

# La Legalidad de los Actos Administrativos

ALFONSO NAVA NEGRETE

Profesor de Derecho Administrativo en el Departamento de Derecho de la UIA y en la Facultad de Derecho de la UNAM; Director del Seminario de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la UNAM.

## UN PRINCIPIO OLVIDADO

OBRA EN los anales de la Justicia Administrativa de todos los países, la frecuente ilegalidad de los actos administrativos. Registran también, la difícil labor de los tribunales para encauzar su legalidad o destruir sus efectos. Esta realidad, familiar en la Administración Pública de México, hace reflexionar sobre la forma en que los actos administrativos acatan el principio de la legalidad, su eficacia sin desdoro de sus propósitos de interés público, el control mismo de esa legalidad.

Cuando se piensa que el acto administrativo es el núcleo de la conducta de la Administración Pública, sólo se entrevera la trascendencia que representa el conocerlo. Destaca saber de su función en la vida pública del país. Es desde luego el instrumento jurídico indubitable, con el que se manejan los negocios públicos más delicados, no obstante su jerarquía menor en la clasificación general de los actos jurídicos.

Participa ciertamente del linaje de otros actos del Estado como son los actos jurisdiccionales y los actos legislativos, comprometidos todos a dar realidad a la fórmula conocida: Estado de Derecho. Empero la misión que cumple de explorar y construir la vida administrativa del país, le da señorío único. Vive el momento en que la Ley busca su razón de ser; normar; en que el interés público y el interés privado coinciden o se concilian para fortalecer a la comunidad pública o en que los mismos chocan o siguen fines distintos que pueden terminar en situaciones nocivas o estériles e inclusive violentas. Sirve a los problemas nacionales de todo grado y tipo, económicos, educativos, políticos, sociales, etc. Recoge y canaliza las preocupaciones simples o complejas, leves o graves de la población o del hombre. En fin, el acto administrativo lleva consigo enorme caudal de vivencias.

No obstante, el acto administrativo —materia de importantes estudios e inclusive de tratados— no ha sido analizado más que como temática de una teoría general que se ha impuesto el examen de conceptos, elementos, principios, en su concepción puramente científica —de innegable e imprescindible valor— olvidando o relegando a muy secundarios términos la riqueza dinámica del acto y la mina de sus experiencias. La noción misma del acto administrativo sólo ha interesado para deslindarla de las que corresponden a los otros actos del Estado. Buscar las mojoneras que delimiten el campo del acto administrativo ha sido la tarea de los constructores de la noción o concepto del acto administrativo. Resulta pues, inadmisibles robar un céntimo de terreno al vecino acto jurisdiccional o legislativo. Y si el agrimensor es desafortunado y no encuentra los límites precisos y exactos, cuando menos se consuela con invocar el sano principio siguiente: el acto administrativo es todo aquél que no es acto legislativo ni jurisdiccional.

Se ha preferido en consecuencia exponer algunas reflexiones jurídicas acerca de aspectos importantes del acto administrativo, rompiendo un poco el orden acostumbrado de su estudio. Está anunciada la primera: un principio olvidado.

A la problemática de la noción, precede con mayor interés jurídico y práctico saber qué base sirve de apoyo para crear el acto administrativo. Es bien sabido que esta base es la Ley, o para ser más exactos, el principio de la legalidad. Ya se conocen las palabras con que se llega a su formulación: ningún órgano o funcionario podrá realizar conducta alguna que no esté expresamente autorizada por la Ley. Diverso es por estos términos aquél otro principio que se acuñó expresamente por el derecho privado: todo lo que no está prohibido está permitido. Sin duda se trata de dos principios que no pueden llegar a confundirse. Su propósito e imperio son distintos.

Desgraciadamente, este principio de la legalidad que sólo es reflejo de la mensurabilidad jurídica general a que debe estar sujeta toda actividad estatal dentro de cualquier régimen que se adjetive de Estado de Derecho, ha sufrido cuando menos en el medio jurídico de la Administración Pública Federal un deterioro u olvido frecuentes, que no se quiere pensar sean intencionales. El hacerlo notar no es para descubrir a los responsables e imputarles su culpa, sino más bien para advertir el peligro que significa la anarquía jurídica como apoyo de la actividad administrativa, que fácilmente se vuelve despótica. Se razona en seguida esta situación.

En todas las constituciones modernas que prohijan el Estado de Derecho se entiende que todos los órganos del Estado, legislativos, jurisdiccionales y administrativos realizarán sus funciones sujetos siempre a normas jurídicas generales y abstractas. Estas normas pueden encontrarse en la Constitución

u hospedadas en la legislación en general, sin que la diferente jerarquía debilite o palidezca el principio. Resulta visible entonces, que el principio de la legalidad no es más que corolario de ese régimen, llamado Estado de Derecho, y cuya dictadura no sólo obliga sino también faculta, prohíbe y autoriza.

En el gobierno supremo del Derecho, los órganos del Estado, y por ende la Administración Pública Federal, deberán ajustar su conducta a los dictados del mismo. Ahora bien, por ser el acto administrativo vehículo de esa conducta, su creación obedece necesariamente los imperativos del Derecho, del principio de la legalidad. El acto que nazca sin esta base, será inexistente o perderá toda validez jurídica, y consecuentemente no alcanzará a realizar los fines para los que le dió origen la Administración, sin mengua de reclamar por la vía jurisdiccional su irregularidad jurídica.

