
EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD
EN EL DERECHO MEXICANO

LUIS JOSÉ BÉJAR RIVERA

SUMARIO: I. Introducción. II. Tres vías de control de la discrecionalidad administrativa. III. El Juicio Contencioso Administrativo Federal. IV. El Juicio Ordinario Administrativo Federal. V. El juicio de amparo en materia administrativa. VI. Conclusiones.

Resumen: El objeto de este artículo es hacer un recorrido breve por las formas jurídico-procesales que existen en el Derecho Mexicano para ejercer la revisión de los actos discrecionales de la Administración Pública y con esto evitar que su actuación incurra en la arbitrariedad. Este análisis se hace en dos vías principalmente: El juicio contencioso-administrativo federal y el juicio ordinario federal. Adicionalmente se hace algún comentario referente a la forma en que el Amparo resulta un juicio de control de la discrecionalidad administrativa.

Palabras Clave: Acto administrativo. Principio de Legalidad. Discrecionalidad administrativa. Discrecionalidad técnica. Juicio

Contencioso Administrativo. Desvío de Poder. Juicio Ordinario Federal. Juicio de Amparo.

Abstract: The purpose of this paper is to make a brief tour through the legal and procedural forms that exist in Mexican law to pursue the review of discretionary acts of public administration and thereby ensure that their action falls within the arbitrary. This analysis is done in two main ways: the federal trial for judicial and federal ordinary trial. Additionally, for some comments regarding the way the trial is Amparo control administrative discretion.

Key Words: Administrative Act. Principle of Legality. Administrative discretion. Technical discretion. Contentious administrative procedure. Federal Ordinary trial. Misuse of power. Amparo trial.

EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD EN EL DERECHO MEXICANO

I. INTRODUCCIÓN

La potestad discrecional de la Administración Pública difiere del acto reglado en el margen de libertad otorgado al funcionario público para dictar y ejecutar las medidas administrativas; mientras que en los actos reglados se establece como parámetro la poca o nula maniobrabilidad del funcionario en su actuar, en el acto discrecional se le otorga un margen razonable de libertad para que actúe en el caso concreto, atendiendo una serie de criterios (también establecidos en la norma).¹

Así, en el acto discrecional, como lo señala Raúl Bocanegra Sierra,² la Administración tomando en consideración al interés público (o si se prefiere al interés general o al bien común), en el marco de los principios generales del Derecho Administrativo y la finalidad consagrada en la norma habilitante, decide la mejor forma de actuar en el caso concreto.

La pregunta que surge es precisamente cómo ejercer el control jurisdiccional de los actos discrecionales. No debemos perder de vista que la distinción entre actos reglados y actos discrecionales surge en el seno del control jurisdiccional, tal como lo señala Fritz Fleiner: “[...] *la competencia de los tribunales contencioso-administrativos acaba allí donde comienza la libre discrecionalidad de las autoridades administrativas*”.³

Sin ser nuestra pretensión profundizar en el desarrollo histórico de la discrecionalidad administrativa, sobre la cual el profesor Juan Carlos Cassagne ha hecho en su obra una excelente exposición al respecto,⁴ se ha trasladado ya a la esfera del control

¹Cfr. Chacín Fuenmayor, Ronald de Jesús. *La discrecionalidad administrativa en el ordenamiento jurídico venezolano*. En *Cuestiones Políticas*. No. 35. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Zulia. Maracaibo. 2005. P. 62.

²Cfr. Boncanegra Sierra, Raúl. *Lecciones sobre el acto administrativo*. Civitas. Madrid. 2002. pp. 54 y 55.

³Citado por Schmidt-Assmann, Eberhard (Trad. Mariano Bacigalupo. Et. Al.). *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*. INAP Marcial Pons. Madrid. 2003. p. 219.

⁴Cfr. Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo. Tomo I* (7ª ed.). LexisNexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2002. pp. 231-244.

jurisdiccional de la actuación administrativa, en relación a los derechos subjetivos de los administrados, que en el caso mexicano no está exenta de problemas en cuanto a su valoración.

Esto se debe en gran medida a que la base de la discrecionalidad administrativa transita en la interpretación objetiva que la Administración Pública hace del interés general en el caso concreto, como lo señala Presutti⁵ de la mano de los conceptos jurídicos indeterminados⁶ por una parte, bajo la denominada discrecionalidad pura.

Asimismo, encontramos la discrecionalidad técnica, donde la decisión administrativa no se toma teniendo como base un fin del interés general o del interés público, sino que los conceptos jurídicos indeterminados surgen de otras disciplinas distintas a las jurídicas.

