuestro país.

Como se señaló, la jurisprudencia de la Suprema Corte ha confirmado la existencia de la reserva de ley para los actos de eficacia ablatoria, aún cuando el criterio citado confunde el concepto competencia con la reserva –distinción que hemos podido realizar en páginas anteriores–, pues subsume en esta idea la creación de los órganos facultados para emitir actos de autoridad. No obstante, de este criterio firme y obligatorio se desprende la necesidad de la habilitación parlamentaria para los actos que modifiquen unilateralmente la esfera del administrado.

Este último criterio permite incluso dar un sentido más adecuado y natural a la expresión “...conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho...” contenida en el artículo 14 y referente a la garantía de audiencia, expresión que es aplicable para los actos privativos, especie de actos de eficacia ablatoria.

Recién sostuvimos que de la lectura estricta de los preceptos 14 y 16 de la Constitución, que establecen los requisitos para los actos de molestia y privativos, no se desprendería necesaria e inmediatamente la exigencia de habilitación normativa alguna. Seguimos sosteniendo la misma postura, ya que el fundamento de la habilitación parlamentaria lo encontramos doctrinalmente y no así en la letra del texto constitucional, si bien dicha exigencia permite dar congruencia a la expresión “...conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho...”, antes aludida.

No obstante lo anterior y de acuerdo con la realidad de la necesidad de habilitación parlamentaria, dicha exigencia deberá tener alguna incidencia en el contenido y utilización de los conceptos “fundamento” y “de conformidad con las leyes”, sin que estos conceptos agoten su significado en la referida habilitación normativa parlamentaria. Es decir, en tanto la exigencia de habilitación existe, ésta tiene influencia práctica en los citados conceptos, consistente en que alguno de los fundamentos del acto de autoridad deberá consistir precisamente en la habilitación

parlamentaria y, por lo que se refiere a la conformidad con las leyes, la Administración deberá estar facultada por el parlamento para que sea su actuación válida, es decir, la conformidad con la ley en este caso –mejor aún, con el Derecho– implicará, entre otras cuestiones, gozar con el facultamiento parlamentario para los actos de eficacia ablatoria.

Debe subrayarse y recordarse que, en todo caso, la regulación establecida por los artículos 14 y 16 de la Constitución sería aplicable únicamente a esos actos de gravamen. Por ello en esos casos y de la manera mencionada en los párrafos anteriores, es decir, según la lectura atenta del mandato parlamentario, contemplando sus principios, valores y directrices, será que la autoridad administrativa deberá buscar una habilitación parlamentaria, encontrándose sujeta a una reserva de ley o vinculada positivamente a ésta.

No obstante lo expuesto, debemos subrayar que existen muchas leyes y reglamentos que han seguido la inercia de los conceptos normativistas, sin actualizarse. Por ello es que muchas veces no se suele dudar de la plena vigencia de dichos conceptos, cuando los juristas los encuentran inmersos en éstas leyes y reglamentos.

Ahora bien, como se ha sostenido en diversas ocasiones, los actos en los que no resulta aplicable la doctrina de la vinculación positiva a la ley, en tanto habilitación legislativa, se encuentran también sujetos plenamente al Derecho y, por ende, a cualquier tipo de fiscalización. Considerando que recién expusimos que los artículos 14 y 16 son aplicables sólo a los actos de molestia ¿dónde se encuentra el sustento del apego al Derecho para el resto de la actuación de la Administración pública?

Tendremos que comenzar un paso atrás para dar respuesta a dicha interrogante recordando que la juridicidad, como sujeción al Derecho, encuentra su fundamento para los actos de eficacia ablatoria en los siguientes preceptos: 1) en el artículo 16 constitucional, en tanto el concepto “fundamento” debe comprender alguna cuestión de Derecho; 2) en la expresión “conforme a las Leyes” del artículo 14, para los

actos privativos, entendida como reserva de ley expresa y entendida igualmente como sujeción a Derecho, por la interpretación histórica del término “leyes” 3) de manera indirecta, en el mismo artículo 14, párrafo cuarto, al disponer que las sentencias civiles deben ajustarse a los parámetros que el mismo párrafo señala, en los que podemos encontrar claramente al Derecho, no únicamente ante la falta de ley y, por último, 4) en el artículo 17 como el Derecho a la justicia estatal, en tanto garantía no solamente procedimental u orgánica, sino sustantiva.

Como podrá verse claramente, la respuesta a la pregunta la encontramos únicamente en los números 3) y 4) de nuestro párrafo anterior, ya que cualquier interpretación extensiva implicaría alterar su contenido normativo más allá de lo permisible jurídicamente, considerando que se cuenta con otros preceptos que brindan esta cobertura.

16. Creemos necesario formular un par de reflexiones en torno a los antecedentes históricos de los artículos de la Constitución que se han comentado, a fin de no parezca que el sentido propuesto de los citados artículos carece de sustento, o bien, no es acorde con el contexto de los mismos.

Con las siguientes líneas pretendemos demostrar que no existe razón alguna para sostener, ahora desde el punto de vista histórico, que el artículo 16, y en menor medida el 14, establecen la obligación de contar con una regla habilitante para la labor de la Administración. Por el contrario, dichos artículos constituyen exigencias de sujeción a Derecho, competencia y razonabilidad, originadas casuísticamente en la búsqueda de justicia. Por esta razón, remitiremos a páginas anteriores de este documento en las que se contienen las referencias a los textos y casos que se dieron en el *common law*, a fin de entender cabalmente el contexto de las disposiciones y su exacta aplicación.

Primeramente, debe señalarse el hecho de que en nuestro país prácticamente respecto de cualquier actividad se produce poco y de poca calidad. Esto conduce a

la necesidad de que México sea un país importador¹⁸², aunque frecuentemente se importe sólo lo más básico o lo que más esté de moda y por ello resulte a veces tan difícil conseguir otras cosas que se aparten de estos parámetros. El Derecho no es ninguna excepción y la prueba es la misma historia del Derecho Mexicano¹⁸³.

Bajo esta tesitura, la prescripción de la cuarta enmienda de la Constitución americana, junto con la extensión de su garantía dada por los jueces norteamericanos es prácticamente la misma que la contenida en del artículo 16 de la Constitución mexicana, es decir, la idea es importada de aquél ordenamiento. La interpretación mexicana ha variado para adaptarla a las doctrinas normativistas, de moda en el siglo XX. Lo que intentamos precisamente en este documento, entre otras cuestiones, es ajustar la interpretación a doctrinas propias del siglo XXI.

Nos referiremos a la cuarta enmienda de la Constitución Americana principalmente porque el ámbito de su aplicación es un concepto mucho más amplio, como lo es el acto de molestia, cuyo régimen y requisitos son aplicables también al acto privativo, de acuerdo con el Derecho mexicano. No obstante, también haremos alusión de manera breve al acto privativo en el Derecho norteamericano, limitándonos a señalar que la Constitución norteamericana establece la garantía del debido proceso, audiencia y de sujeción al Derecho, tal como lo hace el artículo 14 de la Constitución mexicana, en una auténtica calca de aquella disposición.

Un papel de tremenda importancia lo tienen los hechos que dieron origen a disposiciones como la cuarta enmienda, a los cuales nos remitimos¹⁸⁴. Ello, porque auxilian a determinar la esencia prescriptiva tanto de la enmienda en comentario y, a su vez, de los artículos de Constitución mexicana. En este sentido, podemos decir la cuarta enmienda se dio en un contexto y para una finalidad muy específica ya comentada: prohibir los cateos no razonables, es decir, los que se dan sin contar con evidencia específica que los hagan fundados, así como aquellos emitidos de manera genérica sin encontrarse dirigidas a persona y domicilio determinado. Esto

¹⁸² Cfr. Ramos, Samuel, *Op. Cit.*

¹⁸³ Cfr. Cruz Barney, Oscar, *Historia del Derecho en México*, 2ª Ed., México, Oxford University Press, 2004.