Cabe preguntar, ¿en qué medida o cómo cumple o acata en el país, la Administración Pública Federal el principio? En el terreno teórico existe ya una respuesta, se consideran presuncionalmente legales los actos administrativos; se parte pues de la presunción de su legalidad, en consecuencia la Administración Pública Federal actúa apegada a la Ley. Esto haría pensar que la interrogante no tiene sentido, que resulta ocioso preguntarse si los actos de la Administración se basaron o no en la ley. Sin embargo, no es así, pues la presunción de legitimidad a que se refiere la doctrina no es *juris et de jure* sino *juris tantum*, es decir, que se puede dudar de esa legitimidad y probar que el acto no se apoyó en ley.

De las anteriores líneas, se deduce con toda claridad que la presunción de legalidad de los actos administrativos, como verdad sustantiva no existe, aunque se reconoce que en el campo de lo jurídico-procesal sí llega a tener un significado y un valor. Invocar esa presunción sin conocer su verdadero alcance, en los campos sustantivo y procesal, es absolver a la Administración sin haber tenido la oportunidad de juzgarla. Es claro, que sólo en el momento en que se tiene una razón para poner en duda la legalidad de la actividad administrativa, es cuando se descubre o aflora en su dimensión exacta esa presunción.

Jurídicamente, ocurriría pensar también, que es inoportuna la pregunta. Efectivamente, se dirá que no cabe y la impide la arquitectura rigurosa de Estado de Derecho, que recoge la Constitución de 1917, cuya vigencia, obviamente, presupone el acatamiento de todos sus principios y los impone a todas las autoridades del país, principios entre los que figura el de legalidad y autoridades entre las que están las administrativas. Avala esta idea, el compromiso que adquiere todo funcionario, titular del órgano adminis-

trativo, en el momento a que se refiere el Artículo 128 de la Constitución. “Todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su encargo, prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen”.

Aún así, fiar al precepto constitucional citado la legalidad de la conducta administrativa es ignorar la realidad y el valor práctico de la norma. El texto constitucional transcrito —y no se dice nada nuevo con esto— sólo ha sido una mera fórmula que acompaña a la solemnidad o austeridad con que se toma el cargo o el empleo; encierra por el contrario una presunción desmentida por las sentencias de los tribunales federales y desvirtuada en la práctica administrativa.

No sin razón la propia norma jurídica suprema del país ha proclamado como derecho del administrado o gobernado el poder de exigir que el órgano o autoridad acate ese principio, motivando y fundando en ley sus mandatos, a saber: Artículo 16 “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

Derecho, que está plenamente garantizado por la vía procesal del juicio de amparo, protector de los derechos del hombre y defensor de la Constitución.

No existe salvoconducto para la ilegalidad de los actos administrativos en ninguna presunción jurídica. Para la Administración el camino obligado es realizar exclusivamente los actos expresamente autorizados por la Ley, y de esta manera dará cabal cumplimiento al principio de la legalidad. Si la Ley no autoriza al funcionario a realizar una conducta, no podrá actuar y en consecuencia tampoco crear acto administrativo alguno. Puede la Ley no fijar ninguna prohibición; pero esto no ha de entenderse como vía abierta para que el funcionario actúe tal si tuviere autorización.

Precisa aclarar entonces que cuando la Administración realiza la función administrativa, no presupone que se está cumpliendo con el principio. Son dos conceptos diferentes aun cuando puedan estar vinculados estrechamente. El principio de la legalidad es un presupuesto de la función administrativa y de cualquier otra función estatal. Por lo que la función administrativa posee su propio contenido.

Imposible por ahora reunir y agrupar las definiciones de función administrativa, que el derecho administrativo almacena, para confrontarlas después y obtener el “contenido” común en ellas. Pero casi en su totalidad llevan imbibita o expresa la idea de que consiste en la ejecución de la Ley, claro

está creando con ella situaciones jurídicas individuales a través de la realización de actos administrativos y con vistas a la satisfacción de las necesidades colectivas. Por ejemplo el tratadista Manuel MARÍA DIEZ dice: “la actividad legislativa crea la norma, la jurisdiccional la realiza en caso de contienda, la administrativa ejecuta la norma objetiva; pero dentro de los límites que le señala el ordenamiento jurídico vigente”,<sup>1</sup> concluyendo que la Administración en sentido material se define como “... actividad, función, idónea y concreta del Estado que satisface las necesidades colectivas, en forma directa, continua y permanente y con sujeción al ordenamiento jurídico vigente”.<sup>2</sup> Marcel WALINE es radical: “Los poderes de las autoridades administrativas son esencialmente poderes de ejecución de las leyes, puesto que esas autoridades pertenecen a esta rama de poderes públicos que se llama el Poder Ejecutivo”.<sup>3</sup>

Aunque ese es el contenido de la función administrativa, falta determinar ahora qué debe entenderse por ejecución de la ley. Se parte desde luego de la afirmación que no es “hacer lo que la ley autoriza”, contenido del multitudinario principio de la legalidad. Consiste más bien en hacerla efectiva, es decir, en llevar a cabo sus cometidos o fines, por medio de actos generales (reglamentos) o individuales (actos administrativos). En este sentido la ejecución de la Ley no es una simple ejecución de las decisiones del legislador, pues la Administración Pública tiene frecuente y necesariamente una libertad de iniciativa y decisión que escapa a un ajuste excesivamente literal y formal. Nadie desconoce que el llamado poder discrecional de que goza la Administración es un poder “legal” y sin embargo, su ejercicio no es ejecución puntual del texto de la Ley.

