

EL ACTO ADMINISTRATIVO EN JALISCO, MÉXICO

Una revisión constitucional desde los Derechos Humanos

O ATO ADMINISTRATIVO EM JALISCO, MÉXICO

Uma revisão constitucional dos Direitos Humanos

Bertha Alicia ESPARZA HERNÁNDEZ¹

SUMARIO. Dentro de la supremacía que tiene y debe tener la Constitución, esta se impone como el grado más alto dentro de la jerarquía de las normas, de manera que el contenido de las leyes y de las normas jurídicas generales está limitado por el de la Constitución. Así pues, debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango, como lo es la Ley del Procedimiento Administrativo y la Ley de Justicia Administrativa, ambas del Estado de Jalisco; y si no la hay, aplicando el paradigma constitucional a partir de la reforma en materia de derechos humanos del 2011 ordena de manera categórica que se apliquen las disposiciones constitucionales en aquellos casos en que sea manifiesta y no caprichosa la incompatibilidad entre las mismas, por parte de las autoridades, con plena competencia para ello.²

¹Profesor de Asignatura en la División de Estudios Jurídicos de la Benemérita Universidad de Guadalajara. tribuna66@hotmail.com

² Época: Décima Época Registro: 2009827 Instancia: Segunda Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 21, Agosto de 2015, Tomo I Materia(s): Común Tesis: 2a./J. 123/2015 (10a.) Página: 504 JUICIO DE AMPARO DIRECTO. ANÁLISIS QUE DEBEN REALIZAR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO PARA EFECTOS DE SU PROCEDENCIA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 170, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE LA MATERIA. De un ejercicio interpretativo de la fracción II del artículo 170 de la Ley de Amparo, deriva la obligación de los Tribunales Colegiados de Circuito de realizar un examen comparativo entre las pretensiones deducidas en el juicio

La experiencia del derecho administrativo en este tema es amplia, pues el ciudadano es la base de la construcción del propio sistema administrativo: El ciudadano, frente a la administración, no ostenta más que un interés legítimo en la legalidad de su actuación. El nuevo derecho administrativo mexicano ante los retos que plantea la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio 2011, reclama espacios de análisis, reflexión y crítica desde una doble perspectiva: primero; La posición jurídica de la administración pública, y segundo; La del particular frente al ejercicio de las potestades públicas. De ahí la trascendencia del análisis que aborde las diversas problemáticas que se presentan cotidianamente en las relaciones que se establecen entre particulares y las autoridades, y la resolución por el Tribunal de lo Administrativo del Estado de Jalisco (TAE) a sus pretensiones.

1. Análisis del acto administrativo en Jalisco, desde la Constitución, para comprender la motivación, elemento fundamental de la función pública, para aplicar el principio de interdicción de la arbitrariedad administrativa.

El acto administrativo en la legislación jalisciense se encuentra diseñado conforme a las reglas prescritas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículos 14 y 16), así como en las contenidas en los artículos 4 y 8 de la Ley del Procedimiento Administrativo del Estado de Jalisco, que en síntesis, señalan que éste debe emitirse con apego al principio de legalidad, donde la autoridad tiene la obligación ineludible de fundar y motivar su actuación, para evitar la arbitrariedad administrativa y con ello evitar en la esfera jurídica del gobernado actos ilegales, situación que permite a este Tribunal verificar y aplicar el contenido de las reglas para regular procedimientos administrativos, los que se integran por una cadena de actos de distinto alcance y contenido, como: a) un presupuesto; b) un acto inicial; c) uno o varios actos de trámite; y, d) el acto terminal, que contiene la voluntad final de la administración.³ En consecuencia, la naturaleza y contenido de este último distinguen su trascendencia, lo cual es determinante para definir cómo debe conformarse o estructurarse el procedimiento, de manera que permita conseguir eficiencias pero, prioritariamente la defensa de los probables afectados. Criterio que recoge nuestro máximo Tribunal, en los siguientes términos:

"RESOLUCIÓN FAVORABLE". SU CONCEPTO CONFORME AL ARTÍCULO 170, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE AMPARO.⁴ El concepto

contencioso y el resultado del análisis de los conceptos de anulación, ya que es este ejercicio de contraste, propio del análisis de fondo y no del auto inicial del juicio, por la dificultad que encierra y que deberá hacerse en cada asunto concreto, lo que permitirá conocer si se ha obtenido una sentencia favorable para efectos de la procedencia del juicio de amparo, en términos del dispositivo legal citado. (...)

³ BENDEZÚ NEYRA, Guillermo E. (2010). *Derecho Procesal Administrativo. Ley No 27444, Ley No 29060 y D. Leg. No 102g. y Derecho Procesal Contencioso Administrativo*. Editorial FECAT, Perú.

⁴ Época: Décima Época Registro: 2009825 Instancia: Segunda Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 21, Agosto de 2015, Tomo I Materia(s): Común Tesis: 2a./J. 121/2015 (10a.) Página: 505.

*de "resolución favorable", en la lógica del artículo 170, fracción II, de la Ley de Amparo, **supone el dictado de una sentencia que resuelva de manera absoluta la pretensión de la parte actora y que le otorgue el máximo beneficio sin posibilidad de una afectación posterior, con independencia del tipo de nulidad declarada;** es, en otras palabras, aquella sentencia que implica que el acto impugnado sea irrepetible al proscribir toda circunstancia que provoque que la autoridad pueda emitir un nuevo acto en el mismo sentido que el declarado nulo, **en tanto que el vicio que dio lugar a tal declaratoria no puede ser subsanado.***

De una lectura rápida e integrada de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 14, 16, 17, 26, 39 y 40 constitucionales, encontramos la esencia de nuestra tarea como juzgadores. Partimos de que la nación mexicana se establece como una República libre, independiente, soberana y democrática; regida por los valores supremos y los principios fundamentales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, el imperio de la ley, la justicia, la solidaridad, la convivencia fraterna, el bienestar social, el equilibrio ecológico, el progreso y la paz, factores esenciales para la cohesión social, además que el artículo 52 de la Constitución Política del Estado de Jalisco obliga a los integrantes del Poder Judicial del Estado, de aplicar el control de convencionalidad en la resolución de conflictos que le son planteados.

***Artículo 52.-** Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, los cuales deberán emitir sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando en consecuencia prohibidas las costas judiciales.*

Los tribunales garantizarán el control de convencionalidad de los derechos humanos en todas sus actuaciones, favoreciendo siempre éste sobre las leyes federales o estatales salvo en caso de que existan restricciones constitucionales o jurisprudencia que manifieste lo contrario.

En México existen aproximadamente 2,445 municipios y cada cual establece sus hipótesis de infracciones y sanciones. En Jalisco contamos con 125 municipios, los cuales también cuentan con una normatividad administrativa particular, con un catálogo de infracciones y sanciones administrativas, sin que haya una sistematización del procedimiento y sus principios. Sirva de ejemplo lo anterior, tomando en consideración el universo de actos administrativos que contienen una serie de reglas para calificar las infracciones administrativas y sanciones correspondientes que resulta amplio, disperso, poco sistemático y no unificado.