¹⁸⁴ Cfr. *Supra*. 27 y ss.

se tradujo en una exigencia de razonabilidad, competencia y sujeción al Derecho, para cualquier acto de autoridad jurisprudencialmente.

Hemos podido comprobar que algunos antecedentes históricos¹⁸⁵ del citado artículo 16, contenían una redacción prácticamente idéntica a la cuarta enmienda y muchas ideas de la casuística de los precedentes de los tribunales norteamericanos, lo cual es comprobable inclusive en el texto del proyecto de constitución de 1857.

Fue hasta que en el texto definitivo de la constitución de 1857, sin un aparente motivo, se dejó la casuística y se optó por una regla general para todo acto de molestia la obligación de contar con mandamiento escrito, de fundar y motivar, de ser emitido por autoridad competente e indicar causa legal, y para los renglones siguientes se incluyeron las reglas detalladas relativas a las visitas de inspección, cateos y órdenes de aprehensión.

El único motivo que podría resultar comprensible es el de hacer extensible dicha garantía a cualquier acto de molestia, cuestión que resulta congruente con las resoluciones judiciales de Derecho comparado, a las que se han venido haciendo referencia y que fueron posteriores a la enmienda en comentario. Cabe reiterar de cualquier manera que este artículo se encuentra en el marco histórico de la regulación y limitación de los cateos, aprehensiones e inspecciones, lo que se prueba inclusive por el hecho de encontrarse en el mismo artículo, es decir, dentro de los actos de autoridad. El propio término mandamiento escrito a que alude el texto vigente del artículo 16, evoca la idea del inicio de un cateo o visita domiciliaria. Para ello, se prohíben los cateos no razonables, esto es, basados en mero indicio, sin contar previamente con la evidencia suficiente, es decir contar con una causa probable, emitidas con alguien con competencia suficiente para ello. Esta exigencia, como ya se dijo, se traduce en una razonabilidad (causa probable) y sujeción al Derecho que se extendió por criterios judiciales a los derechos en general, abarcando cualquier acto que los lesionara.

¹⁸⁵ Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808 2002*. 23ª Ed., México, Porrúa, 2002, 153 y ss.

Narraremos un poco de la historia del artículo 16 de nuestra Constitución para comprobar cómo se plasmaron estas ideas, comprobando también las similitudes en un cuadro comparativo, que hacen evidente la influencia del Derecho norteamericano en la elaboración del artículo referido.

<p>Cuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América</p>	<p>Proyecto de Constitución Política de la República de junio de 1856</p>	<p>Constitución de 1857</p>
<p><i>The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.</i></p>	<p><i>Todos los habitantes de la República, así en sus personas y familias, como en su domicilio, papeles y posesiones, están a cubierto de todo atropellamiento, examen o cateo, embargo o secuestro de cualquier persona o cosa, excepto en los casos prefijados por las leyes y con la indispensable condición de que se proceda racionalmente y de que la autoridad competente exprese en su mandato la causa probable del procedimiento, sostenida por la afirmación, al menos de un testigo, y señale y describa el lugar que debe ser registrado o la cosa o persona que debe ser secuestrada.</i></p>	<p><i>Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandato escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.</i></p>

El proyecto de este artículo, cuando fue presentado para su discusión en el pleno y habiendo sido aprobado en las comisiones legislativas respectivas, recibió grandes críticas por los constituyentes de 1857 porque, a juicio de los oradores, no resultaba

preciso. En concreto, recibió críticas la porción “racionalmente” y la exigencia del testigo. Se retiró el proyecto de la discusión y se propuso el texto definitivo contenido en la extrema derecha del cuadro que antecede, el cual fue aprobado.

Así, “[...] Ponciano Arriaga aclaró que con este artículo del Proyecto se quería “evitar la manera bárbara y salvaje con que en México se hacen las prisiones, esa especie de furor canino con que toda clase de autoridades maltratan y atropellan a los ciudadanos”¹⁸⁶.

El proyecto de Venustiano Carranza de nueva cuenta no contenía la regla genérica para todo acto de molestia, sino que entraba igualmente de manera directa a regular los cateos y las aprehensiones.

No obstante, en la discusión plenaria y después de pasar por las comisiones respectivas del órgano legislativo en 1916, también fue criticado el artículo y se retiró para ser presentado posteriormente con la redacción actual. En una de las críticas se dijo que se pretendía restringir el alcance del artículo de la Constitución de 1857 al hacerlo aplicable sólo al domicilio, en tanto que su precedente aplicaba a cualquier acto de molestia, con referencias generales a los papeles, posesiones, familia, etc. Por este motivo, sería válido concluir que se pretendió por el constituyente de 1917 ratificar la extensión de la garantía a todos aquellos conceptos. Así, “*El primer párrafo del artículo 16 fue aprobado tanto por el Congreso Constituyente de 1856-1857 como por el de 1916-1917 [...] El texto del proyecto de 1856 era diverso pero tenía una finalidad similar.*”¹⁸⁷

Ahora bien, debemos preguntarnos en qué consistía la garantía a los ojos de los constituyentes de 1857, pues en 1917, se repitió el texto, como hemos visto. Al efecto, “[...] los comentaristas de la Constitución de 1857 consideraron que el

¹⁸⁶ Ovalle Favela, José, comentario al artículo 16 constitucional, *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, México, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Porrúa, 1994, T. III, p. 164

¹⁸⁷ *Idem.*

*derecho fundamental reconocido en el artículo 15 era el de la seguridad personal y real.*¹⁸⁸

*“Este artículo garantiza a los individuos la seguridad personal y real; por tanto, las molestias de que habla pueden referirse a la persona, como en los casos de aprehensiones, cateos y visitas domiciliarias, o a las cosas que aquélla posee, como el allanamiento de morada, el registro de papeles o la privación de los bienes.”*¹⁸⁹

José María Lozano explicaba que por la garantía de seguridad contenida en el artículo 16, *“el hombre no puede ser molestado, esto es, aprehendido, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento; tampoco en su familia, su domicilio, papeles y posesiones pueden ser objeto de pesquisas, cateos, registros o secuestros sino con el propio requisito.”*¹⁹⁰

José María Lozano resumía con claridad el fundar y motivar: *“La Constitución quiere que se funde y motive la causa del procedimiento, esto es, que se exprese el motivo de hecho que lo autoriza y el derecho con que se procede.”*¹⁹¹

Esta última expresión confirma desde el punto de vista histórico la posición antes asumida respecto de la obligación constitucional establecida por el artículo 16 y que su apego a los dogmas normativistas constituye una auténtica desviación a su sentido histórico.

17. Por otra parte, otro artículo que suele emplearse para dar fundamento a los postulados normativistas es el artículo 89, fracción I de la Constitución Política, ya que se dice que el Ejecutivo Federal y la Administración que éste encabeza sólo puede ejecutar la ley, encontrándose imposibilitado para hacer otra cosa que no

¹⁸⁸ Ovalle Favela, José. *Ibidem.* p. 165.

¹⁸⁹ Mariano Coronado, *Elementos de Derecho constitucional mexicano*, Guadalajara, Escuela de Artes y Oficios del Estado, 1899, p. 50, citado en Ovalle Favela, José, *Op. Cit.*, p. 164

¹⁹⁰ Lozano, José María, *Tratado de los derechos del hombre*, México, Imprenta del Comercio de Dublán y Compañía, 1876, p. 108., citado en Ovalle Favela, José, *Op. Cit.*, p. 163.