En suma, la realización de la función administrativa no presupone el cumplimiento del principio de la legalidad. En la primera, la Administración realizará los actos administrativos que juzgue necesarios para cumplir con el mandato o fines de la ley (estará ejecutando la ley). Pero si esta última no le proporcionara todos los medios apropiados (autorizaciones expresas) para hacer efectivos esos fines y consecuentemente la ley misma, se verá ante la disyuntiva que es corriente en la vida administrativa: optar porque los fines se realicen (violando el principio de la legalidad) o limitarse hasta donde la ley le autoriza, y los fines quedarán sin cumplirse.

Con el anterior razonamiento queda acentuada la diferencia que priva,

<sup>1</sup> Manuel MARÍA DIEZ. *El Acto Administrativo*. Pág. 32, Ed. Tipográfica Argentina 1956.

<sup>2</sup> M. M. DIEZ Op. cit. pág. 32.

<sup>3</sup> Marcel WALINE *Droit Administratif*. Pág., 403. 8<sup>ème</sup> Edition. Editions Sirey 1959.

cuando menos en el Derecho Administrativo, entre el principio de legalidad y ejecución de la ley. Nada impide y es normal que así suceda, que coincidan y se realicen a la vez ambos conceptos en la conducta administrativa, pero no debe perderse de vista que el de legalidad es presupuesto que ha de acatarse, no presunción *juris tantum*.

Se comprenderá mejor ahora finalmente, cuando se dice que es precisamente la confusión de esos dos conceptos el origen de la precariedad u olvido en que se mantiene a uno, el de la legalidad. Naturalmente que esto obedece a la falsa creencia o pretexto deliberado de que cumpliendo con los fines de la Administración Pública se cumple a la vez con la Ley.

Se observa en la vida administrativa del país que cuando la ley es insuficiente para que el funcionario pueda actuar, se sacrifica el principio de la legalidad ante el altar de los intereses colectivos, cuya sacerdotisa es la Administración Pública. Para efectuar el sacrificio se recurre a la interpretación superextensiva de las normas expresas o al expediente leonino de formular "criterios" que hagan posible la ejecución de la materia de que trata la ley.

Cuando esto sucede, se produce la más completa incertidumbre sobre la competencia y responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos, sobre los procedimientos administrativos a seguir, sobre la coordinación de funciones, etc. Entonces, las circulares, los criterios, las declaraciones oficiales públicas ante periodistas o en forma de boletines e inclusive prácticas o políticas seguidas casuísticamente, se convierten en ley, fomentándose así un clima de anarquía jurídica e intolerancia de graves riesgos para la eficacia misma de la Administración Pública.

Más de una vez la Administración Pública Federal ha sido absuelta de cumplir con el principio de la legalidad, cuando así lo demandan los fines del gobierno o la satisfacción de los intereses colectivos. Pero esta situación no debiera presentarse. Es un fenómeno, producto de la obsolescencia de las leyes o de leyes que siendo adolescentes no maduraron lo suficiente en su gestación y prematuramente se lanzan a gobernar un mundo que además de complejo está en continua transformación. Todo este instrumental imperfecto es el que ocasiona los desajustes entre la función administrativa y su necesaria legalidad.

Si se revisa la legislación administrativa vigente, se comprobará que hay leyes como la de Vías Generales de Comunicación, la de Población, la de Fomento de Industrias Nuevas y Necesarias, la de Caza, la de la Industria Eléctrica. etc., etc., que son más parte de la historia que de la vida jurídica actual del país. O bien leyes de poca edad, pero que no crean verda-

deros regímenes jurídicos de los campos administrativos que tratan, como son ejemplo la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado, que parcialmente es norma orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, que no es ni ley de contratos de obra pública, ni ley reglamentaria del artículo 134 de la Constitución; la Ley para el Control, por parte del Gobierno Federal, de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal, que no puede estimarse como el régimen orgánico de las dos categorías estructurales del Sector Público, etc., etc. Empero es material que se utiliza para la realización de las grandes obras de infraestructura que hacen posible el desarrollo económico de México; con base en ellas se prestan servicios públicos cuya operación técnica y financiera han experimentado cambios notables, desconocidos cuando nacieron.