En este orden de ideas, la exigencia de motivación en la emisión del acto administrativo conforme a lo descrito acápite, ***no busca establecer formas por las formas mismas, sino preservar valores sustantivos***⁵. Aparece como una necesidad tendente a la observancia del

⁵ BÉJAR RIVERA, Luis José (2012). *Curso de Derecho Administrativo*. 1ª edición. Editorial NOVUM, Universidad Panamericana, México, páginas 65 y ss.

principio de legalidad en la actuación de las autoridades administrativas y desde el punto de vista del administrado, ***se traduce en una pretensión fundada en la idea de una mayor protección de los derechos individuales***,⁶ ya que de su cumplimiento depende que el administrado conozca de una manera efectiva los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto. En la medida en que las administraciones públicas expliquen racionalmente sus decisiones contarán con la aceptación o aquiescencia de la ciudadanía, con lo que se fortalecerán y legitimarán democráticamente. Así, los poderes públicos retomarán su vocación de deberse a los ciudadanos, para no tomar decisiones antojadizas o carentes de fundamentación e imponerlas autocráticamente.⁷

a) La experiencia europea.

El Tribunal Constitucional español ha reconocido la importancia de subjetivizar el recurso contencioso para garantizar la protección de los derechos fundamentales, particularmente el derecho a la tutela judicial efectiva a que se refiere el contenido del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, proyectándose a la protección de los intereses legítimos. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha sido resumida por la doctrina, de la siguiente manera, respecto del control del acto:

“a) Nunca puede suponer un obstáculo a la tutela judicial, b) Las normas reguladoras de los requisitos procesales deben interpretarse en el sentido más favorable a la admisión de las pretensiones (principio pro actione), c) Las formalidades procesales, en cuanto limitaciones impuestas al ejercicio de un derecho fundamental, no sólo han de responder a una finalidad constitucionalmente legítima, sino que han de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo pretendido y no han de afectar el contenido esencial del derecho”.⁸

En Alemania este sistema de pretensiones aspira a construir una función judicial, resolutoria de conflictos y no revisora de actos. Conflictos intersubjetivos que no encuentran un límite material en el acto o procedimiento administrativo previo; por el contrario, el perfeccionamiento del sistema busca avanzar en el reconocimiento busca avanzar en el reconocimiento de derechos subjetivos reaccionables en el ámbito del derecho público. En este sentido, el artículo 19.4 de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, establece que ***si alguien es lesionado en sus derechos por una autoridad, tendrá derecho a recurrir ante los tribunales***. La idea básica de esta nueva fundamentación del concepto de derecho subjetivo, es que en el actual Estado de Derecho, todas las ventajas o beneficios que pueda derivar del ordenamiento, cada ciudadano se ha

⁶ COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge (en prensa). *Curso de Derecho Administrativo*. Argentina. Puntos 9, 10 y 11, páginas 198 y ss.

⁷ GARCÍA PÉREZ, Marta (1998). “El objeto del proceso contencioso-administrativo”, en *Jornadas de Estudio sobre la Jurisdicción Contencioso Administrativa* Universidad de Coruña, La Coruña, páginas 48-54.

⁸ GARCÍA PÉREZ, Marta (2000). “Reflexiones sobre el objeto del proceso contencioso-administrativo”, en la obra colectiva: *El derecho administrativo en el umbral del siglo XII. Homenaje a Prof. Dr. Dn. Ramón Martín Mateos*. Tomo II, dirigido por F. Sosa Wagner. Tirant Lo Blanch, Valencia, páginas 2410-2411.

constituido en verdaderos derechos subjetivos. Y por ello, con el incumplimiento del derecho subjetivo se infringe la legalidad y quien o quienes resientan el perjuicio, tienen un verdadero derecho subjetivo a la eliminación de ese perjuicio, a la remoción del obstáculo que impide a ese derecho ser realmente efectivo.⁹

En este orden de cosas, el derecho administrativo y en particular, la Teoría General del Acto Administrativo, ha creado una serie de instituciones para garantizar el derecho de los ciudadanos a conocer las razones que mueven a las administraciones públicas para la adopción de una determinada resolución, tales como el motivo y la motivación, entendidos como elementos del acto administrativo. Incluso, a partir del fenómeno de la constitucionalización del derecho administrativo, en voz de Jinesta Lobo,¹⁰ hoy día, en materia de procedimiento administrativo –parte especial del derecho administrativo–, se estudia con particular esmero, la motivación de las resoluciones administrativas como un componente más del contenido esencial del derecho fundamental y humano al debido proceso y a la defensa adecuadas, siempre desde la perspectiva constitucionalización del derecho administrativo, han surgido un entramado de valores y principios de rango constitucional que obligan fuertemente a las administraciones públicas en la dirección apuntada, tales como el pluralismo, de interdicción de la arbitrariedad, de la transparencia y la publicidad, el democrático, el de participación y los de objetividad e imparcialidad.

b) La motivación del acto como interdicto a la arbitrariedad administrativa.

Esta motivación que exige la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos desde el tercer párrafo del artículo 1º, y en relación con los artículos 14 y 16, se plasman en la Ley del Procedimiento Administrativo del Estado de Jalisco en sus artículos 4º, 8º, 12 y 13; los cuales, constituyen uno de los requisitos esenciales del acto administrativo, lo que le permite cumplir con las siguientes finalidades:

Uno. Que el ejercicio de las potestades que goza la administración pública esté sometida al derecho de un régimen republicano, conforme a la fórmula del artículo 40 constitucional.

Dos. Que dé cuenta de sus decisiones y que éstas sean examinadas en su legitimidad por la justicia, en caso de ser impugnadas, permitiendo así una suficiente defensa de los afectados.

Tres. La satisfacción de las prerrogativas o atribuciones que le han sido conferidas.

⁹ IBLER, Martín, y HANGST, Matthias (2012). “La planificación de los proyectos de obras de infraestructura en el procedimiento administrativo alemán”, en la obra colectiva: *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa. Presentación de la traducción de la Ley Alemana de procedimiento administrativo*. Pedro Aberastury y Hermann-Josef Blanke (Coordinadores), páginas 187 y ss.

¹⁰ V. JINESTA LOBO, Ernesto (2011). La construcción de un Derecho Administrativo Común Interamericano. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Número 11, páginas 112-120.

Cuatro. Garantizar a la población los servicios y actividades que tiene encomendadas.

Cinco. Señalamiento expreso de la ley en cuanto a la dependencia, órgano u organismo encargado de realizar la aplicación de las normas legales, a través de la administración centralizada, desconcentrada y descentralizada que la integran. y

Seis. Cumplimiento de la legalidad en cada actuación de los servidores públicos que actúan a nombre del Estado.