¹⁹¹ *Idem.* pp. 129 y s.

sea actualizar sus hipótesis normativas y, en su caso, proveer a su exacta observancia, último aspecto este que se ha interpretado como la facultad reglamentaria¹⁹², correctamente¹⁹³ a juicio nuestro.

Al respecto, tenemos que decir que lo que establece el artículo 89, fracción I es únicamente la sujeción del Ejecutivo y de la Administración a la ley emitida por el Congreso y no otra cosa. Ello implica simplemente un auténtico principio de preferencia de ley, reflejo de un principio democrático mexicano, al considerarse los integrantes del Congreso representantes de la soberanía popular, con la facultad y poder suficiente para poder dirigir y ordenar a la Administración en alguna materia. Es decir, implica la superioridad de los mandatos del parlamento frente a la actuación libre de la Administración, la cual, antes de hacer su voluntad o la actuar conforme a algún ordenamiento emitido por ella misma, deberá subordinarse a lo dispuesto por el congreso.

Esta primacía de la ley, implícita en un principio democrático mexicano, es parte también del concepto juridicidad, pues coloca jerárquicamente a la ley en un lugar frente a los demás elementos del ordenamiento jurídico, y lo hace en una posición privilegiada, por su origen democrático, muestra de la autodeterminación de los pueblos. No obstante y como muestra de que, en efecto, es parte del principio de juridicidad al tener efecto sobre la jerarquía normativa, la posición de la ley se encuentra hoy en discusión frente a los tratados internacionales, pareciendo incluso más débil que éstos últimos.

Asimismo, este artículo es el fundamento constitucional desde hace tiempo¹⁹⁴ del principio de autotutela de la Administración, que implica que ésta no tiene que acudir a los tribunales cuando tiene una determinada pretensión, sino que de manera directa puede ejecutar la ley, iniciando procedimientos en sede administrativa.

¹⁹² Cfr. Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 29ª Ed., México, Porrúa., 1995, p. 465.

¹⁹³ Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo Mexicano*, 32ª Ed., México, Porrúa, 1993, pp. 108 y ss.

¹⁹⁴ *Ibidem*. p. 287.

Podemos ofrecer un argumento más de la propia letra de la Constitución para sostener la doctrina de la vinculación negativa de la Administración a la ley. Si efectivamente la labor de la Administración se agota en actualizar hipótesis normativas, ¿qué sentido tienen todos los párrafos del apartado A. del artículo 26 de la Constitución, relativos a la planeación nacional de desarrollo?

¿Qué sentido tendría para la Administración planear su actividad, si ésta se limita a ejecutar normas? No lo tendría, considerando además que el sentido correcto de las normas, bajo una visión positivista, es uno solo, por lo que la actividad de la Administración estaría condenada a la actualización de las hipótesis, en el único sentido verdadero.

Después de la lectura del apartado A del artículo 26 de la Constitución, la posición de la ley, como lo hemos venido proponiendo, queda, por regla general, como un límite negativo y como una regulación con carácter generalmente no habilitante, reflejo del principio de juridicidad. Así, la Administración debe ejecutar la ley, como lo señala el artículo 89, fracción I, antes referido, pero no solamente ejecuta la ley y por ello tiene que contar con todo un sistema de planeación sexenal de sus actividades.

Por otra parte, únicamente tenemos conocimiento de una constitución que ha señalado en su texto la vinculación positiva, la austriaca de 1920: *“La entera actividad administrativa estatal sólo puede ser ejercida sobre la base de las leyes.”* De ahí en fuera todas expresan su sujeción a las leyes y al Derecho y, en su caso, la reserva y la primacía de la ley (que en el presente documento la hemos propuesto como parte de la sujeción al Derecho). A pesar de que no contamos con evidencia para sostener un argumento así, podríamos asegurar que una disposición como la austriaca no pudo haber sido cumplida en la gran mayoría de los casos. Por ello insistimos en que el debate vinculación positiva-negativa, es abierto, pues no hay ningún texto en la constitución que expresamente incline la balanza hacia una u otra postura.

La anterior lectura de los preceptos constitucionales nos pone en contacto con la realidad jurídica global (principalmente con el *common law*) haciéndola compatible con la nuestra. También nos pone en contacto con la historia y las necesidades comunes de los pueblos.

Curiosamente, desde la óptica normativista incluso existe fundamento suficiente para sostener la doctrina de la vinculación negativa.

Partimos de la premisa que de la letra estricta de la Constitución, no existe disposición que establezca la obligación de contar con regla habilitante, como ya se demostró, ya que los postulados normativistas han permeado en la interpretación y lectura de la Constitución, reconfigurando los conceptos contenidos en ésta.

Además, contamos con una disposición que señala que “la Nación”, es decir, el Estado, es una persona moral: la fracción I del artículo 25 del Código Civil Federal. Así, el artículo 26 del mismo ordenamiento señala que las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el fin de su institución, precepto aplicable al Estado, pues éste, es una persona moral¹⁹⁵. Al ser aplicable este artículo para el Estado, éste cuenta con las atribuciones necesarias para realizar su finalidad, pues no existe una regla que disponga lo contrario, por lo que las leyes especiales que lo regulan tendrían el carácter de mero límite negativo a su actuación. Por lo anterior, desde el punto de vista de las leyes, existiría un fundamento suficiente para sostener que el Estado puede hacer todo aquello que no le esté prohibido.

Esta última reflexión debe tomarse con muchas reservas, pues está dada por la misma óptica normativista a la cual pretendemos criticar. Simplemente queríamos dar a conocer que inclusive bajo la letra de las leyes, no es posible sostener los postulados normativistas. Adicionalmente, el ámbito de la reserva de ley es bastante amplio pues las potestades administrativas que se caracterizan por una relación de supra a subordinación son considerables en número.

¹⁹⁵ También serían aplicables los siguientes dos artículos del ordenamiento común, los cuales confirmarían la existencia de un principio de juridicidad.

18. Por último, tenemos que comentar que tenemos duda que los postulados normativistas constituyan criterios jurisprudenciales obligatorios para los tribunales. Lo anterior, debido a que, a nuestro conocimiento salvo en dos criterios aislados de la Quinta Época antes citados, no se ha puesto en duda o en discusión la necesidad de una norma habilitante, por lo que nunca ha formado parte de una discusión en la que se haya resuelto sobre este punto en específico, aún cuando se haya utilizado como una consideración para resolver sobre un punto diverso. Por el contrario, sí es un criterio jurisprudencial expreso por reiteración en términos de la vigente Ley de Amparo, el que las funciones de los servidores públicos no necesariamente deben constar en una norma de carácter general, para efectos de determinar su responsabilidad¹⁹⁶. No encontramos razón válida alguna de conforme a la cual no sería aplicable esta responsabilidad para otros efectos.

III. CONCLUSIONES.

1. La doble relación de la Administración y el ordenamiento jurídico como consecuencia del principio de juridicidad o legalidad en sentido amplio. 2. El “control difuso”. 3. Intento de solución de los problemas apuntados. 4. La cautela debida.

Se ha demostrado que la frase “*las autoridades sólo pueden hacer aquello que están expresamente facultadas y los particulares pueden realizar todo lo que no tengan expresamente prohibido*”, que es entendida en la cultura mexicana actual como el principio de legalidad, se encuentra erosionada en ambos sentidos.