Sin embargo, hoy en día, a nuestro juicio, la discrecionalidad transita en la llamada discrecionalidad técnico-administrativa, que en palabras de la profesora española Eva Desdentado Daroca se especifica de la siguiente manera: “[...] *la norma atribuye a la Administración la potestad de elegir el modo de actuar para la consecución de un fin de interés público, de tal forma que la Administración debe determinar y escoger una de las posibles vías de actuación, la Administración acude a la técnica y ésta no identifica un único modelo de acción, sino varios que son igualmente eficaces para la consecución del fin público en cuestión, la Administración habrá de seleccionar uno de ellos atendiendo a lo que considere más conveniente para el interés público*”.⁷

La discrecionalidad administrativa exige al operador jurídico Administración Pública, hacer una justificación objetiva del ejercicio de la facultad discrecional, y al respecto, Tomás-Ramón Fernández señala: “*El poder administrativo en un Estado de Derecho*

⁵Cfr. Desdentado Daroca, Eva. *Los problemas de control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*. Civitas. Madrid. 1997. p. 33.

⁶Los conceptos jurídicos indeterminados son: “[...] *aquellos de definición normativa necesariamente imprecisa a la que ha de otorgarse alcance y significación específicos a la vista de unos hechos concretos.*” Cfr. Parada, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte General* (13^a ed.). Marcial Pons. Madrid. 2002. p. 102.

⁷Desdentado Daroca, Eva. *Op. Cit.* p. 63.

*es siempre, y más todavía el poder discrecional, un poder funcional, un poder obligado a dar cuenta de su efectivo servicio para la que fue creado, a justificar en su ejercicio y a justificar, también, su conformidad con la Ley y el Derecho, a los que está expresamente y plenamente sometido por la Norma Fundamental”.*⁸

Complementando lo anterior, señala Eduardo Soto Kloss: *“La tarea que la Administración ha tomado a su cargo exige competencias extendidas, amplias y provistas de una flexibilidad tal que permitan siempre su adaptación pronta y eficaz a las exigencias que la realidad concreta de un instante impone [...] Pero la adaptación que debe la autoridad siempre tener presente encuentra su realización práctica un freno bastante poderoso, constituido por el respeto –que el mismo orden jurídico prevé– de los derechos y situaciones jurídicas que han sido creados en provecho de los individuos e incorporados en sus estatutos jurídicos personales”.*⁹

El legislador entonces, determinad mediante el acto normativo, en qué momentos darle espacio de maniobrabilidad a la Administración Pública para que pueda dar un eficiente cumplimiento a sus obligaciones, de tal forma que, se considerar que tratándose de discrecionalidad administrativa, el legislador no está obligado a sujetar a la autoridad a una regulación sistemática e intensa, sin que esto represente o implique una arbitrariedad, pues por lo menos existe una regulación organizativa, competencial, procedimental y presupuestaria que limita el campo de actuación de la autoridad, es decir, aún cuando se contempla la discrecionalidad administrativa, existe un marco normativo que la ciñe a un mínimo de elementos que garanticen la seguridad jurídica del administrativa. En pocas palabras, el ejercicio de facultades implica una ponderación por parte de la Administración Pública respecto de un caso concreto.¹⁰

Así, en México, el control de la discrecionalidad adminis

⁸Fernández, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración* (5ª ed.). Thomson Civitas. Madrid. 2008. p. 85.

⁹Soto Kloss, Eduardo. *El cambio de circunstancias como causal de modificación o extinción del acto administrativo en el derecho francés*. En *Revista de Administración Pública*. No. 64. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1971. p. 54.

¹⁰Schmidt-Assmann, Eberhard. *Op. Cit.* pp. 223 y 224.

trativa ha cobrado un carisma cada vez más importante, dado nuestro sistema rígido de interpretación de las normas de carácter administrativo, aún cuando el juzgador actúa con plena libertad, es un hecho que la discrecionalidad es objeto de control, tanto por el juzgador contencioso-administrativo como por los órganos del Poder Judicial de la Federación.

Al respecto, señala el profesor mexicano Manuel Lucero Espinosa: *“Para que la actividad discrecional no se ejerza ilegalmente se han establecido limitaciones a la misma, las cuales determinan el campo de acción de la discrecionalidad y permiten su control jurisdiccional. Como límites a la actividad discrecional se han considerado: a) La razonabilidad; b) La Buena Fe y c) El desvío de poder”*.¹¹

II. TRES VÍAS DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Es importante destacar que el control jurisdiccional de la Administración Pública opera en una dualidad de jurisdicciones, al estilo francés. Al respecto, señala André Maurin: *“La concepción francesa de la justicia administrativa reposa sobre la institución de dos órdenes –administrativo y judicial– distintos. Dicho sistema de la dualidad de tribunales se opone a la unidad jurisdiccional que conocen los países anglosajones [...]”*.¹²

Aunque la dualidad del sistema jurisdiccional mexicano esencialmente es igual, pues comparten jurisdicción tribunales administrativos y judiciales, opera en forma distinta, pues en el caso de los franceses, la competencia está claramente delimitada entre el contencioso administrativo y el poder judicial;¹³ en cam

¹¹Lucero Espinosa, Manuel. *Teoría y práctica del Contencioso Administrativo Federal* (10ª ed.). Porrúa. México. 2008. p. 297.