Estas reglas que se encuentran contenidas en disposiciones legales desde la Constitución y refrendadas en el texto de los artículos 4º y 9º de la Ley del Procedimiento Administrativo del Estado de Jalisco, son obligatorias para las autoridades administrativas, las cuales no pueden limitar o reducir en su actuación las condiciones referidas. Al contrario, es necesario e indispensable el cumplimiento en todos los extremos de las disposiciones, donde cualquier diferencia implicaría crear un acto que en sí mismo es ilegal, al contravenir las reglas jurídicas para su emisión. En estas condiciones descritas, el dictado de cualesquier acto administrativo impone la obligación para que estén sujetos al principio de legalidad, imponiéndoles la carga de soportar la decisión judicial cuando dichos actos son retirados de la vida jurídica, precisamente por ser omisas al aplicar dichas reglas; omisiones que violan de manera flagrante el principio *pro persona*, al no aplicar e interpretar a favor del ciudadano en su mayor extensión. Se advierte que su obligación se traduce en dictar sus actos debidamente apegados a la legalidad y ***el incumplimiento de lo anterior es su responsabilidad***. Por tal motivo, si está impedida para dictar actos ilegales, cualquier acto que incumpla con las condiciones normativas, implica la omisión de su parte, y por tanto, su responsabilidad como servidor público.

En suma, encontramos entonces que la motivación del acto administrativo debe ser auténtica y satisfactoria, es decir, una explicación de las razones que llevaron a su emisión, por lo que no se trata de un mero escrúpulo formalista que pueda ser cumplido con la fabricación “*ad hoc*” de los motivos. La motivación debe ser concomitante con el acto administrativo, excepcionalmente, se admite la motivación previa si surge de informes y dictámenes que sean expresamente invocados como sustento y comunicados. Si no se da una motivación concomitante o previa, el acto administrativo se encuentra viciado por falta de motivación, salvo que se admita, excepcionalmente, que sea suplida por una motivación ulterior suficientemente desarrollada y razonada. Esto así lo ha determinado nuestro máximo Tribunal, de acuerdo al siguiente criterio jurisprudencial que se reproduce.

***ACTOS TERMINALES EN PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS.
DEBEN DISTINGUIRSE ENTRE LOS DE MOLESTIA Y LOS
PRIVATIVOS, A FIN DE CONSEGUIR, PRIORITARIAMENTE, LA
DEFENSA DE LOS PROBABLES AFECTADOS.*** ¹¹ *La finalidad, el*

¹¹ Esta tesis se publicó el viernes 01 de abril de 2016 a las 10:01 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 04 de abril de 2016, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA ESPECIALIZADO EN COMPETENCIA ECONÓMICA, RADIODIFUSIÓN Y TELECOMUNICACIONES, CON RESIDENCIA EN EL DISTRITO FEDERAL Y JURISDICCIÓN EN TODA LA REPÚBLICA. (...)

*alcance o la trascendencia que tenga el acto terminal es determinante para definir cómo debe conformarse o estructurarse el procedimiento administrativo, de manera que permita conseguir, prioritariamente, la defensa de los probables afectados, por lo que debe distinguirse entre actos de molestia y actos privativos. En relación con éstos, el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos impone, antes de emitirlos, someter a las partes a un esquema de juicio previo donde se observen las formalidades esenciales del procedimiento; de ahí que el diseño estructural y la funcionalidad u operación de estos procedimientos deben atender a estas condicionantes básicas y sine qua non. El mismo tratamiento debe darse a los actos constitutivos de un nuevo status que pueda disminuir prerrogativas o situaciones creadas (impedir acciones, afectar propiedades o situaciones, eliminar posiciones jurídicas, entre otros). En todos estos casos debe satisfacerse el debido proceso legal, con amplias y suficientes posibilidades de defensa. En cambio, cuando el procedimiento tenga como acto terminal uno de molestia o declarativo, sólo debe observarse la garantía de legalidad, prevista en el artículo 16 constitucional.*¹²

Vinculado a la motivación, encontramos también la presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos, la cual ***no exime a la administración pública de acreditar sería y razonablemente que los hechos que constituyeron la motivación hayan realmente tenido lugar y que ha cumplido estrictamente el debido procedimiento.*** Lo anterior, porque en un Estado de Derecho, el principio de legalidad impone a dichas autoridades a obrar y comportarse con respeto al ordenamiento jurídico, conforme a la regla del artículo 14 de la Ley del Procedimiento Administrativo del Estado de Jalisco. Recordando que la actividad de la administración pública se realiza a través de la emisión de actos administrativos dirigidos a particulares, conforme al principio de legalidad, los cuales deben estar dictados conforme a las normas que los rigen.

Luego entonces, encontramos otro elemento que fortalece la motivación y la teleología del acto administrativo. Hablamos aquí de la existencia del acto administrativo y su finalidad, la cual está ligada al momento en que la voluntad de la administración se manifiesta a través de una decisión. El acto administrativo existe, desde el momento en que es producido por la administración y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada, claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual.

¹² Época: Décima Época Registro: 2011340 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 29, Abril de 2016, Tomo III Materia(s): Constitucional Tesis: I.1o.A.E. J/3 (10a.) Página: 1918

Todas y cada una de las normas se convierten en autorizaciones y límites a la actuación del Estado hechas para beneficio de la autoridad, pero también llevan implícitas condiciones mínimas para el ejercicio de sus atribuciones, que se constituyen en el acto administrativo, el cual representa la manifestación de su voluntad, ya sea contenida en una resolución administrativa o documento formal, con los elementos y requisitos establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo del Estado de Jalisco, para brindar seguridad jurídica a los administrados.¹³

El destinatario de la materialización de las leyes administrativas es el ciudadano, también llamado administrado o gobernado, entendido como la persona física o moral que tiene derechos y obligaciones sobre las cuales se espera que cumpla voluntaria o coactivamente, a través del acto administrativo.

c) La arbitrariedad administrativa y su vinculación a la motivación en el acto administrativo.

La motivación es el antídoto de la arbitrariedad o un medio para su interdicción en la medida que, a pesar de los márgenes de libertad y elección que tengan las autoridades, deben dar cuenta y demostrar el buen uso de sus facultades, justificando la legalidad de atribuciones regladas o la legitimidad de las discrecionales.

Referente al tema del control de la arbitrariedad administrativa, desde la posición del poder judicial encontramos que pocos temas en el Derecho Público resultan tan apasionantes como el deslinde entre la *discrecionalidad*, permitida a la administración, y la *arbitrariedad* prohibida¹⁴. Ambas conceptualizaciones tienen una larga trayectoria en la dogmática jurídica, ya que hacen referencia a valores, poderes o acciones humanas que tienen que ver con el uso del poder o el abuso del poderoso frente al inferior. El tratadista Von Ihering, ya

¹³ BACACORZO, Gustavo (2002). *Tratado de Derecho Administrativo*. TOMO II. Perú. Editorial Gaceta Jurídica. Señala el autor: “Aunque siempre existieron diversos procedimientos, ellos no nacieron como consecuencia de una acción nacional-sistemática, sino como solución empírica ante una urgencia. De tal manera de actuar surgen contradicciones, inadecuaciones, sujeciones casuísticas, pero igualmente aciertos que se han perennizado, aunque mereciendo reajuste o leves encuadramientos valiosos. La práctica y la investigación poco a poco han venido produciendo un ordenamiento eminentemente intelectual -siempre contrastado con la realidad administrativa y judicial-, para efectos de profundización y reforma consiguiente. Así se ha llegado a constituir la complejidad reglaria denominada procedimiento administrativo, que tiene vertientes judiciales y administrativas. El fenómeno inmanente de la publicitación del derecho es lógica y extensiva consecuencia de la potestad del Estado de fijar jurídicamente los extremos de su actividad incesante, esto es, materializar un derecho administrativo o sustantivo (normas) y luego un adjetivo o procesal, con doble dirección: una inmediata, pragmática, rápida (el procedimiento) y otra mediata, estrictamente jurídica (proceso administrativo). Ambos se realizan sobre reglas, no normas; la primera en el campo nítido y exclusivamente administrativo (de cualquier Poder del Estado y de sus personas jurídicas públicas) y la segunda (el proceso administrativo) en el ámbito únicamente jurisdiccional (naturalmente dichas causas o procesos están originados en la Administración Pública), sin excepción”.