Al efecto, el principio de legalidad se ha convertido en un principio de juridicidad, como el sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico en su conjunto, con el fenómeno del desbordamiento de fuentes, contemplando todos sus elementos y con la eficacia directa normativa de la Constitución. Asimismo, se ha

¹⁹⁶ SERVIDORES PÚBLICOS. LA CIRCUNSTANCIA DE QUE SUS ATRIBUCIONES Y OBLIGACIONES NO ESTÉN EXPRESAMENTE CONTEMPLADAS EN UNA NORMA GENERAL, ES INSUFICIENTE PARA EXIMIRLOS DE RESPONSABILIDAD. Tesis: I.7o.A., Núm.:J/52. S.J.F. y su Gaceta, 9a. Época, t. XXXI, febrero de 2010, p. 2743

probado que dentro de este concepto amplio de juridicidad, es decir, como parte de la sujeción de la Administración al ordenamiento jurídico, la cual se somete de la misma manera que cualquier persona, se encuentran dos conceptos que se han tomado tradicionalmente también como acepciones de aquel añejo principio de legalidad, pero que tienen un significado distinto a aquel: reserva de ley y primacía de ley. Por último y dejando al lado que el debate vinculación positiva-negativa es abierto, parece desde el texto de la Constitución mexicana, los fundamentos filosóficos e históricos, que la doctrina correcta entre la de la vinculación negativa y positiva de la Administración, es la primera, con la salvedad de la reserva de ley, como una mera habilitación parlamentaria, en los casos de actos de eficacia ablatoria o actos de autoridad.

1. Pues bien, de todo lo expuesto puede decirse primeramente como conclusión que la misma discusión de vinculación negativa o positiva de la Administración, puede ser expuesta de otra manera, o bien, transformada por los nuevos presupuestos jurídicos de la discusión. En este sentido, puede decirse que la Administración y el ordenamiento jurídico tendrán una vinculación tal (juridicidad) que producirá dos posibles efectos en la actuación de aquella, por lo que se refiere a la existencia o no de una conducta.

El sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico en su conjunto tendrá dos posibles efectos, en tanto ésta, gestora de los intereses colectivos, tiene de manera natural la directriz de dar en el desempeño de sus tareas, la máxima eficacia posible a todos los elementos del ordenamiento jurídico¹⁹⁷. Por ejemplo, cuando una regla contenida en una ley se le encomienda la gestión de determinado servicio público, habrá de buscar darles la máxima eficacia a todas las reglas, valores y principios ínsitos en el ordenamiento que le encomendó la tarea.

El primer efecto a que nos referimos es inhibitorio: la Administración podrá encontrarse limitada en su actuación por el ordenamiento jurídico, es decir, se

¹⁹⁷ Como lo demuestra el Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos respecto de los Derechos Humanos, según la reforma constitucional recientemente aprobada por el Senado, enviada mediante oficio D.G.P.L. 61-11-3-437, de fecha 6 de abril de 2010 a la Cámara de Diputados y publicada en la Gaceta Parlamentaria número 2987-I, del martes 13 de abril de 2010. <http://gaceta.diputados.gob.mx/> Consultada el 7 de septiembre de 2010.

encontrará impedida para llevarla a cabo, por lo que deberá abstenerse de hacerlo. El segundo es de carácter estimulante o de ejecución: la Administración se encontrará vinculada a desplegar su actuación.

Con la descripción de estos efectos no queremos dar a entender que se da uno u otro de manera radical, de tal suerte que la Administración deba actuar con toda su fuerza y posibilidades o bien abstenerse de manera absoluta de ello, sino que simplemente el ordenamiento jurídico actúa con fuerza variable en uno u otro sentido para inhibir o estimular en alguna medida la actuación de la Administración, dependiendo del caso y del contenido de la propia actuación.

En estos términos podríamos describir los efectos de la sujeción entre la Administración y el ordenamiento jurídico, con relación a la cuestión de la actuación- omisión por parte de la primera. Dichos efectos son la descripción de la eficacia del principio de juridicidad o legalidad en sentido amplio con relación a la cuestión de la conducta o ausencia de ésta por parte de la Administración, por virtud del cual esta última se encuentra sometida al ordenamiento jurídico. Cuestión diversa pero parte del principio de juridicidad es el contenido mismo de la conducta de la Administración.

2. Por otra parte, la eficacia directa del ordenamiento jurídico frente a la Administración (juridicidad), encabezado por la constitución, como principio rector de la actuación administrativa también nos conduce a reflexionar en este apartado de conclusiones, en torno a la posibilidad de un “control difuso” por parte de la Administración, así como del margen de interpretación que ésta tiene respecto de la ley.

En primer lugar, debemos señalar que el control difuso se ha entendido siempre en el contexto de las labores jurisdiccionales, en tanto revisor del apego a Derecho de las actuaciones de los particulares y de los otros dos poderes, ya que nuestro artículo 133 señala como obligación de los jueces dictar sus medidas con base en la Constitución Federal, a pesar de disposición en contrario en las constituciones y

leyes locales¹⁹⁸. A este respecto, la interpretación de diversos artículos de la Constitución por parte de la Suprema Corte de Justicia¹⁹⁹ y la doctrina niegan rotundamente la posibilidad de control difuso por parte de los tribunales ordinarios, cuestión que lo hace prácticamente imposible para otras personas o entidades. Lo anterior, ya que diversos artículos de la Constitución atribuyen la función exclusiva a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y a los Tribunales Colegiados de Circuito de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, tratados internacionales y demás ordenamientos normativos jerárquicamente inferiores y subordinados a su contenido.

No obstante, en el caso de contravención a la Constitución por parte de algún ordenamiento jerárquicamente inferior a ésta, creemos que un tribunal ordinario, al igual que la Administración Pública, no estaría violando dicho ordenamiento si decide no aplicar la ley, reglamento o circular que la contraviene y de manera directa aplica la carta magna, por considerarlo el ordenamiento aplicable al caso en concreto y no así el citado ordenamiento jerárquicamente inferior, sin pronunciarse sobre la constitucionalidad de éste último²⁰⁰. Así, se dejaría a salvo la facultad exclusiva de los tribunales federales de pronunciarse sobre la constitucionalidad de un ordenamiento y se salvaría también la constitucionalidad de los actos administrativos o jurisdiccionales, los cuales se apegarían a la ley suprema. Si se presentara entonces el caso de que determinada ley tuviera un sentido contrario al de un elemento normativo de la constitución, podría optarse por aplicar ésta última, en lugar de la ley.

De igual manera y por mayoría de razón tampoco estarían violando la Constitución si aplicaran el ordenamiento jerárquicamente inferior a ésta, procurando armonizarlo con el texto constitucional, completándolo o supliéndolo ante su silencio u oscuridad.

¹⁹⁸ Así, de una manera legítima y eficaz, la Constitución Política del Estado de Coahuila de Zaragoza (artículo 158) y la Ley de Justicia Constitucional para el Estado de Coahuila de Zaragoza (artículo 3, fracción I), regulan expresamente el control difuso como medio de control constitucional local.

¹⁹⁹ En la tesis que a continuación se enuncia se le prohibió al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación dejar de aplicar una ley, por contravenir la Constitución. TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. Tesis: P./J. 23/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, Junio de 2002, p. 82.

²⁰⁰ Fernández Fernández, Vicente, *El Juicio de Amparo en la Jurisprudencia*, México, Porrúa, 2007, p. 7 y s.

No procederá reproche o juicio de responsabilidad alguno en contra del funcionario²⁰¹ o juez que no aplicó la ley, puesto que la norma aplicable al caso era la propia constitución, y porque lo hizo en todo caso de buena fe, en aras de la protección de ésta y con base en un juicio estricto que determina la razonabilidad de su criterio. Por la misma razón tampoco cabe reproche cuando se armoniza la aplicación de la ley con la misma Constitución, supliéndola en sus deficiencias o dándole el sentido más adecuado a los principios de ésta, considerando también los mismos fines de interés público de la Administración, los cuales, en principio, no resultan contrarios a aquellos principios, pudiendo en efecto, identificarse con aquellos.