¹²Maurin, André (Trad. Julio Bustillos). *Derecho administrativo francés*. Porrúa. México. 2004. p. 139.

¹³Se ha dicho: *“La Asamblea había votado el principio del contencioso-administrativo y establecido, al mismo tiempo, la teoría moderna sobre la separación de los tribunales judiciales y de los tribunales administrativos [...] La autoridad judicial es la única competente para aplicar la ley cuando afecta directa y principalmente un interés individual, haya o no litigio. La autoridad administrativa es siempre, sólo y exclusivamente, competente cuando se*

bio, la justicia mexicana ha reservado la instancia jurisdiccional ordinaria al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA) como órgano dotado de plena jurisdicción para dictar sus fallos,¹⁴ y estos son revisables vía la instancia extraordinaria directa, es decir, el juicio de amparo directo o el recurso de revisión. Así, se integra lo que el profesor uruguayo Augusto Durán Martínez distingue como sistema mixto, y al respecto nos dice: “[...] existe un sistema llamado mixto o intermedio, que distribuye los distintos contenciosos de derecho público entre órganos jurisdiccionales de la llamada justicia ordinaria, dependiente del Poder Judicial –sistema equivalente aunque así no se llame- y órganos jurisdiccionales especializados integrantes de la Administración”.

Esta dualidad de jurisdicciones, bajo los ordenamientos jurídicos vigentes en la actualidad, nos lleva forzosamente a hablar de tres vías de control jurisdiccional de los actos administrativos en general, mismas que son perfectamente aplicables al control de la discrecionalidad administrativa, a saber: a) El juicio contencioso administrativo federal, b) el juicio ordinario administrativo federal y, c) El Juicio de Amparo en materia administrativa, a los cuales nos referiremos a continuación.

III. EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

Cabe señalar en este punto que el contencioso administrativo mexicano, que cobra vida en el TFJFA, ha tenido una historia bastante accidentada, pues a lo largo del siglo XIX hubo varios *trata directa y principalmente de un interés colectivo, exista o no litigio. Se sigue de ello que si hay un acto administrativo y si se pretende que un ade3recho ha sido violado, la autoridad judicial no será competente para juzgar este litigio y sólo cabrá acudir ante la autoridad administrativa [...]*” Cfr. Duguit, León. *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1996. pp. 122 y 123.

¹⁴Cfr. Artículo 73, fracción XXIX-H de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y Artículo 1, párrafo primero de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (LOTFJFA).

¹⁵Durán Martínez, Augusto. *Contencioso Administrativo*. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 2007. p. 15.

intentos de crearlo,¹⁶ todos ellos infructíferos hasta el año de 1936 con la *Ley de Justicia Fiscal*, con la que verdaderamente se inicio la tradición mexicana del contencioso administrativo, con la creación del Tribunal Fiscal de la Federación (cambió su denominación a la actual en el año 2001), antes de esa fecha, el sistema judicialista prevaleció. En pocas palabras, el TFJFA es un tribunal legislativo, dotado de plena autonomía para dictar sus fallos,¹⁷ independiente de los Poderes Públicos, siendo la jurisdicción naturalmente titular para conocer de las controversias en materia administrativa y fiscal, que dependiendo del tipo de planteamiento que se le haga, sus fallos serán de anulación o de plena jurisdicción. Esto es, el TFJFA nació como un tribunal declarativo, que en gran medida no ha perdido esta categoría, pero también se le atribuye la posibilidad de condena en ciertos casos,¹⁸ y aún más, se la ha atribuido alguna coercitividad a sus

¹⁶La Constitución de Cádiz establecía un modelo de Consejo del Estado al estilo francés. El Presidente Antonio López de Santa creó un Consejo de Estado siguiendo el modelo de la justicia retenida. También durante el Segundo Imperio Mexicano con Maximiliano, se pretendió establecerlo. Probablemente el episodio más célebre del contencioso administrativo durante el siglo XIX corresponde a la Ley para el arreglo de lo contencioso administrativo, conocida como Ley Lares, en honor a su creador Teodosio Lares, sin embargo, tampoco prosperó. A mayor abundamiento, Cfr. Nava Negrete, Alfonso. *Setenta años del Tribunal Administrativo Federal en México. En Contencioso Administrativo. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados* (Jorge Fernández Ruiz y Javier Santiago Sánchez. Coords.). Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2007. pp. 237 y 238.