El desarrollo industrial nacional que en la última década ha sido importante, se viene apoyando en la vetusta o anacrónica Ley de Fomento de Industrias Nuevas y Necesarias, que es una ley manufacturada para subsidiar a las industrias; mas no para sentar las bases de ese u otro mejor desarrollo. El comercio exterior, a cuyo fomento concurren varias dependencias oficiales y coadyuvan otras tantas privadas, no cuenta con una legislación definida, excepción hecha de la ley reglamentaria del párrafo segundo del artículo 131 constitucional, que sólo tiene el mérito de autorizar al Ejecutivo Federal para que legisle en esa materia en los términos del precepto constitucional citado, pero que además de no prever principios o bases sobre el particular lleva el pecado de la anticonstitucionalidad. Novísimas leyes administrativas empiezan ya a modificar el panorama, como son la Ley Federal de Aguas, la Ley sobre Contratación y Transferencia de Tecnología, Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, etc.

Precisamente en el campo económico en el que cada vez participa más la Administración Pública y particularmente las Empresas Públicas, es donde falta mucho por legislar.

Finalmente, otro campo que revela la ausencia de legalidad —mas no de acción administrativa—, es el relativo a la organización interna de las Secretarías de Estado. No son pocas las Secretarías que cuentan con reglamentos internos de cuño viejo como los de las Secretarías de Hacienda y Crédito Público y Gobernación, que han ganado valor histórico; pero perdido toda utilidad jurídica, ignorándose qué elementos legales sustentan a la organización de que gozan; otras Secretarías disfrutaban de reglamentos, casi podemos decir nuevos, por ejemplo los de las Secretarías de Comunicaciones y Transportes, Obras Públicas, Patrimonio Nacional, pero aún en estos casos si se

consulta y verifica, su organización real ya no es idéntica a la que prevén sus reglamentos. Cada vez resulta más difícil y complejo conocer la organización interna de la Administración Pública, sujeta cada seis años a cambio, reformas o reestructuraciones, y a idénticos fenómenos si en el curso de ese lapso hay sustitución en los principales funcionarios de las dependencias.

Se concluye, que el principio de legalidad base ineludible de la actividad administrativa nunca debe verse como obstáculo u oposición a los fines de la Administración Pública. Su rectoría obliga por lo tanto a remozar la legislación administrativa vigente, a sustituirla o a crear otra que evite o supere la inarmonía iterativa entre los fines del acto administrativo y su legalidad misma.

#### JUEZ Y PARTE

Entre codificar y unificar hay algo en común. Ambas actividades o tendencias buscan poner orden en la multiplicidad de disposiciones legislativas, que producen el mal crónico de la incertidumbre e incoherencia jurídicas.

Una de las conclusiones a que se llegó en el Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal, celebrado en febrero de 1960, fue la siguiente: “se considera conveniente que en todo México rija un sólo código procesal civil y otro también único para el enjuiciamiento penal”;<sup>4</sup> no fueron entonces pocas las razones y cifras que se dieron para convencer de la bondad del principio unificador. La información estadística, por ejemplo que incluyó en su trabajo, el Dr. Niceto ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, por sí sola persuadía; 167,400 artículos, dijo, son la suma de los artículos que contienen todos los códigos sustantivos y adjetivos en materia civil y penal, vigentes en toda la República, así como los de 68 leyes de organización judicial y de ministerio público. Tan alarmante cifra lleva al jurista a proponer dos códigos sustantivos: civil y penal, 2 códigos adjetivos: civil y penal y una ley de organización judicial, que reduciría aquel dato a 4,200 artículos. La magna obra de unificación de óptimos beneficios, evitaría la babel de idiomas jurídicos distintos que presiente el distinguido jurista español y permitiría en cambio, la posibilidad de conocer el derecho nacional, en esos terrenos.

Sana y provechosa labor es la de la unificación jurídica, en cualquier campo jurídico en que se implante. Por eso cuando se oyen las voces que propugnan por la necesidad de un Código Administrativo Federal, que ordene y sistematice la materia, se reciben alentadoramente, deseando que em-

<sup>4</sup> *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Tomo X. Enero-Diciembre 1960. Pág. 18.

piece el examen, la discusión, el análisis y llegar finalmente a una realidad concreta. Son pocos los códigos vigentes, que cubren únicamente algunas áreas administrativas: Código Aduanero, Código Sanitario, Código Fiscal de la Federación y algunas leyes que en propiedad llevarían el nombre, como la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en materia Minera, la Ley Federal de Aguas. Los hay también en la legislación de los Estados, ocupando sitio muy singular el Código Administrativo de Chihuahua. En la doctrina no han faltado proyectos importantes, como por ejemplo los dos Códigos: el Fiscal de la Federación y el Administrativo, debidos al jurista mexicano Joaquín B. ORTEGA, autor también de otros proyectos legislativos.

Cuando el Presidente de la República, Lic. Gustavo Díaz Ordaz, anunció en su informe anual de septiembre la necesidad de la Reforma Administrativa en el país, se abrigó la idea de que se estaba creando el clima propicio para tareas de esa naturaleza o cuando menos muy similares. Sin embargo (aparte de que el Código Fiscal de la Federación de 1938 sufrió un *capitis deminutio*), las dependencias oficiales que escucharon esa voz llevaron a cabo trabajos muy menores, a veces puramente editoriales. Proliferaron entonces las compilaciones o reediciones de leyes, rústica o bellamente encuadernadas; surgieron comisiones legislativas, en casi todas las Secretarías y Departamentos de Estado; en el Departamento del D. F., se formó una para la "actualización de los reglamentos". Nunca se supo que se estuviera codificando o unificando la legislación administrativa, en cambio se consumieron excesivamente horas para investigar el significado de Reforma Administrativa, desde su etimología hasta su filosofía misma.