No pretendemos negar que la Administración sea una ejecutora natural de la ley en los casos en que el Parlamento así lo determina, pues la Administración se encuentra subordinada a éste, como consecuencia del principio democrático. De hecho, creemos que en la gran mayoría de los casos el interés de la Administración será precisamente ejecutar las leyes, pues en alguna medida habrá intervenido en su creación, a través de la misma facultad de iniciativa o negociación de su contenido. Lo que queremos dejar asentado, con ciertos límites, es que la postura de la Administración puede no ser exclusivamente pasiva frente al texto de la ley.

Por ello, creemos también que este criterio no puede constituir pretexto para que, de mala fe o con una negligencia inexcusable, se dejen de aplicar los preceptos de la ley o de una norma jerárquicamente inferior. Dicho elemento subjetivo deberá probarse en todo caso en el procedimiento de responsabilidad respectivo en contra del funcionario. Al efecto, tendrá que analizarse de manera muy estricta la razonabilidad de la interpretación del funcionario para juzgar dicho elemento, con lo que se evitaría que los funcionarios inventaran interpretaciones para evitar la aplicación de ordenamientos jerárquicamente inferiores, siendo en todo caso

²⁰¹ Por ello, aún en el caso de que el funcionario respectivo no tuviere la razón jurídica de su lado y la norma resulte constitucional, en todo caso faltaría el elemento culpabilidad, necesario para una sanción administrativa, por una falta de apreciación correcta del Derecho aplicable, por lo que estimamos que en el caso concreto y sin duda alguna dicho funcionario resultaría absuelto del procedimiento administrativo sancionador respectivo cuando actuara de buena fe y diligentemente.

responsables cuando no se haya pasado el duro test de razonabilidad. La razonabilidad del criterio de la Administración se acreditará en todo caso cuando la infracción de la ley hacia la constitución sea flagrante.

No podemos decir que ésta manera de actuar constituya un control difuso de los reservados por la constitución a los tribunales federales, porque no se estaría haciendo declaratoria de constitucionalidad alguna, con lo que también se deja a salvo la letra de la constitución. Asimismo, tenemos que afirmar que sí constituiría una especie de control difuso, apegado a lo señalado por el artículo 133 de la Constitución mexicana, mismo texto que ha sido ignorado por los criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte, la cual se ha basado en los motivos de las reformas constitucionales que la han convertido en un tribunal constitucional, pues éstos ni resultan definitivos, pero sobre todo no resultan contradictorios con la manera de proceder que se comenta, la que se ajusta al artículo 133, antes citado.

Con ello se reconoce una realidad demasiado grande como para ignorarla. Resulta indiscutible que los particulares, la Administración y los tribunales ordinarios llevan a cabo de manera rutinaria interpretaciones de textos legales y que actúan conforme a las mismas. Es una falacia sostener que la Administración o los particulares no interpretan la ley, pues ello se hace desde su misma lectura²⁰². Pues bien, ¿por qué no reconocer la realidad de que pueden decidir de una manera razonada y con base en estas mismas interpretaciones, el precepto normativo que resulta aplicable en un caso concreto entre el constitucional y el jerárquicamente inferior, sin pronunciarse en torno a la compatibilidad de la norma constitucional con las jerárquicamente inferiores?

El anterior criterio también se sustenta en que tiene en una ponderación, tiene mayor peso la supremacía del constituyente frente a cualquier órgano de Estado, que la supremacía del órgano legislativo, sobre los otros dos poderes, considerando además que no sufren menoscabo alguno las atribuciones que el constituyente permanente le otorgó a otros órganos del Estado.

²⁰² Se interpreta desde la misma lectura. Así también lo reconocen algunas leyes que establecen la llamada "*interpretación para efectos administrativos*".

No pretendemos desconocer la inmensa doctrina que ha escrito respecto de este tema en sentido contrario, con lo que demostraríamos un desconocimiento absoluto del tema. Simplemente queremos hacer patente que la Administración tiene, como cualquier persona que se encuentra frente a un texto de ley, mucho juego en la el sentido de su aplicación, considerando los fines y pretensiones propios de interés general de la misma Administración, que resultan compatibles o se identifican con los principios constitucionales, la eficacia vinculante de la misma Constitución y en el hecho innegable que todas las personas pueden interpretar las leyes.

Tampoco cabría en este caso la conclusión de que al permitir esta manera de proceder de los tribunales ordinarios y la Administración se cierre la puerta a los tribunales federales para conocer sobre la constitucionalidad de una ley, pues en todo caso el interesado en que prevalezca la aplicación de la ley, por estimarla apegada a la constitución, podrá hacer valer dichos argumentos, dando pie así al litigio respectivo, en el cual los tribunales tendrán la oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley.

Creemos que vedar un control difuso de este tipo implica también negar o limitar enormemente (pudiendo suscitarse casos graves), para la administración y los tribunales el propio poder normativo de la constitución, ya que sólo lo tendría en las resoluciones de los tribunales federales, cuando se juzgara sobre la constitucionalidad de normas jerárquicamente subordinadas. Igualmente, implicaría que los efectos indeseables de la inconstitucionalidad proveniente de la aplicación de dichos ordenamientos tengan existencia, pudiendo darse en perjuicio de alguien.

Adicionalmente, cuando ya ha habido interpretaciones de inconstitucionalidad de un ordenamiento creemos que es deber y obligación de los funcionarios, en acato al principio de juridicidad, buena fe y eficiencia de la función pública que tienen encomendada²⁰³ evitar la aplicación de dicho ordenamiento y aplicar el ordenamiento constitucional, pudiéndose, a su vez, aplicar el procedimiento

²⁰³ Artículo 8 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

administrativo sancionador respectivo cuando, conociendo dichos criterios, no sean aplicados, pues en este caso, de mala fe estarían desplegando los efectos inconstitucionales de un ordenamiento, arrojando, en su caso, injustificadamente a los particulares la carga de sostener aquellos criterios frente a los tribunales federales, para que, a su vez, obliguen a la administración a obrar conforme a aquéllos, ocasionándoles también la erogación de gastos y, en general, haciendo ineficiente y onerosa el desempeño de la función pública encomendada. Ello, salvo que la administración intente, de buena fe, hacer las gestiones para cambiar el criterio de constitucionalidad, caso en el cual deberá sostener el criterio contrario como una necesidad para lograr aquellos fines.

A los mismos motivos descritos en el párrafo anterior obedece el artículo²⁰⁴ de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo que señala que es deber de la administración aplicar los criterios jurisprudenciales obligatorios de la Suprema Corte de Justicia en materia de legalidad, si bien en dicho artículo se intentó respetar el criterio de ese mismo alto tribunal que señala que nadie más que los tribunales federales establecidos, pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de normas. No obstante ello, seguimos creyendo que la omisión de aplicación de una norma jerárquicamente inferior o su aplicación armonizada con la Constitución, no es en menoscabo ni detrimento de esta facultad de los tribunales –pues no se estaría emitiendo pronunciamiento alguno de la constitucionalidad del ordenamiento–, sino en respeto a la constitución y por su poder normativo.

Efectivamente, no cabrá el argumento de que dicha jurisprudencia no obliga a la administración porque, en términos de la Ley de Amparo, sólo obliga a los tribunales que ahí se señalan, pues con ello se estaría arrojando indebidamente la carga a alguna persona de hacer valer estos criterios ante tribunales, cuando fueren

²⁰⁴ Decimos que este artículo arroja el deber a la Administración de aplicar los criterios jurisprudenciales porque, en caso de no hacerlo, deberá indemnizar al particular. Es sabido que cuando existe la obligación de indemnizar, es por la infracción a un deber jurídicamente obligatorio.

“ARTÍCULO 6o.- ...

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

Habrà falta grave cuando:

....