¹⁷Cfr. Esquivel Vázquez, Gustavo A. *El órgano público autónomo y el tribunal legislativo en México*. Porrúa. México. 2006. pp. 102-115.

¹⁸El artículo 6º de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA) señala: “Artículo 6º.- En los juicios que se tramiten ante el Tribunal no habrá lugar a condenación en costas. Cada parte será responsable de sus propios gastos y los que originen las diligencias que se promuevan. Únicamente habrá lugar a condena en costas a favor de la autoridad demandada, cuando se controviertan resoluciones con propósitos notoriamente dilatorios.

Para los efectos de este artículo, se entenderá que el actor tiene propósitos notoriamente dilatorios cuando al dictar una sentencia que reconozca la validez de la resolución impugnada, se beneficia económicamente por la dilación en el cobro, ejecución o cumplimiento, siempre que los conceptos de impugnación formulados en la demanda sean notoriamente improcedentes o infundados. Cuando la ley prevea que las cantidades adeudadas se aumentan con actualización por inflación y con alguna tasa de interés o de recargos, se entenderá que no hay beneficio económico por la dilación.

resoluciones,¹⁹ planteando así las bases de la plena jurisdicción

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

I. Se anule por ausencia de fundamentación o de motivación, en cuanto al fondo o a la competencia.

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.

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

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

¹⁹El artículo 58 de la LFPCA señala: “Artículo 58.- A fin de asegurar el pleno cumplimiento de las resoluciones del Tribunal a que este precepto se refiere, una vez vencido el plazo previsto por el artículo 52 de esta Ley, éste podrá actuar de oficio o a petición de parte, conforme a lo siguiente:

I. La Sala Regional, la Sección o el Pleno que hubiere pronunciado la sentencia, podrá de oficio, por conducto de su Presidente, en su caso, requerir a la autoridad demandada que informe dentro de los tres días siguientes, respecto al cumplimiento de la sentencia. Se exceptúan de lo dispuesto en este párrafo las sentencias que hubieran señalado efectos, cuando la resolución impugnada derive de un procedimiento oficioso.

Concluido el término anterior con informe o sin él, la Sala Regional, la Sección o el Pleno de que se trate, decidirá si hubo incumplimiento injustificado de la sentencia, en cuyo caso procederá como sigue:

a) Impondrá a la autoridad demandada responsable una multa de apremio que se fijará entre trescientas y mil veces el salario mínimo general diario que estuviere vigente en el Distrito Federal, tomando en cuenta la gravedad del incumplimiento y las consecuencias que ello hubiere ocasionado, requiriéndola a cumplir con la sentencia en el término de tres días y previniéndole, además, de que en caso de renuencia, se le impondrán nuevas multas de apremio en los términos de este inciso, lo que se informará al superior jerárquico de la autoridad demandada.

b) Si al concluir el plazo mencionado en el inciso anterior, persistiere la renuencia de la autoridad demandada a cumplir con lo sentenciado, la Sala Regional, la Sección o el Pleno podrá requerir al superior jerárquico de aquélla para que en el plazo de tres días la obligue a cumplir sin demora.

De persistir el incumplimiento, se impondrá al superior jerárquico una multa de apremio de conformidad con lo establecido por el inciso a).

c) Cuando la naturaleza del acto lo permita, la Sala Regional, la Sección o el Pleno podrá comisionar al funcionario jurisdiccional que, por la índole de sus funciones estime más adecuado, para que dé cumplimiento a la sentencia.

Lo dispuesto en esta fracción también será aplicable cuando no se cumplimente en los términos ordenados la suspensión que se decrete, respecto del acto impugna

do en el juicio o en relación con la garantía que deba ser admitida.

d) Transcurridos los plazos señalados en los incisos anteriores, la Sala Regional, la Sección o el Pleno que hubiere emitido el fallo, pondrá en conocimiento de la Contraloría Interna correspondiente los hechos, a fin de ésta determine la responsabilidad del funcionario responsable del incumplimiento.

II. A petición de parte, el afectado podrá ocurrir en queja ante la Sala Regional, la Sección o el Pleno que la dictó, de acuerdo con las reglas siguientes:

a) Procederá en contra de los siguientes actos:

1.- La resolución que repita indebidamente la resolución anulada o la que incurra en exceso o en defecto, cuando se dicte pretendiendo acatar una sentencia.

2.- La resolución definitiva emitida y notificada después de concluido el plazo establecido por los artículos 52 y 57, fracción I, inciso b) de esta Ley, cuando se trate de una sentencia dictada con base en las fracciones II y III del artículo 51 de la propia ley, que obligó a la autoridad demandada a iniciar un procedimiento o a emitir una nueva resolución, siempre y cuando se trate de un procedimiento oficioso.

3.- Cuando la autoridad omita dar cumplimiento a la sentencia.