Es empresa difícil elaborar un código administrativo, fundamentalmente porque la legislación administrativa está en permanente reforma. En México no existe un código administrativo federal, pero tampoco una ley como en Estados Unidos, Yugoslavia y España, por ejemplo, de procedimiento administrativo, que es la vía legal que debe seguir la Administración Pública para crear el acto administrativo. En su lugar, existen casi tantos procedimientos administrativos como leyes; en consecuencia se está en la necesidad de consultar cada componente normativo de la legislación administrativa Federal. Pero aún esto último presenta serias dificultades, simplemente no se tiene en forma oficial ni en lo privado, el censo de las leyes y decretos del Congreso de la Unión y de los reglamentos, decretos, acuerdos, circulares del Poder Ejecutivo, vigentes en materia administrativa.

Remoto está el privilegio de tener la cifra indicativa del número de artículos que forman esa legislación. De contar con este privilegio, se tendría además, el dato valiosísimo que señalara qué es lo que está vigente de mate-

rial tan heterogéneo sujeto a índices de natalidad y mortalidad crecidísimos, en períodos más cortos a los que están los Códigos del Derecho Común y Penal.

Ahora, más importante que sacar una semblanza del procedimiento administrativo alojado en esa legislación, es destacar su significado en la Administración Pública externa e interna, así como determinar el valor de sus bases legales.

El acto administrativo, no siendo producto de una voluntad omnimoda, derivará su origen de una decisión sometida a la ley. Para su elaboración, la Administración Pública estará entonces al procedimiento que le fija la norma jurídica general, fuente primigenia de lo que se conoce como procedimiento administrativo. Se vuelve así al principio de la legalidad, que además de autorizar la conducta, señala el camino que debe recorrer la Administración para crear el acto administrativo. Así se describe en la definición de LÓPEZ-NIETO y MALLO el procedimiento administrativo: “el cauce legal que los órganos de la Administración se ven obligados a seguir en la realización de sus funciones y dentro de su competencia respectiva, para producir los actos administrativos”.<sup>5</sup> No se aparta de estas ideas lo que prescribe la Ley de Procedimiento Administrativo de julio de 1958 de España: Artículo 40. 1. Los actos administrativos se producirán por el órgano competente mediante el procedimiento que en su caso estuviere establecido. 2. El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y será adecuado a los fines de aquéllos”.

Como vía legal de la conducta administrativa, el procedimiento administrativo importa tanto a la Administración externa como a la interna, aunque en cada caso sea con, o para resultados diferentes. Se puntualiza que también lo es para la Administración interna porque tradicionalmente el procedimiento sólo había interesado cuando dañaba a terceros, es decir a los administrados.

Y en efecto, el procedimiento administrativo representa el medio adecuado para el administrado de prevenir la defensa de sus derechos o intereses legítimos. Convirtiéndose por ésto en el campo propicio para dar cumplimiento por la autoridad a la garantía de audiencia del Artículo 14 constitucional. Este carácter del procedimiento se confirma al revisar la legislación administrativa más reciente, en donde se encontrará muy marcada la preocupación de sus autores de dar oportunidad a los particulares para que hagan saber

<sup>5</sup> *El Procedimiento Administrativo*. FRANCISCO LÓPEZ-NIETO y MALLO. José Ma. BOSCH. Edit. Barcelona 1960. Pág. 21.

las razones legales que tienen para oponerse a una futura decisión administrativa que, eventualmente, pudiera afectar esos derechos.

Todavía más, si se llegara a dictar la resolución y resultaran perjudicados los derechos de los administrados, estos tienen dentro de un procedimiento administrativo el recurso de inconformarse ante la propia autoridad y obligar a ésta a que revise la legalidad de sus actos.

De esta manera, el procedimiento administrativo significa garantía jurídica de los derechos de los administrados, en su forma preventiva (garantía de audiencia) o en su índole represiva (recurso administrativo). En este sentido, juega el papel de cauce legal para la defensa de los derechos de los administrados o para depurar la legalidad de los actos administrativos.

Desde luego que esa función del procedimiento, de enorme relevancia jurídica, no lo desvía de su misión: crear actos administrativos y encausar así toda la actuación administrativa, pues el acto que depure la legalidad del acto combatido, es de naturaleza administrativa.

Una segunda significación del procedimiento en la Administración externa aparece cuando sirve al nexo de colaboración que se vive entre esta última y los particulares. Nace esta interrelación de la complejidad misma de las cuestiones administrativas que demandan iterativamente la voz de la opinión pública. Se registra un interés cada vez mayor en los particulares por enterarse sobre el curso de la actividad administrativa, resolviéndose a veces a ofrecer sus servicios, dar sus opiniones, asesorar técnicamente e inclusive casi llegar a situaciones de imponerlos. No son pocas las veces en que la misma Administración se ve en la necesidad de solicitar e incluso de comprometer esa colaboración.