¹⁴ TRON PETIT, Jean Claude (2009). El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional. Artículo publicado en la obra: “*Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*”. Coordinador Juan Pedro Machado Arias, 2009, Konrad Adenauer Stiftung e. V., México.

en 1877 lo expresó con magistral precisión: “*El súbdito que contraviene la ley obra ilegalmente, no arbitrariamente. La arbitrariedad es la injusticia del superior*”.¹⁵

El derecho administrativo mexicano lo recoge en su acepción más simple y general, se define como el derecho de la administración pública, pero como buen hijo de la Revolución francesa, lleva en su seno desde sus orígenes la libertad, la legalidad y la garantía frente a lo arbitrario, de tal suerte, que el derecho administrativo en su misma estructura, está hecho de un difícil equilibrio entre privilegios y garantías. Desde esta perspectiva, no puede extrañar que la a veces, delicada y sutil frontera entre la discrecionalidad y la arbitrariedad de la administración haya sido una cuestión estudiada y analizada desde el paradigma de los derechos humanos en México y el nuevo Estado Social y Democrático de Derecho.

Por su parte, el Tribunal Superior de España, en el fundamento jurídico 5, expediente STS 9097/2000 del 12 diciembre de 2000 aporta esta interesante definición:

*3.- Es usual también aceptar que la potestad propiamente discrecional encarna, frente a unos mismos hechos, la posibilidad de optar entre necesidades diferenciadas y todas de interés general; y la consiguiente libertad de elegir entre las distintas actuaciones administrativas que específicamente reclaman cada una de esas singulares modalidades de interés general.*¹⁶

La historia de la arbitrariedad podría decirse que representa el reverso de la propia historia del Derecho. De modo que el conocimiento de la arbitrariedad implica el del Derecho, como lo precisa de nueva cuenta Ihering: “*Como el ciego que no conoce la luz no puede tener ninguna noción de las sombras, tampoco el que no conoce el derecho sabe lo que significa la arbitrariedad –la comprensión de la arbitrariedad tiene por condición previa la del derecho.*” La tendencia en el auténtico y funcional Estado de Derecho es que siempre exista ese control, aunque con matices de intensidad.

El tema es efectivamente nuclear, no sólo por las implicaciones que tiene en la reconstrucción de todo el derecho administrativo a partir de reforma del 10 de junio del 2011 en materia de derechos humanos, sino también y sobre todo porque tiene mucho que ver con la Justicia y con el sentimiento de la idea del Derecho.¹⁷ En la práctica cotidiana de los tribunales y la doctrina, el concepto es ambiguo pues se habla de discrecionalidad, indistintamente con cualquiera de las siguientes connotaciones:

- Política;
- Técnica;

¹⁵ VON Ihering, Rudolph (1961). *El Fin del Derecho*. Editorial Cajica. Puebla, México, página 263.

¹⁶ Id Cendoj: 28079130072000100517, Sala de lo Contencioso del TS, Madrid, 12 de diciembre de 2000, N° de Recurso: 233/1999.

¹⁷ TRON PETIT, Jean Claude, y ORTIZ REYES, Gabriel (2015). *La nulidad de los actos administrativos*. Quinta edición. Editorial Porrúa, México, páginas 75-125.

- Margen de elección o apreciación para atribuir las consecuencias normativas por razones de oportunidad o conveniencia;
- Interpretar y aplicar conceptos jurídicos indeterminados; y,
- Actos de la administración no sujetos a control jurisdiccional.

No se trata de una potestad irrestricta u omnímoda para elegir, en cambio, es elegir una de entre varias opciones posibles, en ocasiones sucede incluso que solo hay una conclusión correcta y pertinente pero no es evidente y, por tanto, esa alternativa es la que debe descubrirse o construirse para el caso particular.

Es importante distinguir la función administrativa de la política, tanto por su naturaleza, sus objetivos, instrumentos pertinentes y sujetos que la ejercen. En ambos casos existe una responsabilidad sólo que los referentes y las sedes donde se pueden hacer valer son distintas.

Se le denomina también libertad de elección, concepto que merece distinguir de la arbitrariedad o libertinaje donde no hay controles, principios ni valores que encaucen a mantener una razonabilidad para satisfacer de la mejor manera, con la máxima eficiencia y perspectivas, el interés público.

En este aspecto cabría diferenciar actos discrecionales por razones sustanciales esto es, los que admiten dos o más soluciones válidas, en cualquiera de ellas; de los no justiciables — no sujetos a control judicial— por razones jurídico-formales.

Las decisiones adoptadas según criterios políticos y algunos de carácter técnico, son las únicas, auténticas y puras, expresiones de discrecionalidad, es el criterio de varios tribunales en el mundo. Por esa razón, escapan a cualquier tipo de control en sede judicial, en tanto no es jurídico su núcleo esencial. Este criterio aunado a una restricción de poderes que deriva de un reparto de facultades es el que informa a la tesis siguiente:

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LAS CUESTIONES MERAMENTE POLÍTICAS NO SON SUSCEPTIBLES DE ANÁLISIS EN SEDE JUDICIAL. *Con la finalidad de ejercer correctamente el control constitucional, es necesario observar la mayor prudencia en el uso de las facultades propias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y discernir las causas justiciables de las que no lo son. En razón de lo anterior, aquellos casos que involucran el estudio de una cuestión meramente política no son susceptibles de análisis en sede judicial mediante controversia constitucional, cuyo objeto de tutela está claramente delimitado al ámbito de atribuciones que la Constitución Federal confiere a los órganos originarios del Estado, pues, si bien es cierto que a través de este medio de control es posible plantear cuestiones que comporten aspectos de índole política, en atención a la naturaleza de las entidades, poderes u órganos legitimados para intervenir en el proceso, también lo es que, de examinarse asuntos que correspondan en su totalidad a esa esfera de actuación, se caería en la judicialización de cuestiones estrictamente políticas, excediendo con ello los fines y principios*

*que con el aludido medio de control constitucional pretenden salvaguardarse.*¹⁸

Una primera aproximación nos permitiría definir la discrecionalidad como la facultad de la administración de actuar libremente cuando la Ley la habilita para ello. Luego matizaremos los límites y condiciones que atemperan esa libertad. Es pacífica la consideración de que el poder discrecional de la administración siempre fue legítimo, porque siempre fue y será necesario.