4.- Si la autoridad no da cumplimiento a la orden de suspensión definitiva de la ejecución del acto impugnado en el juicio contencioso administrativo federal.

La queja sólo podrá hacerse valer por una sola vez, con excepción de los supuestos contemplados en el subinciso 3, caso en el que se podrá interponer en contra de las resoluciones dictadas en cumplimiento a esta instancia.

b) Se interpondrá por escrito acompañado, si la hay, de la resolución motivo de la queja, así como de una copia para la autoridad responsable, se presentará ante la Sala Regional, la Sección o el Pleno que dictó la sentencia, dentro de los quince días siguientes a aquél en que surtió efectos la notificación del acto, resolución o manifestación que la provoca. En el supuesto previsto en el inciso anterior, subinciso 3, el quejoso podrá interponer su queja en cualquier tiempo, salvo que haya prescrito su derecho.

En dicho escrito se expresarán las razones por las que se considera que hubo exceso o defecto; repetición del acto impugnado o del efecto de éste; que precluyó la oportunidad de la autoridad demandada para emitir la resolución definitiva con la que concluya el procedimiento ordenado; o bien, que procede el cumplimiento sustituto.

El Magistrado Instructor o el Presidente de la Sección o el Presidente del Tribunal, en su caso, ordenarán a la autoridad a quien se impute el incumplimiento, que rinda informe dentro del plazo de cinco días en el que justificará el acto que provocó la queja. Vencido el plazo mencionado, con informe o sin él, se dará cuenta a la Sala Regional, la Sección o el Pleno que corresponda, la que resolverá dentro de los cinco días siguientes.

c) En caso de repetición de la resolución anulada, la Sala Regional, la Sección o el Pleno hará la declaratoria correspondiente, anulando la resolución repetida y la notificará a la autoridad responsable de la repetición, previniéndole se abstenga de incurrir en nuevas repeticiones.

Además, al resolver la queja, la Sala Regional, la Sección o el Pleno impondrá la multa y ordenará se envíe el informe al superior jerárquico, establecidos por la fracción I, inciso a) de este artículo.

d) Si la Sala Regional, la Sección o el Pleno resuelve que hubo exceso o defecto en el cumplimiento, dejará sin efectos la resolución que provocó la queja y concederá a la autoridad demandada veinte días para que dé el cumplimiento debido al fallo, precisando la forma y términos conforme a los cuales deberá cumplir.

e) Si la Sala Regional, la Sección o el Pleno comprueba que la resolución a que se refiere el inciso a), subinciso 2 de esta fracción, se emitió después de concluido el plazo legal, anulará ésta, declarando la preclusión de la oportunidad de la autoridad demandada para dictarla y ordenará se comunique esta circunstancia al superior jerárquico de ésta.

f) En el supuesto comprobado y justificado de imposibilidad de cumplir con la sentencia, la Sala Regional, la Sección o el Pleno declarará procedente el cumplimiento sustituto y ordenará instruir el incidente respectivo, aplicando para ello, en forma supletoria, el Código Federal de Procedimientos Civiles.

g) Durante el trámite de la queja se suspenderá el procedimiento administrativo de ejecución que en su caso existiere.

III. Tratándose del incumplimiento a la orden de suspensión definitiva de la ejecución del acto impugnado, procederá la queja mediante escrito interpuesto en cualquier momento ante el instructor.

En dicho escrito se expresarán las razones por las que se considera que se ha dado el incumplimiento a la suspensión otorgada, y si los hay, los documentos en que consten las actuaciones de la autoridad en que pretenda la ejecución del acto.

El magistrado pedirá un informe a la autoridad a quien se impute el incumplimiento de la sentencia interlocutoria que hubiese otorgado la suspensión definitiva, que deberá rendir dentro del plazo de cinco días, en el que, en su caso, se justificará el acto o la omisión que provocó la queja. Vencido dicho plazo, con informe o sin él, el magistrado dará cuenta a la Sala, la que resolverá en un plazo máximo de cinco días.

Si la Sala resuelve que hubo incumplimiento de la suspensión otorgada, declarará la nulidad de las actuaciones realizadas en violación a la suspensión.

La resolución a que se refiere esta fracción se notificará también al superior del funcionario responsable, entendiéndose por éste al que incumpla la suspensión decretada, para que proceda jerárquicamente y la Sala impondrá al funcionario responsable o autoridad renuente, una multa equivalente a un mínimo de quince días de su salario, sin exceder del equivalente a cuarenta y cinco días del mismo.

IV. A quien promueva una queja notoriamente improcedente, entendiéndose por ésta la que se interponga contra actos que no constituyan resolución administrativa definitiva, se le impondrá una multa en monto equivalente a entre doscientas cincuenta y seiscientas veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal y, en caso de haberse suspendido la ejecución, se considerará este hecho como agravante para graduar la sanción que en definitiva se imponga.