II. Sea contraria a una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de legalidad. Si la jurisprudencia se publica con posterioridad a la contestación no hay falta grave.”

conocidos por los funcionarios, lo que haría su actuación de mala fe. Con la interpretación propuesta no se niega que sea obligatoria para los tribunales, respetándose la letra de la ley, sino que se está diciendo que lo es en cierto modo para la administración, puesto que si esta sostiene, a sabiendas, una interpretación contraria a la que es obligatoria para cualquier tribunal, estaría procediendo de mala fe al saber que el afectado tendrá que hacerlo valer ante las instancias competentes y que no le asiste el Derecho, estando obligada a la eficiencia en su gestión, por lo que indirectamente dichos criterios le obligan.

Es por esta razón que creemos que el artículo antes comentado de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo no resulta inconstitucional²⁰⁵, pues se respetan diversos principios de la propia Constitución.

Así, debemos preguntarnos también si resulta válido para la administración, con el fin de determinar su actuación en cuanto a contenidos y fuerza, ponderar principios o hacer interpretaciones conforme a la Constitución, tal como lo hacen los tribunales, a lo que tenemos que contestar en sentido afirmativo. Creemos que está permitido que la administración interprete las leyes y normas de la manera más conforme o que más se ajusta a los principios y valores de la constitución, así como con los mismos fines de interés general, los cuales son compatibles y, en algunos casos, se identifican con los primeros, haciéndolos más eficaces a través de su actuación.

No obstante, hay que dejar claro que no constituye un papel principal de la administración el realizar este tipo de interpretaciones ni hacer controles difusos de la constitución como los antes descritos, pues ésta no tiene la encomienda de impartir justicia, sino de actuar justamente. Por ello, se verá obligada a hacer estas interpretaciones sólo cuando su actuación requiera de una valoración jurídica.

La administración, como cualquier corporación, necesita apoyo jurídico, por ello tiene en su planta de trabajadores a todo un cuerpo de abogados que le asesoran.

²⁰⁵ Así parece sugerirlo Roldán Xopa, José, *Op. Cit.*, Nota 6, p. 155.

En efecto, el apoyo jurídico de la administración podrá consistir cuando así se requiera o se estime –puesto que cada vez en mayor medida resuelven los tribunales así–, en esta ponderación de principios y valores, y en dar a su actuación la mayor eficacia de éstos, sin perder de vista los fines de la propia administración, ya que la tarea o función resultante de éstos será precisamente el objeto de las consultas y en general de la asesoría.

Así, puede verse una vez más que la labor de la administración no es esencialmente jurídica²⁰⁶, sino que, al igual que cualquier corporación, requiere de este tipo de apoyo.

Esta conclusión resulta lógica tomando en consideración la evolución del Derecho y el hecho de que la manera en la que resuelven los tribunales tiene una incidencia indirecta natural en los actos de la administración y de los particulares, cuestión que ocurre en cualquier sistema jurídico. Así, no resulta ni conveniente ni práctico que los tribunales decidan cada asunto, por lo que los criterios judiciales pueden utilizarse por los particulares y la administración. De hecho, en el caso de la administración nos atreveríamos a sostener que es obligatorio que realicen esta interpretación cuando sea jurisprudencia firme en términos de la Ley de Amparo, de acuerdo con lo que ya se expuso y en acato a los principios de eficiencia, juridicidad y buena fe.

Por último, derivada de la conclusión discusión de la necesidad de la existencia de una regla habilitante por parte de la administración (discusión vinculación positiva-negativa), puede sostenerse que lo que justifica y a la luz de lo cual debe ser juzgada la entera actividad administrativa concretada siempre en actos específicos -dejando al lado la necesidad de las habilitaciones parlamentarias antes señaladas con la exigencia razonable de seguridad jurídica-, no es la previsión en una norma de carácter general, sino las mismas tareas y las funciones que el Estado, o la organización política en un sentido más genérico, tiene a su cargo y su ejercicio correcto y diligente en los casos concretos, las cuales son atribuidas a éste (a) por

²⁰⁶ En contra Merkl, Adolfo, *Op. Cit.*, pp. 208 y ss.

su misma naturaleza y concretadas por las circunstancias históricas. Este tipo de razonamientos conducen a una argumentación apta para el diálogo, cercana a las razones del Derecho y alejada de aquella vetusta y dictatorial invocación a reglas.

Un ejemplo es el caso de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada respecto del caso “campo algodoner”²⁰⁷, en la cual el Estado mexicano fue encontrado culpable de no haber ejercido de manera eficaz o diligente las funciones preventivas de seguridad correspondientes y de no haber llevado a cabo la persecución adecuada de los delitos cometidos, como tareas mínimas del Estado, aún cuando, evidentemente, dichas actividades se encontraban previstas en las leyes. Con ello se demuestra que la relevancia de las tareas y funciones de la administración y su fundamento no es la previsión normativa, sino precisamente la eficacia de su ejercicio y la necesidad que con ésta satisfacen.

3. De acuerdo con todo lo que se ha expuesto en las páginas y capítulos anteriores, podemos esbozar una solución a las problemáticas antes enunciadas en torno al principio de legalidad, derivadas de la óptica decimonónica del Derecho.

En torno a los problemas de la ley injusta, el fraude y la ausencia de ley, así como el desvío de poder y dejando al lado la óptica decimonónica, contamos con un panorama muy grande conforme al cual podemos a) darnos cuenta de la misma existencia de un fraude de ley o un desvío de poder²⁰⁸ y b) resolver con base en otros elementos del ordenamiento que permitan dar soluciones justas²⁰⁹ que consideren además los fines y tareas legítimas de la administración, en el caso de una ley injusta o inconstitucional, a falta de ley o bien, en los citados casos de fraude de ley o desvío de poder. Con dichos elementos además, se permitirá dar la máxima eficacia a los mandatos legislativos, ya que se contemplarán no solo bajo un esquema reduccionista, sino insertos en un ordenamiento normativo donde

²⁰⁷ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 16 de noviembre de 2009, Caso González Banda y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf Consultada el 7 de septiembre de 2010.

²⁰⁸ Cfr. Atienza, Manuel, *Ilícitos atípicos*, 2ª Ed., Madrid, Trotta, 2006. pp. 27 y ss.

²⁰⁹ Encontramos páginas esclarecedoras y afines a esta idea en Zagrebelsky, Gustavo y Martini, Carlo María, *La exigencia de justicia*, Trad. Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2006, pp. 35 y ss.

tienen cabida los principios, valores y directrices, que justifican la emisión de dichos mandatos y que permiten darles congruencia, una mayor eficacia y mejor aplicación.

Adicionalmente, debemos desistir de la idea de que el legislador, y en general todo aquel órgano que tiene como encomienda crear reglas, es omnisciente y que debe prever todos los supuestos imaginables al regular determinada actividad y que además lo realizará cuidando cada detalle con precisión y agudeza. Como juristas debemos aceptar y vivir en paz aceptando esa realidad, así como la misma realidad de que las normas no siempre (o casi nunca) serán buenas en cuanto a su redacción o calidad, debiendo reconocerles a la vez su legítimo rol dentro de la creación de normas en el ordenamiento. Una postura contraria, siempre crítica y abandonada a la aplicación ciega de las reglas, implicaría eludir la responsabilidad de dar justicia o respuestas justas, arrojándosela a otras personas que no son juristas²¹⁰.

Por otra parte, tenemos que romper la confusión del acto administrativo y la sentencia, nacida de concebir a ambos tipos de acto como de ejecución de leyes. Al respecto, el acto administrativo se distingue de la sentencia porque el primero persigue el interés público y el segundo la justicia, virtud conforme a la cual se revisan y ponderan el contenido y los fines del primero.

Asimismo, las consultas y la negociación deberán ser aceptadas por los juristas sin taparse los ojos, pues constituye una realidad la necesidad de orientar a los particulares y de negociar con ellos. Todos estos actos serán, no obstante, revisables conforme a Derecho.