En España, de la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956, encontramos que la discrecionalidad “...surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público”. Es decir: El poder discrecional de la administración siempre ha estado reconocido, aunque el profesor García de Enterría, con estudio: “*La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*”,¹⁹ empezara una auténtica batalla de exploración y conceptualización dogmática del poder discrecional de la administración.

Desde entonces el tema ha sido objeto de numerosos y variados estudios, y aún hoy sigue siendo objeto de no sólo matices y precisiones, sino de posiciones doctrinales y jurisprudenciales encontradas en teorías casi rivales. Solo desde una perspectiva histórica es posible entender la evolución del sentido de la discrecionalidad de la administración. Constituye ello las ideas que presenta en sus clases y decisiones judiciales el profesor y Magistrado del Poder Judicial de la Federación en México, Jean Claude Tron Petit: *En ningún tema como en este el poder discrecional de la Administración se manifiesta con mayor claridad esa especie de pecado original que la especie de juristas parece haber cometido. Todas las construcciones dogmáticas que se han ido fraguando a lo largo de la historia, todas las técnicas jurídicas y todos los mecanismos que se han ido ideando a lo largo de dos siglos de esfuerzos continuados con este fin aparecen todavía hoy marcados por la nota de excepcionalidad. Cada parcela que se atrae al campo de lo jurídico se contempla como una excepción, cuyo alcance se somete siempre a un tratamiento restrictivo y exige en todo caso una justificación extraordinaria, mucho mayor de la que nadie osa pedir nunca al ejercicio del poder.*

Por lo que supone de falta de control de la administración cuando actúa discrecionalmente, la jurisprudencia y la doctrina aún no están de acuerdo de hasta donde los actos discrecionales son fiscalizables. Son las llamadas por García de Enterría “*inmunidades del*

¹⁸ Época: Novena Época No. Registro: 169,915 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Tesis aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Abril de 2008, Tomo: XXVII Materia(s): Constitucional Tesis: 1a.XXXV/2008 Página: 1780.

¹⁹ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo (s/f). *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Consultado en: <file:///C:/Users/CTG/Downloads/Dialnet-LaLuchaContraLasInmunidadesDelPoderEnElDerechoAdmi-2112627.pdf> . Agosto 2016.

poder”. El reducto de la llamada discrecionalidad técnica de los Tribunales es un buen ejemplo de ello. El control mínimo o la irrevisibilidad jurisdiccional de los juicios técnicos es la regla general en la jurisprudencia aún hoy. En consecuencia, la discrecionalidad administrativa, ese margen de obrar libremente, a discreción, en la administración, siempre ha estado permitido, porque ha respondido siempre a una necesidad del poder ejecutivo en el ejercicio de su propio poder.

En Costa Rica, la Sala Constitucional, ha establecido un nexo indisoluble entre racionalidad de la actuación administrativa, el motivo y la motivación del acto administrativo y el principio de interdicción de la arbitrariedad. Lo anterior podemos leerlo de un apretado síntesis del Voto No. 14421-04, 17 de diciembre de 2004, dictado por el Magistrado Ernesto Jinesta Lobo V, quien señaló: **IV.- PRINCIPIO DE INTERDICCION DE LA ARBITRARIEDAD, RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.** *La regulación de los elementos constitutivos de carácter sustancial objetivos (motivo, contenido y fin) o subjetivos (competencia, legitimación e investidura) y formales (procedimiento y motivación) del acto administrativo, tienen por objeto racionalizar la función o conducta administrativa y, sobre todo, dotarla de logicidad o razonabilidad, evitando que las administraciones públicas sorprendan a los administrados con actos contradictorios, absurdos, desproporcionados o irracionales. Un aspecto de primer orden en todo acto administrativo es la proporcionalidad en sentido estricto entre los medios empleados por la administración pública respectiva y los fines que se pretenden lograr con éste, así como la idoneidad o necesidad de su contenido y, desde luego, cuando resulta aflictivo o de gravamen, la ponderación de su intervención o impacto mínimo. (...) En nuestro ordenamiento jurídico constitucional tal principio dimana de lo establecido en la primera parte del artículo 11 de la Constitución Política al preceptuar que “Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella (...)”. No sobra, por lo demás, advertir, que la arbitrariedad no debe ser confundida con la discrecionalidad administrativa, esto es, con la posibilidad que tiene todo ente u órgano público de escoger entre varias opciones o soluciones (contenido), todas igualmente justas, ante el planteamiento de una necesidad determinada (motivo) y el uso de conceptos jurídicos indeterminados para atender un problema (motivo) los cuales suponen un margen de apreciación positiva y negativa y un halo de incertidumbre, pero que, en último término, admiten una única solución justa.*

Posteriormente, la misma Sala Constitucional en el Voto No. 11155-07 de 1º de agosto de 2007, también, estableció una relación inescindible, en aras de la razonabilidad de la actuación administrativa, entre el principio de interdicción de la arbitrariedad y la potestad reglamentaria, retomando las ideas del Magistrado Jinesta Lobo:: (...) **V.- PRINCIPIO DE INTERDICCION DE LA ARBITRARIEDAD Y EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.** *El principio de interdicción de la arbitrariedad fue concebido por el jurista alemán Leibholz en 1928 como un criterio para ponderar el respeto del principio de igualdad por el legislador. Según esta formulación, el principio de interdicción de la arbitrariedad supone la prohibición de la arbitrariedad, esto es, de toda diferencia carente de una razón suficiente y justa. El principio es retomado por la doctrina española, concretamente, por García de Enterría a finales de la década de los cincuenta (1959) con*

un sentido más extenso –no circunscrito al principio de igualdad- al propuesto por Leibholz. Ulteriormente, el principio con ese sentido más amplio, fue acogido por la Constitución Española de 1978 en su artículo 9.3, a propuesta del senador Lorenzo Martín-Retortillo, quien justifico su iniciativa en la necesidad de tener el principio de interdicción de la arbitrariedad como una técnica o mecanismo más de control o fiscalización de los poderes públicos inherente al Estado de Derecho. Consecuentemente, el principio de interdicción de la arbitrariedad no está contenido en el de igualdad ante la ley, por cuanto la ruptura de ésta, ciertamente, es un caso de arbitrariedad pero no el único. Arbitrariedad es sinónimo de injusticia ostensible y la injusticia no se limita a la discriminación. **La actuación arbitraria es la contraria a la justicia, a la razón o las leyes, que obedece al mero capricho o voluntad del agente público. La prohibición de la arbitrariedad lo que condena es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho. En esencia, el principio de interdicción de la arbitrariedad ha venido operando como un poderoso correctivo frente a las actuaciones abusivas y discriminatorias de las administraciones públicas cuando ejercen potestades discrecionales (abuso o exceso de discrecionalidad).** En lo que se refiere a la aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad en el ámbito de la potestad reglamentaria, debe indicarse que al ser ésta, naturalmente, discrecional, el principio prohibitivo de la arbitrariedad cumple un papel de primer orden. En primer término, debe señalarse que salvo las materias que son reserva de reglamento – organización interna y relación estatutaria o de servicio- y en las que resultan admisibles los reglamentos autónomos o independientes –de la ley-, un primer límite de la potestad reglamentaria lo constituye la sujeción a la ley que se pretende desarrollar o ejecutar, extremo que obviamente, tiene conexión con principios constitucionales como el de legalidad, reserva de ley y jerarquía normativa. El poder reglamentario es, salvo los casos señalados, expresión de una opción o alternativa predeterminada por el legislador ordinario en ejercicio de su libertad de configuración, de la cual no puede separarse el órgano competente para ejercer la potestad reglamentaria. Entre los límites formales de la potestad reglamentaria se encuentra, también, la competencia, de acuerdo con el cual solo los órganos autorizados expresamente por el ordenamiento jurídico pueden ejercerla, lo que denota el carácter esencial de norma, material y formalmente, subordinada que tiene todo reglamento. **El quebranto de los límites señalados al dictarse un reglamento produce, irremisiblemente, una actuación arbitraria prohibida, carente de validez y eficacia, tanto a la luz del Derecho de la Constitución como del ordenamiento jurídico infraconstitucional.**”