Parte del éxito de las empresas públicas se debe a la aportación no de capital sino muy principalmente de la técnica y experiencia del empresario particular. Son muchos los servicios públicos que operan regular y ordenadamente gracias a ese entendimiento mutuo de las dos entidades. En el orden social la reciprocidad casi es lazo ineludible. Ciertamente, en ocasiones, la colaboración resulta imperceptible o sencillamente no la hay, a pesar de estar solicitada.

De este procedimiento poco se ha ocupado la doctrina y la misma escasez priva en la legislación. Se recurre ordinariamente a "políticas" o "criterios" formulados para documentar o formalizar la conveniencia o interés de colaborar. No hay, por consecuencia, manera alguna de saber o poder determinar si la actuación administrativa ha seguido un procedimiento legalmente establecido.

Entonces se producen y acumulan prácticas, usos o costumbres que integran canales de actos administrativos, creados así fuera del seno de la ley

y cuya vida y fuerza dependen unilateralmente de la voluntad de la Administración, sin producir ninguna seguridad jurídica para el particular. Son campos de relaciones que debieron someterse a la égida del Derecho, pero no consuetudinario.

Son actos de la Administración que ni nacen ni se extinguen jurídicamente. No hay un procedimiento administrativo que los prohíje y les dé la fuerza jurídica necesaria para imponer sus cometidos. Fácilmente los funcionarios y los particulares son presa de la arbitrariedad y de la desconfianza, cuando actúan a la sombra de estas situaciones.

Finalmente, el procedimiento posee en la Administración interna tanto interés como en la Administración externa. Al hacer sus comentarios a la ley española de procedimiento administrativo antes referida, Eduardo VIVANCOS observa que la ley no se ocupa sólo del procedimiento como tal frente a los particulares, sino que lo hace "tanto frente a los administrados en general, como ante la actividad que podría llamarse inter-administrativa, puesto que la normatividad en ella contenida se dirige también a regular las relaciones de los órganos administrativos entre sí".<sup>6</sup> Hasta ahora pocas leyes como ésta se han preocupado por hablar y regular este procedimiento y sobre todo en forma sistemática y general.

Poner orden en la administración interna, delimitando la competencia de sus órganos, estableciendo normas de concurrencia y coordinación entre ellos, fijando procedimientos que desaparezcan o reduzcan hasta lo viable toda sombra de arbitrariedad. Determinar principios que orienten la actividad de los funcionarios: economía, celeridad, eficiencia, o como atributos de la misma, es papel del procedimiento administrativo.

En la doctrina casi nada se dice de él y en la legislación son escasas las normas que lo regulan. Hay un desinterés para legislar sobre esta materia, que hasta lo mínimo que existe, a pesar de estar conscientes de su vetustez no se reforma o sustituye. Sería totalmente falaz argüir que tal procedimiento es aspecto íntimo del acto administrativo que debe tenerse en reserva y evitar su publicidad, para no causar posibles daños o perjuicios a la Administración, que además de llegar a ser irreparables no reportan real y verdadera utilidad o beneficio a alguien. Debe sin embargo, tenerse presente que el procedimiento de que se habla es el que redunda en la marcha eficaz de la Administración Pública y que interesa o trasciende directa o indirectamente en pro o en contra de los administrados.

<sup>6</sup> Eduardo VIVANCOS. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*. Pág. 40, Ed. A. H. R. Barcelona 1959.

En la Administración Pública Federal es frecuente que la competencia de tal o cual órgano de una dependencia oficial, o la razón para que intervenga en este u otro asunto, o el procedimiento seguido por un funcionario o empleado, no encuentre apoyo en Ley, Reglamento o Decreto sino en disposiciones menores como son las circulares, las que no siempre se publican en el Diario Oficial para que obliguen, como lo ha resuelto la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia. Esta situación debiera desaparecer. Es igualmente urgente que el legislador dé leyes y supere la práctica de "criterios administrativos", que día con día hacen el papel de ley. Innegable que hay leyes que fijan la competencia administrativa federal, como son, la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado y algunas leyes orgánicas; pero aun en estas últimas se recurre a fórmulas muy generales que distan mucho de lo que realmente se hace.

Si lo expuesto hasta ahora pudiera tener algún interés, como saber que no hay una ley de procedimiento administrativo que fije a la Administración Pública mexicana la rúa legal para su proceder, que por el contrario, hay tantos procedimientos como ordenamientos jurídicos vigentes, que son numerosos los procedimientos que se siguen con base en cuerpos legales obsoletos o contradictorios, y aún más, que abundan procedimientos huérfanos de base legal, no se habría sin embargo, explicado por qué el membrete de Juez y Parte.

Se puede dar respuesta inmediata señalando que es el Poder Ejecutivo Federal el autor del procedimiento administrativo, acompañada de la siguiente exposición.

De las leyes y decretos administrativos que expide el Congreso de la Unión, un porcentaje elevado son producto de iniciativas presentadas por el Poder Ejecutivo, sin que en el seno del cuerpo legislativo reciban modificaciones importantes en cuanto a procedimientos administrativos. Hay, es cierto, alguna razón o conveniencia para que esto sea así, por ser el Ejecutivo quien cuenta con un conocimiento más inmediato de la realidad administrativa a través de sus distintos órganos.