²¹⁰ De ahí que no veamos futuro alguno en la esperanza vigente actualmente, en caso de que sea posible obtener las llamadas por la opinión pública “reformas estructurales”. Creemos que el marco constitucional y legal vigente es suficiente y una modificación sustancial no va a traer aparejado un cambio sustancial en la manera de actuar de los poderes públicos, pues en todo caso serán las mismas personas quienes continuaran aplicando o dejando de aplicar las nuevas reglas, de la misma manera ineficiente en que se viene aplicando el régimen actual. En efecto, la respuesta no se encuentra en reformas, sino en la eficiencia real, en el quehacer diario de la burocracia, en la práctica de las tareas del Estado. Dicho de otro modo, resulta absurdo responsabilizar o tener fe en que una cuestión abstracta como la modificación las reglas del ordenamiento constitucional o legal modificará la realidad del ejercicio de la función pública. Los cambios sustanciales en este país siempre han acontecido desde la misma realidad, es por ello que el análisis de la situación lamentable de la Administración nos conduce a la misma triste realidad actual de los funcionarios, en tanto son las personas que encarnan dichas tareas.

De igual manera debemos considerar que la legalidad decimonónica se encuentra en tensión irresoluble con otras directrices o valores del ordenamiento, no obstante, hemos encontrado que dicha tensión puede resolverse a través de la ponderación, la cual permite dar la máxima eficacia a todos los elementos del ordenamiento. Precisamente es por la existencia de los citados elementos que no existe una contradicción entre la legalidad y el concepto de discrecionalidad, ya que ésta encuentra un control con los citados elementos y se entiende como un arbitrio de la Administración, obsequiado para que ésta pueda ponderar los elementos necesarios para resolver y que es opuesto con el concepto de arbitrariedad, ya que la resolución administrativa podría revisada en tribunales en dado caso, aunque respetando la esfera de ponderación de la administración, cuando ésta sea razonable, y que, al final, dicho concepto respeta la seguridad jurídica en una dimensión correcta.

Por otra parte, con la óptica ofrecida se permite que la administración ejercite sus funciones sin temor a responsabilidades. Mejor aún, que el temor lo tengan cuando no las ejerzan bien o de una manera eficiente y con miras al interés general, y de igual manera permite que no se encuentren a merced de los particulares, los cuales tendrán que dejar prácticas comunes como el fraude a la ley, así como la soberbia e irreverencia frente a la autoridad, que les dio la libertad contractualista propia del siglo XIX, ya que, en todo caso, les asistirá la razón cuando su conducta sea conforme al ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, el Derecho Privado se vería beneficiado, puesto los principios de autodeterminación y justicia conmutativa que siempre le han dado vida, volverían a tener un papel preponderante y esencial.

No obstante, creemos que el beneficio más alto se daría porque el abandono del normativismo extremo permite a los juristas percibir la realidad con todas sus vicisitudes y detalles, de la cual los juristas se han visto apartados desde que el normativismo ha tomado fuerza, ya que su labor se ha visto pobremente reducida a subsumir hechos en normas, encontrándose lejos de percibirla en su totalidad. Ello

permitirá al final del día dar respuestas sensatas, en justicia y cercanas a la realidad, de la cual emanan los propios problemas que demandan solución.

4. De cualquier manera, estimamos necesario lanzar una advertencia de cautela, tomando en consideración el estado de la ciencia del Derecho en nuestro país. Sabemos que existen doctrinas radicalmente opuestas que son todavía sumamente fuertes en la práctica, a las ideas y posturas que recién se acaban de exponer. Los juristas de hoy que estén al tanto de que poco a poco el foro de abogados comienza a cambiar de argumentación conforme las generaciones de abogados se renuevan, deben tener mucho valor al enfrentar día con día el monstruo iuspositivista que impera todavía en la práctica del Derecho Administrativo Mexicano. No obstante, los juristas deben también tomar las prevenciones necesarias y actuar con mucha cautela al dar pasos hacia delante en la ciencia jurídica del Derecho Administrativo, ya que el estado de la ciencia del cual formamos parte no permite avanzar kilómetros sin correr riesgo de perder lo avanzado, por lo que en todo caso debe aconsejarse ser prudente.

Bibliografía.

Obras.

1. Aritstóteles, La Política, Trad. Nicolás Estévanez, París, Casa Editorial Garnier Hermanos, 1932.
2. Atienza, Manuel, Ilícitos atípicos, 2ª Ed., Madrid, Trotta, 2006.
3. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, Las piezas del Derecho, 2ª Ed., Barcelona, Ariel, 2004.
4. Béjar, Luis José, Curso de Derecho Administrativo, México, Oxford University Press, México, 2007.
5. Blanquer, David, Curso de Derecho Administrativo, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, T.I., T.II y T.III.
6. Burgoa Orihuela, Ignacio, Las garantías individuales, 33ª Ed., México, Porrúa, 2001.
7. Cassange, Juan Carlos, Derecho Administrativo, 7ª Ed. Actualizada, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002,
8. Coronado, Mariano, Elementos de Derecho constitucional mexicano, Guadalajara, Escuela de Artes y Oficios del Estado, 1899.
9. Cruz Barney, Oscar, Historia del Derecho en México, 2ª Ed., México, Oxford University Press, 2004.
10. De la Garza, Francisco, Derecho Financiero Mexicano, 25ª Ed. México, Porrúa, 2003.
11. De Secondant, Carlos Luis, Barón de Montesquieu, El espíritu de las leyes, México, Porrúa, 1999El espíritu de las leyes, México, Porrúa, 1999.
12. Delgado Piqueras, Francisco, La terminación convencional del procedimiento administrativo, Madrid, Arzandi Editorial, 1995.
13. Díez Sastre, Silvia, El Precedente Administrativo, Madrid – Barcelona – Buenos Aires, Marcial Pons, 2008.
14. Escuin Palop, Catalina, Curso de Derecho Administrativo, 3ª Ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005.
15. Fernández Fernández, Vicente, El Juicio de Amparo en la Jurisprudencia, México, Porrúa, 2007.
16. Fraga, Gabino, Derecho Administrativo Mexicano, 32ª Ed., México, Porrúa, 1993.
17. Fromont, Michel. “La garantía constitucional de los derechos fundamentales”. Alemania-España-Francia-Italia, Civitas, 1991.
18. García de Enterría, Eduardo, Lucha contra las inmunidades del Poder en el en derecho administrativo, Madrid, Civitas, 1983.
19. _____, Justicia y Seguridad Jurídica en un mundo de leyes desbocadas, Madrid, Civitas, 1999.

20. _____, La Lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa, 3ª Ed., Pamplona, 2009.
21. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Civitas, 1989, T. I.
22. García-Pelayo, Manuel, Derecho Constitucional Comparado, Madrid, Alianza Editorial, 1984.
23. García-Pelayo, Manuel, Las transformaciones del Estado Contemporáneo, 3ª Ed. Madrid, Alianza Editorial, 1982.
24. González Pérez, Jesús, El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo, 4ª Ed., Madrid, Civitas, 2004.
25. Guastini, Riccardo, Estudios de Teoría Constitucional, México, Distribuciones Fontamara, UNAM, Colección "Doctrina Jurídica Contemporánea" dirigida por José Ramón Cossío y Rodolfo Vázquez, 2001.
26. Gutiérrez Domínguez, Fernando, Régimen Financiero del Estado. Apuntes del curso para la Especialidad en Derecho Administrativo de la Universidad Panamericana, México, Agosto de 2007.
27. Hobbes, Thomas, Leviathan, Middlesex, Penguin Books, 1968
28. Jesch, Dietrich, Ley y Administración. Historia del principio de legalidad, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1978.
29. Ladaria Caldentey, J., Legitimación y Apariencia Jurídica, Barcelona, Bosch, 1952.
30. Lozano Díez, José Antonio, De la razón de Estado a la razón de mercado. El caso del sistema jurídico político mexicano, Tesis Doctoral, Pamplona, Universidad de Navarra, 2000.
31. Lozano, José María, Tratado de los derechos del hombre, México, Imprenta del Comercio de Dublán y Compañía, 1876.
32. Merkl, Adolfo, Teoría General del Derecho Administrativo, México, Editora Nacional, 1975
33. Nava Negrete, Alfonso, Derecho Administrativo Mexicano," México, FCE, 1995.
34. Pascal, Blaise, Pensamientos, Madrid, Alianza Editorial, 2004.
35. Pérez Luño, Antonio E., Los derechos fundamentales, Madrid, Tecnos, 1995.
36. _____, El desbordamiento de las fuentes del Derecho, Sevilla, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 2003.
37. Prieto Sanchís, Luis, Estudios sobre derechos fundamentales, Madrid, Debate, 1990.
38. Ramos, Samuel, El perfil del hombre y la cultura en México, México, Espasa-Calpe, 1951.