En el ejercicio profesional, particularmente desde la función jurisdiccional, cuando nos encontramos con estos temas, tenemos la obligación ineludible de analizar el tema de conceptos jurídicos indeterminados y toda vez que la indeterminación de los conceptos jurídicos tiene límites, debe estudiarse desde la función legislativa. Es decir, soy de la idea de que no debe el legislador elaborar leyes en blanco, carentes de los mínimos referentes de actuación y control de la actuación de la autoridad, de manera que den pauta, posibiliten y faciliten la arbitrariedad. Incluso, las facultades discrecionales deben estar enmarcadas y constreñidas a satisfacer ciertos fines y conforme a referentes elementales.

El problema con que nos enfrentamos, es que la ley no prevé ese fin, lo que da pauta a la arbitrariedad —discrecionalidad sin control— por falta de un referente respecto a la legitimidad del acto. Esto sucede, entre otros casos, cuando la intromisión a los domicilios particulares de los administrados por parte de la autoridad administrativa es desproporcionada, ya que el medio —fiscalización— conferido se puede utilizar arbitrariamente y sin medida para el fin —cobro de contribuciones con la mínima intervención— al grado que se puede incidir y reincidir en usurpaciones sin límite.

El siguiente criterio reitera la nulidad que se ha calificado como de pleno derecho o absoluta precisamente cuando se dan los abusos aludidos, llegando al grado, incluso, de adjudicar inconstitucionalidad a los preceptos que faculten tales intervenciones.

VISITAS DOMICILIARIAS. EL ARTÍCULO 46, ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN VIGENTE DE ENERO DE 2004 HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2006, VIOLA LA GARANTÍA DE INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.- Una nueva reflexión sobre el tema de las visitas domiciliarias conduce a esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a apartarse del criterio sustentado en la tesis 1a. CXXV/2004, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XX, diciembre de 2004, página 380, y a considerar que el artículo 46, último párrafo, del Código Fiscal de la Federación vigente de enero de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2006, viola la garantía de inviolabilidad del domicilio contenida en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ello es así, porque se permite a las autoridades hacendarias emitir nuevas órdenes de visita, inclusive cuando las facultades de comprobación sean para el mismo ejercicio y por las mismas contribuciones o aprovechamientos, sin establecer límite alguno para ello, lo que coloca a los gobernados en un estado de inseguridad jurídica, ya que el legislador no sujeta el ejercicio de esa facultad a la enumeración de los casos que así lo justifiquen, permitiendo que las autoridades fiscales emitan órdenes de visita aun cuando se trate de ejercicios fiscales ya revisados y, en su caso, respecto de los cuales ya exista una resolución que determine la situación fiscal del contribuyente. Lo anterior es así, ya que del análisis de los artículos 38, 43, 44, 45, 46, 46-A, 47 y 50 del citado Código, y tomando en cuenta la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de junio de 2005 -particularmente sus numerales 16, 19 y 20- se concluye que si bien la facultad de comprobación de la autoridad fiscal es discrecional, su ejercicio es reglado por las leyes que la rigen y una vez ejercida esa atribución está en aptitud de revisar, fiscalizar, verificar, comprobar, corroborar o confirmar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones fiscales del gobernado visitado, emitiendo al final de la visita la resolución conducente, sea favorable al particular o liquidatoria de algún crédito fiscal; sin embargo, una vez realizado esto, no puede volver a ejercer tales facultades sobre el mismo contribuyente, por el mismo ejercicio e

*idénticas contribuciones, pues ello implicaría exponerlo a una constante e injustificada intromisión en su domicilio y someterlo a un nuevo procedimiento fiscalizador por cuestiones ya revisadas y determinadas por la propia autoridad hacendaria, lo cual se traduciría en una actuación arbitraria.*²⁰

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Amparo en Revisión 664/2011, resuelto el 15 de mayo de 2013, donde la litis implicó analizar el régimen de las concesiones, puntualizó que: *En efecto, la discrecionalidad no debe entenderse como una potestad ilimitada o absoluta que permite la realización de actos caprichosos que, a final de cuentas, se traducen en arbitrariedad, pues la actividad administrativa por ningún motivo puede quedar fuera o por encima del orden jurídico.* Es por ello que se establecen límites a la discrecionalidad. Dichos límites no son rígidos sino, más bien, flexibles y hasta imprecisos, por ello se requiere en cada caso concreto analizar la actuación de la autoridad, a fin de determinar si se transgredió el orden jurídico y, por tanto, si se incurrió en arbitrariedad. Aun cuando los límites a la discrecionalidad no están previstos como tales, de manera específica en algún ordenamiento legal, de la teoría y de los principios generales del derecho deriva que siempre deben serlo, los siguientes:

En seguida los enumera, señalando estos contenidos:

1. Legalidad, ninguna autoridad puede actuar fuera del marco legal ni contravenirlo.
2. Interés público, debe satisfacerse de la mejor manera y perseguir el bien común.
3. Razonabilidad, la decisión discrecional debe sustentarse en hechos ciertos, acreditados en el expediente o conocidos por ser públicos y notorios, así como observar las reglas formales conducentes.
4. Proporcionalidad, que debe existir entre las medidas que el acto discrecional involucre y la finalidad de la ley que otorga las facultades respectivas.
5. Desvío de poder, por lo que el acto discrecional no debe perseguir un fin personal ni un fin administrativo distinto al previsto en la ley que otorga las respectivas facultades discrecionales.
6. Buena fe, la potestad pública no puede utilizarse, de tal manera amañada, con el propósito de hacer a los gobernados que incurran en alguna omisión o error.

d) Sobre la eficacia y ejecutoriedad del acto administrativo.

Estos se encuentran encaminados a producir efectos jurídicos concretos. De lo anterior se colige que la eficacia y ejecutoriedad del acto comporta elementos de hecho, pues una decisión administrativa adoptada de conformidad con el ordenamiento jurídico superior, cobijada por presunción de constitucionalidad y de legalidad, puede constituir un acto administrativo perfecto pero ineficaz. Así mismo, una decisión viciada de nulidad por no cumplir con todos los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico superior, puede llegar a producir efectos por no haber sido atacada oportunamente.