Existiendo resolución administrativa definitiva, si la Sala Regional, la Sección o el Pleno consideran que la queja es improcedente, prevendrán al promovente para que dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a aquél en que surta efectos la notificación del auto respectivo, la presente como demanda, cumpliendo los requisitos previstos por los artículos 14 y 15 de esta Ley, ante la misma Sala Regional que conoció del primer juicio, la que será turnada al mismo Magistrado Instructor de la queja”.

que ejerce, con características que lo acercan a las propias de los sistemas judicialistas.²⁰

Ahora bien, específicamente hablando del control de la discrecionalidad administrativa en el ordenamiento jurídico mexicano, tal como señalamos en líneas precedentes, se hace mediante tres conceptos: a) Razonabilidad, b) Buena Fe y c) El desvío de poder. Al respecto, señala Manuel Lucero Espinosa: “[...] De tales limitaciones, las dos primeras se encuentran contempladas como causales de ilicitud [...] la razonabilidad implica que el acto administrativo sea justo, proporcionado, equitativo [...] la buena fe, sirve de limitante a la actividad discrecional de la Administración, pues parte de la confianza que debe prevalecer en la actuación administrativa, por lo que el acto, producto del ejercicio de facultades discrecionales, será ilegal cuando en su emisión se haya usado la mala fe, que lleve al engaño o al error al administrado, lo que se traduciría en una falsa o indebida motivación del acto que lo haría ilegal”.²¹

Por lo que ve al desvío de poder, el profesor francés Maurice Hariou señala: “La desviación de poder es el hecho consistente en que una autoridad administrativa usa sus poderes conforme a la letra de la ley, pero persiguiendo un fin distinto de aquel para el que se le han sido otorgados dichos poderes”.²²

Las tres figuras antes comentadas están perfectamente reguladas por la LFPCA en su artículo 51,²³ en el caso de la razona

²⁰Esta naturaleza mixta ha sido reconocida además por los órganos del Poder Judicial, tal y como se desprende de la jurisprudencia I.4o.A. J/45, emitida por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Novena Época, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIV, Septiembre de 2006, p. 1394, bajo la voz: “TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. MODELO DE JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO MIXTO”

²¹Lucero Espinosa, Manuel. *Ibid.*

²²Hariou, Maurice. *Derecho administrativo y derecho público*. EJU. México. 2007. p. 105.

²³Este numeral señala: “Artículo 51.- Se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales:

I. Incompetencia del funcionario que la haya dictado, ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución.

II. Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, siempre que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, in

bilidad y la buena fe, se puede declarar la ilegalidad de un acto administrativo por vicios de la formalidad del acto (fracción II) o por vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular (fracción III).

En el caso del desvío de poder, está contemplado como causal de ilegalidad del acto por la fracción V del artículo en

clusiva la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso.

III. Vicios del procedimiento siempre que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada.

IV. Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien si se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas, en cuanto al fondo del asunto.

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

Para los efectos de lo dispuesto por las fracciones II y III del presente artículo, se considera que no afectan las defensas del particular ni trascienden al sentido de la resolución impugnada, entre otros, los vicios siguientes:

a) Cuando en un citatorio no se haga mención que es para recibir una orden de visita domiciliaria, siempre que ésta se inicie con el destinatario de la orden.

b) Cuando en un citatorio no se haga constar en forma circunstanciada la forma en que el notificador se cercioró que se encontraba en el domicilio correcto, siempre que la diligencia se haya efectuado en el domicilio indicado en el documento que deba notificarse.

c) Cuando en la entrega del citatorio se hayan cometido vicios de procedimiento, siempre que la diligencia prevista en dicho citatorio se haya entendido directamente con el interesado o con su representante legal.

d) Cuando existan irregularidades en los citatorios, en las notificaciones de requerimientos de solicitudes de datos, informes o documentos, o en los propios requerimientos, siempre y cuando el particular desahogue los mismos, exhibiendo oportunamente la información y documentación solicitados.

e) Cuando no se dé a conocer al contribuyente visitado el resultado de una compulsión a terceros, si la resolución impugnada no se sustenta en dichos resultados.

f) Cuando no se valore alguna prueba para acreditar los hechos asentados en el oficio de observaciones o en la última acta parcial, siempre que dicha prueba no sea idónea para dichos efectos.

El Tribunal podrá hacer valer de oficio, por ser de orden público, la incompetencia de la autoridad para dictar la resolución impugnada o para ordenar o tramitar el procedimiento del que derive y la ausencia total de fundamentación o motivación en dicha resolución.