En el orden económico, es señalada la importancia que tiene la facultad legislativa del Ejecutivo en el Artículo 131 constitucional, párrafo 2o.: "El ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio Congreso, y para crear otras; así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción

nacional, o de realizar cualquier otro propósito, en beneficio del país. El propio Ejecutivo, al enviar al Congreso el Presupuesto Fiscal de cada año, someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida". De esta norma constitucional, surgió la Ley Reglamentaria, publicada el 5 de enero de 1961, en el Diario Oficial, y cuyo texto hace viable la formación de procedimientos administrativos en la materia que regula, de los que podrán ser autores: el Presidente de la República o los Secretarios de Hacienda y Crédito Público y de Industria y Comercio.

Muy singular es el poder legislativo que tiene el Ejecutivo Federal para modificar el procedimiento que se previene en las leyes tributarias. Desde 1941, en la Ley de Ingresos de la Federación, adquirió ese poder, que ha ido creciendo y que se conserva en los siguientes términos en la Ley vigente de Ingresos de la Federación: "ARTICULO 2o. El Ejecutivo Federal queda facultado para: I. Suprimir, modificar o adicionar en las leyes tributarias, las disposiciones relativas a la administración, control, forma de pago y procedimientos, sin variar las relativas al sujeto, objeto, cuota, tasa o tarifa del gravamen, infracciones o sanciones. II. . . .

Es una autorización del Congreso de la Unión para que el Ejecutivo legisle, y la da sin que en la Constitución haya base en qué se apoye. Su irregularidad constitucional la hemos examinado con más amplitud recientemente. (Ver Estudios de Derecho Público Contemporáneo, pág. 185 y ss. Fondo de Cultura Económica UNAM. 1972).

A la práctica de que el Presidente de la República sea quien presente las iniciativas de ley o que con base en la Constitución, legisle, debe sumarse el uso que hace de su facultad reglamentaria, que entendida constitucionalmente como ejecución de la ley, es fuente de numerosísimos Reglamentos y disposiciones generales de carácter reglamentario, que en la exposición que nos ocupa representa el más importante arsenal de procedimientos administrativos. Es verdad sabida que las leyes administrativas por señalamiento expreso encargan al reglamento o al Ejecutivo, regular más detalladamente aspectos de su contenido, en lo que ordinariamente figura la estructuración cabal del procedimiento. Pero aún no habiendo esa autorización, la facultad reglamentaria constitucional es base suficiente para hacerlo y se hace con la holgura tradicional que permiten muchas leyes administrativas.

Un fenómeno o situación que agrava la proliferación de disposiciones y que pulveriza el procedimiento administrativo en México, es la expedición de circulares. Se utilizan en forma ordinaria para fijar el sentido o el alcance a preceptos de leyes y reglamentos, para determinar la conducta que deben seguir los funcionarios públicos en la aplicación de algunas normas de leyes

y reglamentos, o para reglamentar leyes o reglamentos señalando las reglas o principios conforme a los que habrá de seguirse un trámite administrativo, o la solicitud o gestión de ciertos negocios administrativos. Son ejércitos los que se forman con las circulares, que tejen, parchan o remiendan el procedimiento administrativo en las más variadas materias.

Todo el caudal legislativo mencionado se crea por el Poder Ejecutivo, quien de esta manera predetermina cuál es el procedimiento que debe seguir en cada materia, y a veces en forma casuística en cada caso. No se duda de la autoridad técnica del Ejecutivo para "legislar" en las formas indicadas, pero el procedimiento administrativo que es cauce legal, rector de la actuación administrativa, pierde mucho este carácter para transformarse en un autocontrol administrativo, amén de que el procedimiento instaurado se vuelve revocable o modificable por naturaleza, sin constituir vehículo de seguridad y certeza jurídicas en las relaciones entre la Administración y los administrados.

Y el corolario a todo esto es: ¿este procedimiento administrativo, disperso y múltiple, de vida efímera o cambiante, es el que sirve de fábrica al acto administrativo, el medio en que se asegura su legalidad? Las cámaras legislativas debieran abandonar en parte su papel de revisoras de las iniciativas del Ejecutivo Federal, o, cuando menos consagrar un tiempo al estudio de éstas y evitar el uso de fórmulas normativas tan generales que en el fondo el campo legislativo se reserva al Reglamento u otras disposiciones reglamentarias, que da origen al mar proceloso de disposiciones legales visto.

#### ACTOS SIN CONTROL POSIBLE

Asegurar la legalidad del acto administrativo desde su proceso de formación es a veces imposible. El estado que guarda la legislación administrativa contribuye en buen grado, paradójicamente, a la irregularidad jurídica de los actos administrativos. Las leyes administrativas, vetustas y actuales, conviven en frecuentes contradicciones e incongruencias, que comprometen interpretaciones o dan lugar a soluciones no razonables; padecen a veces reglamentos de leyes abrogadas o bien sufren su ausencia dificultando su aplicación, o, en última instancia acogen el expediente tradicional poco plausible de fiar su ejecución a circulares.

En un terreno tan accidentado legislativamente, es explicable que los funcionarios obligados a caminar en él, incurran en ilegalidades involuntarias.