²⁰ Época: Novena Época Registro:170145 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Febrero de 2008, Tomo XXVII Materia(s): Constitucional, Administrativa Tesis: 1a./J. 11/2008 Página: 467.

La fuerza ejecutoria de los actos administrativos, es decir, su ejecutividad, depende entonces de dos aspectos fundamentales: **la presunción de legalidad del acto administrativo, siempre que no haya sido desvirtuada y su firmeza**, que se obtiene cuando contra los actos administrativos no proceda ningún recurso o los recursos interpuestos se hayan decidido, o no se interpongan recursos, o se renuncie expresamente a ellos, o cuando haya lugar a la perención, o se acepten los desistimientos. Los profesores Jorge Olivera Toro y Julio Comadira²¹, consideran que las condiciones de ejecutoriedad de los actos administrativos son:

- a) La existencia de un acto administrativo.
- b) Que ese acto sea perfecto. El artículo 14 de la Ley del Procedimiento Administrativo del Estado de Jalisco brinda la oportunidad para controvertir la perfección y estabilidad del acto a través del Juicio de Nulidad.
- c) Que tenga condiciones de exigibilidad, es decir, que sea capaz de producir efectos jurídicos, que sea ejecutivo, y no debe producir efectos jurídicos, porque es irrespeto de las exigencias del artículo 12 (elementos de validez, fracción I), y de los requisitos de validez, artículo 13 fracción VIII de la Ley del Procedimiento Administrativo del Estado de Jalisco.
- d) Que ordene positiva o negativamente al particular y éste no lo acate voluntariamente.

Los fundamentos de la ejecutoriedad del acto administrativo son de carácter político y jurídico. El primero deriva de la urgencia de la satisfacción de las necesidades sociales que la administración debe atender, las cuales no permiten demora de ninguna naturaleza. Los intereses generales no pueden tener obstáculo o retraso en su satisfacción. El segundo de los fundamentos, o sea el jurídico, radica en la presunción de legitimidad que tiene el acto administrativo, presunción "*juris tantum*", o sea, que admite prueba en contrario. Así mismo, el profesor José Roberto Dromi al referirse a la ejecutoriedad de los actos administrativos, señala:

"La ejecutoriedad puede considerarse como una manifestación especial de la eficacia de los actos administrativos, en cuanto estos imponen deberes o restricciones a los administrados, que pueden ser realizados aun contra la voluntad de ellos, por medio de los órganos administrativos".

La ejecutoriedad del acto administrativo, entendida como la facultad atribuida por el ordenamiento a los órganos estatales que ejercen la función administrativa, para disponer *per se* la realización o el cumplimiento del acto administrativo, sin necesidad de acudir a la intervención de la justicia, empleando para ello, de ser necesario, procedimientos de

²¹ OLIVERA TORO, Jorge (19769. *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Porrúa, México, página 190. COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, *opus cita*, páginas 201 y 202. PARADA, Ramón (2008). *Concepto y fuentes del Derecho Administrativo*. Marcial Pons, Madrid.

ejecución coactiva. Se desprende de la noción expuesta que “ejecutoriedad” no es sinónimo de “coacción”, sino una figura más amplia, que incluye a ésta como especie. Este criterio se basa en la existencia de gran variedad de actos que se cumplen plenamente, produciendo todos los efectos jurídicos que les son propios, sin necesidad alguna de utilizar la coacción. Por ejemplo, actos de inscripción, actos de negación de autorizaciones o de revocación de éstas, actos de registro y de certificación, actos cumplidos por los particulares, aun contra su voluntad, pero sin coacción, ejecución directa de actos, como la construcción de cercos o veredas cuando el administrado no lo hace. En el marco de esta concepción, hay que distinguir, a su vez, entre la facultad de disponer la ejecución coactiva y el empleo de la coacción.

La posibilidad de usar la coacción para ejecutar el acto administrativo constituye en nuestro sistema judicial, una opción excepcional, porque en él la autorización para incursionar coactivamente sobre la persona o el patrimonio de los administrados es, en principio, incumbencia privativa de la justicia. Tal, es uno de los límites específicos de la ejecutoriedad en su variante coactiva y a él se refiere la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco, cuando, después de habilitar a la administración para ponerlo en práctica por sus propios medios, exceptúa el caso en que para su realización exija, por su naturaleza, la intervención judicial.

El otro límite contemplado en la ley es el resultante de una disposición legal que expresamente requiera la intervención judicial. Y que puede ser en caso de que el particular o la autoridad se nieguen a cumplir con el contenido de la sentencia, que les impone obligaciones de dar, hacer o dejar de hacer. En principio, es obvio que una ley de esa índole limita el actuar administrativo, pero hay que tener en cuenta, en este aspecto, que la regulación legal no puede cercenar irrazonablemente una potestad administrativa de raigambre constitucional, ínsita en la función administrativa para ciertas situaciones. La ejecución coactiva es viable, aún cuando ella implique actuar forzosamente sobre la persona o el patrimonio del administrado, en diferentes supuestos; entre ellos, la doctrina mexicana acepta los siguientes: la protección del dominio público, la demolición de edificios que amenazan ruina, el acto que dispone la ocupación temporal anormal, ciertos actos relacionados con la policía sanitaria y moral, la clausura de establecimientos que se dedican al lenocinio o venta de sustancias prohibidas, remoción de un vehículo que obstaculiza el tránsito público.

La experiencia administrativa comentada, nos permite afirmar que el objeto de tutela del paradigma de derechos humanos de junio 2011, nos obliga a comprender y aprender que a veces es difícil encontrar derechos subjetivos públicos que pormenoricen su cobertura a través de la actuación debida de las administraciones públicas.

CONCLUSIONES.

Es trascendental identificar cuál es la posición privilegiada que guarda el administrado frente al ordenamiento que establece o impone una determinada actuación a la administración, al obligarnos a estudiar el tema de la Litis en cuestión, precisamente para

no mermar la capacidad de reacción del administrado frente al ejercicio indebido de la administración pública a través de sus servidores públicos.

Uno de los objetivos fundamentales de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, es la aplicación del principio *pro persona*, que impone la obligación al juzgador de interpretar las disposiciones en beneficio del individuo y que se insertan en el artículo 52 de la Constitución Política del Estado de Jalisco.

En materia administrativa impone la obligación de que la autoridad actúe en estricto apego a la legalidad, ejercer todas sus acciones, pero a través del cumplimiento de las disposiciones legales de fundamentación y motivación, así como de los requisitos de los artículos 4º, 8º, 9, 12 y 13 de la Ley del Procedimiento Administrativo del Estado de Jalisco.

La legislación señala potestades y facultades que la autoridad puede ejercer en cualquier momento, con el requisito de realizar el cumplimiento de la ley, por lo que la actuación contraria a estos aspectos implica la ilegalidad del acto, así como la necesidad de destruir el mismo.