Los órganos arbitrales y de otra naturaleza, derivados de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de prácticas desleales, contenidos en tratados y convenios internacionales de los que México sea parte, no podrán revisar de oficio las causales a que se refiere este artículo.”

comento, acotando claramente que se trata de un vicio únicamente vinculado al ejercicio de facultades discrecionales; esto es, la desviación de poder se convierte en la institución procesal que por excelencia se aboca al control de la discrecionalidad administrativa, pero como bien advierte el profesor español Jesús Leguina Villa: “[...] la historia de la desviación de poder es una historia jalonada de fracasos; su operatividad como técnica reductora de la arbitrariedad administrativa ha sido virtualmente nula. Ni la voluntad del legislador ni el entusiasmo de los autores pudieron apenas nada frente a una actitud generalizada de renuencia judicial en aceptar los efectos invalidantes de este singular vicio de ilegalidad de los actos administrativos [...]”.²⁴

Esta desafortunada expresión es perfectamente aplicable al sistema jurídico mexicano, toda vez que desde el establecimiento del desvío de poder como causal de ilicitud de los actos administrativos en la ley del 36, no se ha sentenciado una sola vez en contra de la Administración Pública.

Esto en gran medida encuentra su explicación en las diversas causales de nulidad, que dado el sistema de interpretación tan rígido que prevalece en el Derecho Administrativo Mexicano, normalmente no es necesario entrar al estudio de elemento teleológico del acto administrativo, pues se puede obtener fácilmente la nulidad del acto gracias a los vicios formales del mismo.

Así, no podemos catalogar esto como defecto o deficiencia única del juzgador administrativo, toda vez que en la causa de pedir,²⁵ como supuesto esencial de la demanda de nulidad no es frecuente encontrar la invocación del desvío de poder, pues se considera que los vicios formales son más prácticos y de más fácil apreciación para los operadores jurídicos; sin embargo, también es cierto que el TFJFA tiene la facultad de invocar hechos

²⁴En el prólogo a Chinchilla Marín, Carmen. *La desviación de poder* (2ª ed.). Thomson Civitas. Madrid. 2004. p. 11.

²⁵Es requisito de la demanda, en términos de la fracción VI del artículo 14 de la LFPCA, indicar los conceptos de impugnación o agravios.

notorios,²⁶ y no está por demás señalar que no en pocas ocasiones, resulta evidente el abuso que la Administración hace de la norma.

IV. EL JUICIO ORDINARIO ADMINISTRATIVO FEDERAL

Aunque nos limitaremos a hacer una breve mención sobre esta figura, es importante destacar que existe la dualidad jurisdiccional, mejor dicho, la concurrencia competencial entre el TFJFA y los Juzgados de Distrito en Materia Administrativa, pertenecientes al Poder Judicial de la Federación. Estos últimos además de ser los jueces de garantías en términos de la CPEUM, también se erigen como jueces en primera instancia federal, y que en términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF) están facultados para ellos.

Así, el artículo 52, en su fracción I de la norma en comento se señala:

Artículo 52.- Los jueces de distrito en materia administrativa conocerán:

De las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de las leyes federales, cuando deba decidirse sobre la legalidad o subsistencia de un acto de autoridad o de un procedimiento seguido por una autoridad administrativa.

De esta redacción se desprende que el juzgador del Poder Judicial en Materia Administrativa puede conocer de juicios cuyo objeto sea la legalidad de un acto administrativo. Desafortunadamente, esto presenta varios problemas de aplicación en cuanto que este Juzgador no está facultado para aplicar la LFPCA, por lo que no se puede regir por las reglas del conten

²⁶El primer párrafo del artículo 50 de la LFPCA señala: “Artículo 50.- Las sentencias del Tribunal se fundarán en derecho y resolverán sobre la pretensión del acto que se deduzca de su demanda, en relación con una resolución impugnada, teniendo la facultad de invocar hechos notorios.”

cioso administrativo, teniendo como única salida el juicio ordinario regulado por el Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC), norma que tampoco es natural a la materia administrativa, y por tanto, se convierte en un verdadero suplicio para los operadores jurídicos, tanto juzgador como partes litigantes.

Sin embargo, es evidente que la vía existe, y por tanto, pudiera operar como una juicio utilizable para el control de los actos discrecionales de la Administración Pública, argumentando simples vicios de legalidad, vinculados a los requisitos del acto administrativo consagrados en el artículo 3° de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA),²⁷ y simplemente ocurrirá lo mismo que en el juicio contencioso administrativo federal,

²⁷El numeral en comento señala: “Artículo 3.- Son elementos y requisitos del acto administrativo:

I. Ser expedido por órgano competente, a través de servidor público, y en caso de que dicho órgano fuere colegiado, reúna las formalidades de la ley o decreto para emitirlo;

II. Tener objeto que pueda ser materia del mismo; determinado o determinable; preciso en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar, y previsto por la ley;

III. Cumplir con la finalidad de interés público regulado por las normas en que se concreta, sin que puedan perseguirse otros fines distintos;