Tampoco puede ignorarse que la concurrencia de varios órganos admi-

nistrativos para dictar una resolución administrativa, da pie frecuentemente a que la complejidad misma que precede a la formación de ese acto incube violaciones a la ley. Los mismos cambios continuos de los titulares de los órganos administrativos, la inexperiencia de los funcionarios sobre la materia que manejarán o su falta de conocimiento, justificado o inexcusable, de las leyes que aplicarán dentro de su función, contribuye a la repetida irregularidad jurídica de las resoluciones administrativas.

Resultado de la explicación que encontramos a la ilegalidad de los actos administrativos es demandar principalmente, la formación de un cuerpo legislativo unitario y actual, que extraiga las imperfecciones, que supere las incongruencias o dislates incrustados en buen número de las leyes y reglamentos administrativos del país.

No obstante, cualquiera que sea la explicación o justificación, la ilegalidad de los actos administrativos ha de estar sujeta a control jurídico. En los sistemas jurídicos modernos, el control se lleva a cabo al través de dos vías: la administrativa y la jurisdiccional; la primera se sigue ante las autoridades administrativas y reviste modalidades de autocontrol o de control como sucede mediante los llamados recursos administrativos, la segunda, constitutiva del proceso administrativo, se ventila ante los tribunales, sin importar en este caso que sean del orden judicial o administrativo.

Poco se confía en la vía administrativa, como efectivo control jurídico, pero su descrédito mayor proviene de su acción retardada, corren largos meses o hasta años para tomar una decisión. Particularmente los recursos administrativos se observan como una demora a la verdadera justicia administrativa que imparten los tribunales. La instancia administrativa no goza del prestigio de un auténtico control de legalidad de los actos administrativos. Se ha preferido la vía jurisdiccional, que ha inspirado confianza y seguridad como camino para obtener justicia plena.

Ahora bien, tradicionalmente, los actos administrativos sujetos a control jurisdiccional, han sido aquellos que importan una violación o desconocimiento de los derechos de los administrados, obviamente el afectado así en su esfera jurídica ha contado con la acción procesal correspondiente para lograr el control o depuración legal de esos actos.

La justicia administrativa así entendida, felizmente ha conquistado campos importantes de la actividad de la Administración Pública, como lo ha sido sin duda el área de su discrecionalidad, por largo tiempo fuera de su acción. Sin embargo, procesalmente, la acción administrativa que se intenta, se enmarca en la concepción de la acción procesal que han venido recogiendo nuestros códigos procesales, que la vinculan a la idea de interés jurídico,

condicionante de su procedibilidad. Se hace necesario, en cada caso, que se compruebe ese interés jurídico para dar paso a la acción. A veces se identifica el interés jurídico con la pretensión procesal, cuando precisamente se pone a discusión ésta, originando resoluciones procesales del juez impropias e injustas.

Concebido por otra parte el interés jurídico, como el derecho subjetivo violado de los particulares, el radio de operación de la acción administrativa es restringido, ignorando la naturaleza de la materia administrativa que regulan las leyes. Precisamente por seguir la justicia procesal administrativa esta idea de la acción procesal, los particulares ven reducida su área de defensa frente a la Administración Pública.

Debe revisarse el concepto de interés jurídico, que hasta ahora han adoptado las resoluciones de nuestros tribunales federales, restricto y confuso. El interés jurídico de la acción administrativa debe concebirse en otra forma y dimensión. Ha de ser un interés, ciertamente tutelado, por el ordenamiento jurídico administrativo, pero sin entenderse como un derecho subjetivo derivado expresa y puntualmente de la ley. Cuando de la ley administrativa se desprende un beneficio o provecho, o bien protege de posibles perjuicios, el interés es evidente, aunque no se traduzca en un derecho violado o desconocido personal y directo, es como dice BURCOA, un interés individualmente determinable.<sup>7</sup>

Es propiamente la situación o estado jurídico del particular, que se recoge genéricamente en la ley administrativa, que se actualiza en el momento en que ésta se aplica por la autoridad administrativa, de donde nace un posible perjuicio o beneficio que afectan la esfera jurídica tutelada por la ley e incumplida por la autoridad, lo que configura el interés de la acción administrativa.

Evitar un perjuicio o lograr un beneficio a propósito de la actividad administrativa que no cumple con la ley y que afecta nuestro interés así sea económico, es bastante para dar base a la acción administrativa.

A través de esta nueva idea de la acción procesal, la justicia administrativa conquistará extensos campos para su acción, que hasta ahora han quedado sin control posible jurisdiccional.

Finalmente, existen otros actos administrativos sin control posible, ni susceptibles de ser impugnados ante la justicia, que en nuestro medio jurídico se vuelve grave. La actividad que desarrolla en la economía la Administración Pública directamente o a través de las empresas públicas, cubre

<sup>7</sup> Ignacio BURCOA. *El Juicio de Amparo*. Pág. 457, 6a. Edición. 1968.

extensas áreas administrativas sin control posible de su legalidad, por la sencilla razón de que no hay leyes que las regulen íntegramente.

Existen terrenos en que se mueve esa actividad que sin derecho legislado, ha fructificado un verdadero derecho consuetudinario; pero en continua transformación, que le hace perder a veces hasta la autoridad de costumbre. Ojalá que las sentencias de los tribunales ganen a la justicia administrativa lo que la ley no ha hecho.