39. Roldán Xopa, José. Derecho Administrativo, México, Oxford University Press, 2008.
40. Rousseau, J.J., Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres, Trad. Ángel Pumarega, Madrid, 1923.
41. _____, El contrato social o principios de derecho político, Trad. Everardo Velarde, México, Editora Nacional, 1979.
42. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, Principios de Derecho Administrativo General, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
43. Santofimio Gamboa, Jaime O., Acto Administrativo. Procedimiento, eficacia y validez, 2ª Ed., Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1994.
44. Tawuil, Guido Santiago y Monti, Laura Mercedes, La motivación del acto administrativo, Buenos Aires, Depalma, 1998, Vigo, Rodolfo Luis, De la Ley al Derecho, México, Porrúa, 2003.
45. Tena Ramírez, Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, 29ª Ed., México, Porrúa, 1995.
46. _____, Leyes Fundamentales de México 1808 2002. 23ª Ed., México, Porrúa, 2002.
47. Tron Petit, Jean Claude y Ortiz Reyes, Gabriel, La nulidad de los actos administrativos, 3ª Ed., México, Porrúa, 2009.
48. Truyol y Sierra, Antonio, Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, 2ª Ed., Madrid, Alianza Editorial, 1982, t.2.
49. Wolff, Hans Julius, Verwaltungsrecht I, 3ª Ed., Munich, 1959.
50. Vigo, Rodolfo Luis, De la Ley al Derecho, México, Porrúa, 2003.
51. Zagrebelsky, Gustavo, El derecho dúctil, 8ª Ed, Madrid, Trotta, 2008,
52. Zagrebelsky, Gustavo y Martini, Carlo María, La exigencia de justicia, Trad. Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2006.

Revistas especializadas y obras colectivas.

1. Beladiez Rojo, Margarita, “La vinculación de la Administración al Derecho”, en *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995, Núm. 138.
2. Brewer-Carías Allan R., “La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control de la Administración”, en Cisneros Farías, Germán et. al. (Coord.), *Control de la Administración Pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México, UNAM, 2007.
3. Castellanos Hernández, Eduardo de Jesús (Coord.), *Cultura de la Legalidad*, México, 2008, Secretaría de Gobernación, Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional.

4. Complak, Krystian, "El principio de juridicidad en la vigente Constitución Polaca", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
5. Cortés, Edgar, "Fluidez en el Derecho ¿Hacia un sistema abierto de fuentes?", en Adame Goddard, Jorge (Coord.), *Derecho Civil y Romano Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2006.
6. Flores Ávalos, Elvia Lucía, "Jurisprudencia de conceptos", *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, México, UNAM, 2006, T.I.
7. García Ramírez, Sergio, "El Debido Proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos." *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Número 117, Septiembre-Diciembre Año 2006.
8. Mayagoitia, Alejandro, "Los abogados y jueces en la Nueva España vistos a través de sermones y elogios fúnebres", *Anales de Jurisprudencia, Sexta Época, Segunda etapa*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, Tomo 256, Marzo-Abril 2002.
9. Ovalle Favela, José, comentario al artículo 16 constitucional, *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, México, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Porrúa, 1994, T. III
10. Salazar Ugarte, Pedro, "Una aproximación al concepto de legalidad y su vigencia en México", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, ITAM, No. 9, octubre 1998.
11. Rey Cantor, Ernesto, "Principio de legalidad y derechos humanos. Análisis desde la perspectiva del Derecho Procesal Constitucional", en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (Coord.) *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002.
12. Ródenas, Ángeles, "¿Qué queda del positivismo jurídico?", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 26, 2003.
13. Rodríguez –Arana Muñoz, Jaime. "Los derechos fundamentales como principios informadores del derecho administrativo", en *Actualidad Administrativa*, No. 7, Madrid, La Ley, 1988
14. Santofimio Gamboa, Jaime O, "Fundamentos constitucionales del Derecho Administrativo Colombiano" en Jaramillo Villacís, Ana Lucía (Compiladora y editora), en *El marco constitucional del Derecho Administrativo en Iberoamérica, V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Quito, Asociación Española de Ciencias Administrativas, Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, Sección Española Rodríguez García, Fausto E., "El principio de legalidad y el Estado de Derecho", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, México, UNAM, Número 32, Mayo-Agosto 1958.

15. Vigo, Rodolfo Luis, "Aproximaciones a la seguridad jurídica", *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, Año 3, No. 6, 1998.

Leyes, sentencias y otras fuentes.

1. Código Fiscal de la Federación
2. Código Civil Federal
3. Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo
4. Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos
5. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-6/86* del 9 de mayo de 1986, la expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos
6. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 16 de noviembre de 2009, Caso González Banda y otras ("Campo Algodonero") vs. México
7. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987.
8. *Petition of Rights*.
9. English Bill of Rights, 1689.
10. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
11. Constitución Política del Estado de Coahuila de Zaragoza.
12. Ley de Justicia Constitucional para el Estado de Coahuila de Zaragoza.
13. Diccionario de la Real Academia Española.
14. Conferencia de prensa del Secretario de Gobernación, Lic. Fernando Gómez Mont, en la sala de conferencias de esa dependencia, el 9 de julio de 2010.

Documentos de internet y medios electrónicos.

1. <http://www.segob.gob.mx/Portal/PtMain.php?pagina=salaprensa&articulo=2164&pref=1&cat=2>
2. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
3. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/117/art/art2.htm>
4. <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/1352/1/DyL-1995-III-6-Vigo-Rodolfo.pdf>
5. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf
6. <http://www.constitution.org/eng/magnacar.htm>
7. http://books.google.com.mx/books?id=YvhBAAAAYAAJ&printsec=frontcover&dq=Institutes+of+the+Laws+of+England&hl=es&ei=litPTJ61OsT68AbettGHAQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=8&ved=0CFAQ6AEwBw#v=onepage&q&f=false

8. [http://www.unav.es/constitucional/Materiales/Petition%20of%20rights%20\(1628\).pdf](http://www.unav.es/constitucional/Materiales/Petition%20of%20rights%20(1628).pdf)
9. <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/KB/1610/J22.html>
10. http://avalon.law.yale.edu/17th_century/england.asp
11. <http://supreme.justia.com/us/116/616/case.html>
12. <http://szabo.best.vwh.net/semaynes.html>
13. <http://supreme.justia.com/us/116/616/case.html>
14. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=fundar
15. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=fundamento
16. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=motivar
17. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf
18. <http://gaceta.diputados.gob.mx/>
19. <http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/>
20. http://www.catedradh.unesco.unam.mx/SeminarioCETis/Documentos/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/2_genero/5.pdf
21. DVD-ROM *IUS 2008. Jurisprudencia y Tesis Aisladas junio 1917- junio 2009*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2009.