IV. Hacer constar por escrito y con la firma autógrafa de la autoridad que lo expida, salvo en aquellos casos en que la ley autorice otra forma de expedición;

V. Estar fundado y motivado;

VI.- (Se deroga)

VII. Ser expedido sujetándose a las disposiciones relativas al procedimiento administrativo previstas en esta Ley;

VIII. Ser expedido sin que medie error sobre el objeto, causa o motivo, o sobre el fin del acto;

IX. Ser expedido sin que medie dolo o violencia en su emisión;

X. Mencionar el órgano del cual emana;

XI.- (Se deroga)

XII. Ser expedido sin que medie error respecto a la referencia específica de identificación del expediente, documentos o nombre completo de las personas;

XIII. Ser expedido señalando lugar y fecha de emisión;

XIV. Tratándose de actos administrativos deban notificarse deberá hacerse mención de la oficina en que se encuentra y puede ser consultado el expediente respectivo;

XV. Tratándose de actos administrativos recurribles deberá hacerse mención de los recursos que procedan, y

XVI. Ser expedido decidiendo expresamente todos los puntos propuestos por las partes o establecidos por la ley”.

donde el juzgador resolverá por una cuestión formal más que atendiendo a la finalidad del mismo.

V. EL JUICIO DE AMPARO EN MATERIA ADMINISTRATIVA

Continuando con el tema de la dualidad jurisdiccional existente en el sistema jurídico mexicano es inevitable hacer unos brevísimos comentarios al Juicio de Amparo.²⁸

El juicio de Amparo en México tiene una doble vertiente: el amparo indirecto o biinstancial, el cual se tramita ante los Jueces de Distrito, y conocerán de éste cuando el quejoso haga valer una violación directa a una garantía constitucional mediante el acto de autoridad, o bien, cuando una norma de carácter general (en especial leyes y reglamentos), se estimen contrarios a la Constitución General.

La segunda forma del juicio de amparo es el llamado amparo directo, tramitado ante los Tribunales Colegiados de Circuito, los cuales actúan como jueces de casación de los juicios de instancia, en cuyo caso harán una revisión respecto del juicio de origen en cuanto al cumplimiento pleno del procedimiento. Asimismo, pueden resolver sobre la inconstitucionalidad de una norma o un acto, siempre y cuando haya sido planteada a lo largo del juicio de origen.

En ambos casos, el juicio de amparo se rige por el principio de definitividad, es decir, constituye un medio extraordinario de defensa para los gobernados, de tal forma que únicamente se puede acceder a éste, si se han agotados todos los medios ordinarios de defensa, siempre y cuando se esté obligado a agotarlos.

²⁸El Juicio de Amparo es “[...] un sistema de defensa de la Constitución y de las garantías individuales, de tipo jurisdiccionales, por vía de acción, que se tramita en la forma de juicio ante el Poder Judicial Federal y que tiene por materia las leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales, o impliquen una invasión de la soberanía de la Federación en los Estados y viceversa y que tiene como efectos la nulidad del acto reclamado y la reposición del quejoso en el goce de la garantía violada, con efectos retroactivos al momento de la violación.” Cfr. Noriega Cantú, Alfonso. *Lecciones de amparo* (3ª ed.). Porrúa. México. 1991. p. 58.

Así, si el acto discrecional se estima es violatorio de la Constitución o de las garantías en ella contenidas, bajo ciertas condiciones podrá ser intentado el juicio de amparo indirecto por el administrado sin agotar el juicio contencioso administrativo.

También el amparo directo se convierte en una forma de control de la discrecionalidad, cuando existe un pronunciamiento contrario a la pretensión del administrado en el contencioso administrativo, y por tanto, se vuelve una instancia revisora (toda vez que no existe un recurso de alzada en el contencioso administrativo).

VI. CONCLUSIONES

Sencillamente debemos concluir que aún cuando son muchos los mecanismos de control de la discrecionalidad administrativa en el sistema jurídico mexicano, es importante destacar que el control de la discrecionalidad administrativa no recibe un tratamiento distinto a los controles de los actos administrativos reglados, de tal forma que se trata de un tema poco explorado.

Adicionalmente, la figura procesal de control de la discrecionalidad por excelencia: el desvío de poder, nunca ha sido invocada por los órganos jurisdiccionales de nuestro país, de tal forma, que se reitera nuestra inmadurez como operadores jurídicos tratándose de actos discrecionales.

Finalmente, no está por demás señalar que el Derecho Administrativo, y en especial el Derecho Procesal Administrativo en México está sufriendo una importante evolución y desarrollo, del cual esperamos se generen los medios adecuados para alcanzar una impartición de justicia administrativa plena.

Recibido: 25-01-2011
Aprobado: 10-06-2011