El sistema jurisprudencial en México dispone la obligatoriedad para las autoridades, de expedir sus actos conforme a las facultades expresas que le confiere, y en cumplimiento irrestricto de la legislación vigente. La omisión de los elementos y requisitos señalados en los artículos 12 y 13 de la Ley del Procedimiento Administrativo del Estado de Jalisco provoca la nulidad del acto.

Se hace necesario valorar la disposición legal que debe prevalecer, ya sea las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los artículos 4º, 8º, 9º, 12, 13 y 14 de la Ley del Procedimiento Administrativo del Estado de Jalisco, para verificar el tema de legitimación de la validez de las actuaciones administrativas por el simple transcurso del tiempo.

Considero que en un estudio más amplio, deben interpretarse estos artículos en cuanto a la razón de ser de las disposiciones legales y de las actividades que tiene encomendadas la autoridad. Al respecto, se advierte que la autoridad siempre debe actuar apegada a derecho, por lo que su actuación realizada en forma contraria a la norma, provocará la ilegalidad de su actuación.

Sería absolutamente inocua la proclamación del principio de la legalidad si no existieran medios para imponer la sumisión de la administración al orden jurídico, de donde emana la importancia trascendente de los sistemas de control de las funciones públicas. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla distintos mecanismos de control, los cuales pueden ser clasificados en control interno, ejercido por la administración del propio Poder que editó el acto y control externo, ejercido por órganos ajenos a la administración de la que emanó el acto.

Aún cuando la administración pública persigue fines que ella misma elige en el marco de su poder directivo de integrar la normativa, no deja de tener que justificarse ante la proporcionalidad en cuanto a su elección de medios. Este respeto del principio de proporcionalidad, requerido por el derecho constitucional, ha sido designado desde el punto de vista de la estructura normativa como un “caso especial de la idea general de la

oportunidad”. La oportunidad puede definirse como razonabilidad, que, desde el punto de vista del aplicador de normas –en este caso la administración ya no es predeterminado por el derecho que lo vincula, es decir, por un factor heterónomo, sino un factor al que se somete dentro del margen legal existente.

La consideración de estos requerimientos procedimentales que actúan como “garantías de calidad” en cuanto a la decisión a tomar está sometida al control judicial.

Allá donde las leyes abren significativos márgenes de apreciación y de decisión en favor de la administración, ya no se puede hablar de una función meramente sirviente del procedimiento administrativo. Debemos hablar hoy en día del control judicial en las decisiones administrativas, para verificar que no haya arbitrariedad en el ejercicio de la función administrativa.

En el Estado de Derecho democrático y social en México, el procedimiento administrativo –aparte de la, a veces, sola aparente eficiencia procedimental– debe asegurar sobre todo el respeto de los derechos humanos del ciudadano a la hora de la salvaguardia y del ejercicio de estos derechos y de los intereses legítimos al igual que la “legitimación” de la actuación administrativa a través de este mismo procedimiento, en los procesos de consulta popular, en ejercicio del artículo 26 Constitucional; por lo tanto tiene que facilitar la aceptación del actuar administrativo a ojos del ciudadano. Se denominan “derechos” a todos aquellos derechos públicos subjetivos, sean materiales o formales, inclusive los intereses protegidos por ley que le sean atribuidos al ciudadano por el ordenamiento jurídico.

La organización del procedimiento administrativo según los principios del Estado de Derecho, debe asegurar que el derecho material, el cual protege las posiciones legales del individuo y de la comunidad, ocasionalmente en ponderación con los intereses de terceros, sea aplicado de manera materialmente correcta y oportuna. De ser posible, el procedimiento administrativo garantiza la veracidad jurídica, desempeña una función concretizadora y cumple con funciones de la protección jurídica con respecto a la realización de los derechos individuales, pero siempre sin asumir el papel de los tribunales.

Es de destacarse la necesidad de aplicar el derecho procedimental en conformidad con los derechos fundamentales.

Por eso aquí no se trata de la protección de derechos fundamentales en contra el Estado, sino mediante el Estado. Se debe, sin embargo, diferenciar entre este derecho a la realización de los derechos fundamentales a través del procedimiento, por un lado, y, por otro, el recurso directo a los derechos fundamentales en el procedimiento administrativo.

La primacía de aplicación del derecho ordinario exige que los derechos subjetivos públicos deban ser derivados de la norma correspondiente del derecho ordinario. Esto tiene como consecuencia que, en el marco de la administración sometida a la ley, habitualmente no es necesario ni está permitido recurrir a los derechos fundamentales.

FUENTES DE CONSULTA

- BACACORZO, Gustavo (2002). *Tratado de Derecho Administrativo*. TOMO II. Perú. Editorial *Gaceta Jurídica*.
- BENDEZÚ NEYRA, Guillermo E. (2010). *Derecho Procesal Administrativo. Ley No 27444, Ley No 29060 y D. Leg. No 102g. y Derecho Procesal Contencioso Administrativo*. Editorial FECAT, Perú.
- BÉJAR RIVERA, Luis José (2012). *Curso de Derecho Administrativo*. 1ª edición. Editorial NOVUM, Universidad Panamericana, México.
- COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge (*en prensa*). *Curso de Derecho Administrativo*. Argentina.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo (s/f). *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Consultado en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2112627.pdf> Agosto 2016.

- GARCÍA PÉREZ, Marta (1998). “El objeto del proceso contencioso-administrativo”, en *Jornadas de Estudio sobre la Jurisdicción Contencioso Administrativa* Universidad de Coruña, La Coruña.
- GARCÍA PÉREZ, Marta (2000). “Reflexiones sobre el objeto del proceso contencioso-administrativo”, en la obra colectiva: *El derecho administrativo en el umbral del siglo XII. Homenaje a Prof. Dr. Dn. Ramón Martín Mateos*. Tomo II, dirigido por F. Sosa Wagner. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- IBLER, Martín, y HANGST, Matthias (2012). “La planificación de los proyectos de obras de infraestructura en el procedimiento administrativo alemán”, en la obra colectiva: *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa. Presentación de la traducción de la Ley Alemana de procedimiento administrativo*. Pedro Aberastury y Hermann-Josef Blanke (Coordinadores).
- OLIVERA TORO, Jorge (1976). *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Porrúa, México.
- PARADA, Ramón (2008). *Concepto y fuentes del Derecho Administrativo*. Marcial Pons, Madrid.
- TRON PETIT, Jean Claude, y ORTIZ REYES, Gabriel (2015). *La nulidad de los actos administrativos*. Quinta edición. Editorial Porrúa, México.
- TRON PETIT, Jean Claude (2009). El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional. Artículo publicado en la obra: “*Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*”. Coordinador Juan Pedro Machado Arias, 2009, Konrad Adenauer Stiftung e. V., México.
- V. JINESTA LOBO, Ernesto (2011). La construcción de un Derecho Administrativo Común Interamericano. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Número 11.
- VON Ihering, Rudolph (1961). *El Fin del Derecho*. Editorial Cajica. Puebla, México.

Legisgrafía

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política del Estado de Jalisco.

Ley del Procedimiento Administrativo del Estado de Jalisco.

Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco.

AUTOR CONVIDADO